



Direitos Humanos e(m) **TEMPOS DE CRISE**

Verena Holanda de Mendonça Alves
Rafaela Teixeira Sena Neves
João Daniel Daibes Resque (Orgs.)



A noção de crise geralmente pressupõe a ocorrência de um evento problemático mais agudo que se sucede após períodos de tranquilidade e bonança. Embora nunca tenham gozado de uma condição serena, os Direitos Humanos permanecem sendo constantemente desafiados quanto à efetividade e concretude. Nos últimos tempos, vem tomando forma, cada vez mais, uma espécie de negatificação ética e moral da defesa desses direitos. Assim, tais direitos vivem em uma crise discursiva e epistemológica. Uma crise que afeta agora a legitimação de suas normas e o desenvolvimento de suas práxis. Nesse sentido, a Academia tem um papel fundamental de contribuir para a afirmação dos Direitos Humanos, bem como para o seu convencimento e efetividade. É com esse objetivo que a presente obra reúne trabalhos de pesquisadoras e pesquisadores a fim de fomentar o debate crítico em diferentes áreas correlatas à crise desses direitos.



Direitos Humanos e(m) tempos de crise

Direitos Humanos e(m) tempos de crise

Organizadores:

Verena Holanda de Mendonça Alves

Rafaela Teixeira Sena Neves

João Daniel Daibes Resque



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ALVES, Verena Holanda de Mendonça; NEVES, Rafaela Teixeira Sena; RESQUE, João Daniel Daibes (Orgs.)

Direitos Humanos e(m) tempos de crise [recurso eletrônico] / Verena Holanda de Mendonça Alves; Rafaela Teixeira Se-na Neves; João Daniel Daibes Resque (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

509 p.

ISBN - 978- 65-81512-19-4

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Crise; 3. Direitos humanos; 4. Coletânea; 5. Ensaio; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação11

Sessão de abertura: Formação jurídica e direitos humanos

1..... 19

Direitos humanos e ensino do direito: o impacto do modelo de formação dos juristas no Brasil na transição do discurso à prática dos direitos humanos

Arthur Laércio Homci

Primeira Parte: Política dos corpos, sexualidade e gênero

2..... 41

Corpo, direito e relações de poder: uma análise do controle jurídico sobre a vida e o corpo na modernidade

Thiago Augusto Galeão de Azevedo

3.....60

“O que é uma mulher?” Ensaio sobre a crítica epistemológica ao sujeito universal a partir da perspectiva de gênero

Gabriela Teixeira Cunha

4.....82

Seyla Benhabib e a desigualdade de gênero: contribuições e críticas

Verena Holanda De Mendonça Alves

5..... 104

Saúde dos transexuais na sociedade heteronormativa: judicialização de políticas contra o (des)conhecimento da identidade de gênero

Danielly Thays Campos

Cássius Guimarães Chai

Monica Teresa Costa Sousa

Segunda Parte:
Direitos e proteção social

6.....	131
Acidentes do trabalho e negligência: o tratamento brasileiro ao trabalho exposto a riscos	
Sílvia Gabriele Corrêa Tavares	
7.....	156
Direitos humanos e trabalho: trabalho decente e a realidade brasileira	
José Claudio Monteiro de Brito Filho	
Vanessa Rocha Ferreira	
8.....	170
O modelo de seguro hipotético e as políticas sociais compensatórias voltadas para as pessoas com deficiência	
João Daniel Daibes Resque	
9.....	189
O trabalho reprodutivo das trabalhadoras domésticas: conceitos e avanços legais na América do Sul	
Rafaela Araújo Rodrigues	
10.....	207
Os desafios distributivos do sistema único de saúde à luz das teorias da justiça	
João Daniel Daibes Resque	
Ricardo Araújo Dib Taxi	

Terceira Parte:
Atuação judicial e estudos a partir de casos

11.....	235
Homens da lei, ideias de raça: noções de raça em uso no julgamento do caso Borari-Arapium	
Adalberto Fernandes Sá Junior	
12.....	254
Por um judiciário que aplique novos institutos baseados na liberdade: a extensão de penas alternativas	
Verena Holanda de Mendonça Alves	
13.....	291
O incidente da suspensão de segurança e seus aspectos políticos: da sistematização procedimental à análise crítica do Caso Belo Monte	
Twig Santos Lopes	
Flávia do Amaral Vieira	

Quarta Parte:
Perspectivas críticas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

- 14..... 311**
A interpretação evolutiva da convenção americana sobre direitos humanos nos casos Artavia Murillo vs. Costa Rica e Fazenda Brasil Verde vs. Brasil: análises comparativas e empíricas
Breno Baía Magalhães
Ana Cattarina Dias Rique
- 15..... 337**
O Brasil cumpriu com o Caso Damião Ximenes Lopes? Sistema Interamericano e o problema do cumprimento
Rafaela Teixeira Sena Neves
Laércio Dias Franco Neto
- 16..... 357**
Desenvolvimento progressivo do direito internacional e os casos de violência de gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos
Natália Mascarenhas Simões Bentes
Yasmin Santa Brígida
Vitória Barros Esteves
- 17..... 389**
“Polícia para quem precisa?” a violência policial no Caso Favela Nova Brasília
Rafaela Teixeira Sena Neves
Verena Holanda Mendonça Alves
- 18..... 412**
Justiça de transição e a efetivação da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund vs. Brasil: análise da proteção dos direitos humanos no período pós-ditadura brasileira
Camila Franco Henriques
Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto
- 19..... 438**
Corte Interamericana de Direitos Humanos e a crise no sistema carcerário brasileiro: entre o litígio estratégico e o litígio estrutural
Bianca M. Schneider van der Broocke
- 20..... 457**
O reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: reflexões críticas a partir do pensamento descolonial
Raysa Antônia Alves Alves

21..... 477

Os Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e a responsabilidade do Estado no enfrentamento à violência doméstica e familiar

Andreza Pantoja Smith

Luanna Tomaz de Souza

Vida Evelyn Pina Bonfim Ferreira

Sobre os autores.....504

Apresentação

Passados mais de 70 anos desde a conclusão e assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, esta gama de direitos permanece sendo constantemente desafiada quanto a sua efetividade e concretude. Após os horrores presenciados durante a Segunda Grande Guerra Mundial, buscou-se desenvolver um certo conjunto de direitos que pudessem evitar os horrores do Holocausto e dos campos de concentração. Ainda assim, a realidade que se impôs nos anos seguintes fez com que tais direitos precisassem se afirmar e consolidar em cenários e contextos dramaticamente adversos.

Após os desafios impostos por uma ordem global dividida entre dois diferentes projetos de mundo durante a Guerra Fria, pela propagação de uma série de regimes ditatoriais que se sucederam durante as décadas de 60 a 80 em diferentes partes do planeta, mas especialmente na América Latina, pela ocorrência de repetidos conflitos armados decorrentes de disputas de interesses geopolíticos, econômicos, diferenças étnicas, religiosas e culturais; pela cruel manutenção de modelos de dominação colonial, pelas terríveis experiências de regimes de segregação racial, pelas austeras respostas neoliberais às repetidas crises econômicas e sociais do liberalismo econômico, pelo crescente populismo que ameaça os valores básicos das democracias liberais contemporâneas, a modernidade inaugurada pela “Era dos Direitos” não parece ter possibilitado o progresso humano, linear e contínuo que acreditávamos.

Embora tais promessas pareçam ter sido definitivamente descumpridas, seus ecos continuam povoando o imaginário contemporâneo, sustentando reivindicações e constituindo a gramática de demandas emergentes por condições concretas de dignidade. Apesar de todas as violações constatadas sob a égide dos direitos inalienáveis e universais, uma noção de direitos humanos, por mais vaga e difusa que possa parecer, persiste

sendo fonte de esperança para as mazelas sociais. Alias, é justamente a partir da estipulação de bases normativas que se possibilita o acesso a ferramentas que viabilizam as denúncias às violações. O que quer dizer, em outras palavras, que a ideia em si de violações, pressupõe antes a existência de expectativas de tratamento, as quais são sustentadas pela noção de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a ideia de Direitos Humanos fora articulada como instrumento de luta para superação da bipolaridade global, para a derrubada de regimes ditatoriais, para a o estabelecimento dos direitos civis e o fim do *Apartheid*, pelos movimentos de libertação nacional e pós-coloniais, pelos trabalhadores e demais movimentos sociais em busca de melhores condições de trabalho e dignidade. Apesar das constantes violações, o discurso dos Direitos Humanos parece ter se tornado hegemônico e legitimador da nova ordem social e democrática.

As dificuldades seguem se impondo. A noção de crise geralmente pressupõe a ocorrência de um evento problemático mais agudo que se sucede após períodos de tranquilidade e bonança. Mesmo que os direitos descritos nessa obra nunca tenham gozado de tal condição serena – muito pelo contrário –, na última década assistimos a emergência de novos desafios, especialmente no território brasileiro. Agora, vem tomando forma, cada vez mais, uma espécie de negatização ética e moral da defesa dos Direitos Humanos. Nesse sentido, tais direitos vivem uma espécie de crise discursiva e epistemológica. Uma crise que afeta agora a legitimação de suas normas e o desenvolvimento de sua práxis. É dizer, em outros termos, que vem ocorrendo uma estigmatização dos Direitos Humanos, o que, em ultima instância, ameaça não apenas sua narrativa, como até mesmo a vida e a integridade daqueles que ousam defendê-lo.

Nesses tempos de obscurantismo e apologia à barbárie, a Academia tem um papel fundamental de contribuir para a afirmação dos Direitos Humanos, bem como para o seu convencimento e efetividade. Produzir e difundir o conhecimento voltado para a defesa desse conjunto de direitos

é uma missão que deve ser desempenhada especialmente pelos pesquisadores do Direito, mas não apenas, uma vez que a noção de direitos humanos não se resume ao campo jurídico.

Assim, este trabalho que foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES), reúne pesquisadoras e pesquisadores da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e do Paraná (PUC-Paraná); Universidade de São Paulo (USP), de Brasília (UNB) e do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Universidade Federal do Pará (UFPA), do Maranhão (UFMA), do Mato Grosso (UFMT) e do Mato Grosso do Sul (UFMS); do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA); da Universidade de Lisboa e da American University Washington College of Law, a fim de propiciar o debate crítico sobre a crise dos Direitos Humanos para além do contexto brasileiro.

Dessa forma, esta obra inaugura-se com o desafiante tema da educação voltada para os Direitos Humanos no ensino jurídico no Brasil. O tema foi estrategicamente escolhido para abrir esta coletânea, diante da crescente desconfiança e o relativo abandono dos cursos de direito brasileiros do compromisso de realizar uma formação humanística fundada na defesa irrestrita dos Direitos Humanos. Em tempos de mecanização e reprodução acrítica das técnicas jurídicas, a formação jurídica voltada para os Direitos Humanos aponta para um caminho de resgate dos valores democráticos atualmente ameaçados.

Em seguida, a obra passa a se dividir em quatro seções temáticas, com artigos que, de certa forma, não diretamente dialogam entre si. A tarefa de categorizar e agrupar um conjunto plural e complexo de trabalhos científicos, considerando as distintas abordagens possíveis para o tema central, representou um desafio para seus organizadores, especialmente diante de um horizonte tão vasto de temas relevantes e urgentes. Dessa forma, os trabalhos foram reunidos em seções que compartilham uma temática em comum, para além do grande tema da crise dos Direitos

Humanos. As seguintes temáticas foram concebidas em: “Política dos Corpos, Sexualidade e Gênero”; “Direito e Proteção Social”; “Atuação Judicial e estudos a partir de casos”; Perspectivas críticas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Na primeira das quatro seções os textos abordam o tema da sexualidade e dos direitos de gênero. Corpos que se mobilizam politicamente em busca de reconhecimento e igual respeito, mas que permanecem precarizados diante dos estigmas sociais. No atual cenário, as pautas referentes aos grupos LGBTQ e feministas encontram-se no centro dos ataques produzidos pelo crescente conservadorismo moral. Os textos aqui presentes têm como propósito despertar os leitores para temas e questões fundamentais atinentes a estes grupos, conscientizando sobre a necessidade de se compreender as suas dificuldades e suas reivindicações jurídicas.

Na segunda seção, está em foco o debate sobre as relações de trabalho e a proteção social no Brasil. Diante da grave crise econômica que avançou sobre o país nos últimos anos, vimos emergir um desmonte da legislação trabalhista e de proteção social. A relevância dessa seção está no resgate da ideia de trabalho como um direito humano, o que vai além do mero direito a uma ocupação, mas também o direito a um trabalho digno, decente, salubre e que possibilite a realização pessoal e social do trabalhador. Além da questão do trabalho, coloca-se também em perspectiva nessa seção a proteção social do indivíduo por meio do acesso à serviços de saúde e da proteção social da pessoa com deficiência.

A terceira seção explora a atuação judicial a partir do estudo de certos casos paradigmáticos, abordando temas diversos como os direitos dos povos indígenas, a proteção da natureza em face de grandes projetos de infraestrutura e novas concepções para aplicação de penas em processos criminais. Essa seção toma como ponto de partida a importância do sistema de justiça para a construção de uma cultura de direitos humanos, baseada na conservação da defesa dos povos tradicionais e de suas terras, bem como no compromisso com a liberdade dos indivíduos em face ao crescente aumento da aplicação de penas privativas de liberdade.

Por fim, a última e quarta sessão concentra-se no estudo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. São abordados aqui julgamentos realizados no âmbito de atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos de violações de direitos humanos no Brasil e na América Latina, referentes às temáticas de gênero, saúde mental, atuação policial, encarceramento em massa, justiça de transição, direitos dos povos indígenas, direitos reprodutivos e trabalho escravo. A seção se dedica também a análise da atuação interpretativa da Corte e da análise do cumprimento de suas decisões pelos Estados.

Boa Leitura!

Verena Holanda de Mendonça Alves
Rafaela Teixeira Sena Neves
João Daniel Daibes Resque

Sessão de abertura:

Formação jurídica e direitos humanos

Direitos humanos e ensino do direito: o impacto do modelo de formação dos juristas no Brasil na transição do discurso à prática dos direitos humanos

*Arthur Laércio Homci*¹

Introdução

Os Direitos Humanos são hoje considerados uma das fontes centrais de legitimidade do direito, o núcleo de conteúdo para o qual o discurso jurídico precisa se remeter com vistas a mostrar-se socialmente legítimo.

Isto porque, a época em que os ordenamentos jurídicos eram considerados legítimos apenas pela autoridade de seus poderes, pela edição das leis e pela regular investidura de juízes e demais membros do Judiciário está em franca decadência. A história do século XX mostrou que a aposta em uma operacionalidade do direito por si mesmo, isto é, concentrado na norma e desvinculado de finalidades político-jurídicas para com as quais os juristas devam prestar contas foi uma opção que tornou o direito um alvo fácil de quaisquer ideologias políticas, por mais perversas que fossem.

Certamente, é preciso salientar que a intenção inicial dos positivistas não era tornar o direito uma maquinação irrefletida, e a opção metodológica pretensamente neutra e cientificamente descritiva foi uma preocupação epistemológica em ser ciência, e não só mais uma ideologia

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Professor e Coordenador do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Coordenador da Especialização em Processo Civil do CESUPA. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Advogado.

prescritiva (BOBBIO, 2014). Todavia, a suposta intenção em expor o ordenamento jurídico apenas formalmente, preterindo a análise valorativa das questões de conteúdo foi mais longe do que se imaginava. Isso porque, se a intenção inicial em separar direito e moral restringia-se à explicação formal dos ordenamentos jurídicos, o positivismo foi culturalmente assimilado como um incentivo ao direito puramente técnico, olvidando qualquer tipo de argumento moral.

Contudo, como a moral é inseparável de qualquer argumentação e mais ainda da argumentação jurídica (DWORKIN, 2003), o positivismo não gerou uma cultura a-moral de análise do direito, mas uma cultura pretensamente neutra, mas que trazia velada uma moral conservadora e ligada a um tipo de estabilidade social e a uma forma de resolver as tensões sociais que não vinha à tona porque a estrutura positivista não dava espaço a esse tipo de abordagem.

Foi então apenas no período do pós-guerra, a partir da segunda metade do século XX, que os argumentos morais foram reincorporados ao cerne da reflexão jurídica, erigindo-se os Direitos Humanos como pilares desse movimento, na medida em que os mesmos foram documentados em tratados internacionais e fixados como conteúdos mínimos de direitos indispensáveis a qualquer sociedade, logo de observância obrigatória por particulares e pelos poderes públicos, não podendo ser alienados nem pela vontade do próprio titular (TRINDADE, 2012).

Essa guinada deveria representar mundialmente a retomada da moral não só como fundamentação interpretativa de determinados casos, mas como explicação do próprio direito. Todo o tecnicismo e a positividade passariam a ser considerados instrumentos a serviço de um raciocínio holístico maior, ligado aos fundamentos morais consubstanciados nos Direitos Humanos, tal como descritos nos documentos internacionais. Entretanto, essa positivação, ao contrário do que se pensava, foi o começo e não o fim da discussão acerca da compreensão dos Direitos humanos e de sua aplicabilidade universal.

A construção dos direitos a partir dos Direitos Humanos depende, como qualquer interpretação, de uma compreensão do conteúdo, da dimensão e do alcance desses direitos, pois hoje já está também fora de dúvida que os textos legais não falam por si, e assim dependem de uma concepção frente aos casos concretos para tornarem-se autênticas normas de conduta.

A partir desse impulso, é possível levar a discussão sobre Direitos Humanos para além da descrição de tratados internacionais e sua forma de positivação no ordenamento pátrio (ZÚÑIGA, 2010). Isto porque, sem desmerecer ou diminuir esse trabalho, fato é que liberdade, igualdade, saúde, segurança não são conceitos prontos e acabados, mas dependem para seu dimensionamento de circunstâncias que só vem à tona nos casos concretos, razão pela qual é preciso sempre rediscutir esses direitos para que os mesmos tenham um conteúdo substantivo e não sejam apenas um discurso vazio e fetichizado.

Portanto, a dificuldade para a implementação dos Direitos Humanos no seio das sociedades de um modo geral vai muito além da sua simples previsão normativa. É necessário que se analise, dentre outros fatores, qual o impacto do discurso dos Direitos Humanos na sociedade. Com efeito, se o início da segunda metade do século XX foi marcado pela proclamação normativa dos Direitos Humanos a nível internacional, o final do século XX e o início do século XXI tem sido marcados pelo apontamento crítico acerca do discurso dos Direitos Humanos e sua baixa eficácia nos contextos mais complexos (HOPGOOD, 2014).

Vários fatores tem sido apresentados para justificar a impotência dos Direitos Humanos como discurso para a promoção de sociedades mais justas, jurídicos ou extrajurídicos. No presente trabalho, o foco será apontado para um desses fatores em particular, de natureza jurídica: como o ensino do direito no Brasil tem impactado na baixa eficácia dos Direitos Humanos como discurso de promoção de justiça, dificultando a transição da teoria à prática?

O objetivo do artigo é demonstrar que a formação dos juristas que impera no Brasil desde o início dos cursos jurídicos no século XIX é um dos fatores da impotência dos Direitos Humanos em nossa sociedade. O trabalho justifica-se pela necessidade de uma visão abrangente sobre o discurso dos Direitos Humanos, passando inclusive pelo papel da academia, particularmente das faculdades de direito, na formação estritamente técnica dos juristas como um dos fatores de risco para a efetivação dos direitos.

A pesquisa centra-se no levantamento bibliográfico acerca da temática, e será dividida em uma tentativa de contextualização dos Direitos Humanos na era contemporânea, seguida da explicação sobre as características elementares do ensino do direito no Brasil, para culminar na proposta de aprimoramentos metodológicos que podem contribuir para o fortalecimento do discurso dos Direitos Humanos, em especial o uso da aprendizagem baseada em problemas e o ensino clínico nas faculdades de direito.

2 Uma tentativa de contextualização contemporânea direitos humanos

Muito embora a ideia de normatização dos Direitos Humanos tenha seu surgimento atribuído à carta de João sem Terra ainda no Século XIII (1212), seu mais amplo alcance foi sendo construído e ampliado somente na contemporaneidade.

Primeiramente, sob o plano filosófico, os grandes desenvolvimentos metafísicos como explicação da humanidade foram sendo paulatinamente questionados, até que em Nietzsche (2005) encontrou-se o termo mais radical dessa crítica. Com efeito, o filósofo alemão desmistificou qualquer possibilidade metafísica de explicação dos fenômenos humanos, pretendendo trazer o homem do transcendental para o humano, do raciocínio metafísico para a vida, buscando em nossa condição histórica humana as respostas para os anseios fundamentais da humanidade.

A essa constatação aliou-se uma concepção também nova de história, forjada originariamente por meio do romantismo alemão (BERLIN, 2005), segundo a qual a história não se constitui de fatos isolados no tempo e estanques, mas se trata de uma continuidade, pela qual somente se compreende o presente se este for entendido como um fio contínuo que carrega o passado e é o resultado de uma construção longínqua que precisa ser resgatada para que a condição humana possa então ser verdadeiramente dimensionada.

A noção verdadeiramente humana trazida a partir da morte da metafísica, aliada à concepção de história como continuidade, possibilitou a formulação da premissa filosófica contemporânea sob a qual se pensa hoje os Direitos Humanos, isto é, como um produto histórico da racionalidade humana em busca de condições melhores, incorporando, através de crises e guerras, valores fundamentais que passam a constituir direitos considerados inalienáveis e que precisam ser garantidos em busca de condições dignas de vida (HOMCI; TAXI, 2012).

Paralelamente a essa questão filosófica, as graves crises e atrocidades as quais muitos seres humanos sofreram ao longo da história contribuíram para uma necessidade coletivamente vislumbrada de proteger a raça humana de seus próprios arbítrios.

Muito embora já tivesse havido grandes atrocidades como a inquisição medieval, os horrores das execuções penais do século XVIII e XIX e muitas outras, foi o holocausto nazista o ponto culminante para a emergência da proteção internacional e incondicional dos Direitos Humanos. A imagem de **Auschwitz**-Birkenau chocou a humanidade de tal maneira que possibilitou que, mesmo em meio às profundas diferenças histórico-culturais e a até então inabdicável soberania interna, os países (sobretudo ocidentais) pensassem a humanidade sob uma perspectiva global e relativizassem suas concepções em prol da busca de um consenso que afastasse a raça humana de qualquer tipo de violação com base em características individuais, culturais etc., reconhecendo então direitos a todo e qualquer

ser humano, que possuem legitimidade com base tão somente no caráter humano dos titulares (TRINDADE, 2012).

Sob esse enfoque, e ainda sob a mancha que recaiu sobre a humanidade com a 2ª Guerra Mundial, surgiu em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual estabeleceu os Direitos Humanos como o paradigma interpretativo de todo regime jurídico democrático. No continente americano, surgiu em 1969 a Convenção Americana de Direitos Humanos, pela qual os Estados signatários se comprometeram a “respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita à sua jurisdição, sem qualquer discriminação” (art 1º, item 1). Se o exercício de tais direitos e liberdades não estivessem ainda assegurados na legislação ou em outras disposições, os Estados membros obrigaram-se a adotar as medidas legais ou de outro caráter para que venham a se tornar efetivas.

Os Direitos Humanos surgem na contemporaneidade como um fundamento para a legitimação democrática dos Estados, e como resposta às atrocidades observadas na primeira metade do século XX. Mais do que um simples conjunto normativo, constituem-se como um discurso que legitima o agir de Estados e organizações no seio das sociedades. Parte-se do pressuposto que sua efetivação poderá acarretar aspectos positivos para as sociedades de modo geral, sem olvidar os relevantes impactos negativos que o discurso dos Direitos Humanos tem causado em sociedades marginalizadas.

A hegemonia dos direitos humanos como linguagem de dignidade humana é hoje incontestável. No entanto, esta hegemonia convive com uma realidade perturbadora. A grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de discursos de direitos humanos. (SANTOS, 2013, p. 42)

Sabe-se, igualmente, que a efetivação dos Direitos Humanos, do discurso à prática, vai muito além de questões relativas à sua normatização. De modo mais abrangente, as dificuldades são metajurídicas, isto é, são muito mais sofisticadas do que o aparato jurídico — seja no âmbito interno,

seja no âmbito internacional — tem capacidade para solucionar. A responsabilidade pela efetivação dos Direitos Humanos é múltipla. Isso não exclui o importante papel que os juristas podem desempenhar para a efetivação dos direitos básicos do ser humano.

Com o olhar crítico necessário, os juristas também são responsáveis por causar a baixa eficácia dos Direitos Humanos, seja pela assimilação neutra do discurso, seja pela ineficácia de sua formação para compreender e resolver os problemas que são de sua competência. Como será mostrado adiante, o ensino jurídico do Brasil tem um papel importante para o estado da arte dos Direitos Humanos em nosso contexto.

3 Das características do ensino jurídico no Brasil ou do esvaziamento do saber: o direito abstrato e seu distanciamento da realidade

Os cursos jurídicos têm, desde a sua implantação no Brasil (BASTOS, 2000), a característica de transmissão de um conhecimento formal e reproduzido de forma acrítica, com o objetivo de preparar um profissional tecnicista, que domine as fontes do direito (a lei em particular) em seu estado puro, independentemente dos aspectos inerentes à sua aplicabilidade.

Falta ao acadêmico [e ao profissional] a consciência de que Direito e lei não tem o mesmo significado. A lei é produto do Direito, ou seja, de relação interpessoal ou do conflito dessa relação. (...) Esse é um fator relevante na formação acadêmica que distancia cada vez mais o profissional do direito de sua responsabilidade como sujeito de transformação social e da visão humanística tão necessária na atualidade. (ALVES, 2008, p. 244).

Forma-se, assim, um imaginário que “simplifica” o ensino jurídico, a partir da construção de *standards* e lugares comuns, repetidos nas salas de aulas (...). Essa cultura alicerça-se em casuísmos didáticos. (...)A doutrina que sustenta o saber jurídico resume-se a um conjunto de comentários resumidos de ementários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos.(...)Os próprios exemplos utilizados em sala de aula ou em determinadas obras jurídicas estão desconectados do que acontece no cotidiano da sociedade (...).

Ocorre, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico, como se a realidade social pudesse ser procustianamente aprisionada/moldada/explicada através de verbetes e exemplos com pretensões universalizantes. (STRECK, 2008, p. 388-389).

O impulso reducionista do ensino jurídico contemporâneo² não se coaduna com uma adequada compreensão do discurso dos Direitos Humanos. O ensino do direito no Brasil, especialmente nos últimos anos, é marcado pelas seguintes características: abordagens abstratas e dogmáticas do ordenamento jurídico; esquematização de informações e baixa politização dos professores/alunos; narrativa de situações práticas reais ou hipotéticas distantes da realidade, com baixa problematização.

As abordagens abstratas do direito partem da lógica dedutiva segundo a qual é possível, mediante a compreensão conceitual dos textos legais em seu estado puro, definir sua aplicabilidade a todas as situações reais nas quais ele possa ser inserido.

Como consequência desse modo de compreensão do Direito, visualiza-se uma espécie de conhecimento jurídico meramente informativo, conservador e despolitizado, formulado por intermédio de um sistema normativo fechado, estruturado a partir de uma visão dogmática e de uma aplicação técnico-formal do direito (método de interpretação tradicional lógico dedutivo, de caráter exegético, típico de uma igualdade de cunho formal). (VERBICARO, 2007).

Outro ponto característico do ensino jurídico atual é a esquematização de informações, que se consolida numa pretensa “doutrina” voltada

² Cabe salientar que, embora a crítica seja voltada ao ensino jurídico contemporâneo, os problemas do ensino jurídico brasileiro são seculares, muito em conta da total ausência de interesse acerca da formação pedagógica dos docentes de Direito. “Em função da necessidade de alimentar a máquina burocrática estatal, o início do ensino jurídico no país forma marcado pela absoluta ausência da preocupação da formação pedagógica dos professores, vez que para atender a finalidade a qual os cursos se prestavam bastavam aulas meramente expositivas, em que os professores despejavam o conhecimento nas salas de aula e os alunos deveriam absorvê-los o máximo possível. Transcorridos mais de 150 anos dos primeiros cursos de Direito no país, os atuais cursos jurídicos ainda possuem muitas semelhanças com aquele modelo introduzido no século XIX, vide a forte presença do dogmático-jurídico pautado num ensino conteudista e unidisciplinar. Dessa forma, observa-se que muita desse atraso na educação jurídica é devido a tradicional ausência de preocupação com a formação docente. Ainda vigora no mundo acadêmico do Direito o pensamento falacioso de que para a docência basta o domínio do conhecimento específico em determinada área” (ABIKAIR NETO, *apud* PRADO; SANTOS; PEREIRA JUNIOR, 2015, p. 449).

para fins específicos – em especial à aprovação em concursos públicos – que invadiu a academia nos últimos anos. No ensino jurídico tal situação adquire muitas vezes um viés aparentemente legítimo, com ares de única possibilidade, uma vez que se prioriza a transmissão dos diversos textos legais, vendo o próprio direito como com conjunto de ideias acabadas, as quais ao estudante cabe apreendê-las para poder dominar o sistema jurídico e aplicá-lo na prática. Em decorrência disso, o ensino passa a ser não-reflexivo e estritamente cumulativo, com a necessidade de o estudante apreender um número cada vez maior de informações, tornando-se um decorador e assimilador.

Um problema particularmente grave do ensino jurídico para uma adequada compreensão dos Direitos Humanos é a forma como se dá a inserção de conhecimentos práticos no processo educacional, por meio da narrativa de situações práticas reais ou hipotéticas distantes da realidade, com baixa problematização, e aplicação de métodos avaliativos voltados a mensurar o grau quantitativo de conhecimento absorvido pelo aluno. A questão pode ser centralizada na ausência de problematização do ensino jurídico. Com efeito,

Diversos sistemas de ensino jurídico, com destaque para o inglês e o norte-americano, da linha da *Common Law*, e os sistemas alemão e francês, de origem romano-germânica, dedicam-se ao estudo do Direito através da solução de casos práticos. No entanto, a utilização destes casos nas faculdades de Direito brasileiras é muito escassa, além de ser objeto de poucas remissões na doutrina jurídica, provavelmente pelo fato de o atual modelo de ensino jurídico se dedicar a transmitir ao aluno a estrutura do sistema legal abstrato e dominante, totalmente alheio ao “mundo real”. (GHIDOLIN; SALLES, 2003, p. 63).

Professores se esforçam para elucidar, em aulas expositivas, a aplicabilidade dos conceitos extraídos do ordenamento jurídico à realidade social por meio de exemplos hipotéticos que muitas vezes são distantes da realidade do aluno, e que culminam na aplicação de processos avaliativos em que se exige do aluno decidir situações problemáticas para as quais, em momento algum, foi preparado a atuar.

Evidente que não se pode negar a ausência de formação técnica básica dos professores de Direito em geral para a docência. A formação do professor de Direito se dá por meio da observação da prática de seus docentes, a ensinar a reprodução secular de métodos de ensino, mixada com a inserção de vivências profissionais do professor em outras atividades jurídicas que eventualmente exerça.³

Esse rápido panorama nos permite afirmar que o ensino do direito no Brasil, de acordo com as características acima apontadas, não está adequado a formar juristas preparados para atuarem na efetivação dos Direitos Humanos. Mas, no estágio atual, é possível a reconstrução do ensino jurídico no Brasil?

Além de possível, essa remodelação é necessária, diante da imposição dos desafios contemporâneos do direito na nossa sociedade. Para tanto, serão apresentados dois métodos de ensino que podem incrementar a formação jurídica, para que se aumente o grau de efetividade dos Direitos Humanos em nossa sociedade. São métodos já aplicados em alguns contextos educacionais brasileiros, que apresentam resultados satisfatórios, e que podem ser inseridos em contextos mais amplos.

4 A revigoração do ensino jurídico como elemento de reconstrução do discurso dos direitos humanos: a problematização do ensino e o ensino clínico

As propostas para um aprimoramento do ensino jurídico são muitas, e não tem incidência exclusivamente no aperfeiçoamento da compreensão real dos Direitos Humanos. Vão muito além disso, na medida em que podem trazer elementos inovadores para incrementar o direito como um todo. Para a seara dos Direitos Humanos em particular, dois métodos de aprendizagem

³ “Na realidade, os muitos que ministram aulas nos cursos de Direito não são professores, são juízes, promotores, advogados e demais operadores do Direito que, como complemento de renda ou, como alguns dizem, “por vocação”, assumem aulas nos cursos de bacharelado. O critério de escolha para a docência limita-se, por vezes, à atuação profissional e, numa transposição acrítica, acredita-se que, se a pessoa é um bom juiz, um bom advogado, necessariamente, será um bom professor.” (PRADO; SANTOS; PEREIRA JUNIOR, 2015, p. 452)

tem se evidenciado a partir da década de 1990, como metodologias ativas (BERBEL, 2011)⁴ aptas a formarem juristas mais alinhados com a realidade social em que vivem, de modo diferente da formação abstrata e tecnicista exposta no tópico anterior. São elas a aprendizagem baseada em problemas e o ensino clínico. Ambas, embora de modos distintos, tem em comum o fato de a relação educacional ser focada em quem aprende, e não em quem ensina, a partir de técnicas que apresentem situações problematizadas, nas quais a dinâmica das situações práticas – orientadas pelo conhecimento teórico já obtido – reorientem a compreensão da própria teoria, em um processo de contínuo aperfeiçoamento.

Do inglês *Problem-Based Learning* (PBL), a aprendizagem baseada em problemas consiste num método por meio do qual “prepara-se um elenco de situações que o aluno deverá saber/dominar. Este elenco é analisado situação por situação para que se determine que conhecimentos o aluno deverá possuir para cada uma delas. Este elenco constitui os temas de estudo. (...) Cada tema será transformado em um problema para ser discutido em um grupo tutorial, quando se tratar de um tema que diga respeito à esfera cognitiva.” (BERBEL, 1998, p. 145). Por meio dessa metodologia, inicialmente o aluno recebe as informações conceituais básicas para a compreensão da temática abordada, no método tradicional de ensino expositivo, porém com enfoque centrado apenas nos conteúdos básicos da temática e reforço das referências bibliográficas que podem aprimorar os conhecimentos expostos em sala de aula. Em seguida, são apresentadas situações-problemas reais, atuais ou paradigmáticas, e os estudantes são instados a apresentarem soluções para a situação. Não se trata apenas de cogitar problemas hipotéticos que poderiam advir da interpretação abstrata das normas, mas colocar o aluno no papel de protagonista da relação de ensino, na medida em que o professor apenas apresenta os problemas, dando total autonomia ao aluno para pensar nas soluções por si próprio, cabendo ao

⁴ “Podemos entender que as Metodologias Ativas baseiam-se em formas de desenvolver o processo de aprender, utilizando experiências reais ou simuladas, visando às condições de solucionar, com sucesso, desafios advindos das atividades essenciais da prática social, em diferentes contextos.” (BERBEL, 2011, p. 29)

docente apenas o papel de facilitar da compreensão dos conteúdos básicos e o direcionamento do problema a ser resolvido.

Como isso pode aprimorar a compreensão e efetivação dos Direitos Humanos?

Um grave problema dos Direitos Humanos é a defesa dos marcos legais como um fim em si, além do excesso de legalização (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2014). Um importante papel a ser desempenhado pelos juristas passa por ir além da compreensão do direito como apenas ordenamento jurídico, e isso só é possível se o ensino jurídico tiver como enfoque, também, a aplicação do direito, e não apenas a sua absorção normativa abstrata. Para que os juristas alcancem esse mister de compreender o direito por meio de sua aplicabilidade, faz-se necessário construir um ensino problematizante, em que os alunos estejam constantemente empenhados em resolver situações de aplicabilidade real das normas. Para o campo dos Direitos Humanos, tal metodologia parece muito proveitosa, na medida em que são inúmeras as situações-problemas que podem ser abordadas durante um curso de graduação, por exemplo. Desde os precedentes das cortes internacionais, até os julgamentos realizados pelos tribunais locais acerca de situações que envolvam os Direitos Humanos, há diversos casos que podem ser apresentados aos estudantes para que, como base neles, sejam forjadas habilidades para a solução real de problemas. Observe-se: tal metodologia não deve ser complementar à formação conteudística tradicional; pode ser base de abordagem de uma disciplina de Direitos Humanos durante um curso de graduação (e também de outras disciplinas, especialmente àquelas relacionadas com os Direitos Humanos, como o Direito Constitucional (na etapa em que são discutidos os direitos fundamentais no âmbito interno), Direito Previdenciário, Direito Ambiental, Direito Internacional Público, dentre outros).

Porém, é possível ir além de casos já estabelecidos nas cortes internacionais e nacionais. É possível problematizar o ensino a partir de casos que ainda não foram apresentados à apreciação jurisdicional. Nesse sentido, a abordagem pode provocar análises de situações que estão sendo noticiadas

atualmente, cabendo ao professor estruturar a situação e apontar quais problemas podem advir dela. Em países de contexto econômico-social menos favorecidos, como evidentemente é o caso do Brasil, situações não faltam para que se estabeleçam problemas de ensino a serem discutidos.

Para o ensino em sala de aula tal método pode ser muito eficaz à formação de juristas mais conectados com sua realidade social, que façam algo além de dominar os conceitos básicos dos Direitos Humanos de forma neutra e acrítica, e compreendam as possibilidades de sua aplicabilidade em nossa sociedade. Porém, para que se possa falar em uma formação mais abrangente, o espaço sala de aula não pode ser considerado o único adequado à aprendizagem, daí porque as atividades de pesquisa a extensão são ferramentas poderosas para o aprimoramento dos saberes práticos. Em Direitos Humanos, as atividades clínicas têm-se mostrado muito eficazes para tanto.

Basicamente, a clínica na faculdade de direito é um escritório de ensino jurídico onde os estudantes se envolvem na prática legal supervisionada em uma estrutura onde são chamados a alcançar excelência no exercício da práxis e a refletir sobre a natureza da mesma e a relação desta com o Direito ensinado em sala e lido nas bibliotecas. É o método de ensinar estudantes de Direito a representar efetivamente clientes no Sistema Legal e, ao mesmo tempo, desenvolver uma visão crítica sobre este. Estudantes de Direito aprendem, na clínica, que doutrina, regras e procedimentos, teorias legais e o planejamento e execução da representação legal de clientes, considerações éticas e as implicações sociais, econômicas e políticas da advocacia, estão, fundamentalmente, interligados (WIZNER, 2000, p. 1930 *apud* RUTIS, 2017, p. 3).

O ensino clínico dos Direitos Humanos evoluiu consideravelmente no Brasil nos últimos anos. Só em Belém há atualmente três clínicas de Direitos Humanos em funcionamento, na Universidade Federal do Pará –

UFPA⁵, no Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA⁶ e na Universidade da Amazônia – UNAMA⁷. Com uma abordagem que mescla elementos de pesquisa e extensão, tais espaços diferenciados permitem aos alunos um aprofundamento teórico na temática dos Direitos Humanos, que não obteriam no curso da disciplina regular na graduação, bem como permitem que atuem na aplicabilidade prática de seus conhecimentos, mediante representações em casos estratégicos de violação dos Direitos Humanos, seja como patronos de indivíduos ou organizações, seja como petionantes na condição de *amicus curiae*.

Pode-se afirmar que o papel das clínicas para a formação em Direitos Humanos é superar o espaço físico da sala de aula como limite do conhecimento. Ao permitir que os alunos atuem na realidade prática de casos de violações aos Direitos Humanos, além de inserir importante elemento de formação social no estudante, dá-se a ele a dimensão real dos problemas vivenciados na sociedade, para além do ensino abstrato habitual.

A educação clínica é centrada na formação humana e profissional do discente do curso de direito, bem como da preocupação com a relação coerente entre teoria e prática no Direito, no âmbito dos cursos de Direito nas universidades. O que se questiona na metodologia clínica é o “fetiche” na formação dos discentes de direito, centrada no estudo decorativo das leis, códigos e jurisprudência, mas também nos pilares do ensino, pesquisa e extensão inseridos na realidade social e no Direito. Nesse sentido, a educação clínica objetiva desenvolver nos alunos habilidades e destrezas argumentativas e analíticas, de uma entrevista a um constituinte, a uma defesa num caso difícil. Por esses motivos, se utiliza muitos estudos de casos, hipotéticos ou reais. (AGUIAR; LOUREIRO; RIBEIRO, 2017, p. 69).

A superação da forte crítica aos Direitos Humanos como discurso de dominação (HOPGOOD, 2014) passa pela revisitação do papel de cada um

⁵ Informações em <http://www.cidh.ufpa.br/>.

⁶ Informações em <https://www.facebook.com/cdhcesupa/> e <http://ddhcesupa.blogspot.com.br/>.

⁷ Informações em: <http://blogs.unama.br/tags/clinica-de-direitos-humanos>.

dos agentes que atuam nesse ramo. Aos juristas – que tem o papel de colaborar na edição das normas legais, mas acima de tudo de resolver casos a partir da aplicação de tais normas – é necessária uma formação mais complexa da que atualmente é oferecida nas faculdades de direito no Brasil. O método clínico apresenta-se como uma possibilidade real para isso, na medida em que já vem sendo implementado com algum sucesso em diversas instituições de ensino, conjugando elementos de uma pesquisa teórica mais aprofundada – ainda na etapa da graduação – com elementos de atuação prática para a solução de problemas reais enfrentados por aqueles que tem seus direitos mais básicos violados.

5 Conclusão

Os profissionais dos Direitos Humanos, incluindo os juristas, vivem em um ambiente contemporâneo de incertezas.

Uma vez que os profissionais dos direitos humanos não podem se dar ao luxo de simplesmente celebrar a crítica e se satisfazer com as incertezas, as suas respostas [acerca do discurso dos direitos humanos] oscilam entre a defesa e a reconstrução reflexiva. Atitudes defensivas tendem a ser a reação de ONGs e de alguns advogados que acreditam integralmente no modelo dominante de defesa dos direitos humanos. A reconstrução reflexiva é a resposta daqueles que reconhecem o valor de tais críticas, mas acreditam que elas não representam o fim de um ideal de luta pelos direitos humanos, mas sim a necessidade de novas formas de pensá-lo e praticá-los. (RODRIGUEZ-GARAVITO, 2014, p. 519)

Este trabalho alinha-se ao pensamento sobre a necessidade de uma reconstrução reflexiva dos Direitos Humanos. Para tanto, objetiva-se contribuir com a crítica sobre o impacto que o modelo de formação dos juristas brasileiros tem sobre a pouca eficiência prática do discurso dos Direitos Humanos em nossa sociedade.

Os métodos apresentados para o aprimoramento do ensino jurídico dos Direitos Humanos – PBL e Ensino Clínico – não tem o condão de serem os únicos possíveis, e tampouco só com eles poderá ocorrer uma revolução na

compreensão que os juristas tem sobre a importância da temática. Porém, sabe-se que é necessário ir além da formação normativa dos profissionais do direito, e prepará-los para o porvir com elementos que permitam uma atuação prática mais incisiva em áreas estratégicas da sociedade.

Sem dúvida, os Direitos Humanos foram erigidos a um papel central nas sociedades ocidentais a partir da segunda metade do século XX, e a sua pauta de reivindicações passa pela análise reflexiva de seu discurso por parte dos profissionais aptos a atuarem nessa área. Os juristas tem um papel singular nesse cenário, como já demonstrado, motivo pelo qual sua formação merece atenção especial no contexto contemporâneo. Some-se a isso a existência de 1.066 cursos de graduação direito em atividade no Brasil⁸, que demonstra o impacto que a formação dos juristas pode ter na sociedade.

Se for verdade que a formação jurídica deve evoluir como um todo, na área dos Direitos Humanos tal formação merece um destaque particular, na medida em que graves problemas com a violação de direitos básicos dos cidadãos são vivenciados diariamente no Brasil. Assim, os juristas são agentes privilegiados para contribuir com eficácia dos Direitos Humanos, mas tal contribuição só será possível se os profissionais do direito estiverem aptos para tanto, motivo pelo qual a inserção de metodologias diferenciadas de ensino focadas no aluno, com base na problematização do conhecimento, apresenta-se como uma alternativa viável e já em uso, que merecem ser difundidas no universo jurídico-educacional brasileiro.

6 Referências

AGUIAR, Denison Melo de; LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira; RIBEIRO, Robson Parente.

O Método de Educação Clínica no Núcleo de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Universidade do Estado do Amazonas. In: NICÁCIO, Camila Silva; MENEZES, Fabiana Soares de; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Bracho. *Clínica de Direitos Humanos e o Ensino Jurídico no Brasil: da crítica à prática que renova*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

⁸ Segundo informações contidas no último relatório do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes – ENADE, emitido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, disponível em: <http://enadeciis.inep.gov.br/enadeles/enadeResultado/>.

ALVES, Elizete Lanzoni. **Ensino jurídico como fonte do direito: uma abordagem crítica sobre o espaço universitário.** In: CARLINI, Angélica; CERQUEIRA, Daniel Torres de; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *180 anos do Ensino Jurídico no Brasil*. Campinas. Millennium, 2008.

BASTOS, Aurélio Wander. **O Ensino jurídico no Brasil.** Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2000.

BERBEL, Neusi Aparecida Navas. **As metodologias ativas e a promoção da autonomia de estudantes.** Londrina: Semina: Ciências Sociais e Humanas. V. 32. N. 1. p. 25-40, jan/jul, 2011.

_____. **A problematização e a aprendizagem baseada em problemas: diferentes termos ou diferentes caminhos?** Revista Interface: Comunicação, Saúde e Educação. V. 2. N. 2, 1998.

BERLIN, Isaiah. **A força das idéias.** São Paulo, Companhia das letras, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 2 ed. São Paulo: Edipro, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FELIX, Loussia Penha Musse (Ed.). **Ensino Superior na América Latina: reflexões e perspectivas sobre Direito.** Bilbao: Universidad de Deusto, 2014.

FILHO, Roberto Lyra. **Porque estudar direito hoje?** In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo (Org.). *Direito Achado na Rua*. 3 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

GHIDOLIN, Clodoveo; SALLES, Marcus Maurer. **Semear a incerteza: a problematização de casos práticos como método de ensino crítico transformador do direito.** In: *Anuário da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDI*. Ano 4. São Paulo: Fundação Boiteux, 2006.

HOMCI, Arthur Laércio; TAXI, Ricardo Araujo. **O direito como integridade na prática interpretativa dos direitos humanos.** Revista Saber Jurídico (CESUPA), v. 3, p. 01-19, 2012.

HOPGOOD, Stephen. **Desafios para o Regime Global de Direitos Humanos: os direitos humanos ainda são uma linguagem eficaz para a mudança social?** Sur. Revista

Internacional de Direitos Humanos, v. 11, n. 20, p. 71-79, 2014. Disponível em: www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/20. Acesso em 10 mai 2017.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**. São Paulo: Companhia das letras, 2005.

PRADO, Edna Cristina do; SANTOS, Clecia Maria dos; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Miguel. **Pós-graduação *stricto sensu* em Direito: onde e como se forma o decente dos cursos de graduação**. Revista Brasileira de Pós-Graduação. Brasília: V. 12, n. 28, p. 443-470, 2015.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. **O futuro dos direitos humanos: do controle à simbiose**. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 11, n. 20, p. 515-526, junho/2014. Disponível em: www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/20.

RUTIS, Luiz Augusto. **O Método Clínico e Déficit Social e Pedagógico do Ensino Jurídico Brasileiro**. In: NICÁCIO, Camila Silva; MENEZES, Fabiana Soares de; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Bracho. *Clínica de Direitos Humanos e o Ensino Jurídico no Brasil: da crítica à prática que renova*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

_____. **A gramática do tempo. Para uma nova cultura políticas**. São Paulo: Cortez, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e ensino jurídico em *Terrae Brasilis***. In: CARLINI, Angélica; CERQUEIRA, Daniel Torres de; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *180 anos do Ensino Jurídico no Brasil*. Campinas. Millennium, 2008.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. ***International Human Law***. Strasbourg, 2012.

VENTURA, Deisy de Lima. **Do direito ao método e do método ao direito**. In: CERQUEIRA, Daniel Torres de; FRAGALE FILHO, Roberto. **Ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica**. Campinas: Millennium, 2007.

VERBICARO, Loiane Prado. **O ensino jurídico brasileiro e o direito crítico e reflexivo**. 2007. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/29843-29859-1-PB.pdf>. Acesso em 12 nov 2016.

ZÚÑIGA, Rúben Cardoza. **A Dicotomia Jurisdicional entre Direito Interno e Direito Internacional em matéria de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Revista Meritum, v. 5, n.2, p. 125-159, 2010.

Primeira Parte:

Política dos corpos, sexualidade e gênero

Corpo, direito e relações de poder: uma análise do controle jurídico sobre a vida e o corpo na modernidade

*Thiago Augusto Galeão de Azevedo*¹

Introdução

O objeto de estudo do presente artigo consiste no papel do Direito perante o gerenciamento de corpos e da vida na modernidade, análise a ser realizada à luz da teoria de Michel Foucault. Busca-se responder a seguinte pergunta problema: em que medida o Direito é um instrumento de normalização de corpos, de controle da vida?

Trata-se de uma temática dotada de relevância, ao se considerar a necessidade do desvelamento de tecnologias de poder, inclusive contemporâneas, e o impacto destas na prática jurídica. Ademais, a reflexão sobre o Direito como um instrumento de poder é fundamental para a construção de formas de resistência e, principalmente, para propiciar estudos acerca da necessidade, e inclusive da possibilidade, de se pensar em outro direito, um direito não normalizado.

Para responder à pergunta proposta, utilizar-se-á da metodologia *Pesquisa bibliográfica*, levantando-se as obras e artigos que possibilitam a

¹ Doutorando em Direito (Direito, Estado e Constituição) pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Especialista em Direito Civil - PUC MG. Professor da Universidade Federal de Mato Grosso. Advogado (OAB/MT).

formação dos pressupostos teóricos necessários para a concretização do estudo.

Ao início, realizar-se-á uma breve exposição conceitual sobre as formas de poder sustentadas por Foucault, quais sejam: poder soberano, poder disciplinar, biopolítica das populações e biopoder; tendo-se como objetivo fornecer o substrato teórico necessário para que se possa compreender a análise relacional a ser realizada entre tais formas de poder e o Direito.

Posteriormente, discutir-se-á o conceito de Direito utilizado no presente ensaio, para que então se possa iniciar a análise da relação do Direito com a norma. Será analisada, primeiramente, a imagem do Direito como lei, como um instrumento do poder soberano, oposto à norma.

Em seguida, passar-se-á ao estudo da relação do Direito com o mecanismo de poder incidente sobre a vida, este representado pelas suas duas formas de exercício de poder: o poder disciplinar e a biopolítica das populações; para então averiguar o seu papel no controle dos corpos e da vida na modernidade.

1 As múltiplas formas de poder em Michel Foucault: poder soberano, disciplinar, biopolítica das populações e biopoder

Conforme citado anteriormente, começar-se-á o presente ensaio tendo as devidas conceituações e esclarecimentos sobre as formas que o Poder assume na teoria de Michel Foucault, para que se possa plenamente compreender a relação destas formas de poder com a esfera jurídica.

Inicialmente, destaca-se a figura do *Poder Soberano*. Conforme destaca Foucault, em sua Obra *História da Sexualidade: vontade de saber* (2014), este poder era exercido, essencialmente, em forma de confisco, de apropriação, extorsão de riquezas, produtos, bens, trabalho e até mesmo de sangue, imposto aos súditos pelo soberano. Trata-se de um poder que corresponde ao direito de apreensão do tempo, dos corpos e, destaca-se,

da vida. Nas palavras de Foucault, um “privilégio de se apoderar da vida para suprimi-la” (2014, p. 146).

Direito de vida e morte, um dos “privilégios” do poder soberano. Um poder exercido pelo soberano, que se apodera da vida do seu súdito através do seu direito de matar ou, em outras palavras, por meio do direito de causar a morte do seu súdito ou de deixar este viver.

Entretanto, a partir da época clássica (séculos XVII e XVIII), Foucault (2014) ressalta que o ocidente passou por uma transformação profunda em relação aos mecanismos de poder. O exercício do poder através do confisco perdeu sua centralidade para um poder positivo, produtor de forças, obstinado em disseminá-las e as ordenar.

Trata-se de uma transição que marca um deslocamento do primeiro poder, marcado pela morte, para um novo poder baseado na vida. Não se trata de uma transição que faz o segundo excluir o primeiro, mas de uma alteração no protagonismo de cada poder, tanto que o poder soberano passa a ser um complemento de um poder positivo, exercido sobre a vida. Um poder gestor, regulador da vida em conjunto, de uma população. Passa-se da existência jurídica, própria do poder soberano, para a existência biológica.

Um mecanismo de poder centrado na vida, que se desenvolveu, a partir do século XVII, por meio de duas formas, que não se excluem, pelo contrário, estão interligadas. A primeira forma de poder tem como objeto central o controle do corpo, este como uma máquina, assumindo um papel econômico. Um controle marcado por uma pedagogia do corpo, adestrando-o e o tornando dócil. Um poder que tinha como objetivo a extorsão das forças e o crescimento da utilidade do corpo. Trata-se do *Poder disciplinar*, as *disciplinas anátomo-política do corpo humano* (FOUCAULT, 2014).

Referindo-se à citada transição de poder, Foucault intitula de *idade de ortopedia social* a nova fase em que se está a partir do poder disciplinar, marcado por uma sociedade disciplinar em oposição às sociedades penais, próprias do poder soberano (FOUCAULT, 2013). Miroslav Milovic, em sua

obra *Política e Metafísica* (2017, p. 116), destaca a referida passagem do poder soberano ao poder disciplinar:

Até o século XVIII, fala Foucault, o corpo dos indivíduos fica exposto às estruturas do poder soberano para ser suplicado e castigado. A partir do século XIX o corpo 'deve ser formado, reformado, corrigido'. Estamos entrando no mundo do controle dos indivíduos. Ele agora deve ser considerado pela sociedade pensando as possibilidades dele e não só os atos. Estamos entrando numa sociedade onde domina a vigilância, o panoptismo. Foucault fala sobre o caráter panóptico do poder disciplinar.

Sobre essa sociedade do *Panoptismo*, Foucault (2013), em sua quarta conferência que compõe a obra *A verdade e as formas jurídicas*, faz uma pequena homenagem a Bentham, citando a sua contribuição para a reflexão sobre as formas de poder vivenciadas por todos, mas principalmente pelo modelo de sociedade marcada pela ortopedia social apresentado por ele: o *Panopticon*. Para Foucault, uma utopia que se realizou através do controle efetuado pelo poder disciplinar, que pode ser intitulado de *Panoptismo*. Nas palavras de Foucault (2013, p. 89), trata-se de uma:

Vigilância permanente sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder – mestre-escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão – e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de construir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber. [...] Tem-se, portanto, em oposição ao grande saber de inquérito, organizado no meio da Idade Média através da confiscação estatal da justiça, que consistia em obter instrumentos de reatualização de fatos através de testemunho, um novo saber, de tipo totalmente diferente, um saber de vigilância, de exame, organizado em torno da norma pelo controle dos indivíduos ao longo de sua existência. Esta é a base do poder, a forma de saber-poder que vai dar lugar não às grandes ciências de observação como no caso do inquérito, mas ao que chamamos ciências humanas: Psiquiatria, Psicologia, Sociologia etc.

Foucault destaca, portanto, a partir do excerto retrotranscrito, a insurgência de um *saber-poder* a partir do poder disciplinar, exercente de

uma vigilância, examinador, esculpido para o controle da existência do indivíduo. Um saber construído sobre os padrões de normalidade, do que é normal ou anormal.

A segunda forma de exercício do poder centrado na vida se formou um pouco depois da anterior, na metade do século XVIII. Nesta, o centro passa a ser o *corpo-espécie*, como a base de processos biológicos. Passou-se a uma série de intervenções que tinham como objetivo o controle da população, em uma lógica biológica, a exemplo do controle dos nascimentos, mortalidade, a qualidade da saúde, a longevidade, considerando-se as variáveis. Trata-se de uma intervenção e controle chamado de *Biopolítica das populações* (FOUCAULT, 2014).

A partir deste mecanismo de poder, surge a ideia de *população*, no sentido de um grupo de indivíduos, marcados por um caráter unitário possibilitado a partir de suas características biológicas, que estão sujeitas a variações.

Essas duas formas de poder consubstanciam um mecanismo de poder centrado na vida e não mais na morte. O poder soberano cede seu protagonismo à gerência dos corpos e à administração estratégica da vida, que juntas ensejaram a chamada *era de um biopoder*, este como um elemento indispensável para o desenvolvimento do capitalismo, a partir do controle dos corpos na escala de produção e, também, por meio de uma compatibilização do controle da população aos processos econômicos. O biopoder como um mecanismo formado por práticas e discursos instituidores e organizadores da sociedade burguesa, séc. XVIII (MISKOLCI, 2007).

O biológico passa a ser o centro de um mecanismo, sendo objeto de controle e gerenciamento pelo saber e de intervenção pelo poder. O biológico ocupa o espaço do político, pela primeira vez na história. A vida passa a ser objeto de cálculos, de um poder-saber transformador da vida humana. A espécie humana passa a ser objeto de estratégias políticas.

Nesta seção, teve-se como objetivo apresentar, mesmo que brevemente, os principais elementos caracterizadores das formas de poder na

teoria de Michel Foucault, para que se possa compreender a posição do Direito em relação às múltiplas formas de poder analisadas, estudo este que será realizado nas próximas seções, sendo fundamental para a compreensão da posição do Direito perante a produção e controle de corpos na modernidade.

Entretanto, antes, para compreender a citada análise da relação existente entre o Direito e o Poder e os seus possíveis influxos sobre o controle dos corpos e da vida, é necessário esclarecer a concepção do Direito adotada na presente pesquisa, essencial para a interpretação e compreensão da obra de Michel Foucault.

2 A concepção não essencialista do direito, em François Ewald, e a sua aplicação na interpretação do conceito de direito em Michel Foucault

François Ewald, filósofo francês, assistente de Michel Foucault na década de 1970, na introdução de sua obra *L'état providence* (1986), propõe uma nova concepção do Direito, uma concepção não essencialista, para a qual o Direito não existe enquanto essência. Trata-se de uma concepção na qual a historicidade assume a centralidade.

Nous voudrions proposer une troisième attitude, qui permette de réconcilier le droit avec son histoire. Mieux: qui permette de penser l'historicité comme une dimension essentielle du droit. Cela suppose d'en finir avec le préjugé essentialiste: le droit n'existe pas; ce que l'on appelle « droit » est une catégorie de la pensée qui ne désigne aucune essence, mais sert à qualifier certaines pratiques: pratiques normatives, pratiques de la contrainte et de la sanction sociale sans doute, pratique politique certainement, pratique de la rationalité aussi. Celles-ci peuvent être très différentes les unes des autres; le droit est tout entier, sans reste, en chacune d'elles, sans qu'il y ait à supposer nulle part la permanence d'une essence. (Ewald, 1986, p.12).²

² Tradução livre: "Nós queríamos propor a terceira atitude que permite reconciliar o direito com sua história (história). Melhor: que permite pensar na historicidade como uma dimensão essencial do direito. Supõe-se para terminar com o preconceito essencialista: o direito não existe; a que nós chamamos "direito" é uma categoria do pensamento que não indica nenhuma essência, mas serve para qualificar certas práticas: práticas normativas, práticas do constrangimento e a penalidade social indubitavelmente, prática política certamente, também pratica um pouco de

O Direito, a partir da concepção proposta por Ewald, está marcado pela sua relação com a história, que compõe a sua dimensão essencial. A partir deste conceito, o Direito é destituído de uma essência, ele não existe, servindo como um instrumento de qualificação de certas práticas, normativas, de coação, de sanção social, política e da racionalidade; sem a construção de uma essência.

Uma concepção não essencialista, compatível com a teoria de Michel Foucault, que reflete um conceito de Direito relativo a perspectivas históricas e à sua relação com a norma, proporcionando a identificação de imagens do Direito em sua obra.

Trata-se da concepção de Direito adotada no presente ensaio, utilizando-se desta para a análise da relação entre o Direito e o Poder na obra de Foucault, para que, mais especificamente, possa-se refletir sobre a posição do Direito perante o controle de corpos e da vida na modernidade. Análise esta que será realizada a seguir.

3 Direito e poder: o direito como instrumento de controle de corpos na modernidade

Na presente pesquisa, conforme ressaltado anteriormente, sustenta-se o conceito de Direito em uma perspectiva não essencialista, que seria compatível com a concepção própria à teoria de Michel Foucault, uma vez que em sua teoria o Direito não é dotado de uniformidade, assumindo valores diferentes ao longo de sua obra, não havendo um núcleo dotado de segurança e estabilidade.

Márcio Alves de Fonseca, em seu livro *Michel Foucault e o Direito* (2002), destaca esse caráter não essencialista do Direito na obra de Foucault, ressaltando que este pode ser tratado a partir de *imagens* ao longo de sua teoria, e não a partir de um núcleo conceitual solidificado e estável.

racionalidade. Estes podem ser muito diferentes uns dos outros; o direito é o todo, em cada um deles, sem supor a durabilidade de uma essência em nenhuma parte.” (Ewald, 1986, p.12).

As citadas imagens do Direito, na obra de Foucault, são construídas a partir da relação do Direito com a norma, com o poder normativo. A norma como um mecanismo construído por meio de diferentes estados e situações, variável ao contexto em que está inserida. Logo, esta também não é dotada de uma essência, de uma exatidão.

Feitos os devidos esclarecimentos, partir-se-á para a análise da relação entre o Direito e o Poder, a fim de compreender a posição do Direito perante o controle de corpos na modernidade. Inicialmente, destaca-se uma imagem do Direito formada pela sua *oposição* em relação à norma. Trata-se do *Direito como lei*, como um sistema de leis isento de normalização. Parafraseando Miroslav Milovic, trata-se de um contexto em que os corpos ficam expostos a uma estrutura do poder soberano, a fim de ser castigado, suplicado (2017, p. 116).

Este castigo, suplício é instrumentalizado através da aplicação da lei, esta como a vontade do soberano, que impõe o lícito e o ilícito. Assim, o valor do Direito aqui pode ser, nitidamente, identificado pela análise do corpo marcado pelo suplício, representante da aplicação da lei. Nesta imagem, o Direito funciona com sinônimo de lei, associada ao poder soberano, à morte. A lei como um instrumento do soberano, a lei como vetor da morte.

Entretanto, esta concepção do Direito como lei não é absoluta, única, na obra de Michel Foucault. Uma segunda imagem do Direito pode ser identificada em sua obra, na qual este não é mais um elemento oposto à norma, mas um *vetor de normalização*, havendo uma implicação entre o Direito e a norma.

Trata-se de um processo de transição em que a lei, gradativamente, passa a funcionar como norma. Descrevendo um novo mecanismo de poder, que tem como centro a vida, chamado de *Biopoder*, o qual já foi estudado em seção anterior; Foucault destaca este processo de transição (2014, p. 156-157, grifo nosso):

Uma outra conseqüência desse desenvolvimento do biopoder é a importância crescente assumida pela atuação da norma, à expensas do sistema jurídico da

lei. A lei não pode deixar de ser armada, e sua arma por excelência é a morte; aos que a transgridem, ela responde, pelo menos como último recurso, com essa ameaça absoluta. A lei sempre se refere ao gládio. Mas um poder que tem a tarefa de se encarregar da vida terá necessidade de mecanismos contínuos, reguladores e corretivos. [...] **Não quero dizer que a lei se apague ou que as instituições de justiça tendem a desaparecer; mas que a lei funciona cada vez mais como norma, e que a instituição judiciária se integra cada vez mais num contínuo de aparelhos (médicos, administrativos etc.) cujas funções são sobretudo reguladoras. [...] Por referência às sociedades que conhecemos até o século XVIII, nós entramos em uma fase de regressão jurídica; as Constituições escritas no mundo inteiro a partir da Revolução Francesa, os códigos redigidos e reformados, toda uma atividade legislativa permanente e ruidosa não devem iludir-nos: são formas que tornam aceitável um poder essencialmente normalizador.**

Uma transição que marca uma passagem da lei à norma, não no sentido de que a lei seja substituída, deixe de existir, e sim de que a instituição judiciária se integra gradativamente a aparelhos, instituições reguladoras, controladoras, causando impactos na primeira imagem destacada.

O Direito, à luz da concepção de que é sinônimo da lei, da morte; não mais se amolda ao mecanismo de poder incidente sobre a vida. Trata-se do processo gradativo destacado por Foucault, o Direito é cada vez menos lei, tornando-se norma. O mecanismo de poder exercido sobre a vida não mais funciona nos moldes da lei, da repressão. Pelo contrário, esta nova forma de poder, que tem como objeto a vida, é positiva, empreendedora, exercendo-se menos pela lei e mais pela norma.

Há uma ressalva de alta relevância a ser feita neste contexto. O Direito não se apaga perante esse novo mecanismo de poder, mas tão somente a imagem do Direito como lei deixa de suportar essa nova forma de poder, que não mais se exerce pela repressão, mas pela produção, pela norma. Logo, o Direito ainda permanece tendo um papel nessa forma de poder, que não será através da interdição legal, da repressão da lei.

Não se trata mais de um Direito em oposição à norma, e sim de um Direito implicado com a norma, um *direito normalizado-normalizador*,

termo utilizado por Fonseca (2002). Trata-se de uma imagem correspondente à sociedade moderna, contexto no qual Foucault destaca que todo saber está atravessado por um poder, não existindo um saber isento de normalização, o que inviabiliza a defesa de um Direito isento da norma.

Entretanto, antes de tratar da posição do Direito neste contexto, deve-se aprofundar a relação de poder que se está tratando. Conforme já destacado, suscitou-se que após o período clássico um novo mecanismo de poder se tornou protagonista, tendo em sua centralidade a vida. E que este poder se exerce de duas formas: *poder disciplinar* e *biopolítica das populações*. Começar-se-á com a análise do poder disciplinar, para depois analisar a imagem do Direito correspondente a esta forma de poder e a sua relação com o controle dos corpos.

Poder disciplinar, um poder que pode ser representado pela ideia de controle dos corpos, fixando o indivíduo a uma escala de produção capitalista. Um contexto de utilidade corporal. Uma lógica de domínio do tempo, da produção.

Um poder exercente de normalização. Sobre esta, cita-se a aula de 25 de janeiro de 1978 de Michel Foucault, do curso *Segurança, Território e População* (2008), na qual o filósofo destaca que a normalização exercida pelo poder disciplinar funciona a partir da imposição de um modelo a ser seguido, um molde, um padrão compatível com que é desejado pela estrutura de poder.

Sendo a partir da definição do citado modelo, que se passa a classificar aquilo que é normal e anormal na sociedade. Pela imposição prévia de um padrão do normal, Foucault destaca que o poder disciplinar exerce uma normalização, mais especificamente, uma *normação*, devido ao exercício do poder através da imposição prévia do normal.

O Direito assume um papel no citado exercício do poder disciplinar, sendo um instrumento de *normação*. Neste contexto, o Direito está representado pela legislação penal, que perde em sua centralidade o controle a partir do que é lícito e ilícito, passando por um processo de transição em que o controle das virtualidades dos indivíduos assume o protagonismo.

Trata-se do controle daquilo que os indivíduos são capazes de fazer, criando-se a noção de *periculosidade* (FOUCAULT, 2013).

Para o exercício deste controle é necessário a complementação de outros saberes, como a psicologia, psiquiatria, medicina e pedagogia. Não se trata mais de punir as infrações, mas de uma lógica de correção de virtualidades, compatível ao já estudado período da *ortopedia social*.

Ressalta-se a intervenção da psiquiatria no âmbito penal, para a compreensão do controle efetuado pelo Direito a partir da noção de periculosidade. A psiquiatria como a responsável pela criação da chamada *patologia do monstruoso* (FOUCAULT, 2004), referindo-se a uma série de crimes cometidos no início do século XIX, que eram considerados contra a natureza (contra a família, vizinhança, relacionados a crianças, por exemplo), havendo uma marca importante em tais crimes, não se descobriu um elemento em comum que pudesse justificar a sua realização.

Sem a motivação de tais crimes, criou-se a tese de uma loucura que se manifesta através do crime, uma espécie de crime patológico. Assim, passou-se a não identificar diferenças entre indivíduos transgressores de lei (chamados de *deliquentes* por Foucault) e indivíduos acometidos de doenças. Tornando a loucura um atributo dotado de periculosidade.

Todavia, posteriormente, a loucura deixa de ser um atributo exclusivo daqueles que cometem crimes considerados contra a natureza, estendendo-se à sexualidade, aos pequenos delitos, por exemplo. A loucura não mais estaria relacionada somente com os crimes considerados patológicos, esta passa a incidir também sobre os afetos e instintos (FOUCAULT, 2004).

Esta transição impacta na teoria jurídica da responsabilidade, no sentido de que a sanção do direito penal não era mais repressiva, ou seja, aplicada após a realização do crime. Passou a se tratar de uma lógica de proteção da sociedade, de protegê-la do perverso, marcado pela loucura moral. Sobre a temática, destaca-se as palavras de Foucault (2004, p. 22):

O direito penal, ao longo do século passado, não evoluiu de uma moral da liberdade a uma ciência do determinismo psíquico; ele antes compreendeu,

organizou, codificou a suspeita e a identificação dos indivíduos perigosos, da figura rara e monstruosa do monomaniaco àquela, freqüente, cotidiana, do degenerado, do perverso, do desequilibrado nato, do imaturo etc.

Controla-se o indivíduo não mais pelos seus atos, mas pelas suas virtualidades, por aquilo que o indivíduo é capaz de fazer. Trata-se de uma lógica de controle, de vigilância, que é exercida pelos mais variados agentes, sobre os corpos dos indivíduos. Um controle que é realizado também por um novo instrumento, derivado da nova forma de consubstanciação da riqueza, que passa a ser materializada em objetos, em bens materiais, ao final do século XVIII. O que desencadeou a concepção de que seria necessário proteger tais objetos dos indivíduos considerados perversos (FOUCAULT, 2013).

Com fins de proteção de mercadorias, de riquezas corporificadas, aprisiona-se indivíduos, o que representa, para Foucault, simbolicamente as instituições próprias e compatíveis a um poder exercido sobre os corpos, um poder vigilante, o poder disciplinar. O filósofo, em sua obra *Vigiar e Punir* (1999, p. 355), destaca a existência de uma nova forma de poder, o poder disciplinar, que teria o encarceramento como seu instrumento basilar, o que originou uma nova forma de “lei”, que é constituído por legalidade e natureza, prescrição e constituição, referindo-se à norma. Da lei à norma.

A prisão como um instrumento a serviço da norma, a representante de instituições disciplinares que controlam de forma integral a existência do indivíduo, seus corpos, suas virtualidades. Assim como outros espaços, como a escola, a fábrica, os hospitais psiquiátricos.

É fundamental destacar que o Direito não exerce a citada *normação* apenas pelo instituto da prisão. A apropriação dos corpos dos indivíduos, o controle sobre eles, é efetuado por outros instrumentos jurídicos que conduzem os indivíduos até a instituição de seqüestro, uma vez que os corpos não são seqüestrados pelas instituições, mas são conduzidos a elas, através de procedimentos gerais próprios ao Direito, como, por exemplo,

as regras relativas às medidas de segurança, regras trabalhistas e previdenciárias.

Ainda é possível destacar, como consubstanciação do controle de corpos efetuado pelo Direito, da normação exercida pelo Direito (paralelamente ao fato de ser normalizado); os regulamentos das instituições disciplinares, definindo-se as posições a serem ocupadas, as jornadas de trabalho, as regras gerais referentes ao funcionamento daquela instituição, arquitetada sob a base de um *Panopticom*, típico do poder disciplinar (FONSECA, 2002).

É necessário ressaltar, entretanto, que seria ingênuo limitar a atuação de um poder empreendedor sobre a vida, definindo categoricamente consubstanciações de normalizações instrumentalizadas pelo Direito, do controle de corpos efetuado pelo Direito. Logo, é fundamental deixar claro que estes são apenas realizações materiais que puderam ser desnaturalizadas, não impedindo a existência de outras, tendo em vista o caráter empreendedor da estrutura de poder controladora de corpos.

O Direito, neste contexto, não mais seria tão somente a aplicação da lei, execução de suplícios àqueles que a infringem. Trata-se de outra lógica de poder, pela qual o Direito é atravessado, normalizado. Uma lógica de controle de virtualidades. Um poder formador de hábitos, um poder educador, normalizador, controlador de corpos, que impõe padrões a serem seguidos e a partir deles classificar os indivíduos em normais e anormais.

Entretanto, o mecanismo de poder exercido sobre a vida não se manifesta apenas através do poder disciplinar, mas também pela já analisada *biopolítica das populações*, uma terceira forma de poder, que exerce uma normalização, em relação a qual o Direito também é objeto e vetor, a qual será analisada a partir deste momento.

Trata-se de um novo mecanismo de poder que tem como centro de seu controle a vida da população. Um poder que pode ser representado pelas práticas de vacinação contra a epidemia de varíola, ao final do século XVIII, em vários países europeus. Um controle efetuado por “mecanismos de segurança”, para os quais é necessário ter informações biológicas de

um grupo de indivíduos, chamado de *população*. No exemplo da varíola, precisava-se ter informações relativas a quantidade de contaminados, os riscos da vacinação, a possibilidade de mortalidade, entre outras (FOUCAULT, 2014).

Um poder exercente de normalização, todavia a forma do seu exercício é distinta da exercida pelo Poder disciplinar, que conforme já destacado se exerce em níveis de *normação*, ou seja, partia-se de uma norma e em relação ao controle efetuado por esta que se poderia distinguir depois o normal do anormal. A lógica nesta nova forma de poder é inversa.

Na *biopolítica das populações*, Foucault destaca que o sistema de poder é exercido através do que ele intitula de *normalização em sentido estrito* (2008, p. 83). Não se parte de um padrão, de uma norma, para a posterior definição do normal e do anormal. Inversamente, nesta forma de poder, parte-se da identificação do normal e do anormal, e das múltiplas curvas de normalidade. A normalização consistirá em fazer com que as variadas distribuições de normalidade funcionem umas em relação às outras, no sentido de que as distribuições de normalidade mais desfavoráveis sejam conduzidas às mais favoráveis.

Esta normalização em sentido estrito pode ser aplicada aos procedimentos de vacinação, próprios ao século XVIII, que representam essa nova forma de poder, que está pautada no controle do biológico. Neste contexto, a doença representa um elemento individual e coletivo. Na esfera coletiva, o presente mecanismo de poder incidirá, calculando, gerenciando o biológico, a população. À luz da normalização em sentido estrito, levanta-se os dados biológicos de um determinado grupo de indivíduos, comparando-o com o padrão de normalidade estabelecido.

Pode-se sustentar que o Direito assume uma posição em relação à forma de poder em foco, a *biopolítica das populações*, completando a imagem *Direito normalizado-normalizador* (FONSECA, 2002). O Direito como um instrumento de normalização, nesta incluída a face *normação*, conforme já analisado no contexto do poder disciplinar, e a face complementar *normalização em sentido estrito*.

Antes de se adentrar na análise da consubstanciação da citada posição do Direito perante esta forma de poder, é necessário se considerar que o indivíduo, neste contexto de poder, é visto como membro pertencente a uma coletividade, uma *população*, que é gerenciada biologicamente pelo Estado.

A pergunta que ganha relevo é: como o Direito funciona como um vetor deste poder, desta normalização em sentido estrito? Nos moldes do que foi destacado em relação ao poder disciplinar, ressalta-se que a partir da presente análise não se tem o intuito de esgotar formas de materialização deste controle, mas de desnaturalizar a própria relação existente entre o Poder e o Direito, destacando-se consubstanciações, de forma não exaustiva, deste gerenciamento efetuado pelo Direito.

As formas de atuação de leis, de medidas de segurança, de decisões judiciais, entre outras, que regulam múltiplas situações ligadas ao controle de um coletivo de indivíduos, a exemplo de questões relacionadas à saúde pública, a jornadas de trabalho, a acidentes ou morte relacionadas à vínculos trabalhistas, à seguridade social; representam materializações do controle efetuado pelo Direito, como um vetor da *normalização em sentido estrito*, própria da biopolítica das populações.

François Ewald (1986) destaca que as citadas ferramentas jurídicas (leis, medidas de segurança, decretos administrativos, decisões judiciais, entre outras) representam uma concepção do Direito típico da modernidade, o chamado *Direito Social*, que estaria marcado por uma essência discriminatória, pautada em desigualdades. Um Direito fundado na noção de grupos, coletividade, que são identificados a partir de peculiaridades, que os tornam desiguais perante outros na sociedade. Trata-se de um Direito marcado pela noção de *solidariedade*. Fonseca (2002), sobre a temática, especifica ramos do Direito que estariam inseridos na citada categoria, a exemplo dos direitos difusos e coletivos, previdenciário, do trabalho e direito ambiental.

Trata-se de formas através das quais o Direito, a partir de múltiplas ferramentas internas, gerencia, manipula a população em níveis biológicos, compartilhando a lógica de conduzir distribuições de normalidade mais desfavoráveis às mais favoráveis.

Pôde-se, portanto, perceber que o Direito assume funções na esfera de controle do corpo e da vida na modernidade, funcionando como um vetor de *normação*, no que se refere ao controle de corpos, e de *normalização em sentido estrito*, no que concerne ao gerenciamento do corpo-espécie, da população, da vida.

Um Direito implicado com a norma, e não mais oposto a esta. Trata-se de um processo de transição, da lei à norma, mas que não é marcado por substituições e sim implicações, “engavetamentos”, termo utilizado por Fonseca (2002), no sentido de que a lei não deixa de existir em detrimento da norma.

Foucault, em sua aula de 25 de janeiro de 1978, integrante do curso *Segurança, Território e População* (2008), ressalta expressamente que a *normatividade* da lei não deve ser de maneira alguma confundida com a *normalização*, chamada comumente por Foucault, ao longo de suas obras, de *procedimentos, processos, técnicas de normalização*; no sentido de alertar que o problema analisado por ele é alheio à ideia de codificação de norma pela lei, mas se trata de “mostrar como, **a partir** e abaixo, nas margens e talvez até mesmo na contramão de um sistema de lei se desenvolvem técnicas de normalização.” (2008, p. 74, grifo nosso).

A partir da teoria de Foucault, portanto, pode-se sustentar a possibilidade de implicação entre a lei, dotada de normatividade, e a norma. Entretanto, trata-se de uma possibilidade, por isso é possível se pensar em múltiplas formas de relação, como as de oposição, já destacadas quando analisada a relação do poder soberano e o Direito.

Considerando o citado processo de transição da lei à norma, destacou-se, portanto, na presente seção imagens do Direito, que são formadas a partir da relação entre a lei e a norma, podendo-se sustentar um Direito implicado com a norma. Trata-se, nos termos de Fonseca (2002), de um

Direito *normalizado-normalizador*, que se configura a partir de sua relação com a normalização própria do poder disciplinar e da biopolítica das populações, ensejando um papel de controle de corpos e da vida pelo Direito.

4 Considerações finais

O presente artigo teve como objeto de estudo a relação entre Poder e Direito, à luz da teoria de Michel Foucault, almejando-se analisar a posição assumida pelo Direito em relação ao controle dos corpos e da vida na modernidade.

Para tanto, em um primeiro momento, visando o estabelecimento dos pressupostos teóricos necessários para a plena compreensão da análise proposta no presente artigo, foi necessária uma breve exposição sobre as quatro formas de poder presentes na teoria de Michel Foucault: poder soberano, disciplinar, biopolítica das populações e biopoder. Para o presente artigo, duas assumem um grau de maior relevância: poder disciplinar e biopolítica das populações.

Conforme destacado no presente ensaio, o poder disciplinar é representado, principalmente, pelo controle dos corpos na modernidade, à luz de uma lógica de poder que pode ser relacionada à ideia de *panopticom*, fazendo-se referência a uma estrutura de controle, em que a partir do centro é possível controlar as extremidades, sem que quem esteja nas extremidades consiga enxergar aquele que os controla.

Identificou-se uma relação entre o Direito e o citado poder, poder disciplinar, em que aquele funciona como um vetor de *normação*, de controle de corpos na modernidade. Trata-se de uma lógica de poder em relação a qual a lei não comporta mais o seu exercício, não se trata de um poder que é exercido sobre a forma da lei, mas de uma técnica. O Direito funciona como um instrumento de exercício de poder, e não como sinônimo de lei.

O Direito como um instrumento de controle de virtualidades. Controla-se o que os indivíduos são capazes de fazer e não o que fizeram em termos de ilicitude. Neste aspecto, destacou-se a figura da prisão como uma das instituições de controle de virtualidades, de gerenciamento de corpos. Ademais, identificou-se consubstanciações do controle sobre os corpos efetuado pelo Direito nas regras de condução de indivíduos às instituições de seqüestro, como medidas de segurança e regras trabalhistas e previdenciárias; além dos regulamentos de instituições disciplinares.

No âmbito da biopolítica das populações, conceituou-se esta como uma forma de poder que tem como objeto o corpo enquanto espécie, a *população*, em níveis de controle biológico. Um poder que se exerce por meio de uma *normalização em sentido estrito*, que está fundada em curvas de normalidade.

O Direito, também, possui uma relação com esta forma de poder, sendo considerado um de seus instrumentos de normalização, através de decisões judiciais, da atuação de leis, de medidas de segurança, entre outras; que funcionam como ferramentas de um controle coletivo da *população*.

Assim, a partir das relações analisadas entre Poder e Direito, sustenta-se que este é um instrumento de poder, um vetor de normalização de corpos e da vida na modernidade. O Direito como uma das ferramentas da estrutura de poder incidente sobre a vida na modernidade.

Neste sentido, a desconstrução da imagem do Direito como um campo neutro é de fundamental importância para a reflexão sobre o mesmo e as formas possíveis de subversão à lógica do Poder, que atravessa o Direito, utilizando-o como um de seus instrumentos de normalização. Subversão a um *Direito normalizado-normalizador* (FONSECA, 2002), fruto de um processo de transição, em que a lei funciona gradativamente como norma, servindo a uma lógica moderna de poder, marcada pelo controle de corpos e da *população*. Um mecanismo de poder empreendedor, controlador da vida, o chamado *biopoder*.

5 Referências

EWALD, François. **L'état providence**. Paris: Grasset, 1986.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013.

_____. **Ditos e escritos**. Ética, sexualidade, política. MOTTA, Manoel Barros da (Org.). Tradução de Elisa Monteiro e Inês Autran Dourado Barbosa. V. 5. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1ª ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra, 2014.

_____. **Segurança, Território e População**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

MILOVIC, Miroslav. **Política e Metafísica**. São Paulo: Max Limonad. 2017.

MISKOLCI, Richard. Reflexões sobre normalidade e desvio social. **Estudos de Sociologia**, v. 7, n. 13, 2007.

“O que é uma mulher?”
Ensaio sobre a crítica epistemológica ao sujeito universal
a partir da perspectiva de gênero

*Gabriela Teixeira Cunha*¹

Introdução

A questão “O que é uma mulher?” provocou o deslocamento inicial do presente ensaio e nos colocou uma reivindicação de ordem ética. Essa interpelação tem sido constante nas últimas décadas no âmbito, sobretudo, dos estudos de gênero. Não é, portanto, a primeira vez em que é mobilizada e nem se tem a ingênua pretensão de respondê-la – se é que tal resposta existe. A finalidade é articular uma lente bibliográfica determinada para pensar possíveis contribuições à reflexão.

A epistemologia crítica tem a tarefa de questionar uma perspectiva de verdade traduzida em saber. Na investigação que pretendemos empreender o sujeito mulher é a situação de autoridade a qual se pretende questionar. Isto é, através do viés epistemológico, o escopo é estudar os regimes de saber e as relações de poder que constituíram a identidade “mulher” como sujeito universal das demandas da luta política, especialmente no interior do movimento feminista, e, em que medida, essa constituição se transmuta em violência.

¹ Gabriela Teixeira Cunha. Mestra em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/Rio. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Participou como membro dos grupos de pesquisa Acesso à Justiça e Democracia e Estudo de Autoras. Advogada.

A fim de realizar o objetivo, adotamos a seguinte estrutura metodológica definida em três partes. No primeiro momento buscamos localizar o paradigma moderno de sujeito. Como o sujeito compreendido como universal e universalizável é construído a partir da ideia de autonomia e de racionalidade. Utiliza-se, especialmente, a concepção moderna de sujeito de Immanuel Kant, considerado seu principal sistematizador, por meio da interpretação de Vladimir Safatle na obra *O Dever e seus Impasses*.

Após apresentar o sujeito universal e apontar que suas características não são, de fato, universais, mas sim androcêntricas, na segunda fase do trabalho, concentramo-nos propriamente na crítica epistemológica da mulher universal. Se o sujeito masculino é o referencial do paradigma da modernidade, em oposição se constitui um *outro*, que pleiteando a ocupação do lugar de sujeito em subjetividade e em direitos, se forma sobre os mesmos alicerces dos quais busca emancipação. Em outras palavras, a reivindicação por representação não escapou aos procedimentos de exclusão do poder que atuam na construção de sujeitos abstratos e se refletiu em violência sobre os corpos não suficientemente representados. A escolha teórica foi, principalmente, a problematização pós-estruturalista realizada pela filósofa americana Judith Butler. Sem intenção e possibilidade de um aprofundamento que seu pensamento requer, optamos por elevar alguns pontos do seu trabalho e gerar um diálogo tangencial com outros autores e autoras.

Na última seção, expomos algumas das consequências perversas da razão prática identitária enquanto fundamento da política representacional. Ressalta-se que a finalidade não foi adotar uma posição maniqueísta e ser contra toda e qualquer forma de ação que tome a identidade como via. Ao contrário, as identidades revelam uma potência essencial para o dissenso democrático e muitas vezes funcionam como alicerce de resistência fundamental das *vidas precárias*². O confronto, contudo, com sua face violenta não pôde ser ignorado e a bibliografia forneceu suporte para

² Judith Butler teoriza o conceito de vida precária – o qual é apropriado aqui – principalmente em dois de seus livros, *Vida precária* e *Quadros de Guerra*: quando a vida é passível de luto? Nessas obras, a autora mostra que há uma

imaginar, por intermédio da perspectiva crítica, meios de subverter a estabilidade e coerência imposta aos sujeitos, que produz as normas definidoras dos merecem ter voz e serem reconhecidos e os que devem ficar na clausura representativa e carecerem de reconhecimento social.

2 O paradigma do sujeito universal

O modo hegemônico de pensar a modernidade se configura através de dualismos, que antes de serem “meros” constructos duais e antagônicos, representam, nas palavras de Carlos Alberto Plastino³, relações de dominação e hierarquia. O sujeito se separa do objeto, a cultura da natureza, a razão da emoção, a mente do corpo e a verdade do erro; onde sempre os primeiros exercem controle sobre os seus “opostos”. O paradigma moderno, portanto, sustenta-se na ideia de uma vida possível somente por meio do controle dos corpos, dos afetos, da natureza.

O sujeito moderno – na toada paradigmática – é cindido em vontade e desejo, em liberdade e natureza. Essa é a tradição de compreensão do indivíduo que se estabeleceu e Kant é sua maior expressão. Os sujeitos devem agir pela razão e não por desejos e crenças. A natureza humana é concebida a partir de uma clivagem interna de produção de norma racional, de um lado, e crenças motivadas por afetos e desejos, de outro. Assim, vontade autônoma, livre, é a possibilidade de desejar outra coisa do que se deseja impulsivamente, irrefletidamente (SAFATLE, 2013).

A característica determinante do indivíduo moderno é a racionalidade. As relações sociais atribuem particularidades à cada sujeito, mas a razão é o que há de constante, universal e pré-existente às próprias relações intersubjetivas. Nesse sentido, Safatle (2013) explica que tal como as

distribuição diferencial do luto, articulando tal elemento subjetivo à sua potencialidade pública, de modo que determinadas vidas valem a pena serem vividas – e, por isso, quando perdidas contam como perdas –; enquanto outras não contabilizam como perdas, não são enlutadas.

³ Informação verbal extraída da aula no programa de pós-graduação em direito da PUC-RIO no dia 22 de março de 2017.

proposições lógicas, em Kant, os juízos morais não necessitam da experiência, pois ocorreriam previamente a ela. E são esses juízos morais, viabilizados pelo processo racional, que sustentam os princípios de liberdade e igualdade. Todos são iguais, porque todos são racionais. A existência da *vontade pura* ou princípios morais (SAFATLE, 2013), constante nos indivíduos, se distancia dos desejos particulares e patológicos – ameaças da liberdade e da autonomia – garantindo pela razão a ação livre.

A universalidade moderna é abstrata, independente do contexto, todos os sujeitos são capazes, nas palavras de Chambouleyron (2009, p.10), “de se liberar das amarras que a sociedade lhes impõe”, de exprimir seu potencial crítico. É importante ressaltar que o desenvolvimento da autonomia moderna não rompe completamente com a justificação teológica da razão. Permanece a prática da interioridade, onde o indivíduo é o julgador de si próprio e a unidade coerente das condutas, necessidade de regularidade na conduta como uma norma (SAFATLE, 2013). Na qualidade de julgador e legislador de si mesmo, o indivíduo age a partir da sua substância racional imanente de tal modo que é possível se autodeterminar.

A abstração operada pela modernidade não deixa de ser um instrumento para questionar as hierarquias que prejudicam a concepção do ser humano como um fim em si mesmo. Chambouleyron (2009, p. 10) aponta que a liberdade e a igualdade moderna “têm a vantagem de não condicionar a nada mais que a razão, ou seja, a algo que todos temos, o respeito e a dignidade”. Por outro lado, a natureza humana universal é também uma forma perversa de dominação, ao dissimular as desigualdades históricas e sociais.

Isto é, ao mesmo tempo em que a noção de sujeito universal sugere a igualdade e autonomia de todos, mascara as desigualdades porque descontextualiza e desistoriciza os diferentes processos de composição dos sujeitos. Ao denunciar a produção violenta do indivíduo abstrato, Foucault

ênfata que a cisão do sujeito moderno não é absoluta e tenciona o paradigma ao teorizar sobre o poder produzido na modernidade⁴, uma vez que sua ideia de poder confronta a razão universal e autonomia irrestrita.

Foucault realiza, assim, uma inversão no paradigma moderno. O meio não somente como um elemento que repercute no modo de vida de cada um, mas como o lugar de formação do próprio sujeito. A inversão meio/sujeito realizada por Foucault, contudo, não é total.

A diferença consiste no sujeito moderno ser soberano de si e das relações de forças sociais da qual participa e o sujeito foucaultiano ser tanto (re)produtor como produto do poder. A inversão não é total porque o esforço teórico de Foucault é justamente mostrar que o sujeito produzido pelo poder não definido por ele (CHAMBOULEYRON, 2009). Mesmo sendo o contexto determinante na percepção do sujeito e a relação entre eles ser inevitável, há espaço para descontinuidade, para a autonomia.

Uma premissa fundamental é perceber que dentro do paradigma moderno existe uma referência central, um parâmetro de representação ou, em outras palavras, “há um paradigma dentro do paradigma”. No caso da modernidade, a forma nuclear ontológica, epistemológica e antropológica funda-se no sujeito *masculino* e nas características atribuídas a ele. A abstração da natureza humana universal encobre um lugar ocupado pelo desejo do homem. Kant *apud* Bourdieu (2010, p.97) chegou a afirmar que “as mulheres não podem mais defender pessoalmente seus direitos e assuntos civis, assim como não lhes cabe fazer a guerra: elas só podem fazê-lo por meio de *um representante*”.

Dessa forma, se constitui um ser definido pela diferença, identificado sempre em oposição ao parâmetro referencial, concebido como “*outro*”. Se edifica um *outro* limitado na possibilidade de autorrepresentação e autodeterminação. Inconformado com o “destino” de habitar a zona do

⁴ A modernidade em Foucault não corresponde a um período histórico determinado, com começo e fim, mas como “um conjunto de acontecimentos que inclui a formação do capitalismo, do mundo burguês, do Estado e da ciência. Esses são os acontecimentos que teriam constituído a postura do sujeito moderno frente a si mesmo, frente às relações interpessoais, e à sua relação com o objeto de conhecimento” CHAMBOULEYRON (2009, p.25).

silêncio e do desejo negado, o *outro* feminino reivindica e contesta a autoridade masculina excludente, revestida de autoridade universal, neutra e igualitária.

3 A crítica epistemológica ao sujeito “mulher”

Dentre as inúmeras resistências desenvolvidas ao longo do processo histórico, as mulheres, ao se unirem em uma luta coletiva, inauguraram um movimento político, social e cultural. No entanto, por um longo período, a categoria mulher – enquanto sujeito do movimento feminista – passou a ser tão óbvia na tomada do lugar do *outro* de natureza marcada quanto o homem no lugar de sujeito universal. Por muito tempo a questão “O que é uma mulher?” não era uma “questão” para o feminismo⁵. O sujeito mulher foi tomado como pressuposto no processo de luta política.

Essa situação de autoridade que este ensaio pretende questionar, isto é, a constituição da mulher universal como pressuposto inquestionável no campo da representação política. A fim de entender como aconteceu a construção dessa imagem, revisita-se brevemente as denominadas *ondas* do movimento feminista para, depois, introduzir a crítica pós-estruturalista, sobretudo em algumas notas do pensamento de Judith Butler.

Na chamada primeira onda do feminismo, a fase liberal, a principal bandeira foi a universalização dos direitos civis; destacaram-se as demandas por educação e pelo sufrágio. Esse período inicia-se por volta do século XVII e dura até o começo do século XX. Biroli e Miguel (2013) apontam que o feminismo liberal foi acusado de ser marcado pelo viés de classe, embora não se possa ignorar pontuais, mas importantes críticas no interior do movimento que questionaram a perspectiva racial.

A segunda fase do movimento feminista emergiu no segundo pós-guerra. Ampliou-se a luta agregando à participação civil críticas às desigualdades culturais e sociais. “*O pessoal é político*” foi o grande *slogan* de

⁵ Esclarece-se que a utilização do termo feminismo no singular, de modo genérico, é uma opção para garantir objetividade à proposta do trabalho, quando necessário se explicitará a vertente e sua heterogeneidade.

convergência das diversas pautas que se enunciavam; o objetivo comum, portanto, era problematizar a dicotomia público/privado. Argumentava-se a impossibilidade de igualdade na esfera pública, permanecendo fortes diferenças na esfera privada.

É nesse período que Simone de Beauvoir em *O Segundo Sexo* teoriza o “corpo como situação”. A mulher não é um ser determinado pela natureza, mas atribuído de significados culturais vinculados à “essência feminina”. É da mesma onda a obra “*O Tráfico nas Mulheres: notas sobre a economia política do sexo*” de Gayle Rubin. Foi Rubin quem criou o sistema sexo/gênero, paradigmático na teoria feminista. Nesse esquema o sexo representa a dimensão biológica do corpo e o gênero, por sua vez, representa o significado conferido pela cultura. Rubin, segundo Chambouleyron (2009), considera o sexo fixo, imutável, determinado pela natureza e não reconhece opressão nas distinções físicas. A opressão acontece na formação dos papéis sociais atribuídos em função do sexo.

Ressalta-se dois pontos importantes. O sujeito “mulher” do feminismo não se manteve estável durante todo o percurso histórico, ganhava novos contornos conforme a época e a “onda” do movimento. E, segundo, mesmo com as profundas divergências experimentadas pelas teorias nas diversas fases, observou-se, contudo, a perseguição constante pela igualdade independente de sua múltipla acepção.

Por outro lado, embora não tivesse o mesmo significado ao longo do tempo, ao cabo “a mulher” que se tornou o paradigma central no interior do sujeito “mulher”, foi a mulher privilegiada socialmente. A mulher (ou as mulheres) privilegiada foi – e, hoje, em outra medida permanece sendo – a porta-voz das demandas e, na maioria das vezes, quem ditava a pauta. Em meados dos anos 80, efervesce as denúncias de classismo e racismo contra o movimento feminista e escancara-se a operacionalidade excluída da ênfase no tema da igualdade.

Biroli e Miguel (2013) chamam atenção que a reivindicação por igualdade rastreia e busca inserir-se na universalidade total, porém essa

universalidade não é um lugar neutro, e sim preenchido com características masculinas. A “estratégia” de firmar um *outro* universal para garantir representação e tratamento igualitário desembocou em uma intensa negligência na consideração das variadas formas de vida e nos diferentes interesses entre “as mulheres”.

Nesse sentido, Beauvoir foi criticada por defender a inserção da mulher no universal tendo como horizonte a oportunidade de agir, pensar e se relacionar com o corpo e com a sexualidade de maneira igual aos homens. Sua concepção de igualdade permeava a despreendimento dos valores ligados ao feminino. Inclusive o corpo feminino, de acordo com Young *apud* Biroli e Miguel (2013), foi analisado pela filósofa francesa como uma das condições, pelo menos parcial, da ausência de liberdade da mulher. Beauvoir, segundo Butler (2014), mantém o dualismo mente/corpo, mesmo quando tenta realizar uma síntese dos termos.

Os afetos, o *páthos* e os impulsos são considerados, sobretudo na modernidade, como se observou no tópico anterior, sensações irracionais, ligadas ao descontrole dos instintos naturais. O sujeito moderno racional é o sujeito que controla suas inclinações, seu corpo e domina suas paixões. Os sentimentos de natureza foram vinculados à feminilidade, enquanto a possibilidade de contenção e manipulação da razão marca o sujeito universal (masculino). Assim, coexistiu um movimento de dessencialização da mulher com a naturalização da universalidade como um ideal vazio. Questionou-se a mulher como condição natural, porém não se historicizou o ideal da feminilidade e nem a apreensão negativa dos desejos.

Há racionalidade nos afetos, segundo Safatle (2013), carentes de serem compreendidas e de uma análise do dever capaz de considerar a dimensão psicológica dos agentes. O filósofo sustenta que dever e desejo não se contrapõem, o primeiro é uma figura do segundo e não seu oposto. Nessa toada, propõe uma outra a ideia de autonomia, a qual possibilita pensar a autonomia das mulheres. A autonomia não mais como possibilidade de agir “*de outra forma diferente da que se age (...)*. Mas a autonomia

como *capacidade de desejar o que se quer*” (SAFATLE, 2013, p.87). A capacidade de desejar, de ser um sujeito de desejo é uma via à repetição dos atos compulsórios, denominados de atos do feminino. Há a alternativa de “seguir-los” ou de “rompê-los”, embora ambas escolhas não sejam absolutamente livres, como indica Foucault.

Não se trata de subestimar os avanços das teorias liberais e das teorias produzidas na segunda onda do movimento feminista, onde destaca-se o pensamento de Simone de Beauvoir. Ao contrário, reconhecendo sua importância, ainda que localizada, objetiva-se mostrar que a articulação específica e múltipla entre saber-poder⁶ na modernidade construiu noções sobre o sujeito homem e o sujeito mulher muito profundas. A psicanalista Maria Rita Kehl em *Deslocamentos do Feminino* (2008, p. 44) ressalta que os discursos de feminilidade fazem parte do grande imaginário moderno, transmitidos, por exemplo, pela educação, pela filosofia e pela ciência, determinantes no processo de delimitação do “*ser uma verdadeira mulher*”. Kehl aponta o paradoxo da modernidade ao enaltecer o estado de autonomia e liberdade do sujeito universal, na mesma medida em que requer a submissão e domesticação da mulher. A mulher fica, portanto, no “limbo do ser”; ou ser o sujeito moderno, ou ser o *Outro*, adequado ao ideal de feminilidade (Kehl, 2008).

Essa tradição hegemônica de pensamento é uma das responsáveis pelo discurso refratário que formou a identidade feminina universal. Como dito acima a “estratégia”⁷ de moldar o feminismo sob a figura da mulher universal foi, sobretudo, para garantir representação. A acusação dos mais recentes estudos de gênero concentra-se, principalmente, na consequência excludente dessa formação. Uma das principais autoras críticas da política identitária é a filósofa americana Judith Butler. O caminho

⁶ Ver *História da sexualidade: a vontade de saber* (FOUCAULT, Michel)

⁷ Utiliza-se aspas no termo estratégia por concebê-la como uma estratégia poder. Contudo, a ideia de poder que se compartilha no presente ensaio é ideia foucaultiana, a qual poder não considerado nem uma instituição nem uma estrutura (FOUCAULT, 2014, p.101). Não tem um centro (poder central), nem mesmo centros predefinidos (como as instituições), ele está em todas as dimensões sociais. o poder não é algo que se possa possuir ou apoderar-se, ele é mais um exercício derivado de relações “desiguais e móveis” (FOUCAULT, 2014, p. 102).

epistemológico de Butler é a realização de uma *genealogia crítica*⁸ das categorias de gênero, ressignificando o estado da “mulher” como sujeito do feminismo e problematizando o sistema sexo/gênero.

O reforço de Butler é sobre a necessidade de empreender a desmitificação do universal; assim como o sujeito universal é forjado, a mulher universal também é um constructo. Biroli e Miguel, interpretando o argumento da teórica Elizabeth Spelman, seguem o mesmo raciocínio ao afirmar que “a noção genérica de ‘mulher’ funciona no pensamento feminista da mesma forma que a noção genérica de ‘homem’ na filosofia ocidental, *obscurecendo a heterogeneidade*” (2014, p.85, Grifo nosso).

Pareceu inevitável à teoria feminista, segundo Butler (2014), o desenvolvimento de uma linguagem capaz de representá-las satisfatoriamente em face do contexto político e social que proporciona às mulheres pouca ou nenhuma representação. O legítimo anseio por representação⁹ leva à adoção do método de construção de um sujeito, a *mulher* – ou dos sujeitos “*mulheres*”, sentido não suficientemente inclusivo. A consequência dessa formação de bases políticas e linguísticas, como demonstra o conceito de representação butleriano (2014, p.18), é que somente será sujeito do feminismo e da sua pauta aqueles que atenderem aos critérios previamente definidos no nível do “ser”.

O terreno se apresenta complexo, uma vez que há uma rede discursiva constante no percurso histórico que naturaliza noções no mais íntimo da cognição e causa entreve a certas formas de emancipação. Butler afirma que “as estruturas jurídicas da linguagem e da política constituem o campo contemporâneo do poder; consequentemente, não há posição fora desse campo, mas somente uma genealogia crítica de suas próprias práticas de legitimação” (2014, p.22). Esclarece que a tarefa não é recusar a política representacional, pois não existe espaço fora dela. O esforço é

⁸ Butler explica (2014, p.9) que a crítica genealógica é um método de investigação política, que recusa buscar as origens do gênero, do desejo e da identidade na descoberta da “verdade” reprimida.

⁹ A representação tem dois sentidos em Butler (p.18, 2014) “por um lado, a representação serve como termo operacional no seio de um processo político que busca estender visibilidade e legitimidade às mulheres como sujeitos políticos; por outro lado a representação é a função normativa de uma linguagem que revelaria ou distorceria o que é tido como verdadeiro sobre a categoria das mulheres”.

dentro das próprias “práticas de legitimação” criar uma teoria crítica feminista que não tome mais o identitário como pressuposto.

A tendência de naturalizar o estado ontológico se revela como a consequência do poder produzir o sujeito que passará a representar (FOUCAULT *apud* BUTLER, 2014). O momento da produção é ocultado e apenas se torna tangível quando os sistemas jurídicos o exprimem. Assim, a fase produtiva do sujeito é vinculada a processos de legitimação e exclusão que não aparecem, escapando de uma certa parte da teoria feminista que a categoria “mulheres”, na qual se sustenta, é fundada nas mesmas estruturas de poder das quais se busca emancipação (BUTLER, 2014, p.19).

E as relações de poder não só constroem o sujeito jurídico, homem ou mulher, mas constroem a ordem compulsória sexo/gênero/desejo sob a qual o sujeito deve ser compreendido e deve agir. Por isso, além de criticar a estabilidade do sujeito mulher, Butler propõe uma genealogia crítica do esquema sexo/gênero, importante para refletir sobre as bases constitutivas da ideia do feminino universal.

Recorre-se a Foucault para compreender que na modernidade ocorreu o desenvolvimento de uma proliferação discursiva a respeito do sexo, mobilizada pela rede saber-poder. Ciência e poder se articulam na busca pela “verdade sobre sexo” e fundam no século de XIX um grande procedimento de conhecimento, a *scientia sexualis*. No discurso científico a sexualidade adquire força de natureza; ter uma sexualidade não era mais uma das dimensões da vida humana, e sim uma forma indispensável de inteligibilidade.

Construída por um conjunto indeterminado de elementos, enunciados, discursos, estruturas, etc., que Foucault chamou de dispositivo histórico – histórico justamente por ser o resultado, nunca acabado, de um processo de construção – a sexualidade não é da ordem do natural, mas fruto desse dispositivo que “em suas diferentes estratégias, instaura essa ideia ‘do sexo’” (FOUCAULT, 2014, p.167). Judith Butler (2008) demonstra que nesse ponto Foucault realiza uma alteração na concepção incorporada do sexo. Não é o sexo que instaura a sexualidade,

é o dispositivo da sexualidade que introduz a noção de sexo, a partir da definição de masculino e feminino.

Dessa forma, o sexo é desnaturalizado como uma estrutura politicamente neutra sobre a qual o poder e a cultura vão incidir. Foucault rompe com o esquema sexo/gênero e sugere que não só o gênero é discursivo, como não há sexo antes do discurso sobre o sexo. Assim, Judith Butler (2008) explica que a aparência de natureza conferida ao sexo acontece pelos mesmos procedimentos de poder que produzem o sujeito. Isto é, há um conjunto de mecanismos realizados pelo poder que atuam na definição de um objeto; quando o objeto é definido ele se apresenta como externo ao poder, como algo que sempre existiu e sobre o qual o poder atravessa de fora para dentro. Assim como as estruturas constituem o sujeito mulher, que após alegam meramente representar, a concepção de sexo se constrói e se naturaliza.

Não há diferença nem para Foucault, nem para Butler entre sexo e gênero. As definições de feminino e masculino ao fim recaem na delimitação do discurso que entende os corpos pela anatomia, como se ela fosse um centro de gravidade que sempre atraísse e limitasse as possibilidades da existência. É preciso, portanto, questionar esse projeto de poder disciplinar e descentralizado, que passou a determinar o sujeito não mais como “possuidor” de um sexo, mas o próprio sexo.

Há um rompimento histórico decisivo, de acordo com Butler (2008, p.91) “entre um regime sociopolítico em que o sexo existia como um atributo, uma atividade, uma dimensão da vida humana, e um regime mais recente em que o sexo foi estabelecido como uma identidade”. A partir desse rompimento da ideia sobre o sexo “como atributo” e o estabelecimento da noção de sexo “como uma identidade”, modificou-se, assim, o discurso construído sobre o corpo. O sexo passou a ser definido como uma das noções identitárias elementares da constituição corporal/subjetiva. Ele não é mais apenas uma “dimensão da vida humana”, é uma condição essencial para o *reconhecimento do sujeito como humano*.

Essa ordem compulsória que submete aos corpos à dita coerência e normalidade (sexo/gênero/desejo) é uma regra disciplinar capilar de controle, produção e gestão de corpos e população¹⁰, que Butler chama de *heteronormatividade*. Ou seja, a norma heterossexual como princípio regulatório da sexualidade. Nesse sentido, Butler afirma: “não é exatamente certo afirmar que nós nem sempre *tivemos* um sexo. Talvez o escândalo histórico seja que nós nem sempre *fomos* nosso sexo, que o sexo nem sempre teve o poder de caracterizar e constituir a identidade com tal completo poder” (2008, p.91). O sexo como identidade garante, dessa forma, um status ontológico pré-social e a-histórico que sustenta a mulher universal.

Entende-se como finalidade da crítica epistemológica que se busca delinear expor os regimes de verdade/poder que produzem a ideia de sexo e definem a identidade apropriada no “movimento feminista” como instrumento de luta, evidenciando suas possibilidades violentas. A identidade estável proclamada ao sujeito mulher é uma abstração excludente. Mesmo o “gênero” feminino, colocado no termo representacional “mulheres”, é escasso de significação “real”. Está “dentro” da categoria mulher não é tudo onde se está e nem exprime tudo que alguém é, isso em razão de pelo menos dois fatores, conforme assinala Butler (2014): primeiro, o gênero não se constitui de maneira coerente nos diferentes contextos e, segundo, o gênero realiza interseções com as categorias raciais, classistas, religiosas, etc.

No que se refere, por exemplo, às interseções, em *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Woman of Color* (1993), Kimberle Crenshaw afirma que o problema da política de identidade é homogeneizar ou ignorar as diferenças dentro do próprio grupo “identitário”. Crenshaw mostra que as mulheres negras experienciam, na maioria das ocasiões, um duplo apagamento. Nos discursos feministas ocorre a neutralização das suas marcas, da sua

¹⁰ Ver *História da Sexualidade*: a vontade de saber (FOUCAULT, Michel).

história enquanto mulher e negra, de outro lado, nos ambientes de luta anti-racismo a voz ressonante é, em regra, masculina.

A vida das mulheres negras é uma situação material do efeito representacional da política de identidade que relega a determinados sujeitos apenas ruídos e retira a capacidade de falar por si próprios, de serem “representantes de si mesmo”. São os processos de exclusão operados pelo poder, o qual se referiu ao falar da constituição do sujeito universal. Contudo, os excluídos não são processos abstratos, e sim sujeitos inescapavelmente inseridos na lógica do poder, onde existir é uma maneira de resistir e o enfretamento perturba a “normalidade”.

Butler, como já ressaltado anteriormente, acredita que uma alternativa de ruptura é questionar as práticas legitimadoras. Se as estruturas da linguagem e da política constituem o campo contemporâneo de poder e se ele é inevitável, é preciso pensar dentro dele eclusas de escape. Problematizar a imposição de fixidez aos corpos e apresentar as vísceras de uma ação política excludente. Há no próprio campo discursivo, segundo Foucault, complexidade e instabilidade, de modo que é possível que ele seja “ao mesmo tempo, instrumento e efeito de poder, e também obstáculo, escora, *ponto de resistência e ponto de partida de uma estratégia oposta*” (2014, p.110, Grifo nosso). Se ser colocado no discurso e nas relações de força é da esfera do irrecusável, nesse mesmo espectro se pode encontrar instrumentos de resistência.

4 Crítica e desconstrução da violência

“Se eu não posso dançar, eu não quero ser dessa revolução” afirma Emma Goldman *apud* Rodrigues (2005). Sojourner Truth, que antes de se tornar oradora foi escrava e empregada doméstica fez um famoso discurso intitulado “Ain’t I a woman?” no qual proferiu: “(...) Ninguém nunca me ajudou a entrar em carruagens, a passar por cima de poças de lama ou me deu qualquer bom lugar! E eu não sou uma mulher?” (TRUTH *apud* BIROLI;MIGUEL, 2013). No século XIX, Herculine Barbin, hermafrodita,

foi criada desde que nasceu como menina, por volta dos vinte anos, em função de confissões proferidas a padres e médicos, foi “diagnosticada como um verdadeiro rapaz” e legalmente obrigada a mudar sua identidade para o masculino (BUTLER, 2014). Não sendo “capaz” de se adaptar à nova verdade/identidade Herculine Barbin se suicidou. Na segunda metade do século XX mulheres negras não eram contratadas pela General Motors. Ao recorrerem à justiça para questionar, não conseguiram apresentar provas da discriminação racial e de gênero separadamente – como foi exigido –, pois a empresa contratava mulheres brancas e homens negros (CRENSHAW, 2002).

Kimberle Crenshaw (2002) narra que no primeiro ano da faculdade de direito participou de um grupo de estudos com dois colegas afro-americanos. Um deles foi o primeiro negro aceito na estimada agremiação de estudantes de Harvard. O colega convidou Crenshaw e o outro amigo para visita-lo na agremiação e o combinado foi que diante de qualquer hostilidade todos sairiam do local. Ao chegar na agremiação, o colega membro anuncia uma questão: os amigos não poderiam entrar pela porta da frente. Enquanto pensavam que se tratava de uma questão racial, o rapaz esclareceu o motivo. Homens poderiam entrar pela frente, mulheres não. E a reação dos dois garotos foi de aceitação, como se tal circunstância não representasse um problema, Crenshaw e o amigo entraram pelos fundos.

Diferentes experiências, diferentes formas de violência marcaram a vidas das “mulheres” que cruzaram as leituras na construção do presente ensaio, as quais algumas foram superficialmente reportadas acima. O escopo de mencioná-las é para mostrar a necessidade de pensar criticamente as inúmeras violências que o reforço da identidade universal e a ação política representacional, que toma essa identidade como seu pressuposto, podem provocar.

Sojourner Truth foi marcada, pelo menos, pela violência de classe, raça e gênero. O caso de Crenshaw e da discriminação contra as mulheres negras pela General Motors conflui, no mínimo, as questões de raça e gênero. Emma Goldman, anarquista, pensadora e ativista dos direitos

políticos e das mulheres, foi crítica do dogmatismo e certa agressividade que o movimento feminista impunha às suas militantes. Denunciou na afirmação acima transcrita que a mulher do movimento não poderia gostar de dançar. Goldman e Barbin podem representar a violência das performances compulsórias. Mesmo a primeira sendo afetada no interior do feminismo e a outra fora dele, por outras práticas de legitimação, observa-se que a imposição da estabilidade é por si “só” perversa.

Esse é o confronto com um diagnóstico perfunctório e longe de ser exaustivo das formas de violência produzida pelas *normas* legitimadoras da compreensão do corpo como portador de uma identidade dita coerente.

Na sistematização moderna, a normatividade é constituída pelo dever produzido na tentativa de garantir uma segurança ontológica para a ação moral (SAFATLE, 2013). O dever, portanto, seria a *vontade pura* agindo em nome do amor e do compromisso à universalidade da Lei. Na contramão, Foucault demonstra que é a norma – ou melhor, a normalização – quem produz o dever.

A sociedade moderna desenvolveu, principalmente a partir do século XIX, mecanismos disciplinares como o controle do tempo, do espaço físico, dos corpos, etc. E esses dispositivos de disciplina colonizaram a estrutura jurídica de modo que não é possível dizer que a norma é igual à lei, concebida pela “pureza” do dever moral. A sociedade moderna é a sociedade da normalização, aquela que define as ações pelo critério binário do “normal” e do “anormal”. Novamente é a figura do poder produtor que prevalece sobre a noção de autonomia da modernidade.

Judith Butler em *Vida Precária* (2011) explica, também se afastando da aceção moderna de autonomia, que o que é moralmente vinculante não é dado pelo indivíduo mesmo, não advém da ideia de autodeterminação e autorreflexão, mas chega até os sujeitos inesperadamente. Através da ideia de *rostos* de Emmanuel Levinas, Butler busca esclarecer que a recepção das demandas morais não é algo que se possa evitar ou planejar.

Pode-se dizer que o *rosto* significa o elo entre humanização e representação ao interpelar, pelo viés ético, a necessidade de reconhecer o *outro*.

Reporta-se a essas duas oposições à concepção moderna para romper a ideia de que o dever moral pode instituir regras práticas de conduta universais. É ilusório acreditar em uma segurança ontológica, por isso o resgate da tecnologia disciplinar apresentada por Foucault e ideia de interpelação de Judith Butler, como potentes instrumentos de gerência da identidade estável e imutável. Quando se fala em autonomia e identidade depare-se sempre com uma fronteira que não pode ser ultrapassada pela objetividade.

Como se a possibilidade do indivíduo moderno fazer a experiência de si mesmo como sujeito de uma “sexualidade” fosse dispositivo fundamental de sua auto-determinação. Digamos claramente que seu reconhecimento como sujeito passa necessariamente pela maneira que ele é capaz de subjetivar uma sexualidade (SAFATLE, 2014).

Nesse trecho de uma de suas aulas na Universidade de São Paulo, nomeadas de *Erotismo, sexualidade e gênero* (2014), Vladimir Safatle articula três dimensões importantes sobre as quais se tem refletido neste trabalho: auto-determinação, sexualidade e reconhecimento. O modo como o indivíduo moderno é capaz de subjetivar uma sexualidade é o modo como ele faz a experiência de si mesmo, como exprime uma *identidade*. Trata-se, assim, de um condicionamento para sua autodeterminação e para seu reconhecimento. De tal maneira, quando se exige uma identidade sem questionar que essa identidade não é tudo o que alguém é e, ainda, que ela não pode ser dissociada das outras experiências atravessadas pelo sujeito, ele opera por meios de dominação, ocasionando exclusão ou, como afirmou Crenshaw (1993), ignorando as diferenças.

Retorna-se ao conceito de *rosto* para pensar justamente sobre essa precariedade a qual o *outro* do discurso identitário é condicionando. Quem é esse *outro* e onde a representação lhe falta ou é insuficiente são questões persistentes. A definição de *rosto* apresentada por Butler (2011) é dada não pela afirmação do que ele é; de acordo com a filósofa o *rosto* significa o

que não pode ser apreendido por palavras. O *rostto* não é propriamente um rosto e nem é necessariamente um rosto humano. O *rostto* também não é a representação do humano, pois para Levinas *apud* Butler (2011, p.27), o humano é o que limita o sucesso de qualquer prática representacional.

Contudo, enquanto o que expõe a precariedade do *outro*, o *rostto* interpela: o que é uma mulher? Quem está dentro, fora ou não suficientemente incluído? Segundo Butler (2011, p.19) “responder ao rosto, entender o seu significado quer dizer acordar para aquilo que é precário em outra vida ou, antes, àquilo que é precário à vida em si mesma”. O *rostto* realiza a reivindicação ética que, no contexto da identidade, não se pode evitar à pretensão crítica. Se o humano, no entanto, não é representado pelo *rostto*, como indicou Levinas *apud* Butler (2011), que *rostto* nos interpela? O ponto de Levinas é que o rosto não é apagado na falha da representação, mas formado precisamente nessa possibilidade (BUTLER, 2011).

Em outras palavras, para Levinas o humano não pode ser capturado pela representação, ele é, ao mesmo tempo, o que não se identifica nem com a representação e nem com o irrepresentável, e é nessa disjunção que o *rostto* se constitui. Há sempre perda na captura, como também há sempre perda quando não se produz nenhuma imagem, nenhum rosto, nenhum tipo de apreensão de uma realidade. O *rostto* pode ser percebido como uma condição para humanização na mesma medida em que pode ser mobilizado para desumanizar.

Aproxima-se da construção teórica de Butler sobre o *rostto* para dizer que a política de identidade não será capaz de representar “as mulheres”, concorda-se com Levinas *apud* Butler que há algo de irrepresentável em nós. Por outro lado, concorda-se igualmente, que é nas falhas de representação e, principalmente, no escancaramento dessas falhas onde a imagem mais próxima do humano pode ser encontrada. O objetivo a ser perseguido, então, é apontar as falhas, indicar onde a representação identitária vacila e expor o que Butler (2011, p.28) chamou de esquemas normativos

de inteligibilidade, que estabelecem o que será considerado ou não humano, o que será uma morte passível de ser lamentada, o que será uma vida habitável.

Nesse sentido, de acordo com Butler (2011, p.32) a crítica cultural – na qual se inclui o movimento feminista – tem a tarefa de “nos fazer retornar ao humano aonde não esperamos encontrá-lo, em sua fragilidade e nos limites de sua capacidade de fazer sentido”. Para isso é imprescindível uma política feminista que tome “a construção variável da identidade” (BUTLER, 2014, p.23), que tenha como pré-requisito metodológico a possibilidade de variação das performances, de ampliação dos atos, de deixar os corpos se movimentarem fluidamente. Desconstruir os universais de mulher, de patriarcado e da própria apreensão abstrata da violência.

Falando de outro modo, é preciso pensar na crítica como uma alternativa ao horizonte da desconstrução da violência. Butler em *O que é crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault* (2013) explica que a atitude crítica não nasce de uma “liberdade inata à alma” (2010, p. 169), mas de um processo de rompimento interno, de uma sequência de maturação de atos, da constituição de verdadeira uma *prática*. A crítica não levará ao conforto das certezas e respostas absolutas e a sua finalidade central não deve ser a de valorar o objeto. A tarefa primordial é pôr em destaque a estrutura de avaliação e a desnaturalização dos modos de conhecimento mais consolidados internamente (BUTLER, 2013).

A crítica como arte do exercício da consciência de si é movida pelo desejo de não ser tão governado ou de não ser governado de uma maneira específica (FOUCAULT *apud* BUTLER, 2013) e possibilita vislumbrar que o “governo” da representação identitária seja desestabilizado a partir da historicização dos conceitos aparentemente “dados”. Como foi dito não se trata de valorar o objeto, dizer se a identidade é boa ou se a identidade é ruim, mas de problematizar as estruturas que estabelecem a identidade.

De acordo com Judith Butler é imprescindível “criar um senso público no qual vozes de oposição não são temidas, desagradadas ou descartadas, mas valorizadas pela instigação à democracia sensata que ocasionalmente

realizam” (2011, p.32). No contexto dos estudos de gênero, reflete-se que a força emancipadora não está em conter as identidades, neutralizá-las ou ignorar as diferenças, e sim deixar que elas se agitem, criem o dissenso das diferenças, encontrado-se e reconhecendo-se no desejo de não se submeter, de não ser governado pela ordem identitária compulsória.

5 Conclusão

É perto dos abismos que, segundo Safatle (2013), se constroem as mais genuínas experiências do conhecimento. Nos colocamos no abismo de refletir sobre o “sujeito mulher” e esperamos ter alcançado o objetivo de contribuir para a problematização. Não encontramos caminhos seguros, mas novamente Safatle (2013), citando Hegel, indica que entrar no caminho do desespero é condição inescapável para evitar velhas respostas às questões. Nesse sentido, buscamos desnaturalizar nossos conhecimentos consolidados, criticar as estruturas de legitimação que precarizam a vida e articular vias de deslocamento.

Primeiramente, apontamos que o sujeito moderno universal é uma construção que, depois de formado, ganha status de ontologia. Trata-se de uma abstração que adquire materialidade e se reveste de características ditas masculinas. Essa produção realiza processos ocultos de exclusão; sentidos, entretanto, por diversos modos de vida que não têm sua narrativa contemplada na história universal.

Não inserido no discurso e nas estruturas hegemônicas, o *outro*, separado do masculino pela diferença anatômica, passa a contestar o lugar de autoridade. Concluímos que tal impugnação forjou um sujeito igualmente universalizado, preenchido de feições, que embora muitas vezes negassem a determinação pela natureza, não refletiam ao fim nada além do sexo biológico e, ainda, representava interesses seletivos. Contudo, assim como o *outro* reivindicou e reivindica seu espaço dentro das estruturas universais masculinas, há outros *outro* no interior do sujeito “mulher” denunciando as práticas de legitimação que ele opera.

A crítica pós-estruturalista, ao questionar a possibilidade de conhecimento acerca da categoria mulheres, afasta o pensamento essencialista, pois argumenta “que o sujeito não tem uma identidade essencial mas uma identidade construída através de múltiplas estruturas e discursos que se sobrepõe, se cruzam e se contradizem entre si de diversas maneiras” (BARTLETT, 2011, p.99). Embora essa epistemologia não nos prescreva uma receita, não diga como escapar e como agir de modo a evitar a total apreensão identitária, acreditamos que ela nos fornece instrumentos profundamente eficazes para pensar exercícios de ruptura.

Defendemos, assim, a resignificação da compreensão das identidades. A imposição da “coerência” retira a virtude de nossa complexidade, enfraquecendo as possibilidades de combinações no âmbito da subjetividade e restringindo o espaço de luta política.

6 Referências

- BARTLETT, Katharine T. Métodos jurídicos feministas. In: FERNÁNDEZ, Marisol; MORALES, Félix (Orgs.). *Métodos Feministas en el Derecho*.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e Política*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- _____. Introdução. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). *Teoria Política Feminista: textos centrais*. Vinhedo: Horizonte, 2013.
- BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- BUTLER, Judith. Inversões sexuais. In: PASSOS, Izabel C Friche (org.). *Poder, Normalização e Violência: incursões foucaultianas para a atualidade*. Coleções Estudos Foucaultianos. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.
- _____. *O que é a crítica?* Um ensaio sobre a virtude de Foucault. Trad. Gustavo Hessmann Dalaqua. In: Caderno de ética e filosofia política, n.22, 2013.
- _____. *Vida Precária*. Trad. Angelo Marcelo Vasco. Contemporânea, n.1, p.13-33. Jan.-Jun, 2011.

- _____. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar. 7.ed. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2014.
- CHAMBOULEYRON, Ingrid. *A tensão entre modernidade e pós modernidade na crítica à exclusão do feminismo*. Tese de doutorado do programa de pós-graduação em ciência política da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- CRENSHAW, Kimberle. *A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero*. Revista Estudos Feminista, n.1, 2002.
- _____. *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Woman of Color*, 1993.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1. ed. São Paulo, Paz e Terra, 2014.
- ROGRIGUES, Carla. *Alianças e Tensões: desconstrução, feminino e feminismo*. In: *Mente, Cérebro e Filosofia*, 2005.
- SAFATLE, Vladimir. *Aulas Erotismo, Sexualidade e Gênero*. São Paulo: USP, 2014.
- _____. *O Dever e seus Impasses*. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2013.

Seyla Benhabib e a desigualdade de gênero: contribuições e críticas

*Verena Holanda De Mendonça Alves*¹

Introdução

Nascida em Istambul, no ano de 1950, a autora e filósofa Seyla Benhabib se mudou para os Estados Unidos, em 1970, onde recebeu seu PhD pela Universidade de Yale, sete anos após. Atualmente, ocupa a função de professora de Ciências Políticas e Filosofia da Universidade de Yale.

Benhabib foi diretora do programa em Ética, Política e Economia (2002-2008). Foi presidente da Divisão Oriental da Associação Americana de Filosofia (2006-2007), membro do Wissenschaftskolleg em Berlim (2009), membro do Instituto NYU Straus para o Estudo Avançado de Direito e Justiça (2012) e na Academia Transatlântica Marshall Fund em Washington DC (2013).

Em 2009, recebeu o prêmio Ernst Bloch por suas contribuições ao diálogo cultural em uma civilização global e, em 2012, foi premiada com o Prêmio Dr. Leopold-Lucas pela Academia Evangélica de Tübingen, em reconhecimento ao seu trabalho na seara da teologia, história intelectual, pesquisa histórica e filosofia, bem como frente o compromisso da autora

¹ Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde foi bolsista por colocação, frente aprovação em primeiro lugar na seleção de 02/2016. Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Pará - CESUPA. Professora da Faculdade Metropolitana da Amazônia - FAMAZ e do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Membro do grupo de pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos.

com a compreensão internacional e tolerância. Recebeu, ainda, o Prêmio Meister Eckhart da Fundação Identidade e a Universidade de Colônia (maio de 2014) por suas contribuições do pensamento contemporâneo.

Possui graus de honra da Universidade Humanista em Utrecht (2004), Universidade de Valência (novembro de 2010) e da Universidade Bogazici (maio de 2012). Além disso, também recebeu o título de Doutora Honorária pela Georgetown University (maio de 2014).

Benhabib escreveu diversas obras em língua inglesa conhecidas por conectar teorias críticas com teorias feministas, normalmente trabalhando com os autores Hannah Arendt e Jürgen Habermas. Dos livros gerados pela autora, somente um coordenado em conjunto com Drucilla Cornell, pode se encontrar disponível na versão em língua portuguesa, qual seja: *Feminismo Como Crítica da Modernidade*, datado de 1987.

A autora defende uma corrente da teoria crítica relacionada à compreensão de sujeito e suas implicações na atuação política e normativa. Nesse sentido, seria crível manter uma teoria empenhada com uma percepção normativa de igualdade, defendendo, inclusive, que para recriminar os estudos sobre a essência do indivíduo do feminismo, bem como uma utópica universalidade, não seria intentado desistir da justificação de concepções de igualdade de gênero normativas, pelo contrário, deveria o questionamento e ponderação sobre suas individualidades e a forma como ele projeta sua narrativa no mundo faz parte do processo. Sua análise se enquadra na terceira geração da dita teoria, se caracterizando por uma abertura ao diálogo com as principais tradições de pensamento norte-americanas e tentando reestruturar as sugestões da segunda geração da Teoria Crítica, centrada na figura de Habermas.

A autora debate o universalismo que prejudica a teoria de democracia deliberativa, mas não se afasta completamente da defesa pela sua manutenção. Nesse sentido, seria possível perceber uma mudança de posicionamento da autora que, nos anos oitenta defendia uma reconstrução do modelo habermasiano, utilizando a figura de um sujeito contextualizado. Nos anos noventa, passa a dirigir seus comentários no

sentido de que este sujeito buscaria sua inclusão nos moldes de democracia liberais, sem renunciar de sua identidade cultural. A partir dos anos dois mil, busca analisar os “direitos dos outros” que ocupam um mundo globalizado, mas estariam sujeitos a algumas lógicas de territoriais próprias e dispareas.

Nesse sentido, o presente trabalho busca caminhar por algumas das principais obras da autora, procurando suas fundamentais contribuições para o debate de gênero e a inserção de minorias vulnerabilizadas em sociedades democráticas.

2 O universalismo interativo e o feminismo: a dicotomia público e privado

Em 1986, na obra intitulada *Critique, Norm and Utopia* a autora apresenta os dois principais elementos sobre os quais sua análise versaria neste momento, bem como os extremos sobre os quais a Teoria Crítica se estabelece (a norma em contraposição a utopia).

Para Benhabib, manter uma ênfase na norma seria uma forma de estruturação dos direitos e legitimações concretizadas por uma política de concretização destes (vinculados à justiça). Quanto à utopia, seria a manutenção de um direcionamento voltado a uma comunidade de necessidades e solidariedade, representando uma política de transfiguração baseada nas diferentes formas de vida. O conflito surgiria nas promessas universalistas de justiça, igualdade, direitos civis e publicidade, mediante uma linguagem utópica de um comunidade de amizade, solidariedade e felicidade (1986, p.13).

Frente tal obstáculo, a autora busca apresentar uma teoria crítica que faça justiça em dois momentos (justiça e felicidade). Propõe, então, vislumbrar a recuperação do legado crítico de antecipação utópica e em questionar se a ética discursiva estaria apta a concretizar uma utopia crítica.

Nesse sentido, reflete, fundamentalmente, sobre três pontos, quais sejam: o status do princípio da universalização; as bases institucionais da ética comunicativa; e a relação entre cognição, motivação e afeto na mesma ética (1986, p. 297).

Sobre o primeiro, aduz ser tautológico e inconsistente, pois não estariam fundados nas regras de argumentação normativa e não argumentativa (1986, p. 308).

Em relação ao segundo, pontua a dicotomia de bases sobre as quais as instituições se fundariam (um modelo no formato clássico liberal em conjunto com uma estrutura mais democrática e participativa). Dessa forma, a autora questiona se haveria a possibilidade da ética comunicativa não ser alheia a outras formas de relacionamentos que ultrapassassem a mera relação jurídica de uma seara pública e legalista. Aduz que essas novas formas de relação social teriam sido depositadas em uma esfera privada e que, portanto, não trariam a possibilidade de interferência estatal em suas demandas (1986, p. 310). Nesse sentido, a autora defende que a participação precederia a universalização sem participação, de forma que a aplicação de um texto legal debatido só se daria após um processo argumentativo que gerasse o consenso dos interessados sobre o tema (1986, p. 315).

Para tanto, haveria a necessidade de ampliação dos interesses depositados nas searas consideradas como públicas para que passassem a abarcar institutos e questões que seriam considerados como incumbências da área privada.

Sobre a terceira questão, Benhabib defende que a ênfase cognitivista da ética comunicativa leva a uma espécie de racionalidade que é produzida quando se minimiza a contínua auto-reflexão sobre as condições de possibilidade da razão, condições que a razão nunca determina totalmente, e poderiam ser compreendidas como autogerantes (1986, 317). A autora destaca que os participantes nos discursos carregam suas próprias histórias, planos de vida e processos de socialização, estas contingências e contextos em que os discursos são proferidos surgem da ampliação da

ética comunicativa mediante o reconhecimento da ética humana e os desejos depositados na ética discursiva. As falas práticas estariam submergidas em questões culturais que influenciam diretamente no conteúdo que preenche determinado discurso (1986, p. 335). Dessa forma, as necessidades são o objeto de uma argumentação discursiva e o conteúdo dos discursos não deveria ser contido nessa argumentação, então as questões de justiça e boa vida correriam juntas, integrando a comunidade de direito com a comunidade de necessidades e solidariedade (1986, 336).

Tal obra é de extrema importância entre as de autoria da autora, uma vez representar a consolidação da defesa de Benhabib em relação a reformulação da ideia de ética comunicativa.

Nos anos noventa (mais especificamente em 1992), se utilizando das premissas expostas até o momento, a autora revisita a problemática da universalidade e da estruturação social em um ambiente que se considere como democrático.

Nesse momento, ao analisar as teorias morais universais, Benhabib coliga os alinhos que desde as teorias feministas se mostram existentes. Se na obra anteriormente aqui exposta, a autora apresentou a necessidade de recuperar um momento utópico transformativo, a pertinência de conversar com a teoria feminista se apresenta mediante sua característica antecipativa e utópica, utilizando termos da teoria da autora (1992, p. 152).

Ao trazer as críticas feministas de separação e padronização das searas público e privadas em conjunto com a retirada do âmbito público da lógica que versa sobre as histórias da vida humana, relembra o brocardo de que “o pessoal é político”, bem como realiza questionamento sobre se as características utilizadas na ética universalista seriam capazes de expressar os interesses e necessidades das mulheres, bem como contribuir para uma desejada emancipação desta parcela em uma sociedade patriarcal (1992, p. 200).

Isto posto, haveria duas vertentes que necessitariam ser enfrentadas e sobre as quais a autora propõe modificações. A primeira tangencia uma crítica ontológica a conceitual que seria depositada na figura do sujeito

dentro de uma lógica universalista. Em segundo momento, se faz a crítica à estruturação social pautada em uma dicotomia sustentada na separação entre público e privado.

Neste segundo ponto, percebemos o debate pautado na separação público apartado do privado se mostra como uma via de exclusão das mulheres da primeira seara, o que geraria o fim de sua voz perante a organização estatal de determinada localidade. Tal estruturação estaria fundada no que a autora intitula de universalismo substitucionalista, pois utilizariam do instituto do universalismo para defender um consenso ideal previamente definido, identificando as experiências de um grupo específico de sujeitos (se leia: homens) como paradigma social (1992, p. 153). A questão central se daria não apenas na consequente exclusão das mulheres, mas esta em conjunto com uma ideia de cegueira em relação às emoções e sentimentos humanos que passam a ser compreendidos como de incumbência feminina e privada. A autora critica, ainda, a forma como as regras que regem a esfera privada não se enquadram no âmbito dos direitos e da justiça (1992, p. 13).

Nesse sentido, para modificação do universalismo da forma como é utilizado na modernidade, a autora utiliza como figuras centrais o sujeito e as bases institucionais. Baseado nessas premissas, a autora propõe um modelo de democracia deliberativa que gera um universalismo interativo.

Neste, se faz uma distinção crítica entre duas concepções das relações eu-outro, a saber, o “ponto de vista do outro generalizado” e o “ponto de vista do outro concreto”.

O primeiro exige que seja realizada uma análise do todo e de cada indivíduo como um ser racional habilitado aos mesmos direitos e deveres que se gostaria de atribuir a nós mesmos (1987, p. 97). Trata-se de uma análise universal, que possibilita a visualização de forma externa das normas compartilhadas que condicionam as interações entre os sujeitos, bem como a percepção do sujeito como racional e detentor de direitos. Contudo, tal ponto de vista é ponderado em conjunto com a próxima ideia trazida.

O segundo exige que avistemos todo e cada ser racional como um indivíduo com uma história concreta, identidade e constituição afetivo-emocional (1987, p. 98). Segundo tal instrução, seria possível reconhecer as especificidades dos demais integrantes da rede de interlocução.

Nesse sentido, nas palavras da autora:

As necessidades, bem como emoções e afetos, tornam-se meramente dadas propriedades de indivíduos, que a filosofia moral repugna examinar, com base em que isso pode interferir na autonomia do eu soberano. As mulheres, pelo fato de terem sido transformadas em “zeladoras domésticas das emoções” no mundo burguês moderno, e porque têm sofrido por causa das incontidas necessidades e fantasias da imaginação masculina, que as transformou ao mesmo tempo em Mãe Terra e megera implicante, a Virgem Maria e a prostituta, não podem condenar essa esfera ao silêncio (BENHABIB, 1991a, p. 106).

Pelo citado, se observa um dos principais argumentos para a abertura do eu concreto, uma vez que a supressão de uma narrativa de base afetiva, bem como a redução do discurso à extensão cognitiva dos argumentos colaboram para a conservação de vias seculares de dominação e exclusão por conta do gênero instituído, questão central a ser utilizada quando se intenta interrogar a validade jurídica da produção legislativa.

Pelo ponto de vista do outro concreto, seria possível a análise do diálogo em relação às eventuais assimetrias que existissem entre os participantes. Mediante tal percepção, se aproveitando do ponto de vista do outro generalizado haveria a possibilidade de olhar além de tais diferenças.

Utilizando-se de tal raciocínio, a autora combina o particular com o universal, com a finalidade de analisar o reconhecimento das desigualdades e da igualdade entre os participantes de uma rede de interlocução (1999, p. 343).

Feita essa distinção, Benhabib aduz que tais essas concepções “são encaradas como incompatíveis, até mesmo antagônicas” (1987, p. 97) nas teorias morais contemporâneas, refletindo “as dicotomias e cisões de inícios da moderna teoria moral e política entre autonomia e cuidados

maternais, independência e vinculação, o público e o doméstico, e, mais amplamente, entre justiça e vida boa” (1987, p. 97).

Tais ponderações da autora buscam dar subsídios para analisar e ponderar sobre a existência do outro concreto e a forma como isso é feito (ou ignorado) no campo da aplicação jurídico-normativa.

Nesse sentido, aduz que o outro concreto deveria ser visto como: *“um conceito crítico que designa os limites ideológicos do discurso universalista. Significa o não pensado, o não visto e o não ouvido nessas teorias” (1991a, p. 103).*

Dessa forma, o universalismo interativo seria aquele que não é unicamente legislativo, mas tematiza o gênero e é sensível ao contexto. Além disso, teria como principais elementos constitutivos a reformulação do pragmático universal das bases de validade das reivindicações da verdade, quando analisamos uma teoria da justificação; a visão de um eu incorporado nas relações humanas, detendor de uma identidade constituída narrativamente; a reformulação do ponto de vista moral, entendido como a realização contingente de uma forma interativo da racionalidade e não como o ponto de vista histórico de uma razão legislativa (1992, p. 6).

Frente tais ponderações, podemos inferir que o universalismo substitucionista não leva em conta o outro concreto, enquanto que o universalismo interativo (defendido pela autora), reconheceria que todo outro generalizado seria, também, um outro concreto, afirmando ainda que a *“universalidade não é o consenso ideal de eus definidos ficticiamente, mas o processo concreto em política e moral da luta de eus concretos, físicos, pugnando por autonomia” (1987, p. 92).*

Na obra *Situating the self: gender, community and postmodernism in contemporary ethics*, Benhabib traz uma ideia de fenomenologia do juízo moral baseada na concepção de que *“o juízo não é uma faculdade de subsumir o particular ao universal, mas uma faculdade de contextualizar o universal de tal modo que ele se relacione com o particular” (1992, p.12).*

Na obra citada ao norte, a autora traz outra ideia central de seu estudo. Nesse livro explica que estaria se distanciando da ideia de Habermas de uma

ética do discurso, buscando, então, enfatizar e até mesmo radicalizar os aspectos da ética do discurso que seriam considerados como universalistas sem serem racionalistas. Busca-se salvar o universalismo nos processos democráticos de formação de juízo e de opinião (1992, p. 8). Com essa finalidade, faz algumas proposições que acredita necessárias para tal fim.

A primeira delas versa sobre analisar o ponto de vista moral à luz da reversibilidade de perspectivas e o cultivo do pensamento representativo conforme anteriormente disposto por Hannah Arendt (principalmente com a ideia de ação como interação comunicativa). Por tal raciocínio, tal ética comunicativa funcionaria como mecanismo de superação da radicalidade da oposição entre neo-aristotélicos e neo-kantianos e se posiciona a favor da compatibilidade entre uma “moralidade universalista e de princípios” e o “juízo moral sensível ao contexto” (1992, p.8). Dessa forma, seria possível defender uma forma universalista sem ser formalista ou descontextualizada. A autora busca reconciliar o universalismo e o contextualismo (se relembra a teoria do universalismo interativo anteriormente exposta).

Nesse sentido, Benhabib afirma que: *“não é uma faculdade de subsumir o particular sob um universal, mas uma faculdade de contextualizar o universal de tal modo que ele se relacione com o particular”* (1992, p. 132).

Frente algumas dificuldades que observa nas teorias de Habermas e Arendt, Benhabib opta por uma via do diálogo que afirma dois princípios: o princípio do respeito moral universal e o da reciprocidade igualitária.

Segundo estes, deveríamos reconhecer o direito de todos à fala e a participar na conversação moral (princípio do respeito moral universal), bem como que todos teriam os mesmos direitos aos vários atos de fala (princípio da reciprocidade igualitária). Dessa forma, a autora atesta que a situação argumentativa tem um conteúdo normativo que precede a argumentação moral de fato.

Com o exposto, Benhabib propõe corrigir a patente cegueira de gênero existente (*“gender blind”*), não com o escopo de relativizar demandas morais, mas tentando a finalidade de torná-las sensíveis e atinentes ao

gênero. Busca debater e expandir a existência de uma fenomenologia rudimentar do moral na qual a moralidade universalista poderia conviver com o moral sensível a um contexto.

Nesse sentido, a autora explica que “a dicotomia público/privado como princípio de organização social, e sua expressão ideológica em várias concepções de razão e justiça são prejudiciais às mulheres” (BENHABIB, 1987, p. 16)

Ademais, Benhabib traz três elementos para a formulação de um universalismo interativo e pós-metafísico (“*reason, self and society*”). O primeiro versa sobre uma mudança no conceito de racionalidade que vislumbrasse como norte uma concepção discursiva. O segundo trata do reconhecimento de que os sujeitos da razão são criaturas finitas, corporificadas que conseguem projetar certa narrativa no mundo, não estruturas abstratas de apercepção transcendental (1992, p. 5). O terceiro aduz que as reivindicações legislativas da razão prática devem também ser entendidas em termos interacionistas, não em total descompasso com os sujeitos existentes (1992, p. 6).

Pelo exposto, se depreende que a teoria da autora constata o quanto uma padronização social mediante uma dicotomia público/privado foi negativa para que determinadas parcelas sociais tivessem suas vozes ouvidas, uma vez fazerem parte de uma seara que o estado, originalmente, não deveria interferir. Nesse sentido, ressalta o papel que a mulher teria recebido, sendo colocada na esfera privada.

Feita tal constatação, a autora propõe uma via de criação de políticas que não sejam cegas à questão de gênero, mas que insira diálogo na geração das propostas e na tomada de decisões, inserindo requisitos universalistas sem, contudo, deixar de olhar para as esferas individuais daqueles que também integram o corpo social.

Além disso, se intenta a contextualização no universalismo, mediante propostas de discurso e de ponderação sobre aqueles que conseguem projetar suas narrativas no mundo.

3 Pós modernismo e sua derivação política para o feminismo

Frente o paradigma do pós-modernismo que se insurge no fim dos anos oitente e início dos anos noventa, a autora passa a analisar quais seriam as consequências de uma aliança entre a teoria feminista e as posições pós modernas. Além disso, intenta apresentar estudos e análises que versem sobre as dificuldades que tangem a temática da cidadania universal mediante fragmentações nacionalistas e direitos de organizações sociais diferenciadas. Nesse sentido, busca expor uma ideia de universalismo interativo que seria apropriado para atingir uma nova concepção de solidariedade coletiva se utilizando de identidades plurais constituídas.

Quando tratamos do feminismo no pós-modernismo, a autora defenderia a necessidade de manutenção de uma política de solidariedade que mantenha alguma visão compartilhada perante a nova realidade.

Nesse sentido, o livro *Feminist Contentions* escrito pela filósofa em conjunto com diversas outras escritoras de peso na análise feminista (como Judith Butler, Drucilla Cornell e Nancy Fraser), significou marco fundamental para o debate em questão.

Benhabib resume as abordagens pós-modernas em três teses: a tese da morte do homem, a tese da morte da história e a tese da morte da metafísica. A adaptação que o feminismo fez desses postulados deu origem às seguintes teses que nos mostram as afinidades que existem entre o feminismo e a pós-modernidade: a desmistificação do sujeito masculino da razão; a geração da narrativa histórica e o ceticismo feminista em relação às pretensões da razão transcendental (1991, p. 138).

Apesar de parecer algo plausível, a autora atesta pontos extremamente negativos nessa análise simplificada, aduzindo, inclusive, que em algumas situações o diálogo se tornaria completamente impossível de ser realizado na prática se tomadas tais premissas a cabo.

Em relação à morte do homem, a ideia central seria a de que o sujeito uma vez considerado como morto pelo pós-modernismo seria descontextualizado, logo conseguiria produzir um conhecimento universal. Sua

desconstrução poderia ser defendida por ideias feministas, uma vez que o universal e o racional seriam características de um sujeito associado ao masculino, logo a desconstrução desse indivíduo abstrato, representaria desmistificação do sujeito masculino racional, gerando aspectos positivos à inserção prática das mulheres. Contudo, Benhabib defende que pareceria difícil um projeto de emancipação feminino sem a possibilidade de ação, mediante a inserção da presença de um agente. Para a autora, a negação do sujeito deixaria desarmada qualquer articulação teórica e prática das aspirações emancipadoras do feminismo (1991, p. 139-40).

Em relação à morte da história, haveria uma renúncia a um encadeamento entre os momentos históricos que fornecem os elementos da metahistória e a uma narrativa sobre o rumo da história da humanidade em direção ao progresso. Existiria, então, a exclusão da história de marginalização social que as mulheres foram inseridas no transcurso do tempo. Tal exclusão se realiza tanto em relação a determinação de padrões que resultam na exclusão histórica da mulher pela sociedade civil, quanto as diversas lutas travadas na busca por tais direitos. A concepção de lutas históricas para a evolução social seria completamente ignorada por esta estruturação.

Nesse sentido, Benhabib se propõe a analisar um ponto intermediário entre as metanarrativas modernas e a fragmentação da história pós-moderna. Aponta que tal posição representaria uma rejeição das pretensões hegemônicas em relação as parcelas que representam as forças da história. Não existiria mais um "nós" identificável. Conforme explanado, a história de luta dos grupos vulnerabilizados seria igualmente apagada, se nega uma apropriação emancipatória de histórias passadas, afastando interesses epistemológicos na historiografia da luta pela inclusão de autores marginalizados na narrativa oficial (1991, p. 140-141). Se não houver a reconstrução histórica de tais disputas travadas, a versão dos excluídos perde a visibilidade e impossibilita um pensar sobre a relação da política com memória histórica (1991, p. 222).

Em relação a morte da filosofia, caracteriza a metafísica ocidental, como uma "metafísica da presença", onde a filosofia seria a representação

privilegiada do real. Tal defesa seria abarcada pelo feminismo pós-moderno mediante uma posição cética sobre uma razão transcendental, frente o fato de que a contextualização do sujeito e das condições em que o conhecimento seria produzido remeteria aos interesses que determinam tais condições. Para Benhabib um feminismo sem filosofia não poderia ser considerado como possível, uma vez que "*a crítica social sem filosofia não é possível, e sem críticas sociais o projeto de uma teoria feminista, comprometido ao mesmo tempo com o conhecimento e com o interesse emancipador das mulheres, é inconcebível*" (1991, p. 143). A autora afirma, ainda, que se a filosofia for reduzida a mera descrição das condições de validade da ação e do conhecimento inseridos em determinados contextos, queda prejudicada a sua função de formular justificativas para essas condições de validade (1991, p. 224).

Tais investigações, nesse contexto, demandariam critérios normativos, identificados pelos pós-modernos como regras disciplinares que reproduzem interesses certos de uma parcela determinada. Contudo a autora defende que certo critério normativo é necessário para que o feminismo possa qualificar a discriminação de gênero como uma injustiça.

A autora defende que a desconstrução do sujeito não seria uma via correta para que se possa debater a exclusão do feminino, pelo contrário, tal atuação conduziria ao fim do sujeito e de sua autonomia. Diferente de Butler que se debruça sobre a figura do poder na constituição da identidade no feminino, Benhabib discorre sobre a modificação das relações de poder que definiriam as desigualdades de gênero existentes.

Benhabib faz referência a duas mortes do sujeito moderno. A primeira seria uma versão fraca que encontra o sujeito inserido em várias práticas sociais e discursivas. A segunda, uma via forte que considera o sujeito como apenas uma entre as várias funções da linguagem que não foram produzidas por ele, deixando ideias como intencionalidade, responsabilidade e autonomia como descartáveis (1991, p. 140). Contudo, tais objetos seriam de extrema importância para o feminismo, uma vez que sem estes, os indivíduos se desapartam da condição de agentes capazes de

escrever a história. Nesse sentido, a autora defende que as pessoas são capazes de, ao mesmo tempo, ser autor e personagem da história dentro de um determinado contexto.

A autora defende que o grande erro da pós-modernidade teria sido a retirada da autonomia do indivíduo, algo que seria nocivo aos intentos feministas, uma vez que sem isso, se perde uma ferramenta essencial para que o feminismo possa funcionar como crítica. Benhabib defende que o feminismo deveria experimentar formas de contextualização do indivíduo que ainda o permita manter o seu domínio e suas possibilidades de realizar transformações sociais que intentem a existência de relações de gênero mais igualitárias (1991, p. 211-215).

Na obra também se defende a necessidade de certo distanciamento do sujeito para que a possibilidade de crítica seja realizada. Tal saída, para a autora, não representaria uma fuga para lugar nenhum, mas a ocupação de um espaço diferente, inserido em uma realidade social diversa (1991, p. 227).

Pelo exposto, se infere que para Benhabib o pós-modernismo prejudicaria a força crítica e contestadora do feminismo, pois o sujeito inserido e equiparado completamente no seu meio, não é capaz de questionar seus valores e de pensar formas de reorganização social e político (além daqueles que já são existentes no contexto em que é inserido).

Ademais, defende que a inserção e manutenção de um indivíduo em um determinado contexto, acabaria sendo contraditório e apartado do contexto geral, uma vez que tal conceituação fechada se mostra cada vez mais difícil de ser efetivada em períodos em que a delimitação dos espaços sociais e políticos se torna cada vez mais imprecisa (1991, p. 227).

Dessa forma, se utilizando de uma crítica estrutural para a desigualdade de gênero, bem como na busca por uma solução para a metanarrativa e a figura de um indivíduo metafísico, Benhabib intenta apresentar soluções presentes na própria modernidade, buscando contextualizar o indivíduo sem, contudo, retirar a normatividade e a autonomia deste.

Para tanto, busca em Habermas substrato para superar uma lógica moderna do século XIX e a inserção de uma teoria crítica do século XX. Pondera que o sujeito é socialmente construído, mas defende a necessidade de preservar certo distanciamento desse contexto social para que a crítica e a autonomia (baseada em uma racionalidade dialógica, ou seja, mediante a interação dos sujeitos pela linguagem) sejam passíveis de concretização.

A proposta da autora não busca embasar uma situação abstrata, mas pondera a interação intersubjetiva em um espaço concreto e determinado. Nesse espaço, os indivíduos produziriam críticas que ensejassem modificações direcionadas a um horizonte igualitário. Conforme exposto, os indivíduos seriam autores e personagens da história, à eles seria mantida a possibilidade de transformação social.

Em relação à política de identidade, Benhabib defende certa cautela ao afirmar o que denomina de “normativismo prematuro”. Este ponderaria sobre as identidades de gênero como se fossem pontos de partida inquestionáveis para a produção da norma. Para a autora, deveria se articular uma resposta que viesse desde a ética discursiva e que incorporasse os conceitos desenvolvidos na obra *Situating the Self* (1997).

Na busca por realizar tal articulação, mas sem abrir mão das raízes universalistas, Benhabib propõe afirmar a metanorma da autonomia moral na ética discursiva, no sentido de que apenas aquelas que obtivessem aprovação de todos os envolvidos em práticas discursivas seriam consideradas como legítimas e válidas (tal estrutura pressupõe uma reciprocidade igualitária e a criação de espaços públicos para possibilitar a expressão através do diálogo).

4 Como acomodar dilemas multiculturais dentro de uma democracia deliberativa?

Inicialmente, cumpre esclarecer o que a autora compreende como democracia. Segundo Benhabib:

A model for organizing the collective and public exercise of power in the major institutions of a society on the basis of the principle that decisions affecting the well-being of a collectivity can be viewed as the outcome of a procedure of free and reasoned deliberation among individuals considered as moral and political equals. (1996, p. 68).

Utilizando-se dessa conceituação, se pode aduzir que a democracia deliberativa seria uma forma de organização do poder político, onde os indivíduos submetidos a tal estrutura seriam vistos como iguais e deveriam participar diretamente das decisões que fossem tomadas, sendo tal acesso a estes ambientes de debate completamente livres.

Ademais, em relação aos processos de deliberação, Benhabib explica seus principais atributos, quais sejam: a participação é gerida pelas regras de igualdade e da simetria entre seus participantes; todos teriam as mesmas chances de iniciar qualquer ato de fala (incluindo o debate e o questionamento de pontos estabelecidos); todos teriam igual prerrogativa para iniciar argumentos reflexivos sobre as próprias regras do procedimento discursivo e sobre o modo pelo qual elas são aplicadas ou conduzidas (1996, p. 70).

Na tentativa de analisar as possibilidades de acomodar dilemas multiculturais dentro de uma democracia deliberativa, Benhabib escreve a obra chamada *The Claims of Culture* (2002).

Para a autora, o modelo de democracia deliberativa, pelo que já foi explicado até o momento, seria a melhor forma de alcançar tais fins. Dessa forma, nessa obra, a autora busca confirmar a afirmação acerca da possibilidade de conciliação entre um universalismo democrático e um pluralismo jurídico.

Atesta que as inúmeras modificações geopolíticas no globo seriam a comprovação de que existiriam várias formas de cultura, logo, uma teoria democrática não poderia descartar como inverídicas as pautas do multiculturalismo (2002, p. 114). Nesse sentido, defende instrumentos de abordagem deliberativa democrática, mais direcionada a sociedade civil e a esfera pública do que a setores institucionais ou jurídicos.

A autora demonstra, mais uma vez, a sua tentativa de “salvar” o universalismo ao buscar inserir correções na ideia de ética habermasiana. Em *The Claims of Culture* Benhabib tenta trabalhar lacunas no programa da teoria crítica contemporânea (2002, p. 298).

Diante dos modelos de culturas essencialistas e preservacionistas existentes, Benhabib tenta manter uma visão destes a partir de um construtivismo social (2002, p. 5).

Isso significa entender a cultura como um conjunto de práticas não homogêneas divididas internamente por histórias em conflito. Para a autora, a cultura estaria dividida em duas ordens, quais sejam: histórias de primeira ordem (histórias sobre o que fazemos, que são integradas em uma "rede de histórias", no sentido arendiano), bem como histórias da segunda ordem, isto é, histórias de avaliação sobre as histórias da primeira ordem, são o que formamos o que chamamos de "cultura".

Dessa forma, os modelos de cultura seriam constituídos narrativa-mente, As comunidades não seriam definidas por uma figura homogênea, mas pelo tema da conversa que é mantida, que pode mudar ao longo da vida e constituir diferentes comunidades de conversação e redes de interdependência (inclusive moral, resolvendo os litígios mediante regras dialógicas processuais de respeito universal e reciprocidade igualitária) que podem ser, muitas vezes, antagônicas entre si.

Afirma que o movimento de pessoas através dessas culturas é muito grande, fazendo com que estas sejam porosas e híbridas, não haveria a ideia de uma cultura pura (2002, p. 33).

Nesse sentido, atesta que deveria se analisar a construção do discurso da ética, a constituição narrativa do eu e uma concepção dos discursos como práticas deliberativas que não se concentram nas normas de ação e interação, mas também na negociação de interpretações compartilhadas de forma situacional através das divisões. De forma multicultural, deve manter o enfoque no que é o grupo e no que os líderes políticos desses grupos exigem na esfera pública (2002, p. 16).

Para que tal ideia fosse alcançada, a autora adverte que existiriam situações em que perceberíamos a convivência no mesmo território de sistemas jurisdicionais de diferentes tradições culturais (haveria um pluralismo jurídico). Para tanto, seria necessário o respeito a três princípios, destes, alguns já foram apresentados em outras obras da autora, mas aqui são lembrados baseados em viés um pouco diferentes dos anteriormente postos, quais sejam: o princípio da reciprocidade igualitária (as minorias não receberiam menos direitos que a maioria); a auto-atribuição voluntária (o nascimento não vincula automaticamente uma pessoa a determinado grupo cultural, isso só poderia ocorrer mediante a auto-atribuição ou auto-identificação); aqui insurge a liberdade de saída e associação (podendo acarretar perda e acréscimo de privilégios que formalmente estejam vinculados a estas posições) (2002, p. 19).

A aplicação destes princípios, então, seria uma forma de garantia das minorias ao acesso a certa igualdade democrática, mediante a proteção de direitos daqueles marginalizados socialmente, como no caso das mulheres (onde práticas sociais buscam, constantemente, controlar sua sexualidade e seus direitos reprodutivos). Uma vez que as exigências culturais respeitassem esses três princípios, o pluralismo jurídico seria compatível com as aspirações igualitárias da democracia. Logo, não seria mais necessário calar vozes de parcelas socialmente vulnerabilizadas para a manutenção de uma lógica impositiva e desigual.

Frente às defesas multiculturais de natureza essencialista do pluralismo jurídico, a autora foca seu perfil de análise no aprofundamento da democracia deliberativa (mediante a inserção de minorias caladas no contexto social). Nesse sentido, não se detém em quais poderiam ser as identidades que poderiam existir ou quais os traços que estas deveriam ter.

A autora analisa os processos de formação de opinião e vontade na sociedade civil, ponderando as qualidades normativas de reciprocidade igualitária, auto-atribuição voluntária e liberdade de saída e associação. Nesse sentido, a abordagem deliberativa intenta ampliar e redefinir a agenda pública, estimulando a mesma alocação sobre o que é considerado

como público e sobre aquilo que é depositado em um âmbito privado (2002, p. 70).

Quando analisa o direito das mulheres na inserção deste patamar democrático deliberativo, a autora atesta que quando se está analisando os direitos grupais, na verdade está se analisando os direitos dos homens do grupo. Nesse sentido, Benhabib aduz que o reconhecimento do outro não gera um reconhecimento dos outros. A asseveração dos direitos das minorias comumente deriva de uma espécie de transação em detrimento dos direitos de mulheres, uma barganha acordada pelas elites masculinas da cultura minoritária e majoritária (2002, p. 89).

Pela divisão da sociedade civil em público e privada, bem como o depósito da figura feminina na seara privada de regulamentos sexuais, reprodutivos e matrimoniais, o liberalismo político não seria capaz de resolver tais problemáticas. Para a autora o deliberativo da democracia poderia proporcionar respostas convincentes, pois não restringiria a agenda pública a debates pontuais, promete a redefinição do público e privado, defendendo práticas discursivas de negociação. Para isso, a autora atribui o nome de reconstrução reflexiva das práticas sociais. Nesse sentido, a fundamentação não produziria apenas resultados institucionais normativos, mas articularia certo ponto de vista cívico que desencadearia uma "mentalidade abrangente" dos participantes presentes nas controvérsias.

Para que isso seja possível, lembramos que o pluralismo jurídico defendido pela autora é um pluralismo que pode localizar adequações no universalismo. Dessa forma, para sua concretização, seria necessário o respeito aos três princípios citados ao norte: reciprocidade igualitária, auto-atribuição para o grupo e liberdade de saída e associação.

5 Indivíduos globais

Se as demandas de identidade de pessoas pertencentes a grupos culturais reconfiguraram a cidadania, o novo cenário globalizado também trouxe consigo as reformulações da soberania, pertencentes à comunidade

e a possibilidade de uma cidadania cosmopolita. Os desafios que agora enfrentam a democracia deliberativa são responder às exigências de um universalismo globalizado, a extensão da "conversa moral" a toda a humanidade e a construção de um projeto de solidariedade pós-nacional. E essas demandas são levantadas daqueles que chamam a participação de nossas nações: estrangeiros, requerentes de asilo, imigrantes, apátridas, entre outros.

Para analisar essa nova realidade, no livro *The Rights of Others* a autora delimita os princípios de uma teoria cosmopolita de justiça, focando em princípios e práticas de adesão como membro de uma comunidade política e jurídica de abordagens pós-nacionais.

Nesse sentido, a autora percebe uma tendência internacional de imputação de condutas fundadas em uma pauta intitulada de direitos humanos que acaba contradizendo a capacidade soberana do país. Essa nova lógica seria expressa em três áreas conectadas entre si, quais sejam: crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de guerra; intervenções humanitárias, que pressupõem uma obrigação moral generalizada para o respeito pelos direitos humanos dos outros; migração transnacional, onde o direito internacional reconhece o direito à liberdade de movimento refletido no direito de emigrar, mas são os estados que controlam o direito de entrada em um país.

Para Benhabib, esta tensão faz parte da nação moderna e compõe o contrassenso da legitimidade democrática. Em outras palavras, fato de que a legitimidade dos estados estar amarrado ao respeito pelos princípios universais coligados ao regime de direitos humanos, mas estes se tornam concretos em direitos restritos de cidadania que respondem à soberania particular de cada estado. Embora este paradoxo não possa ser eliminado, a autora defende que se seu prejuízo pode ser mitigado através de uma renegociação em termos de democracia deliberativa dos direitos de pertença.

6 Conclusão

Pelo exposto, é possível inferir que a ideia de universalismo interativo defendida pela autora, juntamente com as duas concepções em relação ao outro (ponto de vista do outro generalizado e ponto de vista do outro concreto) possibilitam uma análise acerca das possíveis assimetrias existentes entre os indivíduos dentro de uma sociedade. Nesse sentido, defende a possibilidade de olhar além dessas diferenças, conjugando o particular com o universal, buscando, assim, a percepção da desigualdade e a defesa da igualdade entre aqueles que conseguem projetar suas narrativas no mundo.

Benhabib defende, ainda, a faculdade de contextualizar o universal, de forma que ele não seja uma imposição ao particular, mas se transforme em uma via de relacionamento com este.

Além disso, é defendida na teoria exposta a via do diálogo pautado em um respeito moral universal e uma reciprocidade igualitária. Nesse sentido, no ato de tomar determinada decisão, todos os envolvidos seriam livres para participar do debate e iguais para terem suas percepções sopesadas.

Nesse sentido, para que tal pensamento se consolidasse, Benhabib atesta que a situação argumentativa teria um conteúdo normativo que precederia a argumentação moral de fato, bem como que seria necessário certo critério normativo para que circunstâncias de desigualdade e injustiças relacionadas ao gênero possam ser atestadas e combatidas.

Dessa forma, a desconstrução do sujeito, a retirada de autonomia do indivíduo ou a supressão de sua história não seriam interessantes para qualquer tentativa válida de emancipação feminina.

Por fim, se conclui que uma vez que a teoria apresentada pela autora reafirma um compromisso com o cerne universalista-igualitário ao mesmo tempo em que reivindica sensibilidade ao contexto, se mostra de extrema importância e significativa evolução no debate sobre a igualdade de gênero.

7 Referências

- BENHABIB, Seyla. CORNELL, Drucilla. **Feminismo Como Crítica da Modernidade**. Editora: Rosa dos Tempos. 1987.
- Benhabib, Seyla. **Feminism and Postmodernism: An Uneasy Alliance**. Praxis International, 11, n. 3, Reeditado en Situating the Self. 1991.
- _____. **O outro generalizado e o outro concreto: a controvérsia Kohlberg-Gilligan e a teoria feminista**. In: BENHABIB, Seyla; CORNELL, Drucilla (orgs.). **Feminismo como crítica da modernidade**. Trad. Nathanael da Costa Caixeiro. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991a.
- BENHABIB, Seyla. **Situating the Self: gender, community and postmodernism in contemporary ethics**. Nova York: Routledge, 1992.
- Benhabib, Seyla. **From Identities Politics to Social Feminism: A Plea for The Nineties**. Philosophy of Education 50th Annual Meeting 1994.
- Benhabib, Seyla, Butler, Judith, Cornell, Drucilla y Fraser, Nancy (eds.), **Feminist Contentions**. Philosophical Exchange, Nova York, Routledge. 1995.
- BENHABIB, Seyla. **Democracy and difference. Contesting the Boundaries of the Political**. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- Benhabib, Seyla. **Democracy and Identity. Problems of Political Membership in the Global Era**. Conferencias Horkheimer, Universidad de Frankfurt. 1997.
- Benhabib, Seyla. **Sexual defferences and collective indentities**. insSigns. Winter: 1999.

Saúde dos transexuais na sociedade heteronormativa: judicialização de políticas contra o (des)conhecimento da identidade de gênero

*Danielly Thays Campos*¹

*Cássius Guimarães Chai*²

*Monica Teresa Costa Sousa*³

Introdução

Dentre os Direitos Fundamentais vislumbra-se o Direito à saúde, ofertado e tutelado a título de universal, concebido como indisponível e de importância ímpar, no entanto, é notório que mesmo com as disposições legais e formais de extrema monta e valia isso não é o suficiente para que um direito se realize e efetive no mundo civil real. Isto posto, vale ainda mencionar que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 3^o

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão.

² Mestre e Doutor em Direito Constitucional UFMG/Cardozo School of Law/Capes. Estudos pos doutorado the Hague Academy of International Law(Holanda), Universidad de Salamanca (Espanha), European University Institute (Itália), Central European University (Hungria), Visiting Law Professor the Normal University of Political Science and Law Shanghai, China, Visiting Law Research and Professor Normal University of Political Science and Law Beijing (Research Center on International Cooperation G20). Pos doutorando Universidade do Porto (Portugal). Membro da International Association of Prosecutors, International Association of Constitutional Law e da European Society of International Law. Membro do Conselho Científico da ABDI. Professor Associado UFMA. Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão, Diplomado Escola Superior de Guerra, Ministério da Defesa, Brasil, Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia 2019.

³ Doutora em Direito pela UFSC. Professora Associada na Universidade Federal do Maranhão. Professora Visitante na Universidade de Valencia (Espanha). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA). Professora dos cursos de mestrado em Direito (PPGDir/UFMA) e Cultura e Sociedade (PGCult/UFMA)

objetivos estatais para que houvesse a manutenção e fomento dos já mencionados Direitos Fundamentais, no entanto, a realidade prática vem demonstrando que muitos desses objetivos acabam não se efetuando da forma esperada e adequada pela omissão e descaso do poder público em elaborar as atuações necessárias para a sua devida realização.

Quando o poder estatal é omissor na consecução de seus fins constitucionalmente estabelecidos existe a possibilidade de intervenção do poder judiciário, que nesse momento, age como mantenedor da ordem democrática, buscando fazer valer a equidade de Direitos e a assistência necessária para que todos vivam de fato em igualdade. Essa atuação do judiciário não pode e nem é vista como uma quebra da regularidade da separação de poderes plantada desde Montesquieu (2005, p.54 apud GRINOVER, 2009, p.10), pois, o que se deve apreender é o fato de que o poder estatal, na verdade é uno, no entanto, se expressa mediante três vertentes, quais sejam, o executivo, o legislativo e o judiciário, os quais devem coexistir de forma alinhada (GRINOVER, 2009, p.10).

Em uma democracia, o poder judiciário existe em um contexto em que está alinhado com as demais expressões do poder estatal e está vinculado com as políticas públicas elaboradas pelo Estado para atingir os fins estabelecidos na Carta Magna, sendo assim, quando o poder público acaba por não agir da forma correta para tutelar os direitos fundamentais dos indivíduos, é completamente possível, e mais, é verdadeiramente necessário, que o poder judiciário faça uso de seus instrumentos coercitivos, para que os interesses maiores transmutados em direitos sejam finalmente observados.

No que se refere à saúde dos transexuais, o que se nota é que há por parte do SUS um tratamento desigual no que se refere à salvaguarda dessa questão, sendo esse setor colocado às margens da atuação do serviço público de saúde, em um claro ciclo de reprodução de menosprezo e preconceito quanto às suas necessidades reais, sendo assim, o cenário de descrédito e pouca assistência ofertada aos transexuais, mesmo com as normas legais afirmando que o Direito à Saúde é de todos, e que deve ser ofertado em caráter integral e universal, fez nascer a presente pesquisa.

A elaboração científica aqui arguida busca mostrar de forma primordial como a injustiça social com os indivíduos transexuais, somada com a inoperância do serviço público de saúde em prestar a devida tutela e assistência a esse grupo em específico, criou um campo fértil para o ajuizamento de ações que movimentam o setor judicial na busca da subsunção das normas constitucionais ao caso concreto. Demonstra-se como a Judicialização de políticas públicas é perfeitamente possível no ordenamento jurídico pátrio e funcionam como instrumentos eficazes na busca da concretização dos objetivos outorgados pela carta maior à República Federativa, perpassando pela compreensão dos principais caracteres de justiça social e como ela, na sua face de direito à saúde, encontra na heteronormatividade sexual e no binarismo de gênero um grande obstáculo.

Usou-se, como metodologia a pesquisa de levantamento bibliográfico, buscando em doutrinas, livros, artigos e resoluções o conhecimento necessário que acabou por desembocar na percepção da paralisia do poder público em atuar da forma legalmente imposta, fato esse que faz com que uma das expressões do poder estatal busque a sua efetivação e consequentemente o atendimento às necessidades iminentes dos indivíduos, e, de forma mais afinada, os componentes dos grupos de transexuais, que engrossam as fileiras processuais do país, por meio de suas principais representatividades no anseio de serem atendidos em suas especificações e necessidades vitais.

2 Caracterização geral da judicialização de políticas públicas

É de importância ímpar, que, dentro do contexto da discussão dos principais aspectos da Judicialização de políticas públicas, se busque entender a perspectiva histórica e legal de como esse instituto surgiu e se desenvolveu, dito isto, o pontapé inicial dessa percepção passa pela apreensão dos ensinamentos de Montesquieu quando este fala sobre a separação de poderes e a sua grande importância, ressaltando e afirmando que a reunião dos poderes em uma só mão, em um único lugar, seria um

terreno fértil para o desenvolvimento de leis e governos tirânicos, sendo assim, no caminho de elaborar governos mais justos, Montesquieu condiciona a liberdade à separação entre os poderes judicial, executivo e legislativo, como forma de evitar a proliferação de tiranias.

Vale ressaltar que tal forma de pensamento acerca do desenvolvimento do governo das nações, tem como cenário de fundo o momento do estabelecimento do liberalismo estatal, onde se vê o Estado enfraquecido em prol das liberdades individuais (Dallari, 2007 apud GRINOVER, 2009, p.10). Nesse contexto, o que se espera do Estado é um posicionamento negativo, no sentido de que sua atuação é na linha de não interferência no campo da liberdade de cada ser humano, foi esse, o momento histórico do estabelecimento e crescimento da primeira geração de Direitos Fundamentais, com o constitucionalismo liberal preocupado em garantir que o Estado tivesse a postura de ser abster para que cada indivíduo pudesse gozar de liberdade plena e sem interferência estatal (Grinover, 2010, p.10).

No entanto, o cenário de grandes liberdades individuais não fora proveitoso para todos da mesma forma e acabou culminando em uma grande diferença social e econômica entre os indivíduos, diferenças essas que acabaram por culminar com a Revolução Industrial, onde as massas operárias passam a figurar de forma mais incisiva no cenário social, buscando ter seus anseios atendidos e serem ouvidas, principalmente através dos sindicatos.

Aqui, se pode falar na transição de Estado Liberal para o Estado Social, e tal mudança tem um reflexo direto na realização da atividade do Estado, levando-se em consideração que a sua posição inicial em se abster e deixar que as liberdades individuais vigorassem, acabou com uma grande revolução, onde as massas excluídas clamavam por serem mais ouvidas e terem suas necessidades atendidas, isto posto, a figuração do Estado em existir, mas não intervir acabou por fracassar, fazendo com que houvesse uma transição para um modelo estatal mais ativo e atuante (GRINOVER, 2010, p.11).

É nesse contexto que há o desenvolvimento da segunda geração de Direitos Fundamentais, sendo estes, os econômicos e sociais, que vieram

somar com os de liberdade, em um campo onde o Estado não mais se abstém, mas sim, passa a ter uma função positiva, um *dare, facere e praestare*, onde os indivíduos possam de fato fazer uso e fruição dos direitos de primeira e segunda geração.

Trazendo essa discussão da separação de poderes para o âmbito nacional, pode-se afirmar que o poder judiciário acabou por autolimitar-se durante um longo período de tempo, principalmente antes da Carta Magna de 1988, no que se refere ao assunto de intervir em atos administrativos, quadro esse que começou a se alterar com a edição da Lei n.4717/65 (Lei da Ação Popular), a qual legitimou a atuação do judiciário no que se refere à apreciação do mérito de atos da administração.

Tal atuação por parte dos tribunais se legitimou ainda mais com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a qual, sem seu artigo 5º, LXXIII, estabelece a legitimidade de se analisar a moralidade administrativa, ato esse que só pode ser feito, quando se debruça na análise do mérito dessa mesma moralidade, edificando assim, uma via de acesso para que atos administrativos sejam de fato analisados em sua materialidade, observando-se sua nuances, objetivos e subsunção com a norma pátria.

Cândido Dinamarco (2000, p.434 apud GRINOVER, 2009, p.11) é ferrenho defensor da ideia de que foi com a inserção da Lei da Ação Popular no ordenamento jurídico pátrio, que se abriu a possibilidade de se realizar o controle do mérito do ato administrativo. Se junta a isso os objetivos fundamentais que estão no corpo da Constituição de 88, mais especificamente no seu artigo 3º, onde se destaca o inciso IV, que coloca a promoção do bem de todos, independente do sexo ou quaisquer outras formas de discriminação (dentre outras disposições).

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Levando-se em consideração os objetivos estabelecidos na Carta Magna, o Estado precisa então se organizar, principalmente nas tarefas do *facere e praestare*, envergando-se sobre a realidade social, traçando e elaborando metas e programas com funções específicas aos Poderes Públicos (BONAVIDES, 1980, p.357 apud GRINOVER, 2009, p.20). Nesse momento em que o Estado passa a agir no sentido de alcançar e concretizar os objetivos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, ele transita de Estado Social para Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a atuação estatal é no sentido de promover as ações necessárias para que tais objetivos sejam efetivamente alcançados, e, para que isso seja uma realidade, ele faz uso de seu poder, que é uno, no entanto, se expressa em três formas: Executivo, Legislativo e Judicial. Essas formas de expressão do poder estatal são independentes e harmônicas entre si, atuando de forma que a intenção ímpar de realizar os objetivos constitucionais fundamentais seja alcançada (GRINOVER, 2010, p.12)

De acordo com os ensinamentos de Tércio Sampaio (1994, p.14) há agora uma questão muito interessante quanto à atuação do poder judiciário no campo legal brasileiro, antes, quando do Estado Liberal, tal poder era neutralizado em relação aos demais, mas agora, no Estado Democrático de Direito, o judiciário, sendo expressão do poder estatal, está vinculado à sua política, alinhando-se com outras vertentes estatais e às suas políticas públicas, que visam justamente atingir os objetivos fundamentais.

O Estado, para atingir as metas fundamentais constitucionais, elabora programas e políticas públicas, debruçando-se sobre a realidade social, transmutando-se em Estado Democrático de Direito, alcançando a realização dessas mesmas metas através de seu poder uno, o qual se expressa, como já mencionado anteriormente, de três formas (Judicial, executivo e legislativo), sendo assim, o poder Estatal, unificado em sua natureza, se expressa tripartidamente no anseio de concretizar os fins do Estado constitucionalmente estabelecidos, através de um conjunto de atividades que se dividem entre normas (legislativo), atos (executivo) e

decisões (judiciário) com o núcleo intencional de atingir os fins máximos objetivados na Constituição.

A atividade política que é exercida tanto pelo poder executivo quanto pelo legislativo deve estar em total consonância com o judiciário, desta forma, cabe a este último a análise da atividade daqueles, tanto no sentido de observar se estão de acordo com a Carta Magna de 88, como de perceber se estão viesadas para atingir os objetivos constitucionalmente estabelecidos como fundamentais.

Nessa atuação se pode notar a perfeita expressão da ideia central da separação de poderes, cuja teoria foi obra do pensamento vanguardista de Montesquieu, e que se desenhou nas sociedades no intuito de melhor estruturar seus governos, baseando-se essencialmente na coexistência desses poderes de forma harmoniosa e pacífica entre si, e acima de tudo, com a constituição, então, sempre que restar claro que a atuação dos demais poderes infringirem a integridade dos fins do Estado, o judiciário deve agir controlando as atividades desses outros poderes, tudo em nome da preservação dos Direitos Fundamentais tanto individuais quanto coletivos.

Afunilando a discussão para o cenário nacional os tribunais tem se posicionado favoravelmente nesse sentido, como, em decisão do Supremo Tribunal Federal onde se reconhece o dever do Estado em oferecer de forma gratuita a medicação que os portadores do vírus HIV necessitam, pautando-se na afirmação de que os poderes públicos devem elaborar políticas sociais que busquem atingir os objetivos previstos no artigo 196 da Constituição. Outra decisão importante foi a do STF (Supremo Tribunal Federal) na ADPF 45-9 a favor da intervenção do judiciário no controle de políticas públicas, onde o ministro Celso de Melo afirma que em situações excepcionais, quando os órgãos estatais competentes descumprirem seus encargos político-jurídicos e isso comprometer a eficácia e a integridade de Direitos individuais ou coletivos constitucionalmente estabelecidos, poderá haver a intervenção do poder judiciário, em uma clara intenção de enaltecer e preservar tais direitos (GRINOVER, 2010, p.15).

Ainda na análise dessa importante decisão no que se refere à judicialização de políticas públicas, pode-se apreender da decisão do ilustre Ministro, que existem alguns critérios que devem se observar nos casos concretos para que seja possível a intervenção do judiciário em outros setores de expressão do poder estatal. Esses critérios podem ser convertidos em requisitos, que, quando presentes, validam a interferência do judiciário no controle de políticas públicas: O mínimo existencial que deve ser garantido ao cidadão, a razoabilidade da pretensão tanto se for individual como social e por fim, a disponibilidade financeira do Estado para realizar tais pretensões positivas.

Os objetivos estabelecidos no artigo 3º da CF além de serem a base nuclear que fomentam a razão de ser das políticas elaboradas pelo poder público, tem um elemento central baseado no mínimo existencial necessário para que a dignidade da pessoa humana seja garantida. O mínimo existencial são condições básicas para a existência de um indivíduo, e, por compor uma parte significativa do princípio da dignidade da pessoa humana, quando houver a sua inobservância, poderá ser exigido judicialmente, sendo assim, encaixa-se perfeitamente na definição feita para a atuação e ocorrência da judicialização de políticas públicas.

A razoabilidade mede-se aplicando o princípio da proporcionalidade, o que se expressa pela busca do equilíbrio entre os meios empregados e os fins desejados com tais meios. Canotilho (1996 apud GRINOVER, 2010, p.19) diz que esse princípio tem outros subprincípios que compõem o seu todo, sendo estes, a conformidade, que trata da medida adequada para se alcançar um fim, a exigibilidade ou necessidade da menor ingerência possível e a proporcionalidade em sentido estrito, que nada mais é que a perfeita medida entre meios e fins.

A reserva do possível se refere à disponibilidade econômica e financeira do Estado para que seja possível a implementação de políticas públicas, frisando-se que a mera alegação de que o poder público carece de recursos para que ele venha a justificar a inexecução de uma política é completamente insuficiente, sendo necessária a devida comprovação por

parte da Administração, situação em que se percebe a regra da inversão do ônus da prova como preconiza o artigo 6º, VII do Código de Defesa do Consumidor. Esses requisitos, observados no caso concreto, desenharam o cenário perfeito para que haja a atuação do poder judiciário no claro intuito de fazer valer os objetivos constitucionalmente impostos que visam a efetivação e integralidade dos direitos fundamentais a todos.

3 Justiça social e os obstáculos da heteronormatividade sexual

Dentro de uma perspectiva democrática, a justiça social se equipara à equidade, ou seja, parte-se da compreensão de que os Direitos Humanos e Sociais são universais, universalidade essa que é garantida quando se compreende e se aceita as diferenças dos grupos sociais e se impede que tais diferenças sejam obstáculos para a garantia desses mesmos direitos a esses mesmos grupos.

Em uma Democracia Liberal a equidade existe como um princípio de justiça onde se entende que os grupos sociais têm inúmeras diferenças, de naturezas econômicas, morais e sociais, e que estas não devem (ou não deveriam) representar nenhum tipo de obstáculo ou comprometimento de acesso aos Direitos Universais, os quais são aplicáveis a todos e a todas. Nesse contexto, as diferenciações de certas coletividades deve ser foco de um tratamento mais especializado e cuidadoso, para permitir a acessibilidade de todos às garantias fundamentais, e não, raiz da proliferação de discriminação.

O âmago da democracia se pauta justamente na ideia de que as pluralidades sociais existem, são validadas, e em hipótese alguma podem representar algum tipo de dificuldade no que se refere ao acesso a Direitos que são aplicáveis a todos pela sua universalidade. No contexto nacional, a Carta Magna de 88 enaltece a pluralidade como valor social, assim como o caráter universal dos direitos sociais.

A justiça social, em uma discussão dentro da perspectiva de equidade, se baseia na ideia de igualdade tanto na participação do espaço público

como no acesso às oportunidades, e isso só é possível com o reconhecimento das diferenças dos grupos, e evitando que essas diferenças venham a comprometer a participação de seus membros na razão pública (RAWLS, 2002 apud LIONÇO, 2009, p.46).

Dito isto, resta claro que o que realmente importa, não repousa unicamente no fato de que liberdades individuais devem ser preservadas, mas sim, algo mais amplo, que alcance a magnitude de uma coletividade que historicamente foi colocada às margens da sociedade, sem isonomia de fruição e acesso a direitos, que acabam por se estender e solidificar com o passar dos anos, possibilitando assim, uma paridade de oportunidades, sem discriminação ou ao menos, sem os efeitos dela, alcançado o máximo de igualdade, buscando a subsunção da norma constitucional, de tratamento igual a todos (FRASER, 2008; RAWLS, 2002 apud LIONÇO, 2009, p.46).

Trazendo essa discussão para o âmbito do cenário de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), é possível afirmar que esse sistema tem a edificação de sua atuação pautada nesses ideais de equidade e de justiça social, oferecendo, ao menos formalmente, o acesso universal ao direito de saúde, efetivando esse acesso através da participação incisiva na elaboração de políticas públicas, que existem justamente para criar caminhos reais de concretização dos objetivos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos, solidificando a igualdade de todos e o fim da discriminação, desenhando um campo onde as minorias passam a ser enxergadas em suas peculiaridades e não mais rechaçadas a um segundo plano.

Por mais que expressamente a equidade não seja um princípio constitucional e nem esteja presente na Lei Orgânica de Saúde, não há que se olvidar da importância que ela tem para a estruturação dos objetivos constitucionais e para a realização do acesso real e integral a todas as prerrogativas de saúde, e conseqüentemente aos serviços prestados pelo SUS que se baseiam justamente na universalidade de seu acesso (LIONÇO, 2009, p.46).

Nesse contexto de discussão, já tendo em mãos a importância da equidade para a justiça social, e de forma mais afinada, para a acessibilidade aos serviços de saúde constitucionalmente estabelecidos e oferecidos pelo SUS, se pode apreender que em uma sociedade onde não há a mencionada equidade é impossível se falar de justiça social, sendo assim, no que se refere especificamente aos transexuais, essa figuração fica ainda mais clara, já que esse grupo é vítima de uma série de retaliações, que se transfiguram em injustiça social e obstaculizam o acesso devido aos serviços prestados pelo sistema acima referido.

Ainda é comum enxergar na sociedade, um tratamento diferenciado quanto à atuação, participação social e fruição de direitos das pessoas com essas características, às quais são alvo, não raras vezes, de injúrias e maus tratos pelo simples fato de não se adequarem em uma postura sexual heteronormativa, tendo que viver em um mundo onde seres humanos consideram normal elaborar piadas e gracejos sobre a essência do outro, e mais, acham recreativo e fonte de diversão, diminuir outro ser indivíduo pelo seu posicionamento sexual.

Existe demasiada preocupação com a vida privada do outro, que na maioria dos casos não interfere em nada na vida do autor de atos ofensivos contra os transexuais, formando assim, um cenário vexatório, onde um indivíduo, estimulado pela patética égide do patriarcado e do binarismo de gênero, que prega que apenas dois sexos, com posições sociais já definidas, são “normais” e que qualquer outro posicionamento é errôneo e doentio, considera que agredir física, verbal, moral e psicologicamente outra pessoa por sua escolha sexual, é algo comum aceitável e normal.

Esse tipo de acontecimento não é raro, e deixa claro que aspectos da vida privada, acabam quebrando essa barreira, indo intervir diretamente na vida pública, já que não é incomum a ocorrência de injúrias direcionadas aos transexuais (e também à classe LGBTQI+ como um todo), a qual se configura em discriminação homofóbica, disseminando a ideia de que os indivíduos que se encaixam nesses caracteres são inferiores, levam um estilo de vida repugnante e não merecem ter acesso à mesma monta de

direitos que aqueles que vivem e se comportam dentro de uma suposta regularidade sócio sexual, onde homem gosta de mulher e mulher gosta de homem, e qualquer comportamento diferente é um absurdo coletivo e deve atacado e destruído. (ERIBON, 2008, p.29 apud LIONÇO, 2009, p.47)

A Constituição Federal estabelece a igualdade de direitos e os objetivos fundamentais do Estado para garantir a efetivação e o acesso real a essa igualdade, nesse diapasão, fala-se também da universalidade dos direitos sociais, repugnando qualquer forma de discriminação, em um cenário onde a diversidade é um valor social. Partindo do pressuposto de que a intimidade é inviolável, pode-se ter clareza de que a sexualidade, como elemento constituinte dessa mesma intimidade não poderá ficar adstrita a um modelo uno, obrigada a adequar-se à heteronormatividade sexual, binária e reducionista, rechaçando por completo a pluralidade e a diversidade, constitucionalmente tuteladas:

O constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições (LENZA, 2017, p. 1173)

Nessa linha de raciocínio, vale mencionar que a força do pensamento que enaltece a heterossexualidade ganhou força e disseminação no discurso médico no século XIX, onde se havia a regulamentação da vida sexual e as condutas deveriam seguir a linha de expressões do masculino e do feminino, em um claro binarismo de gênero, sendo que aquele indivíduo que demonstrasse um comportamento sexual divergente desse modelo médico social imposto como verdade absoluta, seria encaixado como fora dos parâmetros normais, considerado, na verdade, como portador de uma doença que precisaria ser tratada (ÁRAN, 2006, apud LIONÇO, 2009, p.48).

Nesse contexto, onde qualquer manifestação sexual divergente da ordem hétero era compreendida como uma anormalidade a ser combatida,

os transexuais, na medida em que estão inseridos no campo da diversidade, com o seu respectivo posicionamento sexual fora dos ditames da heteronormatividade foram vistos e tratados por muito tempo como portadores de uma patologia, seres humanos doentes que necessitavam de cuidados médicos, desta forma, a especificidade de seu posicionamento sexual era combatida ao máximo, em um esforço tremendo de fazê-los se adequar a um modelo sexual previamente estabelecido e concebido como regra geral e perfeita.

Essa discussão é extremamente bem colocada por Butler (2003, apud LIONÇO, 2009, p.48) ao afirmar que a heteronormatividade tem sua base em um alinhamento existente entre o sexo, o gênero e o desejo, no sentido de que quando um indivíduo nasce biologicamente sexuado, a sua expressão, tanto de gênero como de sexo teriam que seguir um único caminho, aquele em total consonância com o sexo biológico, onde toda e qualquer manifestação díspare deveria ser repugnada.

Aquele que nasce homem deve se expressar enquanto homem e se interessar sexualmente única e exclusivamente pelo sexo oposto, nesse caso, uma mulher, a qual, nascida enquanto tal, deve ter um comportamento de expressão de gênero alinhado com o sexo feminino e ter apetite sexual apenas pelo sexo oposto, em um encaixe perfeito de uma lógica construída por séculos e que veio colhendo validação em vários nichos, passando pelo religioso até o médico sanitário.

Toda essa dinâmica erigiu-se como um verdadeiro obstáculo para que os transexuais tivessem efetivamente garantidos toda a universalidade e igualdade de direitos que a Carta Magna lhe pugna, pois, ao não se encaixarem nas falidas regras sexuais de normalidade, acabaram por ficar presos em um círculo de errôneas concepções sobre a natureza de sua realidade sexual, vistos como inadequados e doentes, e assim, retirados do eixo de acessibilidade a uma prestação de serviços de saúde eficaz e igualitária com suas necessidades específicas não sendo tratadas da forma correta.

Frise-se, que por mais que a Constituição tenha estabelecido claramente a discordância com qualquer forma de discriminação, validando e

enaltecendo a pluralidade e a diversidade, na prática, no mundo real e concreto, fora dos livros e regras, essa normatização demorou muito a ser respeitada, e nos dias atuais, por mais que alguns avanços sejam percebidos, ainda é notório que o caminho a ser percorrido pelos transexuais (e pela comunidade LGBTQI+) ainda é longo e árduo. A longa história de preconceito e discriminação quanto a esse grupo faz com que seus efeitos permaneçam vivos na ideologia popular, o que se reflete na tutela falha e omissa aos direitos dos transexuais, ainda vistos como indivíduos que na verdade portam uma patologia, são doentes e inadequados.

4 Judicialização de políticas públicas e a acessibilidade dos transexuais à saúde

Quando se menciona que o direito à saúde é fundamental e intransponível a todos, a Carta Magna também está se referindo às minorias, do mesmo modo, quando o artigo 3º da Constituição coloca como objetivos do Estado a promoção do bem de todos sem forma alguma de discriminação, se está perante uma normatividade, que acima de tudo, defende os grupos minoritários e que historicamente não tem acesso a direitos fundamentais de forma igualitária que lhes garanta uma existência digna.

O simples fato de haver a necessidade de se normativizar que os direitos e tutelas básicas, que visam garantir o mínimo para uma existência digna, são de todos, sem discriminação, é um dos demonstrativos mais primários do comportamento preconceituoso da sociedade civil, que vem se estendendo por uma longa trajetória histórica e colocando os grupos de comportamento mais plural às margens da sociedade, dito isto, afunilando a discussão para a posição específica dos transexuais, podemos notar que os indivíduos que compõem essa parcela da população ainda travam uma batalha para ver concretizados direitos que formalmente já lhes foram outorgados, em um claro reflexo de como a falta de justiça social motivada pela falta de conhecimento e seu consequente preconceito são os maiores males na busca de direitos pra esse grupo.

A discriminação”, por sua vez, expressa a quebra do princípio da igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferência, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas. Já o “preconceito” indica opinião ou sentimento, favorável ou desfavorável, concebido sem exame crítico, ou ainda atitude, sentimento ou parecer insensato, assumido em consequência da generalização apressada de uma experiência pessoal ou imposta pelo meio, conduzindo geralmente à intolerância (ANDREUCCI, 2016, p.1).

Ao se perceber que direitos básicos dos transexuais estão sendo violado, o poder judiciário, em uma notória posição de uma das expressões do poder uno estatal, deve se posicionar firmemente, no intuito de fazer valer todos os objetivos constitucionalmente estabelecidos ao Estado. Essa esfera de poder tem recebido ações que buscam a judicialização de questões relacionadas à saúde, inclusão e emprego dos transexuais, numa nítida tentativa de fazer valer para aqueles, os direitos e garantias que já lhes foram furtados por anos, e que mesmo após a normatização, ainda não se efetua na integralidade.

Partindo do pressuposto de que a sociedade viveu e ainda vive sob a égide da ideologia patriarcal, a qual, em relação à sexualidade, pugna que a única via correta é aquela onde o homem, deve expressar-se enquanto masculino, e a mulher, deve expressar-se enquanto feminino, e ambos, devem sentir atração e relacionar-se um com o outro, caso contrário, estariam completamente fora da normalidade social e sexual e deveriam, por isso, serem tratados como portadores de patologias, forma uma gama de retaliações que impediam e ainda impedem os transexuais de ter acesso a garantias fundamentais para uma existência digna, como o acesso a atendimentos e procedimentos de saúde, que formalmente, deveriam ser para todos (REIS et al.,2018, p.4).

A caminhada na busca do reconhecimento de maiores direitos e de um tratamento devidamente humanizado busca quebrar as regras do elitismo heteronormativo, o qual, além de negar direitos, acaba por construir um cenário social hostil, com uma pluralidade de casos de violência para com aqueles que compõem o grupo dos transexuais.

Estes fazem parte dos grupos com maior índice de violação dos direitos humanos, fato esse, que é o plantio da necessidade de uma intervenção mais firme e atuante do judiciário, visto fato que há uma notória omissão por parte do poder público em implementar ações que consigam atender as necessidades dos transexuais, havendo a carência de uma atuação mais firme, que garanta a concretização da igualdade de direitos dessa parcela da população.

A judicialização de políticas públicas quanto à saúde dos transexuais tem seu embrião nos movimentos e manifestações populares da comunidade LGBTQI+, que buscam a fomentação mais ativa de políticas que possibilitem a garantia de direitos e cidadania de sua classe, deste modo, as entidades que representam essas minorias e também o Ministério Público tem feito uso de ações judiciais, que levem à apreciação do judiciário todas as questões de direitos fundamentais, dentre estes, o direito à saúde, visto fato que o SUS não tem uma preocupação ímpar com aquilo que envolve as questões epidemiológicas e sanitárias desse grupo, em uma clara posição de omissão⁴.

O poder executivo sempre teve um posicionamento de parcimônia no que se refere à efetivação do princípio de igualdade, que ostenta o regramento de que todos os desiguais devem ser tratados na exata medida de sua desigualdade, e isso, se reflete de forma direta e incisiva no assunto de direito à saúde dos transexuais, os quais, após longos anos de segregação, ainda carecem de políticas públicas de valorização e compensação, que busquem acima de tudo, apaziguar os danos enraizados após uma discriminação histórica, que colocou essa parcela populacional como indivíduos impuros, aos quais foram negados direitos básicos para uma existência humana minimamente digna⁵.

O posicionamento do SUS tem sido reiterado no que se refere a não se importar com a equidade (NOGUEIRA, 2011, p.44 apud REIS et al., 2018, p.11).dos serviços que ele oferece, sendo assim, esse parâmetro de atuação

⁴ Ibidem. p.8.

⁵ Ibidem. p.9.

fez com que proliferasse o número de ações para se ter acesso, por exemplo, a cirurgias de redesignação de sexo em clínicas particulares, mas que fosse custeada pelo poder público, além de possibilitar o acesso a tratamentos hormonais, que acabam por expressar os elementos mais notórios que ensejam a judicialização de direito a saúde pelos transexuais⁶.

Os transexuais tem um histórico de grande incidência do vírus HIV, transtorno de personalidade, depressão e necessidade de medicamentos hormonais para tratamento, necessidades essas que são típicas desse grupo, tem relação intrínseca com as suas peculiaridades, algumas, são até mesmo fruto do fato de que essa parcela da população acabou sendo marginalizada de forma tão extrema, que sequer políticas educacionais foram elaboradas a seu favor, que lhes possibilitassem maior conhecimento, por exemplo, acerca de doenças sexualmente transmissíveis.

O desinteresse desarrazoado do Sistema Único de Saúde (SUS) em direcionar sua atenção para as necessidades específicas dos transexuais demonstra uma grande iniquidade social, que acaba por obstaculizar a realização dos objetivos constitucionais do Estado e conseqüentemente a subsunção da norma que trata da universalidade e integralidade dos direitos fundamentais, garantindo que sejam de fato, acessíveis a todos, igualmente.

O SUS acaba por centralizar sua atuação em outras áreas, as quais, quando analisadas, fica notório que também são necessidades extremamente válidas e que precisam de ajuda e atenção do poder público, como os idosos e crianças, no entanto, essa atenção deveria ser dividida de forma proporcional, pois existem outros setores civis que pagam pela marginalidade que lhes foi impugnada por anos, como os transexuais, os negros e as mulheres. Vale ressaltar que os transexuais compõem o grupo de minorias que sofrem com um tratamento vexatório e desigual, e isso se reflete de uma forma muito forte no campo da saúde, onde eles sempre sofreram com a carência de assistência psicológica e farmacológica, além

⁶ *Ibidem.* p.11.

de cirurgias de redesignação, ou seja, os olhos do serviço de saúde universal sempre se fecharam para esses indivíduos⁷.

Como se trata de direitos *erga omnes*, subjetivos, a paralisia estatal, em muitos casos, somada com a inércia do legislativo, faz com que o judiciário atue para proteger essas camadas fragilizadas, pautando sua ação na inafastabilidade de jurisdição e no acesso a justiça, o que impede que se furte da apreciação desse último poder qualquer tipo de violação ou descumprimento de direito, mesmo que seja na esfera da ameaça, assim, nas decisões de toda natureza, o campo judicial passa a atuar na efetivação de direitos ignorados pelo executivo e legislativo, onde a força imperativa dessas sentenças suplanta os necessidades essenciais que foram negadas pelas outras esferas⁸.

Ficar no esquecimento faz com que os transexuais busquem tutela daquilo que lhes pertence por direito, aos tribunais, para finalmente verem realizada a assistência de saúde da qual necessitam. Um dos maiores problemas enfrentados pelos indivíduos que compõem esse grupo específico é o acometimento pelo vírus HIV, no entanto, durante muito tempo os transexuais sofreram um severo tratamento quanto à incidência dessa doença, no sentido de que, pelo fato de seu comportamento, ser em regra diferente dos padrões héteros, eram assim, rechaçados e criticados, acabando por serem adjetivados por promíscuos e símbolos da contaminação pelo vírus em questão⁹.

Após anos de proliferação desse preconceito acerca da saúde dos transexuais, a Organização Mundial de Saúde disponibilizou pela revista World Health Organization, a lista de pessoas que estão mais vulneráveis à contaminação pelo HIV: Homens que tem relação sexual com outros homens, mesmo não sendo necessariamente homossexuais; Profissionais do sexo, onde vale mencionar que devido a um longo período de marginalização, os transexuais acabaram por se dedicar em grande monta a essa

⁷ Ibidem.p.11

⁸ Ibidem. p.4.

⁹ Ibidem. p.10.

atividade; Os usuários de drogas injetáveis, por não ser incomum o compartilhamento de agulhas e os Presidiários, os quais vivem em uma situação calamitosa de higiene (VITA, 2007 apud REIS et al.,2018, p.10).

É importante salientar que mesmo a passos lentos, o tratamento ofertado aos transexuais vem mudando de postura, mas ainda não de forma suficiente para tornar desnecessárias as judicializações em prol da melhor prestação de serviços de saúde para essa camada populacional. Dito isto, vale mencionar que desde a retirada do termo homossexualismo do Manual de Diagnóstico de Transtornos Mentais da Associação de Psiquiatria Americana na década de 1980, e, na década seguinte, sua retirada da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde da Organização Mundial (CID/OMS), efetuaram-se mudanças concisas na interpretação e compreensão acerca dos transexuais e interferiu diretamente nas resoluções elaboradas por órgãos reguladores de determinadas profissões no Brasil (LIONÇO, 2009, p.52).

O conselho de psicologia, por meio da resolução nº 001/99, em relação à orientação sexual, edificou normas de combate a qualquer forma de discriminação e determinou melhorias na orientação sexual, primando por uma reflexão crítica, indicando que seus profissionais não considerassem tais comportamentos como patologias. O conselho de Serviço Social também buscou coibir condutas discriminatórias por meio da Resolução nº 489/2006(LIONÇO, 2009, p.53).

Há ainda a portaria nº2836 de 1º de dezembro de 2011 através da qual foi estabelecida a política nacional de saúde integral a Gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais no âmbito do SUS, instituindo de forma clara os instrumentos de gestão e equidade na prestação dos serviços de saúde, tratando de oferecimento de medicamentos, tratamentos específicos e qualificação da rede de atendimentos, o que, em conjunto, representa um avanço notório no que se refere a possibilidade real de oferecer serviços de saúde de acordo com as exigências constitucionais e humanas (REIS et al.,2018, p.6).

O SUS realizou inicialmente uma abordagem que colocou os transexuais em uma situação de total abandono, pois buscava não fazer uma distinção, ainda que por um curto espaço de tempo, de populações com caracteres sociais bem distintos, indo na contramão que qualquer efetividade de prestação de serviços de saúde, ao ignorar que indivíduos com realidades sociais díspares têm necessidades diferentes, e estas devem ser analisadas e tuteladas em específico, para que seja possível a realidade de igualdade e universalidade de direitos, visto que tal igualdade só é alcançada quando os desiguais são tratados na medida de suas desigualdades (NOGUEIRA, 2011, p.14 apud REIS et al.,2018, p.10).

A judicialização do direito à saúde tem três correntes que buscam atuar na interferência do poder judiciário perante a atuação (insuficiente) do SUS, uma delas, é a denominada de restritiva que defende que o poder judiciário deve levar em consideração o orçamento já existente, quando for determinar concessão de tratamentos, medicamentos e serviços; a segunda corrente aduz que o poder judicial deve levar em consideração a total autoridade do médico no que se refere às determinações e orientações deste para um tratamento, e, a terceira corrente (VENTURA et al, 2010 apud REIS et al.,2018, p.10),e a terceira corrente defende que o direito à saúde deve ser promovido o mais amplamente possível, por ações judiciais tanto individuais como coletivas, no sentido de que já é notório que o poder público não vai atuar espontaneamente para validar as disposições constitucionais que se referem à universalidade de direito à saúde, sendo assim, a atuação judicial é essencial e de importância ímpar.

Com a grande monta de movimentos em prol do enaltecimento e respeito quanto aos transexuais (também para toda a comunidade LGBTs) buscando a igualdade de tratamento, o respeito, o perfeito exercício da cidadania e a tolerância, muitos entes federativos têm criado políticas públicas que visam a afirmação e a garantia desses direitos, ofertando assim, não só mais saúde, mas também educação, empregos, inclusão social e a redução da violência que assola essa comunidade e ceifa vidas diariamente de seus pertencentes (REIS et al.,2018, p.11).

Para se falar dos obstáculos ainda a serem superados no cenário de lutas e buscas por mais realização do direito à saúde dos transexuais, é importante que se fale da inclusão destes nos espaços de discussão que norteiam o SUS como uma decisão que daria mais acesso à gestão dos serviços públicos de saúde e à democracia sanitária.

A participação deles que são os principais interessados na fomentação de seus direitos, com voz ativa em conferências e convenções, levando-se em conta que os destinatários dessas políticas com suas respectivas experiências, só podem aperfeiçoar as decisões e projetos acerca de seus direitos e vias para efetivá-los, vai abrir de forma mais clara e eficaz a elaboração de políticas públicas de saúde que atendam necessidades reais, considerando suas similitudes, e desenhar um cenário de direitos e garantias realmente observados e concretizados.

5 Considerações finais

A marginalização dos transexuais é um aspecto que vem se reproduzindo durante um longo período e suas nefastas consequências para os integrantes desse grupo principalmente no que concerne ao acesso a serviços de saúde adequados às suas necessidades específicas, não podem ser ignoradas pelo poder judiciário, conseqüentemente, essa forma de expressão da tutela estatal atua de forma mais incisiva, para buscar mitigar os efeitos desse posicionamento do poder público, buscando criar vias de prestação efetiva de um serviço de saúde adequado aos transexuais.

A interferência judicial em outras esferas, ao contrário de expressar uma quebra do regramento de separação de poderes, os quais devem existir de forma harmônica e pacífica vem na verdade reformular o olhar acerca do que de fato seria essa separação, expressando o entendimento de que o poder principal está nas mãos do Estado, e este, o exerce através de expressões tríplexes, que se transmutam nos poderes executivos, legislativos e judiciários. No Estado Liberal, a figura estatal era mitigada e

diminuída, já no Estado Democrático de Direito, essa figura tem uma participação mais central, não sendo neutralizada, mas sim, atuando de forma vinculada ao poder do Estado, e agindo sempre que necessário for para fazer valer as disposições que lhes são impingidas pela carta maior.

O cenário social em que os poderes, as leis e as normas coexistem tem uma importância significativa para que a relação previsão legal e efetividade possam ser percebidas em relação a uma específica tutela, e isso não se altera quando se trata do acesso por parte dos transexuais a um serviço de saúde equânime e adequado, que possa de fato atender todas as suas necessidades vitais, isto posto, resta claro que no contexto social, o modelo heteronormativo de posicionamento sexual, que prega a ideia de que homens se relacionam apenas com mulheres e vice-versa, sem haver espaço para algum comportamento díspare desse regramento, acaba por edificar-se como um grande obstáculo para o acesso real dos transexuais a serviços de saúde , criando um cenário de grande injustiça social.

A ideia de que aquele que não se encaixasse no comportamento sexual baseado no binarismo de gênero deveria ser visto como portador de uma patologia e um ser humano a ser segregado infiltrou-se pelos mais variados níveis e camadas do meio social nacional, tanto que influenciou até mesmo o posicionamento do SUS em prestar um atendimento eficaz aos transexuais e coloca-los em par de igualdades em relação a outras minorias que também são assistidas pelo sistema.

A falta de uma conduta ativa por parte do poder público gera a necessidade de atuação do judiciário, o qual, provocado, age com o poder sancionador que lhe é natural, para obrigar que o poder público se comporte como é determinado e esperado, e, finalmente atenda as necessidade quanto a saúde dos transexuais.

A judicialização de políticas públicas em prol da saúde desse segmento populacional deixa claro que ainda há muito a se fazer para que tal parcela da sociedade tenha acesso real e efetivo a prestações de serviços que outorguem todo o cuidado que as especificações da vida de um transexual necessitam, dentre os caminhos para tal resultado, ressalta-se a

abertura da oitiva dos maiores interessados no oferecimento de uma rede de saúde gratuita e universal, fomentando a participação dos transexuais para entender melhor os seus anseios e finalmente torná-los indivíduos completamente tutelados pelo Estado.

6 Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 11 Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARÁN, M. **A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero**. *Ágora: Estudos em Teoria Psicanalítica*, v. 9, n. 1, p. 49-63, 2006. ARÁN, M.; ARÁN, M.; MURTA, D.; LIONÇO, T. **Transexualidade e saúde pública no Brasil. Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: http://www.abrasco.org.br/cienciaesaudecoletiva/artigos/artigo_int.php?id_artigo=1419. Acesso em: nov.2019.

ARÁN, M.; MURTA, D.; Zaidhaft, S. **Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. Psicologia e Sociedade**, Porto Alegre, v. 20, n. 1, 2008.

BUTLER, J. **Desdiagnosticar el gênero**. In: _____. **Deshacer el gênero**. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006. p. 113-148.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde**. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARDOSO, Patrícia Pires. **O transexual e as repercussões jurídicas da mudança de sexo**. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2623 >. Acesso em 09 de nov.2019

CAVALHEIRO, Vinicius de Vita. **Algumas pessoas têm mais chances de contrair o vírus da aids do que outras**. Disponível em: < <https://www.ativosaude.com/saude-sexual/contrair-virus-daids/> >. Acesso em 13 de dez. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução nº 01/1999. **Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual**. Disponível em http://www.crp.org.br/a_orien/legislacao/fr_cfp_001-99.htm. Acesso em: 09.nov de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. **Resolução nº 489/2006. Estabelece normas vedando condutas discriminatórias ou preconceituosas, por orientação e expressão sexual por pessoas do mesmo sexo, no exercício profissional do assistente social.** Disponível em: [http:// www.rits.org.br/rets/download/campanhas110707.pdf](http://www.rits.org.br/rets/download/campanhas110707.pdf). Acesso em: 13 de dez.2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Discrecionarietà, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos.** In: **Fundamentos do processo civil moderno.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. I.

ERIBON, D. **Reflexões sobre a questão gay.** Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência.** Revista USP, n. 21, mar.-mai. 1994.

FRASER, N. **Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça.** In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (orgs.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 167-190.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas Pelo Poder Judiciário. Disponível em: < <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969> > Acesso em: 28 de nov. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-32; 73-284.

LIONÇO, T. **Bioética e sexualidade: o desafio para a superação de práticas correcionais na atenção à saúde de travestis e transexuais.** Série Anis: Brasília, n. 54, 2008, p. 1-6. Disponível em: [http:// www.anis.org.br/serie/visualizar_serie.cfm?IdSerie=69](http://www.anis.org.br/serie/visualizar_serie.cfm?IdSerie=69). Acesso em: 13 dez. 2019.

MONTOYA, G. J. M. **Aproximación bioética a las terapias reparativas. Tratamiento para El cambio de orientación homossexual.** Acta Bioethica, v. 12, n. 2, p. 199-210, 2006.

MURTA, D. **A psiquiatrização da transexualidade: análise dos efeitos dodiagnóstico de Transtorno de Identidade de Gênero sobre as práticas desaúde. Dissertação (Mestrado em Medicina Social) Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.**

NOGUEIRA, Roberto Passos. **Critérios de justiça distributiva em saúde**. Brasília: IPEA, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados à Saúde – Décima Revisão – CID 10**. Disponível em: [http:// www.datasus.gov.br/cid10/webhelp/cid10.htm](http://www.datasus.gov.br/cid10/webhelp/cid10.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

REIS, Karina Pregnotato; PEREIRA, Layza Bezerra Maciel; LIMA, José Isaías Costa;

LAMY, Marcelo; OLIVEIRA, Ricardo Bezerra de. **A judicialização e o Ativismo Judicial nas Questões Relacionadas à Transexualidade e Transgênese: Uma Abordagem Constitucional à Luz do Direito da Saúde**. Disponível em: < http://uni-esp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20180925133833.pdf > Acesso em: 28 de nov. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIONÇO, Tatiana. **Atenção integral à saúde e diversidade sexual no Processo Transsexualizador do SUS: avanços, impasses, desafios**. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312009000100004&script=sci_abstract&tlng=pt > Acesso em: 30 de nov. 2019.

RAWLS, J. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VENTURA, M. **Transexualismo e respeito à autonomia: um estudo bioético dos aspectos jurídicos e de saúde na ‘terapia de mudança de sexo’**. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2007.

VENTURA, Miriam. SIMAS, Luciana. PEPE, Vera Lúcia Edais. SCHRAMM. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006 > Acesso em 14 de nov. de 2019.

Segunda Parte:

Direitos e proteção social

Acidentes do trabalho e negligência: o tratamento brasileiro ao trabalho exposto a riscos

*Sílvia Gabriele Corrêa Tavares*¹

Introdução

A negligência é a principal causa dos acidentes que acontecem no Meio Ambiente do Trabalho no Brasil. Nosso país coleciona estatísticas assustadoras com relação a acidentes e doenças do trabalho e temos diversos instrumentos para auxiliar na empreitada de evita-los. Contudo, ainda ocupamos o 4º lugar mundial dentre os países que mais sofrem com acidentes do trabalho.

No Brasil, de acordo com o Observatório Digital de Saúde e Segurança no Trabalho (desenvolvido pelo Ministério Público do Trabalho em parceria com a Organização Internacional do Trabalho), desde 2016 até 02 de janeiro de 2019, foram registrados 1.743.210 acidentes do trabalho, incluindo casos com e sem emissão da Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT), bem como 6.245 mortes acidentárias foram notificadas no mesmo período (BRASIL, MPT, 2018b).

Dados do extinto Ministério do Trabalho (2016) informam que, de janeiro e novembro de 2016, foram realizadas 54.496 ações fiscais que alcançaram mais de 8 milhões de trabalhadores e resultaram em 37.068

¹ Professora de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

notificações, 67.600 autuações e 2.877 embargos e interdições, mas que analisaram apenas 1.156 acidentes.

Em matéria do site do Ministério Público do Trabalho, foi ressaltado que, de 2012 a 2017, houve quase 4 milhões de acidentes e doenças do trabalho no Brasil, gerando

um gasto maior que R\$ 26 bilhões somente com despesas previdenciárias e 315 milhões de dias de trabalho perdidos. “Segundo estimativas globais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), acidentes e doenças de trabalho implicam perda anual de cerca de 4% do Produto Interno Bruto, o que, no caso do Brasil, equivaleria, em números de 2017, a R\$ 264 bilhões”, revela o procurador do Trabalho Luís Fabiano de Assis, responsável pelo observatório (BRASIL, MPT, 2018d).

O mais recente Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho, referente ao ano de 2017 e divulgado em 27 de setembro de 2018 pela Previdência Social, demonstrou que ocorreram 549.405 acidentes do trabalho no Brasil neste período, representando uma queda de 6,2% em relação a 2016. O documento, ainda, mostrou que houve redução no número de acidentes típicos (355.560 em 2016 e 340.229 em 2017) e de doenças (13.927 em 2016 e 9.700 em 2017), mas aumento nos acidentes de trajeto (108.552 em 2016 e 110.685 em 2017). Dentre os Estados, os com mais expressivo número de acidentes do trabalho foram: São Paulo, com 187.700 acidentes; Minas Gerais, com 56.125; Rio Grande do Sul, com 46.736; Paraná, com 41.807; e Rio de Janeiro, com 37.469 (BRASIL, MF, 2018).

De acordo com a Associação de Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região (AMATRA 1),

o Brasil registra mais de 700 mil acidentes de trabalho por ano, o que coloca o país em quarto lugar no mundo nesse aspecto, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), atrás apenas de China, Índia e Indonésia (AGÊNCIA BRASIL, 2016).

Uma matéria do MPT Notícias, no site do Ministério Público do Trabalho, enfatiza o dado alarmante de que, no Brasil, a cada 48 segundos acontece um acidente do trabalho e a cada 3 horas e 38 segundos um trabalhador morre “pela falta de uma cultura de prevenção à saúde e à segurança do trabalho” (BRASIL, MPT, 2018a). Explicita-se, na matéria, que mais de 90% dos acidentes poderiam ser evitados caso as medidas das Normas Regulamentadoras do extinto Ministério do Trabalho fossem, de fato, respeitadas e implementadas.

Os dados brasileiros são alarmantes e isto motivou a escrita deste artigo, para indagarmos: como o Brasil tem lidado com a problemática dos acidentes do trabalho? Temos evoluído ou não? Temos ou não empreendido esforços para mudar a realidade da classe trabalhadora brasileira? Por que motivos? Para essa análise, é necessário que esclareçamos alguns conceitos importantes sobre acidentes do trabalho e sobre o papel da negligência nestes casos, antes de analisarmos as condutas do Estado brasileiro com relação à situação dos acidentes do trabalho ocorridos no Brasil.

2 Reflexões sobre o conceito de acidente

Será que sempre que acontece um evento danoso à saúde e à integridade física de trabalhadores estamos diante de um acidente de trabalho? Seria a palavra “acidente” a mais adequada para tratar desta questão? O elemento acidental está mesmo presente em todos esses casos ou, pelo menos, na maioria deles? É possível falar em “acidentes evitáveis”? Se o evento era evitável, podemos chamá-lo de “acidente”? Assim, antes de discutirmos o conceito específico de acidente do trabalho, é importante analisar o próprio conceito da palavra “acidente”.

Acidente é o evento danoso que acontece por acaso, por um infortúnio, de modo fortuito, sendo imprevisível ou, se previsível, incontrolável. Normalmente, é um evento pontual e específico, com pequenas probabilidades de acontecer da mesma maneira, com a mesma pessoa, no mesmo

lugar, nas mesmas condições. Etimologicamente, deriva do latim *accidere* e pode envolver um

evento repentino e inesperado que ocorre sem expectativa, instantaneamente [...]; algo imprevisto, inesperado, incomum, extraordinário [...], que não acontece de acordo com a ordem comum das coisas ou eventos, fora do alcance de cálculos ordinários [...]; qualquer prejuízo pessoal inesperado resultante de qualquer revés ou ocorrência não previstos; qualquer ocorrência desagradável ou desafortunada que causa prejuízo, perda, sofrimento ou morte.

[...]

No seu sentido mais limitado, a palavra acidente é usada apenas para eventos que ocorrem sem intervenção do ser humano. Este tipo de acidente também pode ser chamado de ato de Deus. É um evento que nenhuma pessoa causou ou poderia ter evitado – como um tornado, um maremoto ou uma tempestade de gelo [...]. (WEST'S ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW, 2008).

Desse modo, eventos causados por atos dolosos ou culposos não podem ser chamados de acidentes. Se uma pessoa tem intenção de causar dano a outrem ou se assume qualquer risco neste sentido, não podemos sustentar que existe um acidente, mas um ato danoso doloso ou culposo. Se uma pessoa dirige seu veículo respeitando o limite de velocidade, mas, em determinado momento, sofre com mal-estar e uma forte tontura inesperados e, por isso, colide com outro veículo, estamos diante de um acidente de fato. Neste caso, ocorreu um infortúnio, um evento imprevisível, um simples acidente.

Contudo, se uma pessoa dirige acima do dobro do limite de velocidade, porque confia em sua capacidade de direção, mas, ao passar em uma poça d'água, perde o controle do veículo e colide com outro, não podemos falar que houve um acidente. Dirigir acima do dobro do limite de velocidade é um ato que pressupõe esclarecimento do condutor sobre os riscos ali envolvidos.

De acordo com Paul G. Rees Jr. (1964), nos Estados Unidos da América, desde 1933, o Estado do Arizona reconhece o princípio do acidente

inevitável (*inevitable or unavoidable*). Fazem-se, contudo, algumas exigências para que ele se caracterize como tal. Uma delas é que haja prudência razoável na situação em questão:

Exige-se, como padrão, que a pessoa seja razoavelmente prudente sob todas as circunstâncias. Se alguma emergência imprevista ocorrer e se, como consequência, são causados danos a terceiros, o infrator não é negligente.

O acidente inevitável é aquele que, sob todas as circunstâncias demonstradas por meios de prova, não surgiu por culpa de nenhuma das partes (REES Jr., 1964, p. 225).

Sobre esta exigência de que não haja culpa de nenhuma das pessoas envolvidas, o autor explica:

Um acidente inevitável é aquele que acontece quando todas as pessoas envolvidas agem com um cuidado usual, costumeiro. Se o acidente podia ter sido evitado, por meios sugeridos pela prudência habitual, ele não será considerado inevitável. Se se considera que o acidente em questão era inevitável, ninguém pode ser responsabilizado pelos danos dele resultantes (REES Jr., 1964, p. 225).

Paul Rees Jr. explica que houve uma época em que, nos Estados Unidos da América, se exigia apenas que alguém tivesse sofrido dano para que merecesse ser recompensado.

Contudo, essa regra de ‘responsabilidade absoluta’, gradualmente, deu espaço a um conceito mais moralista, exigindo algo mais que o dano para sustentar a responsabilidade civil [...]. *Weaver v. Ward* foi genitor das defesas baseadas em ausência de culpa, porque permitiu a configuração do acidente inevitável como um tipo de excludente de responsabilidade (1964, p. 226).

Desse modo, “o pêndulo do *common law* saiu do ponto de vista que focava no dano para o que focava na culpa do agente causador do dano” (REES Jr., 1964, p. 227). Na visão do autor,

Não é verdade que todos os acidentes não-negligentes são, portanto, inevitáveis. O Direito exige apenas um padrão razoável ou usual de cuidado e o réu

escapa da responsabilidade quando acompanha esse padrão. A recusa do Direito em responsabilizar o réu não é um reconhecimento de que o acidente foi inevitável. (REES Jr., 1964, p. 228).

Não seria razoável, portanto, buscar a responsabilização do causador do dano quando ele tiver agido da melhor maneira possível para que o dano não acontecesse. No Brasil, isto não se aplica plenamente, porque, mesmo os danos causados sem dolo ou culpa, podem gerar responsabilização do indivíduo, a exemplo do que acontece com a responsabilidade de pais pelos atos de filhos menores ou com a do empregador pelos acidentes do trabalho, mesmo que não sejam sua culpa.

Neste último caso, quando falo de responsabilidade do empregador, não me refiro àquela atrelada à análise de seu dolo ou sua culpa, prevista no artigo 7º., inciso XXVIII da Constituição da República de 1988, mas àquela atrelada à assunção dos riscos da atividade pelo empregador. O Direito brasileiro divide os ônus do acidente, porque estes não são suportados unicamente pelo trabalhador sob o argumento de ter sido um acidente. O empregador, mensalmente, faz contribuições previdenciárias ao seguro contra acidentes do Trabalho, a Previdência Social garante proteção ao acidentado, o ordenamento garante estabilidade provisória no emprego etc. Os ônus, no Brasil, não são suportados apenas pelo trabalhador, mas pelo empregador e pela sociedade em geral. Não se trata de culpabilização de ninguém, mas de pensamento solidário, que reconhece que o trabalhador não pode arcar sozinho com as consequências do acidente.

Por outro lado, quando o acidente ocorre por dolo ou culpa do empregador – especialmente, por negligência –, precisamos garantir este mesmo sistema, mas também ir mais adiante e responsabilizá-lo conforme seu grau de culpa, sim, por uma exigência de justiça e também de contrato. É responsabilidade do empregador zelar pela vida e pela integridade física daquelas pessoas que contrata para prestar serviços, porque estas é que estarão diretamente expostas aos riscos presentes naquela atividade. Se o empregador não tem o zelo que deveria ter, os trabalhadores não podem

ser tratados somente como acidentados, mas como acidentados por negligência.

Nestas situações, é necessário colocar a conduta do empregador em destaque na análise do caso e isto deve, inclusive, refletir no valor da indenização, conforme fixam os próprios incisos VII e IX do artigo 223-G da CLT: analisando o pedido de indenização por danos extrapatrimoniais, “o juízo considerará [...] o grau de dolo ou culpa; [...] o esforço efetivo para minimizar a ofensa”. Durante o processo, portanto, é importante que o empregador apresente provas de que não sabia do risco ou, se sabia, que não pode fazer nada para evita-lo ou que pode apenas diminuir, e não eliminar, seus efeitos danosos. É necessário demonstrar que a vida e a integridade física dos trabalhadores foi levada em consideração com seriedade.

Paul Rees Jr. também destaca que o título “acidente inevitável” é uma expressão imprópria “e tende a desorientar e confundir o julgamento da causa caso não haja prova suficiente de que, pelo menos à primeira vista, o caso se trata mesmo de um resultado de um acidente inevitável”, no qual não houve culpa por negligência de nenhuma das partes (1964, p. 234).

Da mesma maneira, quando damos o título de “acidentes do trabalho” aos incidentes causados pela negligência do empregador, estamos nomeando a situação de maneira equivocada. Se se originam da negligência, não são acidentes. Utilizar a palavra “acidente” revela a intenção de suavizar e amenizar o tratamento que deveria ser dado ao caso.

Ainda, pertinente destacar que, para Paul Rees Jr., o acidente inevitável não precisa necessariamente “ser aquele que torna fisicamente impossível a prevenção do réu, mas aquele em que o cuidado usual e a diligência não seriam capazes de prevenir o acontecimento” (1964, p. 235). Este argumento é muito importante para o Direito do Trabalho, porque permite que o magistrado compare as provas apresentadas pelas partes com as exigências normativas feitas pelo ordenamento jurídico brasileiro – a exemplo das Normas Regulamentadoras do extinto Ministério do Trabalho.

Não se deve exigir do empregador mais do que ele consegue oferecer e não se está exigindo que ele realize investimentos exagerados e mudanças mirabolantes no Meio Ambiente do Trabalho, para além do estado de arte em saúde e segurança do trabalho e de suas possibilidades econômicas. Na verdade, é importante destacar que esta preocupação é menos relevante do que parece, uma vez que este argumento aparece com frequência, principalmente quando empregadores querem economizar usando crises econômicas como defesas para o não investimento na melhoria das condições de trabalho.

Paul Rees Jr., ainda, apresenta critérios bem interessantes para nos ajudar a entender quando um acidente realmente constituirá um evento inevitável. Para ele, não tem havido uniformidade nas definições do conceito, de modo que

algumas incluem uma abordagem negativa (“um acidente que, sob todas as circunstâncias, não poderia ter sido previsto, antecipado ou evitado no exercício de um cuidado usual”); outras declaram reminiscências de questões de responsabilidade civil (“uma ocorrência pela qual não há responsabilidade legal”); outras são afirmações excludentes (“um evento pelo qual somente o destino é responsável... algo além da negligência das partes causou os danos”); (“uma catástrofe inesperada aconteceu”) e declarações de causa aproximada/imediata (“...algo não imediatamente causado por negligência”) (REES Jr., 1964, p. 237).

O autor conclui que “o acidente inevitável é aquele mais do que meramente inesperado e menos do que humanamente inevitável ou ‘imprevisível’” e que, pelo menos, seja “uma situação em que o acidente ocorrido não foi causado, em nenhum grau, por atos ou omissões de nenhuma das partes” (REES Jr., 1964, p. 237). Ele aprofunda a questão, ademais, para propor um teste mais completo que pretende

perguntar se existe alguma evidência de que o acidente possa ter ocorrido: a) a qualquer um na mesma condição – por exemplo, removendo os atores envolvidos?; b) ao se excluir completamente qualquer ideia de negligência da parte de qualquer um dos sujeitos?; c) mesmo que ambas as partes tenham

exercido todo o cuidado que um homem razoável teria exercido sob circunstâncias similares?; d) sem nenhum aviso ou comunicado – como um “ato de Deus”? (REES Jr., 1964, p. 237).

É possível adicionar mais um questionamento a essas proposições: o acidente poderia ter causado menos danos, mesmo que o agente soubesse que ele era inevitável? Se sei que um infortúnio vai acontecer e que eu nada posso fazer para impedi-lo, mas que posso reduzir seus efeitos, devo fazer o que for possível para isso. Se havia algo em meu alcance para reduzir os danos, é obrigação minha fazê-lo, sob pena de sofrer responsabilização, mesmo diante de um acidente inevitável. Essa obrigação torna-se ainda mais robusta quando se trata da relação de trabalho em que o empregador tem o dever de zelar pelos trabalhadores.

Pertinente a posição do autor em também destacar que, na verdade, parece não existir o “acidente inevitável”, enquanto aquele evento que

não pode ser evitado de jeito nenhum. Parece logicamente próximo do impossível a concepção de uma colisão frontal inevitável entre veículos, sem que haja a interferência de alguma força externa como condições climáticas incomuns, rodovias defeituosas, mal funcionamento mecânico do veículo ou um mal funcionamento físico inevitável do condutor, como um enfarto ou um desmaio. Um motorista que repentinamente desmaia não é responsável pelos danos causados por seu carro, a não ser que ele saiba de antemão que pode sofrer com esses episódios.

Em linhas gerais, quando aplicado a casos de negligência, o termo “acidentes inevitáveis” exclui e repele a ideia de negligência e refere-se a ocorrências que não recebem contribuição de atos ou omissões negligentes de nenhuma das partes. O termo é sinônimo a “mero acidente” ou “puro acidente”, o que implica dizer que o acidente ocorreu por conta de algum evento imprevisível ou inevitável sobre o qual nenhuma das partes tinha controle (REES Jr., 1964, p. 243, 244 e 246).

No mesmo sentido, é facilmente possível concluir que os acidentes de trabalho raramente são acidentes de fato, mas, quase sempre, são oriundos de negligência e são passíveis de previsibilidade e até de manejo de

consequências. Eles só ocorrem, em grande parte dos casos, porque os empregadores decidem não tomar as providências necessárias diante do risco que se apresenta no Meio Ambiente do Trabalho.

Nos casos que relatarei adiante, com base nas inspeções do então Ministério do Trabalho, fica clara a negligência dos empregadores diante de situações simples do cotidiano do Meio Ambiente do Trabalho. Nenhuma delas exigia vultosos investimentos, mas apenas algumas simples manutenções de equipamentos e infraestruturas e fornecimento de EPIs.

Além disso, utilizar a expressão “acidente” para casos de negligência traz consigo uma carga prévia de compreensão que diminui a gravidade do ocorrido e parece aliviar a responsabilidade do empregador. No sentido do que ensinou Paul Rees Jr., como podemos dizer que é acidente o evento causado por negligência de alguém?

O objetivo desta seção é apenas chamar nossa atenção para o uso talvez inadequado de uma expressão amplamente aceita pelo Estado e pela sociedade, coisa que não acontece somente no Brasil. A própria Organização Internacional do Trabalho utiliza expressões como “work-related accidents” e “occupational accidents”. No Brasil, por exemplo, existe a figura da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, formada paritariamente por trabalhadores eleitos por seus pares e trabalhadores indicados pelo empregador. Sua denominação usa a palavra “acidente”, mas ela, na verdade, não se ocupa de acidentes no sentido estrito da palavra, mas sim de identificar os riscos reais do Meio Ambiente do Trabalho e saber com o que se está lidando, propondo e exigindo do empregador quais medidas devem ser tomadas. Não há elemento acidental quando um trabalhador sofre danos e a CIPA e o empregador já sabiam desse potencial danoso.

Não tenho intenção de mudar a utilização da expressão “acidente do trabalho” e, inclusive, mantive-a ao longo deste artigo, principalmente por razões didáticas. Poderíamos utilizar palavras mais adequadas como “incidentes do trabalho” ou então dividir os casos entre acidentes imprevisíveis e previsíveis, mesmo que isto pareça uma inconsistência

com o próprio significado da palavra acidente. Como conceber um acidente como um evento previsível?

Mas por que essa preocupação terminológica é importante? Porque arrisco dizer que praticamente todas as pesquisas e todos os dados existentes sobre acidentes do trabalho limitam-se a dizer quantos infortúnios ocorreram em determinada empresa, cidade, região, categoria profissional etc., mas não dão o devido destaque ao caráter qualitativo dos acidentes para demonstrar quais deles ocorreram por serem, de fato, acidentes e quais ocorreram por conta da negligência com o Meio Ambiente do Trabalho. Em suma, estamos dando atenção semelhante a situações diferentes.

Saber se a negligência teve ou não papel importante no caso é um elemento extremamente importante para auxiliar o Estado a adotar políticas públicas e o magistrado a definir a quantificação da indenização, além de obrigações de fazer para ajustar as condições de trabalho de modo que novos danos não sejam causados a outras pessoas. Devemos sempre observar quais são os detalhes ao redor do caso concreto: se houve culpa de alguém, se houve culpa exclusiva da vítima, se o trabalhador foi subordinado, se a empresa orientava os trabalhadores à redução de gastos a qualquer custo (inclusive quanto aos gastos com prevenção contra possíveis danos ao trabalhador), se a empresa orientava sobre os riscos da atividade, se a empresa usava seu poder diretivo para concretizar a obrigação do trabalhador de seguir as medidas de saúde e segurança ou se deixava o trabalhador sem fiscalização etc.

3 A negligência como fator central dos acidentes do trabalho ocorridos no Brasil

Negligência é uma modalidade de culpa *stricto sensu* prevista no Código Civil brasileiro, pela qual o agente causador do dano sabia o que deveria fazer, mas optou por não fazer. Nas palavras de José Aguiar Dias (1997, p. 120-121).

Negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. A negligência ocorre na omissão das precauções exigidas pela salvaguarda do dever a que o agente é obrigado.

Em matéria no site do Ministério Público do Trabalho (2018c), destaca-se que, entre 2012 e 2017, cerca de 15 mil trabalhadores entraram para a estatística de vítimas fatais de acidentes de trabalho e que a negligência tem grande participação nisso:

“Além da perda de mais de 15 mil vidas humanas, são 2.500 famílias que ficam órfãs a cada ano devido à negligência de empregadores que não consideram o trabalho seguro como condição para o trabalho digno”, alertou o procurador-geral do Ministério Público do Trabalho (MPT), Ronaldo Fleury, durante apresentação dos números atualizados do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho [...].

Em análise sobre o uso de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) e os acidentes na cidade de Sobral-CE, Beatriz Linhares *et al.* (2016) visitaram seis canteiros de obras, aplicando um questionário a 97 trabalhadores. Destes, 87 informaram ter recebido EPIs gratuitamente, mas apenas 56 receberam treinamento para utilizá-los. Os autores destacam a importância da Norma Regulamentadora (NR) 18, que obriga que todos os trabalhadores recebam treinamento antes do início das atividades (BRASIL, MTb, 1978). Eles expõem que

O treinamento é de fundamental importância, pois os trabalhadores usarão os EPI's de maneira correta e eficaz. Na pesquisa realizada, constatou-se que dos 97 entrevistados apenas 56 (57,74%) receberam treinamento, evidenciando a negligência por parte do empregador com seus funcionários. No momento do acidente, percebeu-se que a maioria (11 ou 73,33%) não estava utilizando EPI, o que mostra que a não utilização do EPI pode contribuir de forma direta para os acidentes (LINHARES *et al.*, 2016, p. 4).

A contribuição desta pesquisa citada é especialmente importante, porque demonstra que até os argumentos que imputam culpa exclusiva da vítima devem ser vistos com bastante cautela. Alguns defendem que há vítimas que causam danos nelas mesmas apenas para receber uma indenização por danos morais. Neste caso, não há dúvida alguma que o empregador não possuiria nenhuma responsabilidade. Mas questionamentos como esses aparecem esporadicamente e não são tão relevantes enquanto argumentos jurídicos, porque, além de tenderem bastante à fantasia, exigem prova evidente da intenção da vítima, o que é algo difícil e raro de se obter.

Mas é crucial que percebamos que argumentos desta natureza pretendem impor ao trabalhador uma culpa que ele, na maioria das vezes, não tem, bem como desviar a atenção de um problema real: a negligência do empregador não só em implementar medidas de proteção à saúde e à segurança do trabalhador, mas também em concretamente orientar² seus subordinados sobre os riscos que a atividade envolve. Não basta, por exemplo, simplesmente fornecer um EPI e falar em uma reunião ou uma palestra anual sobre a importância de se proteger contra os riscos do Meio Ambiente do Trabalho.

É necessário que o empregador utilize os instrumentos concretos que possui à sua disposição, realizando, por exemplo, os Diálogos Diários de Segurança – DDS e até fazendo uso de seu poder diretivo, que lhe permite dispensar por justa causa o trabalhador indisciplinado ou insubordinado que insiste em não seguir as regras de saúde e segurança, conforme artigo 482, h, da CLT. Argumentar que o acidente aconteceu pelo dolo do trabalhador ou por sua insubordinação é um argumento, no mínimo, fraco, uma vez que há instrumentos à disposição do empregador para evitar que isso aconteça.

Mesmo que haja um descuido ou uma negligência do trabalhador, é necessária uma investigação séria para saber se há mais elementos que

² Conforme exige o artigo 19 da Convenção n° 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1992.

tenham contribuído para isso. É neste sentido que são expostos os argumentos do documento “Guia de Análise de Acidentes do Trabalho”, produzido pelo extinto Ministério do Trabalho ([201-?], p. 14):

O importante não é identificar os erros do trabalhador, mas sim conhecer as razões que tornaram os erros possíveis. Investigações que concluem que “falhas humanas” causaram eventos adversos, além de óbvias, são frágeis tecnicamente, inadequadas e superficiais. Paralelamente à falha humana, há fatores subjacentes e latentes que criam um ambiente no qual “erros humanos” são inevitáveis.

O objetivo é estabelecer não apenas como os eventos adversos ocorrem, mas entender **os fatores que possibilitaram** a ocorrência. Um defeito na concepção de uma máquina, por exemplo, vai se perpetuar como fator gerador de eventos adversos independentemente da instalação, operação e manutenção da máquina serem adequadas.

Devem ser evitadas análises parciais e conclusões apressadas. Supor saber as respostas e explicações para o evento antes de completar a análise compromete o resultado.

Analisando empresas em Botucatu-SP, Ildeberto de Almeida percebeu que havia precariedade nas investigações de acidentes e que isso contribuía com um processo de atribuição de causa, culpa e responsabilidade das vítimas de acidentes (2001, p. 97). Concluiu que, pelos dados obtidos por sua pesquisa, é quase impossível “a tarefa de sensibilização das empresas para a adoção de abordagem que integre a problemática dos acidentes com aquela do seu modelo de eficácia de produção” (2001, p. 97).

A pesquisa também relatou ter encontrado “a utilização de estratégias claramente inaceitáveis do ponto de vista da segurança”, a exemplo do “remanejamento improvisado de trabalhadores para a operação de máquinas perigosas”, demonstrando uma concepção de polivalência do trabalhador “equivalente a: qualquer um faz qualquer coisa, de qualquer jeito/com quaisquer meios” (2001, p. 99).

Jovens trabalhadores são comumente submetidos a esta ideia de polivalência, além da pressuposta grande disposição para longas jornadas de trabalho. A este ponto, adiciono a manifestação da OIT sobre a contratação

de jovens trabalhadores, que “exercem frequentemente empregos perigosos e precários, o que a longo prazo terá consequências para a saúde e qualidade de vida de toda a mão-de-obra”. Eles nem sempre possuem maturidade física e psicológica suficientes “e a sua falta de competências, de formação e de experiência, pode levá-los a negligenciar os riscos que correm” (ONU, OIT, 2010, p. 10).

Para piorar a situação, o Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (2018) informou que “entre 2007 e 2017, 40.849 meninas e meninos se acidentaram enquanto trabalhavam, sendo 24.654 de forma grave, e 236 perderam a vida”. Segundo o FNPETI,

A maioria das crianças e adolescentes vítimas de acidentes de trabalho realizam atividades definidas pelo Decreto 6.481/2008 como piores formas de trabalho infantil, que são proibidas para pessoas com menos de 18 anos. Eles trabalham como empregados domésticos, no comércio, na agricultura, na construção civil e como açougueiros, entre outras atividades.

Entre as notificações consideradas graves estão amputações, traumatismos, fraturas e ferimentos nos membros, principalmente nos superiores (2018).

O estudo de Almeida (2001) não observou, nas empresas, “sequer a adoção de estratégias de prevenção [...]. Por exemplo, pode-se evidenciar que alguns acidentes ocorrem durante a realização de horas extras”, mas que, no entanto, não havia registros de recomendações de prevenção formuladas para a correção desse fator (2001, p. 97).

De fato, a problemática que une os acidentes do trabalho e o trabalho em horas extraordinárias³ é bastante expressiva. Cláudio Mascarenhas Brandão (2009) reuniu dados muito interessantes sobre os efeitos de longas jornadas de trabalho nos acidentes do trabalho. Para o autor, as horas extraordinárias – “como a própria denominação aponta – devem ser encaradas como uma situação de anormalidade dentro da atividade empresarial”, porque a gestão apropriada pressupõe que haja equivalência

³ Ressaltarei, adiante, o lamentável tratamento dado à questão pela Reforma Trabalhista de 2017.

entre a demanda do serviço e a capacidade de atendimento (BRANDÃO, 2009, p. 46).

Um dos estudos citado por Brandão analisou a situação de bancários em quatro bancos e revelou que “os acidentes mais referidos em todos os bancos são as doenças do trabalho, seguidos pelos acidentes por assalto” (2009, p. 81). Os dois bancos com jornada de trabalho mais extensa foram os que apresentaram mais doenças, chegando em 30% e 22,5% o número de trabalhadores afetados (OLIVEIRA; CAMPELLO, 2006, p. 81 e 82).

Cláudio Brandão expressa a opinião de massiva parte da doutrina do Direito do Trabalho e de setores relacionados à saúde e segurança:

[...] a sobrecarga de trabalho é uma das mais importantes causas de acidentes do trabalho em todo o mundo. Estudos realizados na Europa e nos Estados Unidos comprovam o aumento de acidentes com a elevação do número de horas de trabalho, que chegam ao máximo por volta das onze horas da manhã e caem por volta do meio-dia, com a mesma distribuição no período da tarde. Além disso, há casos de diminuição em 60% do número de acidentes quando se reduziu em determinada fábrica de doze para dez horas a jornada de trabalho, da mesma forma que variam conforme o índice de fadiga (BRANDÃO, 2009, p. 47).

Em suma, minha intenção ao destacar a crítica à terminologia “acidente”, na verdade, é revelar a carga simbólica da linguagem por trás da utilização da palavra, tratando como acidentes casos que não foram acidentais. Se não foram acidentais, foram intencionais ou ocorreram por negligência, imperícia ou imprudência e, por isso, não podem ser tratados como se fossem acidentes de fato. Se o empregador causou um “acidente” do trabalho por negligência, não estamos falando de um acidente no sentido estrito da palavra, mas de ato cujo agente decidiu negligenciar alguma medida que deveria ter sido tomada, mas não foi por opção.

Isto representa o descaso com a vida e a integridade física dos trabalhadores, que funcionam para o mercado como peças descartáveis e facilmente substituíveis. Descasos são comuns e frequentemente contribuem para a morte e para a lesão de trabalhadores, sendo necessário que

o Direito reforce seus instrumentos de prevenção, punição, dissuasão e pedagogia. Quaisquer que estes sejam, importa que resultem na maior proteção do trabalhador e, assim, cumprimos nosso papel moral e constitucional de valorizar a vida de uma classe tão explorada e tão exposta a riscos desnecessários. Contudo, qual tem sido o tratamento dado pelo Estado brasileiro aos acidentes de trabalho? É o que veremos na seção seguinte.

4 O tratamento brasileiro ao trabalho exposto a riscos

Em se tratando de previsões normativas, o ordenamento jurídico brasileiro conta com diversos dispositivos – ainda que vários estejam defasados e/ou ineficazes – em prol da prevenção e da precaução contra a ocorrência de danos aos trabalhadores, sejam eles de produção interna, sejam oriundos de Convenções da OIT ratificadas.

A Constituição da República de 1988 garante como direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, conforme seu artigo 7º, XXII. Logo em seguida, no inciso XXIII, prevê o direito ao adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. O adicional de penosidade ainda não foi regulamentado no Brasil, mas os adicionais de insalubridade e de periculosidade estão dispostos nos artigos 189 a 197 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O artigo 194 da CLT sustenta que, havendo eliminação do risco, perde-se o direito ao adicional, demonstrando uma prioridade de eliminar em detrimento de monetizar os riscos. Contudo, o recebimento dos adicionais, na prática, acabou tendo prioridade sobre a eliminação, a redução e a neutralização do risco. Argumentos econômicos são recorrentemente utilizados por empregadores para sustentarem que não tem condições financeiras de investir no Meio Ambiente do Trabalho ou em Equipamentos de Proteção Individual e/ou Coletiva para que o risco seja eliminado, reduzido ou neutralizado. Assim, o pagamento dos adicionais torna-se

corriqueiro e proporciona aos trabalhadores uma compensação financeira pela exposição a riscos, deixando-se de lado a prioridade de proteção de sua saúde e sua segurança.

Em 11 de novembro de 2017, entrou em vigor a Reforma Trabalhista (Lei nº. 13.467/2017), aprovada em 13 de julho de 2017 para redefinir, entre alterações e revogações, mais de 100 pontos da Consolidação das Leis do Trabalho e alguns das Leis nº. 6.019/1974, nº. 8.036/1990 e nº. 8.212/1991. O principal argumento em defesa das reformas era a necessidade de combater o desemprego e de modernizar o Direito do Trabalho brasileiro.

Com relação ao assunto da saúde e da segurança dos trabalhadores, diversos pontos problemáticos foram aprovados. O artigo 611-A, XII, da CLT permite que o enquadramento do grau de insalubridade seja negociado por meio de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho. Ao mesmo tempo, no inciso XVII do artigo 611-B, fixa como ilícita a negociação que trate de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho. Como reduzir o enquadramento do adicional de insalubridade sem ir contra as Normas Regulamentadoras?

Vale, ainda, destacar o Parágrafo Único do artigo 611-B da CLT, que determina que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho”, indo muito na contramão de qualquer análise empírica – mesmo que do senso comum de quem já trabalhou longas horas por dia – e de respeitadas estudos sobre saúde do trabalhador. Isto permite a flexibilização das normas de duração do trabalho e de intervalos por meio de Negociação Coletiva, a qual pode prevalecer sobre a lei. Na visão da OIT, por exemplo, a redução da duração da jornada preserva a saúde, a segurança e a higiene do trabalho, além de ter grande valor em prevenir acidentes de trabalho e permitir que os trabalhadores tenham tempo adequado para o lazer (ONU, OIT, 2007).

A situação do trabalhador piora quando as horas extraordinárias são cumpridas nas atividades insalubres e perigosas, porque os agentes de risco envolvidos são muito mais intensos do que numa atividade comum. O trabalhador, então, fica exposto por mais tempo a fatores de maior potencial nocivo, elevando suas chances de sofrer danos. O cansaço, por sua vez, contribui para que mais acidentes aconteçam, já que o trabalhador está mais fraco e mais distraído nas horas finais da jornada de trabalho.

Com o objetivo de dificultar o trabalho extraordinário nessas condições insalubres e perigosas, o art. 6º da CLT exige autorização prévia das autoridades competentes para que ele ocorra. Contudo, foi inserido, pela Reforma Trabalhista, o Parágrafo Único que dispensa tal autorização prévia para jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, o que causa grande espanto para estudiosos do tema Meio Ambiente do Trabalho, que sabem muito bem o quão desgastante é este tipo de jornada quando permeada pela insalubridade e pela periculosidade. Na opinião de Homero Batista,

[...] o legislador de 2017 errou drasticamente no conceito que fez sobre saúde, higiene e segurança do trabalho: quem escreveu este dispositivo e quem nele votou, em regime de urgência, acreditaram que fosse possível ao trabalhador recuperar as energias no dia seguinte, após 12h de exposição aos agentes físicos, químicos e biológicos. São dois assuntos completamente diferentes [...]: de um lado, existe o revigoramento físico e mental, proporcionado, de maneira básica, pelas folgas semanais [...]; de outro lado, existem as pesquisas empreendidas no campo da saúde ocupacional, em que se analisam os impactos das fontes agressivas sobre o corpo humano, normalmente à razão de 8h de expediente diário (2017, p. 47).

Ainda, um dos dispositivos mais cruéis e inconstitucionais da Reforma foi o artigo 223-G da CLT, que limita quanto os trabalhadores podem receber de indenização por danos morais. Quanto maior o salário desse trabalhador, maior a indenização que ele poderá receber caso sofra com “acidentes” do trabalho. Conforme anteriormente mencionado, os incisos VII e IX do artigo 223-G da CLT exigem que o juízo considere, ao

analisar o pedido de indenização por danos extrapatrimoniais, o grau de dolo ou culpa do ofensor, bem como o esforço que ele efetivamente empregou para minimizar a ofensa. Como essa análise pode ter qualquer relevância prática se a indenização já está pré-fixada com base no salário contratual que o trabalhador recebe? Assim, quanto mais se recebe, mais se tem direito à indenização, o que demonstra um tratamento altamente não isonômico, além de utilitarista, dado pela Reforma Trabalhista aos trabalhadores diariamente expostos a riscos contra sua vida e sua integridade física.

É importante destacar o papel das Normas Regulamentadoras no Brasil, emitidas por Portarias do Poder Executivo por autorização dos artigos 190 e 200 da CLT. Não estão, portanto, submetidas a procedimentos formais e demorados para criação de normas, como ocorre com o Poder Legislativo. Oriundas do Poder Regulamentar que cabe ao Poder Executivo, elas podem ser editadas rapidamente e são capazes de tratar dos temas mais atuais e influentes sobre as questões trabalhistas, podendo contar com a participação de profissionais especializados na área abordada. Contudo, isto não necessariamente acontece, havendo muitas críticas sobre a defasagem de Normas Regulamentadoras em comparação à ciência mais atualizada, de modo que permitem a exposição de trabalhadores a níveis altos demais de determinados agentes insalubres.

Ainda, a rapidez na mudança das NRs refletiu-se negativamente pela Portaria 915/2019, que revogou a NR 2, a qual exigia inspeção prévia de Auditores do Trabalho em novos estabelecimentos. Se pretendíamos concretizar prevenção e precaução, qual o problema em haver inspeção prévia? A redução da intervenção estatal pode não ser um bom negócio neste caso, especialmente quando lembramos que o Brasil é um dos países com os maiores índices de acidentes do trabalho no mundo.

Outra complicação na proteção de trabalhadores é revelada quando nos deparamos com a atual situação do orçamento da fiscalização trabalhista. As reduções de investimentos nessa área também contribuirão para a fragilidade da proteção da vida e da integridade física de trabalhadores,

os quais, em tempos de crise, aceitarão se expor a condições degradantes de trabalho para que consigam sustentar a si e sua família. De acordo com o *site* do Sindicato dos Metalúrgicos de Osasco e Região (2019),

O governo Jair Bolsonaro cortou a verba referentes às fiscalizações trabalhistas. De acordo com o primeiro Orçamento elaborado por ele, apenas R\$ 26 milhões de R\$ 1,4 trilhão de despesas previstas para 2020 foram reservados para operações de inspeção de segurança e saúde no trabalho, combate ao trabalho escravo e verificações de obrigações trabalhistas. A queda em relação ao orçamento de 2019 –R\$ 70,4 milhões– supera 63%.

Temos um país de dimensões continentais, com regiões pouco integradas entre si e diversas áreas de difícil acesso. Isto, aliado à pouca verba para fiscalização, permite que os trabalhadores brasileiros sejam expostos a diversos riscos desnecessários e justifica por que há tantos casos acidentários, sejam “acidentes” típicos ou doenças ocupacionais, no Brasil.

Tal situação não é de hoje e não parece estar melhorando. Pode-se encontrar pontuais momentos históricos de melhoria, mas, no contexto geral, não podemos afirmar que o Brasil tem o compromisso primordial de concretizar a prevenção e a precaução contra riscos no Meio Ambiente do Trabalho.

5 Considerações finais

O Brasil ocupa lugar de destaque no mundo quando se trata de quantidade de acidentes de trabalho. Em cerca de três anos, mais de um milhão e setecentos mil acidentes foram registrados no território nacional, sem contar os outros tantos que ocorrem sem serem informados às autoridades competentes. O que mudou, portanto, no tratamento que o Estado brasileiro dá ao trabalho exposto a riscos e, em consequência, aos acidentes de trabalho até o presente momento?

Normativamente, ainda possuímos um sistema que acaba privilegiando o valor econômico das atividades em detrimento do valor humano

dos trabalhadores diariamente expostos a riscos que podem leva-los a mutilações ou até a perder a vida. Damos prioridade a adicionais, a indenizações, a economias em razão de crises econômicas e deixamos de lado a importância de prevenir danos e de tratar com seriedade as condutas negligentes que constantemente tem lugar no Meio Ambiente do Trabalho brasileiro.

Se sabemos que a negligência tem papel central na causalidade dos acidentes do trabalho, deveríamos empregar esforços para deixar os danos aos “acidentes” que fossem de fato acidentais, imprevisíveis ou incontrolláveis, de modo que as condutas negligentes fossem desestimuladas pela fiscalização do trabalho, pelas condenações proferidas pelo Poder Judiciário, pela cobrança dos trabalhadores, dos sindicatos e da sociedade como um todo.

Reconhecer a negligência como papel central e pouco fazer com relação a isso demonstra que o Estado brasileiro ainda tem muito a caminhar na proteção da vida e da integridade física dos trabalhadores. Esta inércia acaba, portanto, contribuindo com e reforçando a concepção do mercado de que os trabalhadores são peças descartáveis e facilmente substituíveis no processo de produção e de prestação de serviços. Os sinais dados pelo Estado estão, atualmente, mais evidentes neste sentido, especialmente após a extinção do Ministério do Trabalho, a grande redução do orçamento das fiscalizações trabalhistas e, mais ainda, o apoio massivo à Reforma Trabalhista, que apresentou tantas novidades e flexibilizações negativas sobre o tema do Meio Ambiente do Trabalho. O fato de não ter havido discussão social sobre a Reforma demonstra, precisamente, a necessidade de ver a sociedade e os trabalhadores, que são diretamente interessados, afastados da natural e necessária complexidade do debate sobre relações de trabalho.

Até hoje, as pretensas expectativas dos apoiadores da Reforma não foram atendidas e o desemprego não caiu conforme pensaram. Isto, inclusive, tem incentivado novas propostas de reformas do Direito do Trabalho, que escondem uma real intenção de desestruturar a matéria a ponto de

torna-la inaplicável. Uma Reforma Trabalhista legítima deve ser séria, estrutural, cuidadosa e, inevitavelmente, demorada e complexa.

6 Referências

AGÊNCIA BRASIL. **Brasil é quarto no mundo em acidentes de trabalho, alertam juízes.**

Agência Brasil, 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-04/brasil-e-quarto-do-mundoem-acidentes-de-trabalho-alertam-juizes>.

Acesso em: 10 de dezembro de 2019.

ALMEIDA, Ildelberto Muniz de. **Construindo a Culpa e Evitando a Prevenção: Caminhos da Investigação de Acidentes do Trabalho em Empresas de Municípios de Porte Médio – Botucatu-SP.** Tese (Doutorado em Saúde Ambiental) – Faculdade de Saúde Pública, USP. São Paulo, 2001.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. **Jornada de Trabalho e Acidente de Trabalho:** reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. Brasília: Revista do TST, vol. 75 nº 2, 2009. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13497/003_brandao.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA (MF). INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS). **Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho – AEAT 2017.** MF, 2018. Disponível em: <http://sa.previdencia>.

_____. MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Total inspeções realizadas em Segurança e Saúde do Trabalho – Brasil.** MT, 2016. Disponível em: http://trabalho.gov.br/dadosabertos/estatistica-saude-e-seguranca-do-trabalho/seguranca-trabalho-2016/item/download/7321_0coa53907080bc8e519c4c72b19a827a. Acesso em: 05 de julho de 2018.

_____. _____. **Norma Regulamentadora nº 18, de 08 de Junho de 1978** (Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção). Brasília, DF: MTb, 1978.

_____. _____. **Guia de Análise de Acidentes do Trabalho.** Brasília, DF: MTb, [201-?]. Disponível em: https://www.trt8.jus.br/sites/portal/files/pdfs/publicacao_de_trabalho_seguro/guia_de_analise_de_acidentes_do_trabalho_-_mte.pdf. Acesso em: 02 de dezembro de 2019.

_____. **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Brasil é quarto lugar no ranking mundial de acidentes de trabalho.** MPT, 2018a. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mptnoticias/7441f527-ad53-4a0a-901f-66e40f1a1cae. Acesso em: 10 de dezembro de 2019.

_____. _____. **Gastos com acidentes e doenças do trabalho chegam a R\$ 67 bi em 6 anos, aponta Observatório.** Brasília, DF: MPT, 2018b. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/salaimprensa/mpt+noticias/b1e7dda-ab3e-479d-b89e-6a017c91bdbe. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

_____. _____. **MPT discute impactos da Reforma Trabalhista em seminário na Câmara.** MPT, 2018c. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/salaimprensa/mpt+noticias/cdo5c5a5-b7eb-4878-9dbd-ba456ad97c39. Acesso em: 11 de dezembro de 2019.

_____. _____. **Perdas com acidentes de trabalho custam mais de R\$ 26 bi da Previdência.** MPT, 2018d. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mptnoticias/57067f73-133e-4a0a-aedo-9cb43a1332d1. Acesso em: 11 de dezembro de 2019.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** v. I, 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 120/121.

FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL (FNPETI). **Acidentes de trabalho vitimam mais de 40 mil crianças e adolescentes em dez anos.** FNPETI.ORG, 2018. Disponível em: <http://www.fnpeti.org.br/noticia/1931--acidentes-de-trabalho-vitimam-mais-de-40-mil-criancas-e-adolescentes-em-dez-anos.html>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

LINHARES, BEATRIZ RIBEIRO; MACHADO, ALANNA THÉLIA OLIVEIRA; TABOSA FILHO, ANASTÁCIO LOURENÇO; LIMA, ANA TEREZA GOMES; ALBUQUERQUE, GERSON LUIZ APOLIANO. **Segurança do Trabalho: Uso de EPI's e Acidentes na Construção Civil na Cidade de Sobral.** Foz do Iguaçu: Congresso Técnico Científico da Engenharia e da Agronomia, 2016. Disponível em: <http://www.confear.org.br/media/contecc2016/civil/seguran%C3%A7a%20do%20trabalho%20ous%20de%20epi%20E2%80%99s%20e%20acidentes%20na%20constru%C3%A7%C3%A3o%20civil%20na%20cidade%20de%20sobral.pdf>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

OLIVEIRA, Paulo Antônio Barros; CAMPELLO, Jaqueline Cunha. **Cargas de Trabalho e seu Impacto sobre a Saúde**: Estudo de Caso em Quatro Instituições Financeiras em Porto Alegre. Porto Alegre: Boletim da Saúde, Volume 20, número 1, 2006. Disponível em: <http://www.boletimdasaude.rs.gov.br/conteudo/1356/cargas-de-trabalho-e-seu-impacto-sobre-a-saude:-estudo-de-caso-em-quatro-instituicoes-financeiras-porto-alegre>. Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Riscos emergentes e novas formas de prevenção num mundo de trabalho em mudança**. OIT, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/28abril_10_pt.pdf. Acesso em: 27 de novembro de 2019.

_____. _____. **Working Time Around the World**: trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective. OIT, 2007. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_104895.pdf. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

REES JR, Paul G. **Unavoidable Accident** – A Misunderstood Concept. Arizona: Arizona Law Review, vol. 5, 1964. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arz5&div=18&id=&page=>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE OSASCO E REGIÃO. **Governo Bolsonaro reduz em mais de 63% verba para fiscalização**. Disponível em: <http://www.sindmetal.org.br/governo-bolsonaro-reduz-em-mais-de-63-verba-para-fiscalizacao/>. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

WEST'S ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW. Accident. The Free Dictionary by Farlex: The Gale Group, Inc., 2008. Disponível em: <http://legaldictionary.thefreedictionary.com/accident>. Acesso em: 30 de novembro de 2019

Direitos humanos e trabalho: trabalho decente e a realidade brasileira

*José Claudio Monteiro de Brito Filho*¹

*Vanessa Rocha Ferreira*²

Introdução

Os Direitos Humanos, entendidos como o conjunto de direitos essenciais, indispensáveis à vida digna de todas as pessoas, permeiam todos os aspectos de nossa existência, o que inclui o trabalho.

Nesse aspecto, têm sido reconhecidos, nos instrumentos normativos internacionais, como no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), da Organização das Nações Unidas (ONU); no Protocolo Adicional ao Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Protocolo de São Salvador, da Organização dos Estados Americanos (OEA); e, em várias convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), diversos direitos dos trabalhadores que são vistos nessa condição — como Direitos Humanos, ou seja, sob o signo da essencialidade.

Esses direitos, a propósito, são hoje conhecidos, mercê da denominação que lhes emprestou a OIT, como trabalho decente.

¹ Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Editor-Chefe da Revista Jurídica do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Titular da Cadeira nº 26, da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, e titular da Cadeira nº 22, da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica da Presidência.

² Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (Ucam/RJ). Professora do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA).

O Brasil não ficou à margem desse reconhecimento, tendo ratificado a maior parte dos instrumentos normativos internacionais que regulam o trabalho decente, embora não o tenha feito em relação a um dos mais importantes, que é a Convenção nº 87 da OIT, que trata da liberdade sindical.

Fez mais, incluindo na Constituição da República, a partir do artigo 7º, um rol significativo de direitos dos trabalhadores.

Nos últimos anos, todavia, essa situação vem sendo paulatinamente alterada. Depois de um período de quatorze anos de governo por um partido político que poderia/deveria ter feito o ajuste da legislação trabalhista, e aprimorado a legislação sindical, adequando o conjunto normativo às exigências da contemporaneidade, e não o fez, entramos em uma sequência de governos reformistas que, por meio de alterações no conjunto normativo, bem como da forma como o Estado se posiciona no tocante à relação entre o capital e o trabalho, têm produzido uma redução nos direitos dos trabalhadores.

O objetivo do presente texto é revelar, por meio de um estudo teórico-normativo, alguns aspectos desse percurso, mostrando como isso ocorreu, que alterações forma produzidas, no aspecto normativo, e que consequências estão-se produzindo.

Para isso, o item seguinte discute a necessidade de modernizar as relações de trabalho, até no plano coletivo, e do descaso governamental a respeito do assunto. O próximo item trata das alterações havidas nos últimos três anos e de como isso conduz à precarização do trabalho. Adiante, demonstra-se como isso implica em desrespeito à noção de trabalho decente, e, ao final, uma breve conclusão.

2 A necessidade de adaptação das normas trabalhistas à realidade social e o descaso governamental

As relações interpessoais estão constantemente em modificação. A Globalização ocasionou grandes avanços também nas relações laborais, especificamente na forma como essas relações são desenvolvidas, pois o uso

da tecnologia facilitou a prestação de serviços e a comunicação entre trabalhadores e empregadores.

Dessa forma, o Estado precisa acompanhar o processo evolutivo e regulamentar as novas relações de trabalho que surgem, criando ou atualizando normas para garantir a saúde e bem-estar dos trabalhadores.

Essa adaptação da legislação a situações concretas, tão necessária no modelo de produção capitalista — que visa, principalmente, a redução dos custos e aumento do lucro — evita problemas sociais, na medida em que tenta equilibrar a relação de subordinação existente entre empregador e trabalhador, garantindo condições adequadas de trabalho, o respeito aos direitos fundamentais desses trabalhadores e a dignidade dos sujeitos envolvidos nessas relações.

Quando ela não ocorre, é natural que os problemas surjam, criando instabilidade, tanto do ponto de vista econômico, como sob o prisma do equilíbrio nas relações sociais.

No caso brasileiro, essa instabilidade econômica e social, motivada pelas modificações no processo produtivo sem a normatização adequada, também gerou uma crise de representatividade política no país, agravando ainda mais as desigualdades sociais existentes e aumentando o desemprego.

Essa instabilidade dentro das relações laborais deveria ter sido resolvida nos Governos que se diziam preocupados com os direitos sociais (entenda-se, partidos de esquerda). Porém, o que se observou foi um total descaso dos Governos Lula (2003 a 2010) e Dilma Rousseff (2011 a 2016) com a modernização das normas trabalhistas.

Em 2007, foi apresentado o Projeto de Lei nº 1.987, de autoria do Deputado Federal do Partido dos Trabalhadores (PT), Cândido Vaccarezza (PT/SP), tendo como objetivo consolidar a legislação trabalhista em único diploma legal, alterando a CLT e revogando diversas outras leis extravagantes, conforme estatuído tanto seu preâmbulo como em seu artigo 1º, cujas redações seguem abaixo:

Consolida os dispositivos normativos que especifica referente ao Direito Material Trabalhista e revoga as leis extravagantes que especifica e os artigos 1º ao 642 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Art. 1º. Esta Consolidação estatui as normas de Direito Material que regulam as relações de trabalho individuais e coletivas nela previstas.

Sem apoio político, o mencionado Projeto de Lei (PL) acabou desidratado e arquivado na Câmara dos Deputados.

Mesmo sem grandes inovações nas relações materiais de trabalho, o supracitado Projeto tinha, ao menos, o mérito de consolidar a legislação trabalhista num único diploma, possibilitando ao trabalhador compreender melhor seus direitos, ao mesmo tempo em que proporcionaria um aumento da segurança jurídica das relações laborais, o que poderia permitir um aumento de investimento do setor privado, algo que certamente teria amenizado a crise econômica vivida a partir de 2014.

Nesse sentido, destaca Ferreira que:

Após as eleições presidenciais de 2014, a polaridade política entre os dois partidos protagonistas daquele pleito, PT e PSDB, acirrou. Além disso, diversos setores econômicos descontentes com a condução do governo pressionaram parlamentares para “travar” a agenda governamental, situação agravada com o impeachment da presidente Dilma Rousseff, em agosto de 2016, acusada da prática de crime de responsabilidade.

Independentemente do mérito das acusações sofridas pela ex-Chefe de Estado serem verdadeiras ou não, o fato é que a instabilidade política gerada no país desde 2014 afugentou os investimentos privados. (FERREIRA. 2019, p. 43-44)

Os governos federais petistas ficaram marcados, portanto, pela quase que completa ausência de projetos voltados a modernizar as relações trabalhistas e proteger os empregados, tanto no plano individual, quanto no plano coletivo.

Ficaram marcados, também, no Governo Lula, por uma fracassada tentativa de modificação, em desfavor dos trabalhadores, de um já totalmente ultrapassado e autoritário modelo de organização sindical como é o brasileiro, e que procurava conciliar, como se possível, unicidade como

pluralidade sindical, entregando às centrais sindicais a maior parte do poder, e tentando impor um sindicalismo de cúpula, em vez de fazer o que seria efetivamente necessário: criar um modelo de organização sindical baseado na liberdade (BRITO FILHO, 2019, p. 74).

Essas omissões acabaram facilitando o processo de precarização dos direitos trabalhistas patrocinado pelos governos posteriores, os quais possuem um posicionamento geometricamente oposto ao do Partido dos Trabalhadores, ou seja, de cunho estritamente libertário ou, em alguns casos, de perfil conservador, como veremos adiante

3 As alterações legislativas na seara laboral e a precarização das relações de trabalho

A partir de 2016, após o impeachment da ex-Presidente Dilma Rousseff, as normas protetivas das relações laborais passaram a ser alvo de ataques por parte dos mandatários posteriores, os quais as consideravam um verdadeiro entrave para o desenvolvimento econômico do país, pois, de acordo com a sua concepção, protegiam em demasia os trabalhadores.

Dessa feita, em 31 de março de 2017, já sob a gestão do ex-Presidente Michel Temer, ocorreram as primeiras mudanças legislativas na seara laboral.

Como justificativa de tentar superar a crise econômica que assola o Brasil desde 2014, foi promulgada a Lei nº 13.429/17, que modificou dispositivos da Lei do Trabalho Temporário nas empresas urbanas – a Lei nº 6.019/74.

Essa nova lei autorizou a terceirização irrestrita nos contratos temporários, flexibilizando e precarizando as relações laborais.

Neste sentido, destaca-se que, anteriormente, era feita a diferenciação de atividades “fim” e “meio”. A Súmula nº 331 do TST, que regulamentava a matéria, somente autorizava a terceirização de atividades meio, ou seja, atividades de cunho diverso do objeto da empresa.

Assim, por exemplo, uma empresa da área educacional (colégios, universidades etc.) poderiam contratar outras empresas para prestação de

serviços de vigilância, conservação, limpeza, entre outros. Porém, era vedado que se contratassem professores (atividade fim) por intermédio de terceirizadas, algo que passou a ser possível a partir da vigência daquela Lei.

Essa legislação favoreceu a possibilidade de retirada de direitos adquiridos, “[...] com o intuito de atender um novo e crescente panorama econômico financeiro, com vistas a satisfazer a necessidade do estado de ser mais competitivo e dinamizar suas economias [...]”. (FERREIRA; LOBATO. 2019, p. 428)

Observa-se que, desde a sua primeira redação até a sua promulgação, essa nova lei manteve em seu corpo a defesa dos princípios econômicos do capitalismo, com intuito unicamente de crescimento econômico e financeiro, precarizando direitos conquistados, o que, em tese, não seria passível de flexibilização.

Não bastasse isso, em 13 de julho de 2017, foi promulgada a Lei 13.467/17 – conhecida como a Reforma Trabalhista, que alterou mais de 100 dispositivos da CLT. Entre os principais pontos objeto de modificação, destacam-se: a) a possibilidade de redução do intervalo intrajornada; b) a criação e regulamentação do teletrabalho; c) a limitação do valor de indenização por danos extrapatrimoniais; d) a prevalência do negociado sobre o legislado, permitindo uma maior flexibilização das leis trabalhistas; e) a criação e regulamentação do trabalho intermitente; e) a adição de uma nova hipótese de dispensa por justa causa, quando o empregado perde, em decorrência de conduta dolosa, a habilitação ou os requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão; f) a extinção do contrato de trabalho por comum acordo entre as partes; g) a extinção da contribuição sindical obrigatória; h) a previsão de honorários advocatícios de sucumbência na Justiça do Trabalho; i) a possibilidade de terceirização da atividade fim da empresa.

De acordo com o discurso oficial, essas modificações, além de adequarem diversos pontos da legislação trabalhista (datada de 1943) às novas relações laborais, propiciariam a retomada da geração de empregos, facilitando o acesso ao mercado de trabalho, na medida em que diminuiriam os custos e os riscos dos empregadores na contratação de seus

empregados, e propiciariam a retirada do trabalhador da informalidade, o que supostamente aconteceria com a regulamentação do trabalho intermitente, por exemplo.

Ocorre que, o discurso de geração de emprego e renda mediante a flexibilização, no plano normativo estatal, de direitos laborais viola diversos dispositivos constitucionais, como, por exemplo, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, o valor social do trabalho, estabelecido no art. 1º, inciso IV da Constituição Federal. Ademais, destaca-se que o art. 170, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) prevê que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, e o art. 193 da Carta Magna dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho.

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a necessidade de reconhecimento do trabalho como forma de garantir a existência digna e o bem-estar social.

Neste sentido, é possível concluir que:

O pior de tudo é que a falta de trabalho acaba gerando o discurso de que é necessário reduzir as condições de trabalho existentes para acolher os trabalhadores excluídos do mercado, em lógica que somente favorece a concentração de riqueza e o alargamento das desigualdades. (BRITO FILHO, 2013, p. 58)

Eventuais mudanças no ordenamento jurídico devem necessariamente respeitar preceitos já estabelecidos na Constituição da República, evitando-se reduzir o trabalhador a condições sub-humanas, porém, não é isso que vem acontecendo.

Recentemente, já sob a gestão do Presidente Jair Bolsonaro, o Governo Federal editou, em 11 de novembro de 2019, a Medida Provisória nº 905/2019, que instituiu, dentre outras modificações, o “Contrato Verde e Amarelo”, que se traduz em um programa que incentiva a contratação temporária (até 24 meses) de trabalhadores entre 18 e 29 anos, com remuneração de até 1,5 salário, no período de 1º de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2022.

Essa nova modalidade de contrato de trabalho pode ser utilizada em qualquer tipo de atividade, não sendo aplicável em contratações de menor aprendiz, de trabalhadores avulsos, trabalhadores intermitentes e em contratos de experiência.

Alguns senadores, a exemplo de Humberto Costa (PT-PE), defendem que esta Medida Provisória é extremamente prejudicial ao trabalhador, tratando-se de uma nova etapa da Reforma Trabalhista, que permite a contratação de trabalhadores em condições precarizantes, sendo uma agressão à dignidade dos empregados (SENADO, 2019)³.

Esse breve relato das últimas alterações legislativas deixa claro que a preocupação do Governo Federal, sobretudo a partir da gestão do ex-Presidente Michel Temer, é simplesmente baratear os custos do trabalho, promovendo a introdução de novas regras no ordenamento jurídico brasileiro incapazes de proteger a dignidade e o bem-estar do trabalhador.

É a adoção clara do pensamento libertário, que não vislumbra nos direitos decorrentes da igualdade importância na distribuição justa dos direitos para os integrantes da sociedade⁴, aliado esse pensamento a uma mentalidade conservadora, nesse caso de direita.

Como consequência, além do baixo resultado na geração de emprego, essa estratégia acaba por aumentar ainda mais a informalidade, haja vista que os trabalhadores já não se sentem mais estimulados para a celebração de vínculos formais de emprego.

Conforme divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em outubro passado, a informalidade bateu novo recorde, atingindo 41,2% dos trabalhadores brasileiros, o que representa 38,8 milhões de trabalhadores sem carteira assinada ou com Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ). Já os trabalhares com vínculo formal somam apenas 33,2 milhões. (IBGE. 2019)

³ Lembrando, por oportuno, que o Senador, embora com um diagnóstico correto, pertence ao partido político que teve a oportunidade de modificar as relações de trabalho, até as coletivas, mas, quedou inerte.

⁴ Ver, a respeito, Nozick (2011).

Em outras palavras, já há mais trabalhadores informais no país do que com carteira assinada.

Para os que estão na informalidade, como se já não bastasse a aflição pela completa ausência de segurança financeira, resta apenas apelar para a sorte para não serem acometidos por qualquer infortúnio, como doenças ou acidentes, haja vista que, nesse cenário, não possuem qualquer cobertura previdenciária para lhes socorrer, até porque, ou não têm consciência de que é preciso que estejam inseridos no Regime Geral de Previdência Social, ou nem condições de arcar com a contribuição têm.

Por fim, vale uma última reflexão.

Não se pode dizer que a estratégia de atacar os direitos trabalhistas, adotada pelo atual Governo Federal, seja uma surpresa.

O então deputado federal e pré-candidato à Presidência da República Jair Bolsonaro (PSL), em entrevista concedida à Jovem Pan News durante a sua campanha política, já anunciava os caminhos que sua gestão tomaria nessa área, caso fosse eleito. De acordo com o candidato, o trabalhador brasileiro deveria escolher entre *menos direitos e emprego ou todos os direitos e desemprego*. (JOVEM PAN NEWS, 2018)

Esqueceu-se o eleitor brasileiro que sempre houve uma terceira opção, aliás, adotada em praticamente todos os países desenvolvidos: acesso ao emprego como sinônimo de respeito à dignidade e ao bem-estar do trabalhador.

4 O desrespeito ao trabalho decente

O art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) consagra o direito ao trabalho como um direito social fundamental, elencando um rol de garantias mínimas que devem ser asseguradas aos trabalhadores urbanos e rurais.

Isso demonstra a preocupação do Constituinte em assegurar um rol de direitos essenciais para equilibrar a relação empregador-empregado

Esses direitos trabalhistas básicos encontram-se previstos no art. 7º da Carta Magna e precisam ser respeitados, para que o trabalho seja capaz de preservar a dignidade humana, assegurando, assim, o direito ao trabalho decente, que é “aquele em que são respeitados os direitos mínimos do trabalhador, necessários à preservação de sua dignidade” (BRITO FILHO, 2011, p. 122).

O conceito básico de Trabalho Decente corresponde ao mínimo indispensável para a vida digna das pessoas na seara trabalhista, ou seja, o núcleo essencial que deve ser respeitado para que todos possam exercer com dignidade o direito ao trabalho.

No âmbito da OIT, o conceito de trabalho decente foi adotado no art. 2º da Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho (jun./1998), na 86ª Conferência Internacional do Trabalho.

Nessa convenção, ficou definido que o mínimo necessário para que um trabalho seja considerado decente é o respeito a um conjunto de direitos básicos, quais sejam: 1. Liberdade no Trabalho; 2. Igualdade no Trabalho, 3. Proibição do Trabalho Infantil e 4. Liberdade Sindical.

Defendemos, a propósito, que esse rol de direitos básicos previsto pela OIT é insuficiente para uma adequada proteção do trabalhador, sendo necessário alargar o conteúdo do trabalho decente por meio da utilização de outros instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos no trabalho, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, da ONU (1948) e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos sociais e Culturais - PIDESC, também da ONU (1966). É que:

Não há trabalho decente sem condições adequadas à preservação da vida e da saúde do trabalhador. Não há trabalho decente sem justas condições para o trabalho, principalmente no que toca as horas de trabalho e o período de repouso. Não há trabalho decente sem justa remuneração pelo esforço despendido. Não há trabalho decente se o Estado não toma as medidas necessárias para a criação e para a manutenção dos postos de trabalho. Não há, por fim, trabalho decente se o trabalhador não está protegido dos riscos sociais, parte deles originada do próprio trabalho. (BRITO FILHO. 2013, p. 55)

Essa concepção amplia o rol de direitos básico que compõe o trabalho decente, que passam a ser: direito ao trabalho, liberdade no trabalho, igualdade no trabalho, meio ambiente do trabalho equilibrado, justas condições de trabalho, proibição do trabalho infantil e do trabalho forçado, liberdade sindical e proteção contra os riscos sociais.

Note-se que, o que deve ser garantido é o trabalho para todos, em condições de igualdade e dignidade, ou seja, não basta garantir uma ocupação produtiva às pessoas, é necessário que o trabalhador tenha além do acesso ao emprego, condições dignas de trabalho, que respeite os direitos básicos do trabalhador.

Dessa forma, a partir do trabalho decente, abstrai-se que existem requisitos mínimos que garantem a preservação da vida e da saúde do trabalhador, e que esses requisitos precisam ser alcançados e respeitados independentemente do tipo de trabalho realizado, ou da categoria, da raça, da cor, da religião, da nacionalidade do trabalhador que o realiza, para que este trabalho esteja de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

A partir das considerações mencionadas, compreende-se que o caminho que está sendo traçado no ordenamento jurídico brasileiro privilegia a precarização das relações laborais, ocasionando um retrocesso social, e isto se deve, principalmente, pela quebra do caráter protecionista do Direito do Trabalho, flexibilização das relações laborais e a utilização da mão de obra como mercadoria, o que foi veemente rechaçado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Portanto, aufere-se que o direito ao trabalho digno, pautado na historicidade nacional e internacional, embora deva ser modernizado, jamais poderá retroceder, pois figura na esfera dos direitos fundamentais. Em caso contrário, violar-se-á o núcleo mínimo de direitos do homem, aumentando a vulnerabilidade do trabalhador e o transformando em mercadoria.

5 Conclusão

Como todo conjunto normativo, a legislação trabalhista necessita estar adaptada à realidade social. Com isso, é natural que modificações, na forma de acréscimos e supressões, sejam feitas de tempos em tempos.

Isso, todavia, deve ocorrer levando em consideração algumas premissas. A maior delas é a de que há um patamar mínimo de direitos dos trabalhadores, que se convencionou chamar de trabalho decente, que precisa, sempre, ser respeitado.

É que o desrespeito pode levar à situação de termos a dignidade do trabalhador violada, o que vem ocorrendo em boa medida no Brasil, atualmente, pela forma como a legislação trabalhista foi e vem sendo alterada a partir do governo do ex-Presidente Michel Temer, de cunho nitidamente conservador e, com mais vigor, no atual, do Presidente Jair Bolsonaro, pelo viés libertário que vem sendo implementado nas questões econômicas e trabalhistas.

Embora ainda com a aparência de respeito aos Direitos Humanos dos trabalhadores, e dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República, as alterações levadas a efeito até o momento revelam tentativa clara de precarizar a relação trabalhista, diminuindo a proteção social em desfavor daquele que vive do uso de sua força de trabalho, já havendo violações que podem ser percebidas, quer em aspectos particulares, quer em visão ampla.

A esse respeito, registra-se que essas alterações poderiam ter sido dificultadas caso os governos anteriores, dos ex-Presidentes Lula e Dilma, teoricamente mais próximos dos trabalhadores, tivessem feito a modernização necessária, especialmente a reforma sindical, necessária para fortalecer as organizações de trabalhadores, criando um canal capaz de negociar com mais força, mas, também, de gerar um enfrentamento no Parlamento, a quando da propositura de reformas precarizantes como a que hoje presenciamos.

Isso, todavia, não aconteceu, até porque foram governos com um cunho mais assistencialista do que libertador, tão conservador quanto os atuais, apenas, ao menos em tese, de esquerda.

Todas essas circunstâncias, por isso, mostram um cenário nada animador, e que, em não havendo a mudança da orientação que até então tem prevalecido, possivelmente será resolvido na esfera judicial, nem que seja para a preservação do que é básico, essencial.

6 Referências

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm.

Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15

dez. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória n. 905, de 11 de novembro de 2019**. Institui o Contrato de

Trabalho Verde e Amarelo, altera a legislação trabalhista, e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana*. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (coord.). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direito sindical**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FERREIRA, Vanessa Rocha. *Estado, sociedade e Trabalho*. In: **Revista Conceito Jurídico: Trabalhista, sindical e previdenciário**. Zkeditora. Edição 25. Ano III – jan/2019. p 42-45.

FERREIRA, Vanessa Rocha; LOBATO, Fabrício da Costa. *Terceirização irrestrita no ordenamento jurídico brasileiro: a flexibilização da legislação e a precarização das relações laborais*. In: **Direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 456 p. 425 - 448.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua)**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25534-desemprego-cai-para-11-8-com-informalidade-atinando-maior-nivel-da-serie-historica>. Acesso em: 15 dez. 2019.

JOVEM PAN NEWS. Entrevista. *Bolsonaro sobre futuro trabalhista: "menos direitos e emprego ou todos os direitos e desemprego"*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qm7AzsEx_DM&list=LLmcNVa5VlmoPQcqZBuau6gQ&index=4213. Acesso em: 16 dez. 2019.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções Internacionais**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 14 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho decente**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 14 dez. 2019.

SENADO NOTÍCIAS. **MP do Contrato Verde e Amarelo gera polêmica ao revogar normas trabalhistas**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/21/mp-do-contrato-verde-e-amarelo-gera-polemica-ao-revogar-normas-trabalhistas>. Acesso em: 15 dez. 2019.

O modelo de seguro hipotético e as políticas sociais compensatórias voltadas para as pessoas com deficiência

*João Daniel Daibes Resque*¹

Introdução

Um dos temas que povoam o centro das discussões na filosofia política e do Direito, desde a Antiguidade Clássica até os escritos contemporâneos, diz respeito à virtude igualitária. Partindo dos escritos de Aristóteles (*Ética a Nicômacos*, V) até as recentes obras de filosofia política, a igualdade, qualquer que seja a concepção adotada, é tomada como valor fundamental e critério de justiça na distribuição de recursos.

Dentre as obras mais recentes, merece especial destaque o livro intitulado de *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*, de autoria de Ronald Dworkin (2011), considerado um dos maiores filósofos do século XX, não só para a Ciência do Direito, mas também para a filosofia política e moral contemporânea.

Neste livro, Dworkin se propõe a discutir acerca das diversas teorias da igualdade, sob a ótica do liberalismo igualitário, atacando especialmente o utilitarismo de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, e propondo ajustes e novos arranjos a partir de *Uma Teoria da Justiça* de John Rawls (2008), culminando na sua própria teoria de igualdade distributiva, denominada de

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUCRIO, Visiting Scholar at Columbia University, Wisconsin University e Bolsista CAPES/PRINT. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará e Bolsista CAPES/PRINT. Professor e Advogado.

“igualdade de recursos”. Ademais, Dworkin responderá e sustentará a igualdade de recursos, em detrimento do erro nas teorias de alguns de seus “opositores”, como G. A. Cohen e Amartya Sen.

Analisaremos grande parte desse debate acerca das diversas teorias da igualdade, apresentando inicialmente a importância que a igualdade, em um sentido mais abstrato (igualdade de consideração), assume dentro da teoria de Dworkin.

Em seguida, veremos os argumentos de Dworkin a respeito do fracasso das demais teorias da igualdade, e exporemos os fundamentos e pressupostos sobre os quais ele irá desenvolver a teoria da igualdade de recursos, considerando-a como a mais plausível para a distribuição justa e correta dos recursos existentes.

Após a exposição das diversas teorias da igualdade tratadas por Dworkin, bem como de sua própria teoria (igualdade de recursos), faremos a análise de como esta última se mostra sensível (ou não) às diferenças oriundas de circunstâncias involuntárias que desigualam os indivíduos, mais especificamente as deficiências², e como esta sugere que os recursos sejam distribuídos e compensados entre os indivíduos que possuem essa característica específica, a qual certamente cria desvantagens em uma realidade competitiva.

Esperamos assim, que este estudo possa demonstrar que a igualdade de recursos, enquanto teoria igualitária que se propõe à distribuição justa dos bens e recursos existentes e frutos do trabalho da sociedade entre os indivíduos que a compõem, é somente em parte sensível às deficiências, prevendo mecanismos de compensação desta situação em um momento

² Importante chamar a atenção para a possível confusão no uso do termo “deficiência”, encontrado ao longo do texto na versão traduzida (por Jussara Simões) para o português de “A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade”, sendo que tal termo pode ser interpretado de forma muito mais ampla do que sugere o uso comum que o mesmo possui em nossa língua (qual seria de deficiência física, mental, sensorial, etc), para abranger toda e qualquer característica pessoal dos seres humanos que acabam os colocando em situações de desvantagem por conta de discriminação. Nesse sentido, o termo passa a abarcar também as etnias, o gênero, as deficiências (em sentido estrito) e outras “vulnerabilidades” que decorram da natureza de um indivíduo singular. De outra forma, quando utilizarmos o termo “deficiência”, ou pessoas com deficiência, estaremos nos referindo ao uso restrito do termo, ou seja, das deficiências decorrentes de problemas genéticos, congênitos, ou acidentais que incapacitam e/ou limitam os objetivos de vida das pessoas, impondo barreiras ao acesso dos recursos em condições de igualdade para com os demais indivíduos.

posterior ao da distribuição, o que supostamente tornaria a teoria de Dworkin insuficientemente igualitária e, portanto, não aconselhada enquanto aporte teórico para a formulação de políticas públicas capazes de incluir socialmente as pessoas com deficiência.

2 A virtude soberana da comunidade política e a igual consideração

Dworkin (2011, p. IX) inicia sua obra reafirmando a importância da igualdade no discurso político e como forma de legitimidade para qualquer Governo que aspire ser democrático. Só é capaz de reivindicar legitimidade o Estado que demonstre igual consideração pela vida de todos os seus cidadãos.

Assim, a igual consideração representa a virtude soberana da comunidade política. Esta forma de igualdade abstrata é o primeiro passo, e é o que une, de certa forma, boa parte das teorias políticas que tratam sobre a melhor forma de atuação dos Estados na distribuição dos produtos e riquezas existentes e advindas do trabalho da comunidade.

A ideia da igual consideração pela vida de todos os indivíduos de uma comunidade ocupa o centro das discussões na filosofia política, principalmente na concepção de justiça liberal igualitária, antes mesmo do trabalho de Dworkin. John Rawls (2008, p. 4), considerado por muitos como o pai do liberalismo político igualitário, já afirmava em sua obra mais popular, intitulada *Uma Teoria da Justiça*, que “cada pessoa é dona de uma inviolabilidade fundada na justiça, que nem o bem comum da sociedade pode ab-rogar”.

A afirmação de Rawls, dentre os vários sentidos que assume³, tem como intenção demonstrar que a vida de cada indivíduo é merecedora de igual respeito não só por parte do Estado, mas também da comunidade, sendo que o destino de todos os cidadãos tem o mesmo valor.

³ Nesta afirmação, Rawls expõe dois dos grandes pilares da sua teoria de justiça: a fundamentação da crítica ao utilitarismo – que também está presente na obra de Dworkin –, e a neutralidade política do Estado em relação à concepção de bem dos indivíduos – a qual, embora igualmente presente na teoria de Dworkin, possui algumas distinções.

Nas palavras de Kymlicka (2006, p. 5):

[...] as teorias igualitárias requerem que o Governo trate seus cidadãos com igual consideração; cada cidadão tem direito a interesse e respeito iguais. Esta noção mais básica de igualdade é encontrada tanto no libertarismo de Nozick como no comunismo de Marx.

Assim, a igualdade de consideração, como uma forma abstrata da virtude igualitária é, portanto, o pressuposto central da teoria da igualdade de recursos, a qual, como veremos mais adiante, ao juízo do próprio Dworkin, é a que melhor traduz e extrai a interpretação mais correta e justa desta igualdade abstrata, representando uma forma de igualdade material pela qual o Governo deve pautar sua atuação na formulação de políticas públicas.

Sob esta ótica, então, as teorias políticas, principalmente as contemporâneas, estariam reunidas sob o mesmo teto, do apreço e do reconhecimento de que uma forma de igualdade material é desejável e meta a ser alcançada dentro do cenário de uma igualdade abstrata (a da igual consideração). Assim, o que as teorias políticas buscam em seus discursos é como a igualdade material deve se expressar, em que termos, em quais limites, e em quais dimensões. Essa visão da teoria política como um todo (de que todos concordariam que a igualdade abstrata é um valor essencial) é um aspecto muito importante e inovador na análise do tema trazido por Dworkin.

3 A igualdade de recursos face as demais teorias da igualdade

Como já afirmamos anteriormente, Dworkin parte da consideração de que a teoria política como um todo concorda que a igualdade de respeito pela vida e destino de todos os cidadãos é um valor essencial. Diante desta afirmação, o ponto que distanciaria as teorias liberais igualitárias, das utilitaristas, das libertárias, e das comunitaristas, por exemplo, nada mais é

do que uma questão de interpretação das diversas concepções possíveis de como se materializar a igualdade abstrata.

Antes de adentrarmos no tema é necessário pontuar uma questão fundamental na teoria de Dworkin, e que já possuía eco, de forma um tanto diversa, também na teoria de Rawls. Trata-se da ideia de que a igualdade possui mais de uma dimensão, no sentido de que podemos ser iguais em vários aspectos (como renda e riqueza) e sermos desiguais em outros aspectos (como felicidade e prazer).

Portanto, de forma semelhante à Rawls, Dworkin acredita que é necessário separar a igualdade em dois níveis principais, e depois decidirmos se pretendemos igualar somente as circunstâncias (é o que a igualdade de recursos irá defender) ou devemos igualar também as dotações (o que será refutado com base nas críticas à igualdade de bem-estar). O autor nos leva então a refletir se devemos igualar os meios ou devemos buscar uma igualdade final de satisfação ou êxitos⁴. Estes são dois projetos completamente diferentes.

Para melhor ilustrar o caso, recorremos ao mesmo exemplo utilizado pelo autor, qual seja o do pai abastado que precisa decidir qual a melhor forma de distribuir sua riqueza, na forma de herança, entres os seus filhos, os quais possuem personalidades e gostos completamente diferentes. Este pai ao qual Dworkin (2011, p. 5) se refere possui: um filho “*playboy*”, com gostos dispendiosos; um filho engajado politicamente, e que necessita de altos recursos para promover seus fins; um filho escultor, e que utiliza materiais caros e nobres em suas obras; e por fim um filho poeta, o qual não possui grandes ambições, mas apenas cultiva gostos bem modestos.⁵

De acordo com o exemplo acima, se defendêssemos como a melhor métrica da justiça uma igualdade de bem-estar, então o pai deveria deixar uma herança maior, em termos de riqueza material, para o filho “*playboy*”

⁴ Levando-se em conta as várias concepções de bem-estar abordadas na filosofia política, e com a finalidade de evitar distorções ou concepções muito distintas, Dworkin (2011, p. 11) elege algumas entre essas possíveis concepções de bem-estar: como o alcance do êxito ou da satisfação.

⁵ Note-se que do exemplo original utilizado por Dworkin, excluímos propositalmente um dos filhos do “pai abastado”, o qual é cego. Tal exclusão se deve ao fato de que neste momento ainda não pretendemos trabalhar com as teorias da igualdade aplicada as pessoas com deficiência, o que será objeto da próxima seção.

do que para o filho poeta, por exemplo. Isso porque, o “*playboy*” necessitaria de mais recursos para alcançar o seu bem-estar – baseado em gostos dispendiosos – do que o poeta, que por sua vez se contenta com pouco e mesmo assim alcança o seu bem-estar (e talvez até obtivesse um bem-estar menor se recebesse uma gorda herança). Nesse sentido, a igualdade de bem-estar pode ser definida como “o esquema distributivo [que] trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar” (DWORKIN, 2011, p 4).

Devemos concordar que a situação acima ventilada é, a nosso juízo comum, absurda e injusta.

Segundo a igualdade de recursos, por sua vez, a qual veremos adiante o seu modo de justificação e construção, a solução para o problema acima exposto é distribuir a herança de maneira igual entre todos os filhos, para que estes, de posse de seus quinhões possam então perseguir seus planos de vida e seu bem-estar. Dworkin (2011, p. 4), então definirá a igualdade de recursos como aquela que “trata [as pessoas] como iguais quando distribui ou transfere [os recursos] de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais as suas parcelas do total de recursos”.

Retornando as teorias da igualdade de bem-estar, Dworkin apresenta duas concepções distintas que propõem igualar os indivíduos com base nesta métrica. São elas a concepção de êxito de bem estar, e a concepção de estado de consciência (a qual pode ser definida como “satisfação”).

A primeira concepção define o bem-estar conforme o nível de sucesso e êxito das pessoas no alcance de suas metas e preferências. Entre as preferências desta concepção de igualdade, Dworkin apresenta três classificações: (i) preferências políticas (relacionadas à teoria distributiva que as pessoas julgam corretas), (ii) preferências impessoais (relacionadas a coisas que não nos pertencem ou à vida de outras pessoas, mas mesmo assim prezamos) e (iii) preferências pessoais (aquilo que julgamos melhor para nossas próprias vidas).

Dworkin rejeita qualquer ideia da igualdade de bem-estar baseada no êxito, dentre os diversos motivos:

- (i) porque as pessoas não compartilham das mesmas preferências políticas e, portanto, distribuí-las de modo que todos possuam o mesmo bem-estar seria impraticável. Não seria possível e justo equilibrar o bem estar de alguém que teve sua concepção política de justiça distributiva preterida em face de outra só por este fato (DWORKIN, 2011, p. 18).
- (ii) porque seria impossível alinhar as preferências impessoais de todos os indivíduos, ainda mais quando o fracasso no bem-estar de um, pudesse representar um bem-estar maior para outro. Os conflitos entre o bem-estar das pessoas no alcance dos êxitos de suas preferencias impessoais estaria subordinado, assim, a um cálculo do que geraria maior bem-estar (DWORKIN, 2011, p. 23).
- (iii) porque igualar as pessoas de acordo com suas preferências pessoais exige que se distribuam recursos de forma desigual e, portanto, situações como a do pai que deixa uma herança maior para o filho com gostos dispendiosos, do que para o filho com gostos modestos, fere o nosso senso de justiça. Outra dificuldade adicional está na imprecisão, no pluralismo, e na constante evolução de nosso bem-estar (DWORKIN, 2011, p. 26).

A segunda concepção abordada por Dworkin equivale a uma das correntes mais poderosas da teoria política antes de Rawls, qual seja o utilitarismo. Segundo essa concepção, o bem-estar é definido como a busca do prazer e a fuga da dor, e assim sendo, Jeremy Bentham, um dos grandes teóricos do utilitarismo, defendia que a igualdade exige que se igualem as pessoas no saldo máximo do prazer sobre a dor. Dworkin reúne todas essas sensações de prazer e dor em torno de um único termo, qual seja a (in) satisfação, por entender que este melhor traduz uma gama maior de estados de consciência.

Essa teoria já sofreu fortes críticas de John Rawls, em “*Uma Teoria da Justiça*”, e sofre em parte aqui, na “*A Virtude Soberana*” as mesmas críticas. Com o interesse de maximizar o bem-estar total, o princípio da utilidade requer que se sacrifique a igual consideração por todos os cidadãos, fazendo com que alguns indivíduos tenham menos recursos, para que assim se possa garantir uma soma maior de bem-estar à maioria. Um

cálculo como este não demonstra igual respeito por todos os cidadãos, e fere a inviolabilidade fundada na justiça que cada indivíduo é possuidor.

Em síntese a igualdade de bem-estar não é uma concepção plausível de igualdade distributiva porque é sensível demais às preferências por gostos dispendiosos, não sendo justo que as demais pessoas devam ter seus recursos diminuídos para cobrir as preferências pessoais de outros indivíduos.

Isso justifica a afirmação de Gargarella (2008, p. 65), que ao referir-se ao liberalismo de John Rawls e Ronald Dworkin afirma que “[...] o Estado igualitário não poderá ser obrigado a arcar com os ‘gostos caros’ de quem tenha cultivado esse tipo de preferência”.

Nesse ponto compartilhamos da análise de Kymlica (2006, p 98), ao sentenciar que “[...] Dworkin aceita o objetivo de ser ‘sensível à ambição’ e ‘insensível à dotação’”. Por, ora veremos como o autor norte-americano lida com a questão de levar em consideração as ambições individuais.

Para levar em conta as ambições das pessoas e distribuir os recursos de maneira igual, Dworkin elabora uma situação hipotética, na qual imigrantes vão parar em uma ilha deserta, e se deparando com tal situação devem decidir qual a maneira mais justa de distribuir todos os recursos (abundantes) existentes naquela ilha. O método eleito é um leilão que ocorrerá em um sistema de mercado, onde todos os imigrantes poderão participar com uma quantidade igual de “moedas” (conchas), podendo fazer os seus lances livremente e, portanto, adquirindo os recursos disponíveis, conforme os seus planos de vida (DWORKIN, 2011, p. 79).

Ao final do leilão, todos possuiriam um quinhão de recursos, adquiridos conforme suas próprias metas para uma vida boa, e então o leilão se sujeitaria a um teste, denominado pelo autor de “teste da cobiça”. Segundo o teste da cobiça, depois de terminado o leilão, se a divisão for realmente igualitária, ninguém desejará possuir o quinhão de recursos de outrem. Caso o desejasse, poderia ter feito um lance e adquirido o recurso, quando da fase do leilão (DWORKIN, 2011, p. 81).

Por recursos, Dworkin (2011, p. 79) entende que são tudo aquilo que os indivíduos possuem privadamente e que possam ser trocados ou transferidos. Nesse sentido, o autor classifica os recursos em pessoais e impessoais. Os recursos pessoais são as dotações e as características inatas de cada indivíduo, sobre as quais não possuímos controle. Estas estarão fora do leilão, pois não podem ser distribuídas e nem transferidas. Já os recursos impessoais são os bens e as coisas materiais (ou não) que estão disponíveis na ilha, e que serão leiloadas.

A esse respeito, importante destacar que, de forma pragmática, a melhor interpretação da teoria dworkiana sobre a distribuição dos recursos é a que considera os recursos como aqueles fundamentais à preservação da dignidade humana (BRITO FILHO, 2012, p. 48). Nesse sentido, do ponto de vista jurídico, poderíamos interpretar o termo recursos até mesmo de forma aproximada da noção de direitos fundamentais, ou pelo menos a garantia de acesso a esses direitos, como o fazem as políticas públicas.

Voltando ao cenário hipotético de Dworkin, após o leilão e o teste da cobiça garantirem uma distribuição igualitária dos recursos disponíveis, colocam-se problemas referentes à manutenção da igualdade. Sim, isto porque, após os recursos serem distribuídos, e tendo como base o próprio princípio da responsabilidade especial, as pessoas tornam-se responsáveis pelo destino e o uso destes recursos iniciais na persecução de uma vida boa.

Assim, de maneira ilustrativa, podemos que um pescador e um velejador adquirem igualmente um barco por meio do leilão hipotético. Contudo, o pescador opta por utilizar o barco como seu instrumento de trabalho e poderá prosperar, tornando-se dono de uma grande companhia de pesca, nos 5 anos seguintes. Por sua vez, o velejador poderá não obter lucro algum de sua prática, digamos, exclusivamente prazerosa, e ao longo dos mesmos 5 anos terá gasto seu quinhão de recursos com a manutenção do barco e com as expedições realizadas.

O que assegura ao velejador que, ao chegar nesta situação, não fique sem nada é o sistema de seguro desenvolvido por Dworkin. Importante

ressaltar que para o liberalismo igualitário, e isso é marcante tanto em Rawls quanto na obra de Dworkin, aos indivíduos é garantido um mínimo de recursos ou bens fundamentais com os quais possam contar para perseguir seus planos de vida. Sendo assim, se respeita a máxima de que ninguém pode ficar sem nada, e ninguém pode possuir tudo, por conta principalmente do sistema de tributação que também engloba a teoria da igualdade de recursos.

Assim, as contingências dos talentos e da sorte bruta (resultado de situações arbitrárias) ou por opção (resultado de nossas escolhas voluntárias), poderão ser compensadas através de um sistema de seguros facultativos e compulsórios, e da tributação.

Acreditando que as pessoas podem sofrer de má sorte ou pela falta de talentos e, portanto, perder sua casa em um incêndio, ser acometido por uma doença incurável, ou escolher dedicar-se a uma profissão pela qual não possui qualquer aptidão, seria colocado à disposição dos indivíduos, no momento do leilão, a possibilidade em adquirir um seguro contra os infortúnios da vida.

Considerando-se que algumas pessoas poderiam optar em não adquirir um seguro, por julgar que a possibilidade de ser acometida por um desses infortúnios anteriormente expostos é muito pequena, e que, portanto, preferem se arriscar a sofrê-los, mas sendo livres para investir suas “conchas” economizadas em outros recursos, Dworkin acredita que está é uma razão para a existência e a defesa de um seguro obrigatório mínimo, fundado também em um princípio paternalista. Tais seguros podem ser custeados por um esquema de tributação.

Isso, ao juízo do próprio autor, é que torna a teoria da igualdade de recursos diferente de teorias de “ponto de partida” ou “linha de chegada”, pois busca igualar os meios (em recursos), com uma distribuição igualitária inicial, mas prevendo ajustes para as desigualdades geradas ao longo do percurso.

Bom, diante dessa discussão até agora travada, subentende-se que embora Dworkin seja insensível às dotações do talento e tente igualar ao

máximo apenas as circunstâncias que cercam a vida das pessoas, notamos uma nítida inquietação com desigualdades arbitrárias, as quais não podem ser moralmente aceitas. Voltaremos a esse esquema de compensação quando falaremos das deficiências propriamente ditas.

Gostaria agora de adentrar na análise de outras duas teorias que Dworkin apresenta, e que se baseiam em concepções de igualdade distributiva distintas da igualdade de recursos. Uma delas é baseada na igualdade de oportunidades para se alcançar o bem-estar, defendida por G. A. Cohen. A outra é baseada na igualdade de capacidades para a realização de funcionamentos, de autoria do Nobel de Economia, Amartya Sen.

Dworkin acusa que a igualdade de oportunidades para alcançar o bem-estar, proposta especialmente por G. A. Cohen, nada mais é do que uma das possíveis formas de se assumir uma igualdade baseada em uma concepção de bem-estar. Cohen parte do conceito de que não podemos sempre em todos os casos distinguir as escolhas voluntárias realizadas pelos indivíduos das escolhas ingeridas pelo acaso (DWORKIN, 2011. p. 401). Dworkin utiliza um exemplo para ilustrar a proposição de Cohen que de fato a enfraquece (provavelmente de maneira proposital).

Trata-se da situação de um fotógrafo só alcançar o bem-estar ao realizar seu ofício, mas para isso deve gastar parte de seus recursos com lentes e materiais caros. Cohen julgaria que a situação do fotógrafo é diferente, por exemplo, daquela do personagem apresentado por Dworkin, denominado de Louis, e que gosta de beber champanhe. Para Cohen, o fotógrafo não fez uma escolha deliberada em optar pelo bem-estar somente na realização do ofício de fotografar, ao contrário do que fez Louis, que cultivou deliberadamente o gosto dispendioso de só beber champanhe (DWORKIN, 2011. p. 409).

Dworkin olha com ceticismo essa distinção, e aponta que ambos terão igualmente o mesmo dissabor em suas vidas se não puderem realizar seus gostos. Não há razão ou fundamento algum que os diferencie.

Por outro lado, Dworkin ataca a concepção de Sen ao dizer que esta é ambígua, e conforme for a interpretação que se dê a ela (das duas possíveis), ela pode ser ou uma teoria de igualdade de bem-estar, e aí será refutada pelos mesmo motivos anteriormente expostos, ou uma teoria que se aproxima da igualdade de recursos, e aí seus pressupostos não serão muito diferentes, embora ainda equivocados (DWORKIN, 2011, p. 421).

Sen acredita que devemos igualar as capacidades dos indivíduos em poder realizar as diversas funcionalidades. Para isso devemos mirar na liberdade pessoal de cada indivíduo. Na sua visão a igualdade de recursos pode ser considerada um passo à genuína igualdade da liberdade, contanto que levasse em conta os diferentes níveis de capacidades das pessoas em realizar o que desejam.

Dworkin acredita que se considerarmos as capacidades como formas de se alcançar a felicidade, então estaremos diante de uma igualdade de bem-estar, porém se interpretarmos as capacidades como recursos pessoais, então a teoria de Sen se aproxima da igualdade de recursos. Ainda assim, Dworkin julga arriscada essa aproximação, pois estaria restrita aos recursos pessoais, dando a entender que não reconheceria aquela dimensão de recursos impessoais, os quais, no juízo de Dworkin (2011, p. 426) são as principais fontes de desigualdade.

4 A igualdade de recursos e as políticas públicas de inclusão social das pessoas com deficiências

Nesta seção, voltemos ao exemplo do pai abastado, ao qual nos referimos no início deste estudo. Apresentamos as personalidades de seus filhos e sugerimos, como o próprio Dworkin o faz, que a igualdade de bem-estar requer, neste caso específico, que o filho com gostos dispendiosos seja “premiado” com um quinhão de recursos maiores para assim alcançar seu bem estar, diferentemente do filho com gostos simples, que necessitaria de menos recursos para alcançar o mesmo bem-estar. A situação não é justa, certo?

Mas, imaginemos agora que o pai abastado possui ainda um quinto filho, o qual é possuidor de uma deficiência sensorial, como a cegueira. Ao determinar o quinhão da herança de seus filhos, a igualdade de bem-estar proveria ao filho cego uma quantidade maior de recursos, para que este pudesse compensar suas deficiências. Isso, a nosso juízo precipitado, pareceria extremamente justo, visto que não podemos concordar e achamos moralmente injustas as desigualdades arbitrárias.

Essa referência às deficiências é o que a teoria da igualdade de bem-estar possui de mais atraente em seu bojo. Mas, Dworkin pergunta-se: qual a diferença entre o filho com gostos dispendiosos e o que possui a deficiência? Outra vez, nossos juízos intuitivos poderiam nos dizer que é óbvia a diferença, e que o filho cego não optou em possuir essa característica peculiar, ao contrário do filho com gostos dispendiosos.

Mas vejamos outra situação utilizada por Dworkin para desconstruir uma teoria como essa, de igualdade de bem-estar, por meio do subjetivismo que o termo é eivado. Dworkin coloca em dúvidas o fato de que as pessoas com deficiências possam possuir menos em bem-estar e serem compensados com recursos, alcançando assim um bem-estar igual. Uma pessoa com uma deficiência grave, talvez nunca venha a alcançar o mesmo bem-estar que uma pessoa sem deficiência, por mais que se transfiram cada vez mais recursos a ela.

O exemplo cabal de Dworkin, para ilustrar que a igualdade de bem-estar não pode ser utilizada como parâmetro final de igualdade, é o de um indivíduo com paralisia. Descobre-se, em meio ao avanço da medicina e da engenharia, uma tecnologia nova, capaz de fazer que este indivíduo possua a mesma mobilidade que uma pessoa sem paralisia. A sociedade, por achar medida de justiça, aprova um imposto, cuja destinação de seus tributos será a aquisição de tal “máquina”.

Ocorre que o indivíduo que possui a paralisia é também um excelente violinista, e um apaixonado pela arte da música, sendo que prefere destinar aquele dinheiro que será arrecadado pelo tributo para a compra de

Stradivarius. Ora, ao juízo deste personagem com deficiência, o *Stradivarius* lhe traria muito mais bem-estar, do que uma “máquina” que lhe permitisse andar. A sociedade estaria disposta a aprovar esta troca? A resposta de Dworkin é que a sociedade, embora reconheça que o desejo do personagem com paralisia é injusto, não teria motivos, com base no bem-estar, para lhe negar tal troca (DWORKIN, 2011. p. 74).

Mas então como Dworkin prevê que se compensem as desigualdades decorrentes das deficiências? A resposta da igualdade de recursos está justamente no esquema de seguro hipotético traçado pelo autor.

Vimos que a teoria de Dworkin se mostra insensível, até certo ponto às dotações naturais. Mas isto não significa a exclusão da igual consideração das pessoas com deficiência. Dworkin prevê uma série de outros mecanismos para igualar e compensar essas desvantagens, como a classificação em recursos pessoais e impessoais, a consideração da sorte bruta e por opção, em um momento posterior à distribuição inicial, e os seguros hipotéticos aos quais nos referimos anteriormente.

Note-se que, segundo esta visão, embora se tenha a consciência de que as pessoas com deficiência podem não possuir a mesma predisposição para alcançar seus planos de vida, não se busca igualá-las em bem-estar, mas sim em recursos, os quais poderão ser utilizados para este objetivo. É importante ressaltar nesta afirmação o reconhecimento de que os recursos pessoais são fundamentais como instrumento para se alcançar os planos de vida e, portanto, devem ser considerados numa análise compensatória. Dentre estes recursos pessoais, o autor cita as faculdades físicas e mentais.

Assim, Dworkin (2011, p. 101) sentencia que

Quem nasce com uma deficiência grave encara a vida com menos recursos, nesse aspecto, do que os outros, conforme admitimos. Essa circunstância justifica a compensação, em um esquema dedicado a igualdade de recursos, e embora o mercado hipotético de seguros não restabeleça o equilíbrio – nada pode fazê-lo – procura remediar um aspecto da justiça importante.

Agora devemos nos perguntar se a igualdade de consideração exige realmente que apenas atenuemos as desigualdades das pessoas com deficiência por meio de seguros. A crítica ao sistema de seguros é que este fornece apenas uma compensação *a posteriori*, permanecendo as desigualdades no momento da distribuição inicial, uma vez que não se consideram, neste momento, os recursos pessoais de cada.

Na linha de raciocínio do próprio Dworkin as políticas públicas baseadas em ações afirmativas, como a do tipo reserva de vagas, por exemplo, se encaixariam nesse sistema de seguro, buscando corrigir situações de discriminação que limitam o acesso das pessoas com deficiência à um recurso fundamental na garantia da dignidade humana, qual seja o trabalho⁶.

Essa situação é semelhante ao que ocorre na justiça como equidade, de John Rawls, onde os princípios de justiça não evitam que os indivíduos sejam desfavorecidos por conta de circunstâncias que fogem aos seus controles, como as deficiências, mas somente quanto aos bens sociais primários. Assim, conforme identifica Gargarella (2008, p. 65), de acordo com a teoria rawlsiana, “[...] uma pessoa com salário um pouco maior que o de outra, mas com graves afecções físicas, estaria [...] melhor que esta última, mesmo que seu salário não seja suficiente para pagar os remédios que necessita, devido a suas desvantagens naturais”.

Embora Dworkin reconheça que isso é um ponto fraco na teoria de Rawls, e a julgue insensível demais às dotações, sendo que sua teoria não estaria tão suscetível a essas críticas como é a de seu antecessor, podemos dizer que há ainda um igualitarismo acanhado na igualdade de recursos, quanto a esses aspectos (naturais/pessoais ou de sorte), se comparados a teoria da igualdade das capacidades para funcionamentos de Amartya Sen.

É que devemos considerar que há uma profunda diferença entre partir de pontos realmente iguais em uma distribuição (ou pelo menos

⁶ Nesse ponto, fazemos referência às Leis nº 8.213/91 e 8.112/90, as quais preveem a reserva de vagas destinadas as pessoas com deficiência, baseada em percentual ao total de vagas destinadas às todos os indivíduos, tanto no mercado de trabalho em empresas privadas, como através de empregos e cargos públicos.

buscarmos isso), do que simplesmente criar ficções de igualdade em recursos pessoais iniciais na distribuição, para em seguida redistribuir os recursos, compensando-se os infortúnios.

Assim, talvez a concepção de Amartya Sen seja a mais adequada, em alguns aspectos, para lidar com as deficiências, pois lida melhor (e foca especialmente nesta questão) com a diversidade humana. A esse respeito Brito Filho (2012, p. 52) endossa uma interpretação de que as duas ideias (de Dworkin e de Sen) poderiam se complementar, oportunizando a formulação de políticas públicas mais sensíveis às necessidades das pessoas com deficiência.

Dessa forma, não bastaria a formulação de políticas públicas de reserva de vagas no mercado de trabalho, mas também devendo ser considerada a condição diferenciada das pessoas com deficiência, exigindo-se assim a formulação de políticas públicas de reconhecimento e garantia da cidadania, como a acessibilidade arquitetônica ao meio ambiente do trabalho.

Por ora, observamos apenas que, embora possua essas dificuldades mais complexas, em se adequar às especificidades das deficiências ao momento inicial da distribuição dos recursos, a obra de Dworkin foi um grande salto na filosofia política ao introduzir esta discussão, criando mecanismos de redistribuição e compensação que, conquanto possam ser considerados incipientes, possuem um apelo muito forte na justiça, e consegue, aparentemente, ser instrumentalizada.

5 Conclusão

Neste estudo verificamos as similitudes entre a concepção de Ronald Dworkin e a de John Rawls, principalmente ao elegerem a igualdade de consideração pela vida de todos os indivíduos como a virtude política essencial à noção de justiça, interpretada na intenção de igualar as pessoas através dos meios, refutando o utilitarismo.

Vimos ainda que a concepção adotada por Dworkin, e que melhor descreve a igualdade abstrata desejada é a igualdade de recursos, onde devemos igualar os indivíduos em iguais parcelas do total de recursos existentes na sociedade.

Essa teoria se apresenta em anteposição a outra concepção de igualdade, baseada no bem-estar. Dworkin apontou os diversos pontos fracos desta segunda teoria, tais como a sua inaplicabilidade diante do subjetivismo e pluralidade das concepções de bem-estar, e a sua falta de limites na compensação de recursos, bem como a sua justiça.

Analisamos ainda as concepções de igualdade de outros dois grandes teóricos do tema, os quais Dworkin vê como teorias opositoras à concepção de igualdade de recursos, quais sejam a teoria da igualdade de oportunidades de G. A. Cohen e a igualdade de capacidades para a realização de funcionamentos de Amartya Sen.

Em atenção especial ao problema das dotações naturais, vimos como Dworkin se mantém interessado no objetivo de ser menos insensível que Rawls a essas características arbitrárias. O seguro hipotético oferece uma solução bastante plausível em termos factuais e concretos às diferenças nos talentos e na sorte.

Ao se aplicar às pessoas com deficiência, a igualdade de recursos tem como ponto forte justamente a sua concretude, baseada em análises, em certa medida, mais objetivas. Carece, contudo, de uma sensibilidade maior à diversidade humana, como a consideração das deficiências em um momento primário de distribuição, incompletude esta que talvez seja melhor desenvolvida na teoria da igualdade das capacidades de Amartya Sen.

Ocorre que, a resposta sugerida por Dworkin é mais palpável sob o ângulo da formulação de políticas públicas de inclusão social, sendo que a ideia de igualar as pessoas em capacidades para realizar funcionamentos encontra sérias dificuldades de transição entre a teoria e a prática. A esse respeito, ao contrário de Dworkin que trabalha sob o ponto de vista prático

a realidade das ações afirmativas, Sen não parece oferecer qualquer solução mais pragmática para que as deficiências possam ser igualadas em um primeiro momento.

Ao fim, concluímos que “A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade” resgata o ideal igualitário abstrato, e reaproxima os valores políticos fundamentais em torno de um único ideal político. Introduce como tema, de forma brilhante e bem sucedida as diferenças entre as personalidades e as circunstâncias, objetivando igualar as pessoas apenas nos termos da segunda, nas medidas de suas ambições. Mas ainda assim, avança por um território nebuloso, o qual Rawls quis evitar, qual seja o das dotações naturais, dos talentos e das deficiências.

6 Referências

- ARAÚJO, Luiz Alberto Davi. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4ª ed. Brasília: CORDE, 2011.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Tradução de Mario da Gama Kury. Brasília: Editora UnB, 2001.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jusara Simões. Revisão Técnica e da Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FONSECA, Dagoberto José. *Políticas públicas e ação afirmativa*. São Paulo: Selo Negro, 2009.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KYMLIKA, Will. *Filosofia política contemporânea*: uma introdução. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª ed. Tradução de Jussara Simão. Revisão Técnica e da Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VITA, Álvaro de. *Justiça liberal*: argumentos liberais contra o neoliberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993

O trabalho reprodutivo das trabalhadoras domésticas: conceitos e avanços legais na América do Sul

*Rafaela Araújo Rodrigues*¹

Introdução

Na América Latina, ter uma trabalhadora doméstica para o cuidado das crianças ainda é a escolha dominante entre famílias de classe média e alta (Blofield 2012; Duffy 2011; Avila e Ferreira 2014; Chaney 1991). Famílias mais ricas podem pagar trabalhadores domésticos privados devido ao fornecimento imediato de mão-de-obra barata, uma das mais baixas da força de trabalho do cuidado (Blofield 2012). Os trabalhadores domésticos são particularmente vulneráveis à exploração, violência de gênero, abuso e assédio, e a complexa relação entre empregador e empregado aprofunda a possibilidade de violação dos direitos humanos (Blofield 2012). E, no entanto, não há muito trabalho dedicado ao estudo das trabalhadoras domésticas na academia. A maior parte das discussões sobre trabalhadores domésticos é dedicada a questões como migração e tráfico. As questões dos trabalhadores domésticos da América Latina estão mais relacionadas a direitos trabalhistas, direitos familiares, valor do trabalho de assistência e pobreza.

¹Doutoranda em Direito pela American University Washington College of Law. LL.M pela American University Washington College of Law com especialização em Direitos Humanos e Gênero & Direito (2017) e Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2014). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (2011). Recebeu a Alumni Fund Scholarship oferecida aos alunos com dedicação acadêmica rigorosa ao avanço das questões no direito internacional. Foi Chefe de Gabinete da Secretaria Nacional de Juventude da Presidência da República (2015) e da Secretaria Executiva do Ministério do Trabalho e Previdência Social (2016). Em 2014 foi Assessora Especial de Juventude no Ministério do Desenvolvimento Agrário. Atualmente é Policy Fellow no National Immigrant Women's Advocacy Project (NIWAP).

Estima-se que há no mundo 67 milhões de trabalhadoras domésticas no mundo, na qual a maioria, 80%, são mulheres (ILO 2012). Brasil tem o maior número absoluto de trabalhadoras domésticas, em torno de 6,1 milhões de trabalhadoras (PNAD/IBGE, 2016). Destes, 92% do trabalho é feito por mulheres, e é equivalente a 14% do total de mulheres no mercado de trabalho (Pinheiro et al. 2016). Trabalhadoras domésticas no Brasil e América Latina são historicamente discriminadas socialmente e pela lei. Durante as décadas de 2000 e 2010, Venezuela, Costa Rica, Equador, Bolívia, Brasil, Paraguai, Uruguai, Chile, Peru e Argentina reformaram suas leis para expandir o rol de garantias trabalhistas do regime de trabalho geral às trabalhadoras domésticas. No Brasil, a emenda constitucional No 72, de 2013 foi aprovada pelo Congresso Nacional no intuito de reparar décadas de exclusão e de ausência de direitos.

Este artigo discutirá as dinâmicas que rodeiam o trabalho dos trabalhadores domésticos, a desvalorização do trabalho do cuidado e os novos direitos trabalhistas dos trabalhadores domésticos. O artigo abordará ainda as mudanças na legislação de trabalhadoras domésticas de países da América do Sul e a conceito legal de trabalhadoras domésticas ou trabalho doméstico como trabalho não lucrativo nas leis dos respectivos países de maneira comparada à atual legislação brasileira.

2 A desvalorização do trabalho doméstico e do cuidado

Trabalhadoras domésticas são tradicionalmente desvalorizadas. O trabalho realizado por essas trabalhadoras, que são majoritariamente femininas, não é considerado uma capacidade, isto se dá, pois, o trabalho doméstico é considerado um dom inato às mulheres (Pinheiro et al. 2016). A exclusão das trabalhadoras domésticas dos códigos trabalhistas na América latina é consequência da visão do trabalho doméstico como um trabalho reprodutivo.

A divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social resultante das relações sociais de gênero (Kergoat e Hirata 2007). Suas

características são a alocação prioritária de homens para a esfera produtiva e mulheres para a esfera reprodutiva e, simultaneamente, a ocupação pelos homens das funções de maior valor social agregado. Nas próprias palavras de Hirata:

O destino das pessoas para as esferas ocorre através de um processo específico de legitimação, a ideologia naturalista, que resume o gênero ao sexo biológico e reduz as práticas sociais aos "papéis sociais" sexuais que se referem ao destino natural das espécies (Kergoat e Hirata 2007).

Em outras palavras, a teoria da divisão sexual do trabalho estrutura o mercado de trabalho por meio do gênero e tem dois princípios fundamentais: separação e hierarquia. O princípio da separação determina o que é "trabalho da mulher" e o que é "trabalho do homem". As mulheres são responsáveis pelo que é chamado de trabalho reprodutivo, o trabalho invisível é feito internamente, longe da esfera pública. Para os homens, o resto é chamado de trabalho produtivo - que é um trabalho remunerado feito na esfera pública. O princípio da hierarquia valoriza o trabalho considerado trabalho masculino mais do que o trabalho feminino; Portanto, o trabalho associado ao cuidado, gentileza e paciência é considerado um trabalho feminino e mais desvalorizado na sociedade, bem como o trabalho doméstico.(Kergoat e Hirata 2007)

No capitalismo pós-guerra, tem havido um número crescente de mulheres casadas que entram no mercado de trabalho. É comum as mulheres da sociedade contemporânea que tiveram que entrar no mercado de trabalho para garantir a sobrevivência de suas famílias.(Pateman, [s.d.]) No entanto, ainda hoje, o trabalho das mulheres nas famílias brasileiras é visto pela maioria da população como um "trabalho auxiliar", como um "auxílio à renda familiar", reforçando o caráter patriarcal do homem como provedor, cabeça da família.

A presença de mulheres no mercado de trabalho destaca a continuidade patriarcal entre a Divisão de Trabalho Sexual na família e a mesma

no local de trabalho. Em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística 2012) com o objetivo de apresentar um panorama das mulheres no mercado de trabalho em relação à situação dos homens, demonstrou-se que os locais onde as mulheres são as mais mal pagas, o status mais baixo e a diferença salarial entre homens e mulheres que ocupam as mesmas posições. A diferença salarial no Brasil chega a 30%, independentemente dos anos de estudos dedicados.

No entanto, fora da esfera produtiva, há uma imensidão de tarefas realizadas pelas mulheres de maneira invisível, gratuita ou mal remunerada. Este trabalho é feito não para eles, mas para outros, geralmente em nome do amor, "natureza" e "dever materno". Este trabalho reprodutivo é praticado exclusivamente por mulheres. Esse duplo trabalho e responsabilidade com a família, as crianças e os idosos estão se desdobrando nos danos à mulher na esfera pública, porque, em virtude da maior carga de trabalho, as mulheres não conseguem dedicar-se ao trabalho produtivo em da mesma maneira que os homens, e quando eles próprios não são responsáveis pelo serviço na esfera doméstica, esse trabalho geralmente é exercido por outra mulher.(Avila e Ferreira 2014)

Assim, segundo Avila, a divisão sexual do trabalho é um elemento estruturante das relações de gênero e se reproduz como uma realidade objetiva e subjetiva, marcada pelos conflitos que constituem sujeitos de uma realidade social em que as mulheres são tratadas pela ideologia dominante como "donas de casa", independentemente de sua inserção política ou trabalhista.(Avila e Ferreira 2014) Portanto, os mundos liberais "separados" da vida pública e privada estão de fato interconectados, conectados por uma estrutura patriarcal que responsabiliza as mulheres pela manutenção da casa e pelo desempenho das tarefas domésticas. A esfera da vida doméstica está no coração da sociedade civil e não separada dela.(Avila e Ferreira 2014)

Por esse motivo, no direito do trabalho, família e trabalho foram considerados duas esferas diferentes. Ocasionalmente, eles colidem quando

há questões sobre o emprego das mulheres.(Conaghan e Rittich 2005) Trabalho e família são esferas que apenas convergiram recentemente devido a problemas gerados por trabalhadores domésticos remunerados com responsabilidades de cuidar. Antes disso, eles eram entendidos como duas esferas autônomas, que servem diferentes funções sociais e necessidades humanas, completamente separadas.(Conaghan e Rittich 2005)

3 As mudanças legais nos direitos das trabalhadoras domésticas na América do Sul

3.1 A Convenção (nº 189) sobre as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos da OIT

A Convenção sobre as trabalhadoras e trabalhadores domésticas (a partir em diante será referida como “A Convenção”) da OIT foi aprovada em 2011 acompanhada de uma recomendação, durante a 100ª Conferência Internacional do Trabalho (CIT). A aprovação da Convenção foi resultado de um amplo processo de diálogo e negociação com os Estados membros da OIT durante a CIT 2010 e CIT 2011. A participação do Brasil no processo teve um papel de destaque. Além do escritório da OIT no Brasil, Secretarias e Ministérios do governo federal como a Secretaria de Políticas para as Mulheres e a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPPIR) desenvolveram iniciativas e participaram de reuniões internacionais preparatórias. A delegação do Brasil nas conferências também teve a participação de trabalhadoras domésticas que estiveram em Genebra na aprovação da Convenção.

A Convenção é o primeiro instrumento de reconhecimento dos trabalhos das trabalhadoras domésticas no mundo e o reconhecimento da sua importância para economia global. A Convenção tem como fim assegurar que as proteções fundamentais dada aos outros trabalhadores sejam estendidas às trabalhadoras domésticas. Diante disso, a Convenção dispõe de alguns direitos trabalhistas fundamentais como estabelecimento de idade

mínima para trabalho infantil doméstico, além de adoção de medidas com relação aos trabalhadores/as com menos de 18 anos. A Convenção ainda trata de proteção contra abusos, assédio e violência, condições de emprego equitativas e trabalho decente, jornada de trabalho, descanso semanais, férias, proteção à maternidade, liberdade para decidir moradia. Um dos direitos básicos assegurados a outros trabalhadores e que não é assegurado em vários países às empregadas domésticas é o estabelecimento de remuneração mínima, como o salário mínimo. Países como o Peru ainda tem modalidades de trabalhadoras domésticas na qual o salário mínimo dos trabalhadores em geral não se aplica às trabalhadoras domésticas.

Diferentemente do Brasil, onde trabalhadoras domésticas são de nacionalidade brasileira, em diversos países a mão-de-obra do trabalho doméstico é feita quase que exclusivamente por imigrantes de outros países. O isolamento e a alta dependência da trabalhadora ao seu empregador, tornam as trabalhadoras domésticas mais vulneráveis a violações de direitos, recorrentemente, são sujeitas a exploração, violência e discriminação.(International Labour Organization 2017) Alguns fatores que levam à estas situações incluem débito relacionado à migração, situação de status irregular no país de trabalho e confisco de documentos e passaporte. Outros riscos associados à trabalhadoras domésticas migrantes são, por exemplo, aumento no número de mulheres infectadas com vírus HIV, devido à abusos sexuais e dificuldade em acessar tratamento médico e o sistema de saúde (International Labour Organization 2017).

Diante deste cenário, a Convenção e a Recomendação trazem disposições sobre agências de emprego privadas, para proteger efetivamente as trabalhadoras domésticas contra práticas abusivas. A convenção sugere que legislações dos países passem a determinar as condições de funcionamento das agências, assegurem a existência de mecanismos adequados para queixas e a adoção de medidas e possibilidade de inspeção do trabalho.

A recepção da Convenção foi diferente em regiões do globo. Países do Golfo Pérsico (Emirados Árabes Unidos, Baréin, Arabia Saudita, Omán, Kuwait, Catar), por exemplo, expressaram apoio na votação final para

aprovação da Convenção, no entanto, há resistência dos governos desses países em ratificar a Convenção. (Kagan 2017) Até a data da publicação deste artigo, somente 29 países ratificaram a Convenção 189 sobre trabalho decente para trabalhadoras domésticas. De todo modo, a Convenção de n. 189 foi um importante marco de legitimação as demandas de igualdade de trabalho das trabalhadoras domésticas e fortalecimento das suas estratégias de ação em favor de um maior reconhecimento de direitos, gerando intensos debates sobre uma área há tempos cercada de invisibilidade. (Valiente 2016)



Figura 1

3.2 A reforma legal de cada país

Nos últimos 20 anos, países na América Latina, em especial na América do Sul, produziram transformações legais dos direitos laborais para o trabalho doméstico. Diversos fatores sociais e políticos convergiram para reformas trabalhistas que garantiram mais direitos às trabalhadoras domésticas. O crescimento da representação sindical das trabalhadoras domésticas, a hegemonia de um polo progressista em governos na região

contribuiu de maneira decisiva na inclusão das trabalhadoras domésticas na agenda política de inclusão social (Blofield 2012; Soto, 2015).

Entre 2003-2015, nove países na América do Sul reformaram suas legislações trabalhistas e avançaram no reconhecimento do trabalho doméstico. Em 2003, Bolívia e Peru foram os pioneiros, e promoveram suas reformas. Uruguai veio em seguida e reformou suas leis em 2006. Venezuela reformou todo o código trabalhista e passou a incluir trabalhadoras domésticas. A reforma do Brasil foi uma mudança na Constituição e posteriormente uma lei regulamentou os direitos. Alguns países atingiram a igualdade laboral entre trabalhadoras domésticas e trabalhadores em geral, como é o caso do Uruguai, Venezuela, Equador, Argentina e Brasil. Enquanto outros países ampliaram os direitos, mas ainda mantém desigualdade de direitos entre as duas classes laborais. Ao longo dessa seção iremos detalhar mais a reforma em alguns países.

a. *Argentina*

Em 2013, Argentina publicou o Regime Especial de Contrato de Trabalho para os Trabalhadores de Casas Particulares, Lei Nº 26.844, de 3 de abril 2013. Revogando assim um antigo decreto-lei de 1956 que regulava o contrato doméstico e tinha claros standards discriminatórios. A nova lei trouxe a igualdade de direitos laborais entre os trabalhadores. (Valiente 2016)

b. *Brasil*

Em 1941, foi publicada a primeira lei federal específica sobre trabalhadoras domésticas, o Decreto-lei n. 3078. Anteriormente, a regulamentação do contrato de trabalho doméstico era regido por leis estaduais e municipais no Brasil (Telles, 2011). O Decreto-Lei 3078/1941 conceituava os trabalhadores domésticos de maneira simples e disciplinava o aluguel de seus serviços. A lei definia empregados domésticos como

“todos aqueles que, de qualquer profissão ou mister, mediante remuneração, prestem serviços em residências particulares ou a benefício destas”.

A lei trouxe a obrigatoriedade do uso da carteira de trabalho e dispôs sobre as obrigações dos empregados e empregadores. Os empregadores tinham como deveres “a) tratar com urbanidade o empregado, respeitando-lhe à honra e a integridade física; b) pagar pontualmente os salários convenionados; c) assegurar ao empregado as condições higiênicas de alimentação e habitação quando tais utilidades lhe sejam devidas.” Enquanto os deveres do empregado eram prestar obediência ao empregador e família, tratar com polidez todos que utilizarem o serviço do empregado e responder pecuniariamente por danos causados por sua, incúria ou culpa exclusiva. No entanto, a sua efetiva vigência dependia de regulamentação. Esse fato jamais ocorreu, o que fez com que a categoria ficasse sem um respaldo jurídico de fato (Pinheiro, Gonzalez e Fontoura, 2012; Fraga, 2010).

Dois anos depois, em 1943, com o Decreto-Lei nº 5.452, surgiu a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no entanto, o artigo 7 determinou expressamente que os preceitos da CLT não se aplicam aos empregados domésticos. Finalmente, em 1972 foi publicada a Lei n. 5859 que dispunha sobre a profissão de empregado doméstico revocando o Decreto-lei 5452. A definição de empregado doméstico na nova lei incluía quem prover serviço contínuo, de finalidade não lucrativa, em local residencial. A lei tornou obrigatório a assinatura da carteira de trabalho, incluiu as trabalhadoras domésticas na previdência social e direito a férias anuais de vinte dias úteis.

As mudanças mais significativas quanto aos direitos dos trabalhadores domésticos foram introduzidas na CF/1988. Além dos elencados na legislação de 1972, foram assegurados ao emprego doméstico os seguintes direitos no parágrafo único do art. 7º do texto constitucional: i) salário mínimo; ii) irredutibilidade salarial; iii) décimo terceiro salário; iv) repouso semanal remunerado; v) férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais que o salário normal; vi) licença maternidade de 120 dias; vii) licença paternidade; viii) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço; e ix) aposentadoria. A partir da CF/1988, foi facultado o acesso

do empregado doméstico ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e foi garantido o benefício do seguro-desemprego no valor de um SM com limite de até três meses para trabalhadores domésticos dispensados sem justa causa (Lei no 10.208, de 23 de março de 2001).

Em 2013, o Congresso Brasileiro aprovou emenda constitucional, conhecida como PEC das domésticas, que garantiu os demais os direitos trabalhistas presentes na Constituição Federal aos trabalhadores domésticos. Através desta lei, os trabalhadores têm direito a indenização por despedimento sem justa causa, seguro-desemprego, remuneração de trabalho noturno, seguro contra acidentes de trabalho, proteção de salários, jornada diária de 8 horas e 44 horas semanais, horas extras, reconhecimento acordos e negociação coletiva, proibição de discriminação salarial, proibição de trabalho noturno, insalubre ou perigoso para menores de 16 anos, deficientes contra proibição de discriminação, conformidade com os padrões de higiene, saúde e segurança no trabalho.

No entanto, nem todas as mudanças propostas pela nova legislação se tornaram efetivas imediatamente. Coube ao Congresso aprovar uma Lei complementar que regulamentou as mudanças feitas na Constituição. A Lei Complementar No 150 foi aprovada dois anos após a emenda, em 1 de junho de 2015. A Lei complementar criou um sistema próprio para empregados domésticos, chamado *Simplex Doméstico*.

c. *Paraguai*

Paraguai ainda é um dos países que mantém diferenciação no tratamento dado pela lei às trabalhadoras domésticas e outros trabalhadores. Em 2015, Paraguai publicou a lei N° 5.407 do trabalho doméstico. A nova legislação inclui o pagamento de horas extras, limitação da jornada de trabalho, descanso diário e semanais, estabilidade no emprego, bônus de fim de ano, e inclusão no sistema de seguro social. A lei determinou uma jornada máxima de 8 horas por dia, e 44 semanais sendo igual à jornada de trabalho de lei de trabalho geral. No entanto, a lei também determina que

o salário da trabalhadora doméstica é equivalente a 60% do salário mínimo legal.

d. Uruguai

Uruguai é caso singular, pois o país não possui código de direito do trabalho. As leis trabalhistas estão espalhadas em leis específicas, no entanto, as trabalhadoras domésticas careciam de regulação específica e geralmente estavam excluídas das normas de trabalho. A exclusão das mesmas das leis trabalhistas deixava o setor sem direitos básicos e sem proteção legal (Valiente 2016). A lei Nº 18.065/2006 do Trabalho doméstico determinou a igualdade do trabalho doméstico perante a lei laboral.

A lei uruguaia garantiu limite de jornada de trabalho, descanso entre jornadas tanto para trabalhadoras que residem no local de trabalho e para que residem fora do local de trabalho. Determinou também que as trabalhadoras tenham direito a um descanso noturno mínimo de nove horas contínuas que não poderá ser interrompido pelo empregador, para aqueles que moram no domicílio do trabalho.

Outros direitos garantidos às trabalhadoras domésticas são: férias remuneradas, licença maternidade, direito a seguridade social, obrigação de contrato escrito formal. A lei Uruguaia é considerada inovadora nos processos de controle administrativo e inspeção das condições do trabalho doméstico (Valiente 2016).

3.4 Conceito de Empregada Doméstica nos Países

A doutrina trabalhista no Brasil considera o trabalho doméstico um trabalho que não gera lucro, “nem qualquer vantagem financeira com o trabalho realizado pelo [...] empregado” portanto, exigiria um tratamento diferenciado do Estado com o empregador doméstico em comparação à empresas no que concerne as obrigações trabalhistas. (Santos 2015) Na

mesma direção, destaca-se o relatório do Senador Romero Jucá na Comissão Mista do Congresso Nacional da Lei Complementar n. 150/2015

A proposição teve, ainda, o cuidado de respeitar as peculiaridades do trabalho doméstico e do empregador doméstico, a fim de evitar situações que ocasionassem manifesta injustiça social, levando a mais desemprego e informalidade no trabalho doméstico (Relator Romero Jucá, Comissão Mista do Congresso Nacional da Lei Complementar n. 150/2015).

Após a Emenda Constitucional n. 72/2013, coube a Comissão Mista do Congresso Nacional elaborar uma Lei Complementar que regulamentasse o trabalho doméstico e os direitos recém conquistados na emenda constitucional. Aprovado em 2015, a Lei Complementar n. 150 criou um sistema trabalhista específico para o trabalho doméstico. Coube a lei complementar a conceituação de “empregado doméstico”. A lei complementar considera empregado doméstico “aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de *finalidade não lucrativa à pessoa ou à família*, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei” (Art. 1, Lei Complementar n. 150/2015) (grifo nosso).

Países como Brasil, Venezuela, Argentina, Uruguai definem o trabalho doméstico como um trabalho que não gera lucro ao empregador. A ideia atribuída ao trabalho doméstico como trabalho sem lucro, contribui para o discurso do trabalho doméstico não ser “um trabalho de verdade”. A desvalorização do trabalho do cuidado é construída não somente pela falta de direitos, mas também, na conceptualização do trabalho doméstico ao longo dos anos. É negar também a contribuição fundamental do trabalho doméstico na economia mundial, contribuindo ainda mais para invisibilidade, discriminação e estigmatização.

A OIT deu um passo importante ao reconhecer o trabalho doméstico como um fenômeno global que perpetua hierarquias com base em raça, etnia, status indígena, casta e nacionalidade. Para a OIT, o “trabalho de assistência domiciliar - seja realizado por funcionários remunerados ou

por membros não remunerados da família, como parte de suas responsabilidades familiares e como um “ trabalho de amor ”- *é simplesmente indispensável para o funcionamento da economia fora da família*” (OIT Brasil, 2011).

País	Lei	Definição de Empregado(a) Doméstico(a)/ Trabalho Doméstico
Internacional Organização Internacional Trabalho	- Convenção sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos	Artigo 1 Para o propósito desta Convenção: (a) o termo “trabalho doméstico” designa o trabalho executado em ou para um domicílio ou domicílios; (b) o termo “trabalhadores domésticos” designa toda pessoa, do sexo feminino ou masculino, que realiza um trabalho doméstico no marco de uma relação de trabalho; (c) uma pessoa que executa o trabalho doméstico apenas ocasionalmente ou esporadicamente, sem que este trabalho seja uma ocupação profissional, não é considerada trabalhador doméstico.
Bolivia	Ley N° 2.450 De la Trabajadora del Hogar, del 9 de abril de 2003.	Artigo 1 O trabalho assalariado da casa é aquele que se presta às necessidades domésticas, continuamente, a um empregador ou família que vive sob o mesmo teto. São considerados neste setor aqueles que cozinham, limpam, lavanderia, limpam, creche, assistência e outros que estão incluídos na definição e são inerentes ao serviço do lar. Não é considerado trabalho assalariado da casa, aquele realizado no comércio e serviços locais, mesmo que sejam realizados em residências particulares.
Uruguay	Ley N° 18.065/2006 De Trabajo Doméstico, de 27 de noviembre de 2006.	Artigo 1º (Conceito) .- O trabalho doméstico é aquele que empresta, em relação à dependência, uma pessoa a outra ou a outras pessoas, ou a uma ou mais famílias, a fim de consagrar seus cuidados e trabalhar em casa, em tarefas relacionadas a isso, sem que essas tarefas possam representar um ganho econômico direto para o empregador.
Chile*	Ley N° 20.255 de 17 de marzo de 2008. Ley N° 20.255 de 17 de marzo de 2008. Ley N° 20.279 de 26 de junio de 2008. Ley N° 20.336 de 23 de marzo de 2009. Ley N° 20.786 de 19 de octubre de 2014	Trabalhador(a) em casa particular São as pessoas que se dedicam continuamente, a tempo inteiro ou a tempo parcial, ao serviço de uma ou mais pessoas singulares ou uma família, no seu próprio trabalho de limpeza e assistência inerente ao lar. O mesmo acontece com aqueles que realizam essas tarefas em instituições de caridade para fins de proteção ou assistência de motoristas domésticos e particulares.
Venezuela	Decreto con fuerza de ley N° 8.938, de 30 de abril de 2012, Ley Orgánica del Trabajo, los	Artigo 17. Seguridad Social Todo mundo tem direito à seguridade social como um serviço público sem fins lucrativos. Os trabalhadores, independentemente de serem ou não dependentes do empregador, gozarão desse direito e cumprirão os deveres da Previdência Social previstos nesta Lei. O trabalho doméstico é uma atividade econômica que cria valor

	Trabajadores y las Trabajadoras.	agregado e produz riqueza e bem-estar. As donas de casa têm direito à seguridade social, de acordo com a lei. Artigo 207. Direitos iguais Trabalhadores que prestam seus serviços em uma casa ou casa ou a uma pessoa específica por seus serviços pessoais ou familiares, como motoristas particulares, garçons, garçonetes, cozinheiros, cozinheiros, jardineiros, jardineiros, babás, babás, arruelas, arruelas, passarelas, passarelas e outras operações desta natureza serão regidas pelas disposições desta Lei para todos os fins.
Ecuador	Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, de 31 de julio de 2012	Sem Definição
Argentina	Ley Nº 26.844 Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, de 3 de abril 2013.	Artigo 1 - Âmbito de aplicação. A presente lei regerá em todo o território nacional as relações de trabalho que são estabelecidas com os empregados e empregadas pelo trabalho que eles fornecem em casas particulares ou no campo da vida familiar e que não importam para o lucro ou benefício econômico do empregador. direta, qualquer que seja a quantidade de horas diárias ou dias semanais em que estão ocupadas para esse trabalho. As seguintes modalidades de provisão são estabelecidas: a) Trabalhadores que realizam tarefas sem aposentadoria para o mesmo empregador e residem no endereço em que realizam; b) Trabalhadores que realizam tarefas de aposentadoria para o mesmo e único empregador; c) Trabalhadores que fornecem tarefas de aposentadoria para diferentes empregadores.
Brasil	Emenda Constitucional Nº 72, de 2 de abril de 2013. Lei Complementar Nº 150, de 1º de junho de 2015, Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico.	Art. 1 - Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.
Paraguai	Ley Nº 5.407 Del Trabajo Doméstico, de 12 de octubre de 2015.	Artigo 2 Definição. Será entendido como trabalho doméstico, para os fins desta Lei, a prestação subordinada, habitual, remunerada, com ou sem aposentadoria, de serviços que consistam na execução da limpeza, cozinha e outras tarefas inerentes a uma casa, residência ou sala privada Artigo 3 Sujeitos. As pessoas mencionadas no artigo 148 da Lei N.213 / 1993 "ESTABELECENDO O CÓDIGO DO TRABALHO", cujo texto é

transcrito abaixo e as leis modificativas serão consideradas empregadas domésticas.

"Trabalhadores domésticos são pessoas de um ou outro sexo que desempenham regularmente as tarefas de limpeza, assistência e outros serviços do interior de uma casa ou outro local de residência ou sala privada.

São considerados trabalhadores domésticos, entre outros: motoristas de serviços familiares; armas-chave; lavadoras e / ou passar roupas em casas particulares; cozinheiros da casa da família e seus ajudantes; jardineiros em relacionamento de dependência e ajudantes; cuidadores de doentes, idosos ou deficientes; e trabalhadores domésticos para várias atividades domésticas".

4 Valorização do trabalho de cuidado/reprodutivo como única

É a partir do reconhecimento do cuidado como ponto focal da vida que as profissões relacionadas ao cuidado serão valorizadas. Os trabalhadores domésticos cuja função primordial é o cuidado das crianças, da casa, dos animais são tradicionalmente desvalorizadas porque o trabalho realizado por essas mulheres é considerado uma incapacidade, porque a maioria das mulheres é considerada capaz de fazer o trabalho, e as habilidades que são ensinadas por outras mulheres em casa são consideradas inatas.

No entanto, esse trabalho das mulheres de graça ou mal remunerado tem sido um pilar fundamental da economia mundial. Por exemplo, na Austrália, estima-se que o valor monetário dos cuidados não pagos tenha sido estimado entre 10 e 50 % do Produto Interno Bruto (PIB). Infelizmente, não temos dados sobre isso no Brasil.

A valorização do cuidado e do trabalho doméstico também é necessária para a redistribuição entre os sexos. A carga de cuidados na vida das mulheres ocupa um tempo desproporcional em suas vidas, afetando a saúde e a educação de meninas e mulheres, e tem um impacto profundo na participação política das mulheres.

O aumento da participação das mulheres na força de trabalho, a intensificação do trabalho e a ausência de políticas sociais fortes que permitam equilibrar a vida profissional e familiar, garantem a importância

contínua e o aumento da demanda por trabalhadoras domésticas nos países mais desenvolvidos e economias em desenvolvimento (ILO 2012). A realidade é que o trabalho doméstico ainda é considerado exclusivamente feminino. O trabalho diário não é visto como trabalho familiar, mas como trabalho feminino. As consequências do aumento da participação da força de trabalho feminina sem redistribuição do trabalho do cuidado não remunerada geram turnos duplo ou triplo para as mulheres. O resultado é que as mulheres que lutam para combinar trabalho não remunerado com trabalho remunerado frequentemente assumem trabalho inseguro, em meio período e mal remunerado; e mulheres cada vez mais responsáveis por obter renda sem uma redução semelhante no trabalho de cuidado não remunerado (International Women's Development Agency, 2016).

Os desafios para o futuro são como sociedades lidarão com os efeitos sociais das mudanças legais. É preciso reconhecer e valorizar o cuidado; reduzir a carga de cuidados não pagos às mulheres; e redistribuir o trabalho do cuidado de maneira mais igual entre os gêneros e o Estado.

5 Referências

- Avila, Maria Betânia, e Verônica Ferreira, orgs. 2014. *Trabalho remunerado e trabalho doméstico no cotidiano das mulheres*. 1ª. Recife: Instituto Patricia Galvão. http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2014/07/livro_trabalho_versaoonline.pdf.
- Blofield, Merike. 2012. *Care Work and Class: Domestic Workers' Struggle for Equal Rights in Latin America*. Penn State Press.
- Chaney, Elsa. 1991. *Muchachas No More: Household Workers in Latin America and the Caribbean*. Temple University Press.
- Conaghan, Joanne, e Kerry Rittich, orgs. 2005. *Labour law, work, and family: critical and comparative perspectives*. Oxford ; New York: Oxford University Press.
- Duffy, Mignon. 2011. *Making care count: a century of gender, race, and paid care work*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press.

- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2012. “Pesquisa Mensal de Emprego - Mulher no Mercado de Trabalho: perguntas e respostas”. Pesquisa Mensal de Emprego. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. https://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf.
- ILO. 2012. *Effective Protection for Domestic Workers: A Guide to Designing Labour Laws*. http://www.ilo.org/travail/areasofwork/domestic-workers/WCMS_173365/lang--en/index.htm.
- International Labour Organization. 2017. “Implementation of International Labour Standards for Domestic Workers”. *What Works Research Brief* 9 (agosto): 1.
- International Women’s Development Agency. 2016. “Global Goals and Unpaid Care”. <https://www.iwda.org.au/assets/files/20160308-Womens-rights-organisations-and-Global-Goals-Policy-Brief.pdf>.
- Kagan, Sophia. 2017. “Domestic Workers and Employers in the Arab States: Promising Practices and Innovative Models for a Productive Working Relationship”. ILO White Paper. Beirut: International Labour Organization. http://www.ilo.org/beirut/publications/WCMS_619661/lang--en/index.htm.
- Kergoat, Danièle, e Helena Hirata. 2007. “Novas configurações da divisão sexual do trabalho”. *Cadernos de Pesquisa* 37 (132): 595.
- OIT Brasil. 2011. *Convenção e Recomendação sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos*. Organização Internacional do Trabalho (Escritório Brasil). http://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS_169517/lang--en/index.htm.
- Pateman, Ca. [s.d.]. “Críticas feministas à dicotomia público/privado. In: MIGUEL, L. F. (Org.); BIROLI, F. (Org.). 11. ed. Vinhedo e Niterói: Horizonte e Editora da Universidade Federal Fluminense, 2013. v. 1. 376p .” In *Teoria política feminista: textos centrais*.
- Pinheiro, Luana Simões, Antonio Teixeira Lima Junior, Natália de Oliveira Fontoura, e Rosane da Silva. 2016. “Mulheres e trabalho: breve análise do período 2004-2014”. Institute of Applied Economic Research - IPEA. <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6524>.

Pinheiro, L.; Gonzalez, R.; Fontoura, N. Expansão dos direitos das trabalhadoras domésticas no Brasil. Brasília: Ipea, ago. 2012. (Nota Técnica, n. 10).

Santos, Aloysio. 2015. *Manual de Contrato de Trabalho Domestico*. Método. Telles, Lorena Feres da Silva. 2011. “Libertas Entre Sobrados: Contratos de Trabalho Doméstico em São Paulo na Derrocada da Escravidão [Free Between Townhouses: Contracts of Domestic Work in São Paulo in the Collapse of Slavery]”. Unpublished Masters dissertation, São Paulo: Universidade de São Paulo.

Valiente, Hugo. 2016. “Las leyes sobre trabajo doméstico remunerado en América Latina”. Asunción, Paraguay: Centro de Documentación y Estudios (CDE); ONU Mulheres.

Os desafios distributivos do sistema único de saúde à luz das teorias da justiça

*João Daniel Daibes Resque*¹

*Ricardo Araújo Dib Taxi*²

Introdução

Um dos temas mais inquietantes da filosofia moral e política do último século diz respeito a questão da distribuição justa dos recursos considerados escassos. Resolver o grande dilema sobre *o que é devido a quem e em que quantidade* cada um é merecedor³ dos recursos disponíveis tem ocupado um grande espaço das teorias contemporâneas de justiça. Entre as alegorias mais famosas utilizadas para ilustrar o dilema moral que enfrentam especialmente os profissionais da saúde, mas, de uma certa forma, também os governos, os filósofos costumam descrever a seguinte situação hipotética:

Imaginem que uma pessoa em situação de rua adentre em uma sala de emergência de um hospital. Suponha que, após fazer um rápido *checkup*, e ser tratado de um simples resfriado, este paciente seja considerado

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará (UFPA).

³ Quando dizemos “merecer” utilizo a expressão no sentido de “necessitar”, pois como abordarei mais adiante, me parece ser esse o sentido moderno de justiça distributiva (distribuir de acordo com as necessidades) e reflete melhor a virada que essa temática teve de Aristóteles (defensor da distribuição segundo uma noção de mérito) à John Rawls (defensor de uma distribuição de acordo com as necessidades). Para uma leitura mais detida sobre a evolução dos sentidos da justiça distributiva, vide: FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins fontes, 2006.

completamente curado e saudável para deixar o hospital. Goza de plena saúde. Agora imagine que o hospital tenha outros cinco pacientes na fila do transplante de órgãos: dois precisam de um rim, outros dois precisam de um pulmão, e um último que necessita de um coração. Imagine ainda que, pelas informações adquiridas através do *checkup*, os médicos saibam que os órgãos daquele indivíduo em situação de rua são completamente compatíveis com os sistemas imunológicos dos outros cinco pacientes que necessitam do transplante. Digamos ainda que, ao menos que esses cinco pacientes recebam urgentemente o órgão que precisam, provavelmente terão poucas horas de vida. Não há tempo sequer para aguardar a fila da lista de transplante de órgãos.

Nessa situação, o médico responsável pelo atendimento daquele primeiro paciente, que chegou apenas para se tratar de um resfriado, poderia muito bem calcular as chances de salvar cinco vidas, ao custo de uma. Ou, por outro lado, acreditar que qualquer cálculo que envolva o sacrifício de uma única vida, não justifique moralmente salvar outras cinco⁴.

Embora este caso seja de difícil solução (até porque comporta bem mais de uma única solução), e geralmente envolva uma série de variáveis que possam surgir da imaginação humana, ele reflete bem o dilema político (e moral) distributivo que o Estado enfrenta. Com um pouco mais de imaginação poderíamos dizer que os pacientes representam a população, o médico representa o governo, e os órgãos representam os recursos a serem alocados. Como podem observar estes recursos são escassos⁵.

Da mesma forma como o caso do paciente na sala de emergência, o Estado encontra-se diante de um problema distributivo semelhante: gerir os recursos escassos da saúde, de forma que possam atender a todos os

⁴ No caso hipotético narrado, o fato do paciente saudável ser um morador de rua serve como recurso de ênfase aos possíveis cálculos utilitários que um médico integrante de uma sociedade marcada pelas desigualdades sociais e fundada na crença acrílica da meritocracia irá realizar. A vulnerabilidade e a precariedade na qual o sujeito em situação de rua se encontra, o distancia do reconhecimento de igual humanidade e dignidade que a sociedade normalmente atribui aos demais cidadãos.

⁵ E permaneceremos pressupondo, conforme acreditamos que sejam evidências globais, que os recursos referentes a saúde, tais como medicamentos, equipamentos, hospitais, leitos e todo o resto, sejam, de fato, inafastavelmente escassos.

indivíduos, de maneira suficientemente bem⁶. Nessa afirmação gostaríamos de destacar duas questões. A primeira, que afirma que é necessário atender a todos os indivíduos. E a segunda, que afirma ser necessário também que o atendimento seja suficientemente bom. Sobre essas duas afirmações, podem ser levantadas uma série de questões que dizem respeito desde a concepção de igualdade considerada (primeira questão), até o conceito de saúde e dignidade humana adotados (segunda questão). Para nenhuma dessas duas questões parecem existir respostas fáceis, e essas são apenas algumas das perguntas que enfrentaremos aqui.

Nesse sentido, nossa missão é de explorar os princípios fundantes e diretrizes estruturantes do Sistema Único de Saúde - SUS e tentar descobrir a concepção de justiça que parece fundamentar o artigo 196 da Constituição Federal do Brasil (direito à saúde⁷). São princípios do SUS: universalidade, equidade e integralidade da atenção à saúde. Estes três primeiros princípios correspondem, respectivamente, a perguntas que dizem respeito a: (i) “quem deve ter acesso a serviços de saúde?”; (ii) “em que medida esses serviços devem ser concedidos a cada um?”; e (iii) “quais serviços devem ser disponibilizados para atender as necessidades dos indivíduos”.

Por sua vez, são diretrizes organizadoras do SUS a: descentralização, regionalização, hierarquização e participação social. Essas diretrizes correspondem a forma de organização dos serviços de saúde, no âmbito organizacional-administrativo e regional. Contudo, o fato de se evidenciar a distributividade regional e administrativa desses recursos, não importa necessariamente dizer que a saúde possa ser manejada tendo como foco prioritário apenas as demandas coletivas. Continuamos a considerar que, em alguma medida, esses serviços têm como destinatário os indivíduos, e,

⁶ Estamos tomando como pressuposto, também, o fato de que o constitucionalismo social contemporâneo inclui o direito universal à saúde como um de seus principais pilares de cidadania.

⁷ Artigo 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

portanto, podem ser inseridos naquilo que se costuma denominar de “direito subjetivo”. Ainda assim, a três primeiras diretrizes, ao elegerem como foco a observação das coletividades regionais, facilita a identificação de padrões de qualidade da saúde para indivíduos que se encontram situados em determinadas regiões de risco e, portanto, dizem respeito a questões atinentes a alocação e administração de recursos para populações, considerando as particularidades dos aglomerados demográficos que habitam cada região.

Por fim, a última diretriz, que prevê a participação popular na tomada de decisões referentes a política nacional de saúde, buscar situar o cidadão no centro da deliberação sobre todas as questões formuladas anteriormente. Cabem aos indivíduos responder, levando em consideração toda uma série de circunstâncias orçamentárias, técnicas, regionais, políticas e morais, todas as questões apresentadas antes, oferecendo respostas para problemas tais como: “podemos/devemos/temos que negar serviços de saúde à alguém?”; “quem podemos/devemos/temos que sacrificar?”; “quanto de recursos estamos dispostos a investir na saúde pública?”; e “quanto de recursos próprios estamos dispostos a investir na nossa própria saúde?”; entre outras questões.

Trataremos desses princípios e diretrizes individualmente mais adiante. Como ficará claro ao longo do texto, cremos que o chamado igualitarismo deontológico⁸, concepção de justiça defendida por autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Amartya Sen (filósofos que fazem parte da tradição liberal igualitária) e Derek Parfit (autor que defende uma visão de justiça que podemos denominar de “*prioritarismo*”), apreseta-se como um marco teórico adequado para dar racionalidade ao Sistema Único de Saúde.

Esses autores comungam de algumas percepções, tais como a crítica ao utilitarismo e ao *welferismo*, porém divergem especialmente sobre quais predicados devem ser igualados entre os indivíduos, entre outras

⁸ Termo cunhado por Derek Parfit para agrupar o conjunto de pensadores que atribuem à igualdade um valor intrínseco e moral.

questões periféricas que teremos oportunidade de abordar. De toda forma, tratam-se de teóricos que pertencem a um tronco comum de pensamento. Ainda assim, podemos destacar que os três primeiros (Rawls, Sen e Dworkin) compartilham de algumas perspectivas que estão mais bem alinhadas, razão pela qual os classificamos como liberais igualitários (apesar da diferença das abordagens e do foco da igualdade que cada um possui). Por essa razão, acreditamos que é fundamental começar por uma breve exposição sobre os traços comuns e gerais da concepção liberal igualitária, situando as razões pela qual corresponde a uma teoria moral deontológica, colocando em contraste com outras teorias, tanto do campo deontológico, como de razões teleológicas.

2 Teorias deontológicas de justiça e o liberalismo igualitário

Para explicar como se desenvolve o pensamento liberal igualitário em contraste com outras duas concepções de justiça, recorreremos mais uma vez ao dilema da sala de emergência apresentado anteriormente. Lembrem-se que, dentre as diversas respostas possíveis, duas delas consistem em: (i) sacrificar o paciente saudável, para salvar os outros cinco; (ii) ou ainda, deixar que as coisas tomem o seu rumo natural (assumindo o risco de morte iminente daqueles cinco pacientes doentes), poupando a vida daquele único paciente saudável.

Se você, refletindo sobre o dilema enfrentado pelo médico, se inclinou a responder à pergunta a partir da primeira decisão, e fez isso com base no cálculo de que “mais valem cinco vidas do que uma”, seu argumento é consequencialista⁹, e pode muito bem fundamentar determinadas concepções de justiça distributiva que são comumente empregadas no dia a dia de uma gestão sobre situações deste tipo. Nos referimos, por exemplo, ao *utilitarismo*, o qual abordaremos com um pouco mais de detalhes adiante.

⁹ Como argumento consequencialista, considero aqueles que proponham uma prevalência da concepção de bem sobre a de justiça. Quero dizer, que submetam o que é justo àquilo que a sociedade julga como bom. Tudo será justo se realizar aquilo que a sociedade (a maioria) elegeu como sua concepção de bem. Esses argumentos geralmente são colocados no senso comum sob a clássica máxima de que “os fins justificam os meios”.

Mas se, ao contrário disso, sua resposta é de que não há cálculo algum que justifique trocar a vida de uma única pessoa pelas de outras cinco, que, por questões de arbitrariedade da vida (como a má sorte, por exemplo) encontram acometidas de doença, seu argumento pode ser compreendido como deontológico¹⁰, e por consequência fundamenta concepções de justiça distributiva de tradição liberal, como o liberalismo igualitário ou o *libertarianismo*.

Esses dois tipos de argumentos diferentes, que possuem fundamentações de matizes tão antagônicos, servem também para justificar diferentes formas de alocação de recursos. Formas essas que podem dar mais ênfase na satisfação coletiva, ou na satisfação individual das necessidades.

Começemos pelo *utilitarismo* – e aqui vamos nos permitir não fazer uma exposição tão exaustiva de todas as possibilidades de concepções teóricas que adotem o princípio da *utilidade* como norte¹¹. Nos concentraremos apenas na forma mais conhecida, e provavelmente a mais vulnerável, que foi alvo das principais críticas dos filósofos liberais igualitários. Assim John Rawls (2008, p. 27) acredita que para o *utilitarismo*:

(...) a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem.

Em outras palavras, na visão utilitarista, há um bem supremo desejado pelos indivíduos, o qual pode ser descrito como a felicidade (ou a satisfação dos desejos) e, em última instância, este bem é também atribuído ao desejo coletivo da sociedade. Dessa forma, se é correto afirmar que o indivíduo, isoladamente considerado, julga o que é correto para sua vida,

¹⁰ Ao contrário da defesa consequencialista, um argumento deontológico baseia-se na antecedência da concepção de justiça sobre a concepção de bem. Em outras palavras, são argumentos que se baseiam em imperativos morais que devem ser tomados independentemente de suas consequências. Isso por julgar que certas virtudes são intrinsecamente valiosas e, portanto, independentemente dos resultados que podem advir da escolha, devem ser cultivadas e preservadas.

¹¹ Quero dizer que existem diversas variações possíveis de teorias utilitaristas.

conforme as ponderações e cálculos sobre a satisfação de seus desejos e as dores e perdas que sofrerá em contrapartida, assim também deveria agir a sociedade. Se os indivíduos fazem sacrifícios pessoais em determinados momentos, pensando em um saldo maior de satisfação de seus desejos em um momento posterior, assim também deveria agir a sociedade (RAWLS, 2008, p. 28). Logo, baseado no princípio da utilidade¹², a sociedade, assim como o indivíduo, deve sempre agir em busca da máxima satisfação do bem-estar.

De maneira prática, podemos elucidar essa visão teórica a partir do exemplo utilizado por José Claudio Monteiro de Brito Filho (2014, p. 177), ao explicar que age de maneira utilitária um governo que:

(...) afirma, normalmente de forma triunfante, que a medida que vai adotar possibilitará, por exemplo, que 90% das crianças tenham educação básica. Aparentemente tem-se aqui uma boa medida, pois a maioria das crianças será alfabetizada. O problema é que, na verdade, o que se está a dizer é que, por causa da medida adotada para cumprir uma obrigação essencial do Estado, 10% de todas as crianças serão excluídas do direito de ter educação formal, normalmente as mais necessitadas.

Isso significa dizer, em outras palavras, que a sociedade está disposta a sacrificar parcela da população para que um saldo maior de satisfação possa ser alcançado pela maioria. Nesse sentido, o utilitarismo passa a ter uma concepção coletiva/majoritária, e acima de tudo elitista, do que deve ser distribuído aos indivíduos.

Essa concepção demonstra ser frontalmente oposta a uma ideia de direitos fundamentais universais baseados em atributos intrinsecamente valiosos, como a dignidade. A crítica a essa lógica utilitarista demonstra-se contundente na afirmação de Rawls (2008, p. 4):

¹² Segundo esclarece Jeremy Bentham, um dos maiores expoentes da corrente utilitarista: “Entendemos o princípio segundo o qual toda ação, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função de sua tendência de aumentar ou reduzir o bem-estar das partes afetadas pela ação. (...) Designamos por utilidade a tendência de alguma coisa em alcançar o bem-estar, o bem, o belo, a felicidade, as vantagens, etc”. (*Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 15.)

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos.

Observa-se da afirmação de Rawls que a dignidade de nenhum indivíduo pode ser violada em benefício da realização da felicidade da maioria dos demais. A ideia extraída dessa afirmação, aliada a toda construção teórica da “justiça como equidade”¹³, a qual não cabe agora aqui detalhar, nos parece ser totalmente compatível com o modelo constitucional brasileiro vigente, que estabelece a saúde como um direito fundamental universal, portanto, independente da concepção majoritária de bem da sociedade brasileira.

Assim, a preocupação com os direitos e as liberdades individuais iguais, se demonstra na medida em que Rawls busca justificar porque a justiça adquire primazia sobre qualquer cálculo ou jogo de interesses que sonegue a atribuição desses valores a todos os indivíduos em nome de um saldo maior dos interesses de alguns outros. Ao contrário dos utilitaristas, Rawls não ignora as aspirações individuais que pessoas distintas costumam ter, e por essa razão desacredita que um único bem supremo possa conduzir de forma uniforme a vida em sociedade.

A ideia *rawlsiana* de que todos os indivíduos são intrinsecamente iguais, e que, portanto, os encargos e benefícios da cooperação social devem ser distribuídos de maneira equitativa entre todos, segundo princípios de justiça que levem em consideração essa igualdade moral¹⁴, funda o que Roberto Gargarella (2008) denomina de “liberalismo igualitário”.

¹³ Justiça como equidade é o nome atribuído pelo próprio Rawls à sua concepção ideal de justiça. Uma concepção de justiça que, ao contrário do utilitarismo, respeite a pluralidade de concepções de bem e leve a sério a diferença entre os indivíduos.

¹⁴ Rawls elabora um experimento mental, descrevendo uma situação hipotética em que os indivíduos de uma dada sociedade devam escolher princípios de justiça que se apliquem posteriormente à estrutura básica da sociedade. Nessas condições imaginárias, os indivíduos escolheriam dois princípios, que sinteticamente são descritos pelo autor da seguinte maneira: “Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito – devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos”.

A partir dessa visão teórica¹⁵, conforme nos explica Samuel Fleischacker (2006, p. 12), a temática da justiça distributiva passa a se erguer de acordo com seguintes premissas básicas:

1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem;
2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem;
3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares;
4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e
5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.

Notem que o verbo “merecer” assume outro valor semântico, pois está relacionado, pelo contexto, com o ideal liberal igualitário de que “alguma distribuição de bens é devida a todos os seres humanos, em virtude apenas de serem humanos” (FLEISCHACKER, 2006, p. 12) e, portanto, dotados de dignidade. Logo, não está relacionada a nenhuma concepção moral de mérito. Em segundo, lugar, gostaria de chamar atenção também para o uso insistente, especialmente nas premissas 1, 2 e 3, do termo indivíduo. De acordo com a ideia contida nestas premissas reunidas, a noção de direitos fundamentais, que é derivada desse atributo inerente a todos (o qual identifico genericamente como dignidade), deve ser atribuída em caráter individual. Por fim, a partir do que se constata na quinta premissa, fica evidente que a satisfação individual desses direitos é atribuição também, e especialmente, do Estado.

Essa última observação se faz importante para justificar o por quê da última concepção teórica de justiça que citamos, o *libertarianismo*, não ser

¹⁵ Partilhada e continuada, em grande medida, por outros filósofos como Ronald Dworkin e Amartya Sen.

capaz de fundamentar a norma constitucional que prevê o direito universal à saúde. Isso se deve ao simples fato de que *libertarismo*, especialmente o de Robert Nozick, não acredita que o estado deva interferir na distribuição dos bens sociais, como o direito a saúde, mas tão somente garantir a ampla liberdade de mercado para que este sim atue distribuindo os recursos disponíveis segundo suas próprias regras. Trata-se, portanto, de uma concepção que advoga a ideia de um Estado mínimo “limitado às funções estritas da proteção contra a violência, roubo, fraude, execução de contratos” (NOZICK, 2009, p. 21)¹⁶. Numa linha parecida com a de Nozick, poderíamos citar também o austríaco Friedrich Hayek.

Os libertários, na descrição de Will Kymlicka (2006, p. 119), “defendem as liberdades de mercado e exigem limitações ao uso do Estado para a política social”. Dessa forma, provavelmente os libertários não apoiariam um sistema de saúde pública universal que se mantém a base de tributos compulsórios e proporcionais a capacidade contributiva de cada indivíduo, tais como defendem os liberais igualitários, como Rawls. Para o autor, os indivíduos não são merecedores de certas qualidades moralmente arbitrárias, como a sorte e os talentos, ou a deficiência e a falta de saúde. Essa noção também se encontra presente em Dworkin, ao tratar do esquema de seguros. Retornaremos a este argumento quando formos abordar os aspectos relacionados aos demais princípios e diretrizes. Por ora, cabe apenas destacar que, para os libertários, a saúde provavelmente só poderia ser defendida em termos de um mérito próprio, baseado unicamente na responsabilidade individual de cada um e na própria sorte. Se torna incompreensível para os libertários a defesa de um sistema público e universal de saúde, na medida em que este só pode existir sob a intervenção do Estado, medida não apoiada e até mesmo rejeitada por eles.

Diante dessas três compreensões teórico filosóficas de justiça, nos parece claro afirmar que apenas o liberalismo igualitário responderia que, a

¹⁶ Diz ainda Nozick (2009, p. 21) que: “o estado mínimo, além de correto, é inspirador; duas implicações dignas de nota são a de que o estado não pode usar os seus instrumentos coercitivos com o objetivo de obrigar alguns cidadãos a ajudar outros, ou de proibir determinadas atividades às pessoas para o próprio bem ou proteção delas”.

despeito da comparação do dilema da sala de emergência com a gestão da saúde por parte de um governo, a alocação de recursos deve ser feita de maneira igualitária, ou seja, **universal**, levando em consideração a dignidade dotada em cada indivíduo. Essa concepção teórica é a que nos parece melhor justificar a norma fundamental do direito à saúde¹⁷. Por essa razão, cremos que o liberalismo igualitário responde bem à pergunta sobre “quem deve ter acesso aos serviços públicos de saúde?”, com um sonoro: “Todos os indivíduos!”, que é, em outras palavras, a expressão mais clara da máxima universalista.

Mas então surge outra indagação. Se respondemos que todos possuem direito à saúde, e reconhecemos que este é um recurso escasso, devemos nos preocupar em responder “em que medida esses serviços devem ser concedidos a cada um?”. Aqui, devemos considerar que os indivíduos não possuem exatamente a mesma demanda, o que para complicar a questão significa dizer que dependem dos serviços de saúde em quantidades distintas. É inegável que os indivíduos possuem demandas distintas, e que podem possuir os mais variados padrões de saúde ou graus diferentes de patologias. Assim, ao mesmo tempo em que um tratamento médico contra uma simples amigdalite pode custar pouco aos cofres públicos, a realização de uma cirurgia no coração, com a inserção de equipamentos de ponta para manutenção de uma vida, pode demandar centenas de milhares de reais.

Diante dessas circunstâncias, devemos tratar os indivíduos igualmente de acordo com suas peculiaridades e, portanto, oferecer o tratamento ideal para cada um, independentemente de quanto eles custem para a sociedade? Em outras palavras, como justificar que a sociedade arque com os custos de um tratamento médico que extrapola sobremaneira a média de gastos com saúde da maioria da população?

¹⁷ Acredito também que outras correntes filosóficas, como o *comunitarismo*, teriam boas razões para defender direitos sociais universais, como o direito à saúde. Ocorre que, da mesma forma como o *utilitarismo*, pode ser considerado com uma concepção teleológica, justificando a subordinação do justo ao bem, a partir da ideia de que não existe um valor intrínseco da justiça, e que são os valores e tradições de cada comunidade que devem determinar o justo. Penso que, por defender a prevalência de valores locais, o *comunitarismo* não oferecia segurança suficiente para defender direitos sociais universais, muito embora não descarte que fosse possível.

3 Universal e absoluto? a divergência dentro do liberalismo igualitário

Creemos que o liberalismo igualitário também oferece uma resposta a essas questões, embora de maneira não uníssona, como no problema anterior, de fundamentação da universalidade. Da mesma forma como para o universalismo, aqui também podemos retornar ao exemplo da sala de cirurgia e colocar em perspectiva a conduta que seria adotada por alguém que compartilhasse de uma visão ética teleológica. Ou seja, ao reconhecer que os recursos são escassos, um utilitarista poderia muito bem defender que se salvassem o maior número possível de vidas com os recursos que poderiam ser empregados para salvar uma única vida. O cálculo aritmético funciona mais ou menos assim: se um tratamento de tuberculose custa aos cofres públicos (com consultas, medicamentos e acompanhamento) apenas R\$ 1.000,00 ao passo que 30% da população enfrenta este problema, nada justifica que eu empregue os recursos que poderiam conferir bem-estar a essa parcela da população para salvar outra, menor, correspondente apenas a 0,1%, que sofre de uma síndrome rara e cujos medicamentos ultrapassam o custo mensal de \$ 2,000,000 por mês por cada indivíduo.

Um liberal igualitário, como Rawls, que reconhece que nenhuma espécie de cálculo que produza um saldo agregado de satisfação superior, possa justificar o sacrifício de uma vida (ou de um plano de vida) não poderia endossar outra resposta que não a de que a saúde (ou melhor, os serviços de saúde) deve ser um bem fundamental que, além de estar disponível a todos, deve também estar disponível na medida de suas necessidades, conforme vimos com as premissas de Fleischacker a respeito da visão contemporânea de justiça distributiva. Realmente Rawls não situou direitos sociais, tais como saúde ou previdência, literalmente no rol de bens primários. Talvez sua teoria da justiça não alcance esses direitos (mas apenas os assim chamados direitos de liberdade). O fato é que se

aplicarmos mesma construção que expusemos anteriormente, dificilmente chegaríamos a outro resultado que não considerar que a saúde seja distribuída de maneira absoluta, a partir da seguinte construção lógica: (1) sendo a saúde um bem básico para que os indivíduos realizem quaisquer planos de vida que venham a traçar¹⁸; (2) o acesso a esse bem, portanto, deve ser distribuído igualmente a todos, pela atuação dos princípios de justiça na estrutura básica da sociedade.

Ocorre que, diferentemente de Rawls, outro autor liberal igualitário, enfrentou especificamente o problema em tela. Dworkin se propôs a responder, entre outras questões de nossos dias, como sua teoria da igualdade de recursos se aplicaria a distribuição dos recursos investidos na saúde. E a resposta elaborada por Dworkin¹⁹ é bem diferente daquela suposição que acabamos de apontar como se fosse a interpretação correta da teoria *rawlsiana*.

Embora Dworkin e Rawls compartilhem do mesmo enfoque *recursista*, e preocupem-se em apresentar uma teoria da justiça que reconhece a arbitrariedade moral de certas circunstâncias que estão além da vontade dos indivíduos, e que geram déficits na conversão dos bens/recursos em bem-estar, Dworkin oferece uma resposta para o problema da saúde que pode, em certa medida, ser equiparada a visão utilitarista. Faça essa observação com a ressalva de que o argumento de Dworkin não é equivalente ao argumento que um utilitarista utilizaria (embora o autor não deixe isso claro no texto), mas ambos atingem o mesmo resultado, qual seja, o de negar a determinadas pessoas, afetadas por certas enfermidades que demandam uma quantidade exacerbada de recursos que eles devam ter acesso a tratamentos médicos gratuitos, pagos pelo restante da sociedade.

¹⁸ Conforme adverte Amartya Sen (2010. p. 76): “(...) a saúde está entre as mais importantes condições da vida humana e é um constituinte criticamente significativo das capacidades humanas que temos razões para valorizar. Qualquer concepção de justiça social que aceite a necessidade de uma distribuição equitativa e também de uma exploração eficiente das capacidades humanas, não pode ignorar o papel da saúde na vida humana e as oportunidades das pessoas obterem uma vida saudável, sem doenças e sofrimentos evitáveis e mortalidade prematura. Equidade na realização e na distribuição da saúde, portanto, está incorporada e embutida em uma ampla noção de justiça”.

¹⁹ Cf. *A virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Caps. 8 e 9.

Dworkin cria uma espécie de seguro que pode ser adquirido junto com o pacote inicial de recursos fundamentais com os quais a pessoa inicia sua jornada em busca do plano de vida traçado. Se algo der errado no meio do caminho, o seguro serve para cobrir os prejuízos, recompor as perdas, e reposicionar a pessoa com o mínimo necessário para que volte a perseguir suas metas. Ocorre que, assim como qualquer outro recurso disponível na ilha hipotética criada por Dworkin, os seguros também estarão sujeitos ao mercado de preços e valores.

Logo, se muitas pessoas pagam pelo seguro e a utilizam, seus custos serão bastante elevados. Assim, em vez de apelar para cálculos sobre saldos médios de felicidade entre as pessoas, como fariam os utilitaristas, Dworkin nos convida para fazer uso de nossa racionalidade e nos imaginarmos em outra situação hipotética: na posição de um participante do leilão que não sabe se possui, de antemão, alguma doença grave, mas em compensação é um indivíduo suficientemente informado dos riscos que suas escolhas podem impactar em sua saúde. Com isso, Dworkin evita, assim como Rawls com seu véu da ignorância, que o participante do leilão tenha conhecimento de circunstâncias que o fariam adquirir seguros médicos na máxima medida que suas fichas (conchas) permitissem, e ao mesmo tempo lhe mune de informações suficientes para que não opte por não se precaver, deixando de adquirir algum seguro.

Nessas circunstâncias, portanto, o indivíduo da situação hipotética de Dworkin escolheria adquirir o seguro, mas sem, contudo, investir todas as suas fichas nisso. É que, como ressalta o filósofo, é razoável que pessoas saudáveis, porém conscientes dos riscos de saúde contemporâneos, adquiram um seguro médico, e ao mesmo tempo invistam suas fichas também em outros recursos fundamentais, tais como moradia, educação, lazer, segurança contra outras intempéries, e assim por diante. Diante desse cenário, se não é razoável que um indivíduo invista todas as suas fichas na aquisição de recursos de saúde, como poderia então a sociedade endossar um esquema de seguro médico que lhe desse em retorno atenção absoluta a saúde?

Nesses termos, podemos dizer que, segundo a teoria da igualdade de recursos, o princípio da **equidade**, presente no SUS, significaria o dever do Estado em assegurar ações e serviços de todos os níveis de acordo com a complexidade que cada caso requeira, more o cidadão onde morar (conforme ainda veremos), sem privilégios e sem barreiras, sendo considerado todo cidadão igual, e devendo ser atendido conforme suas necessidades, até o limite do que o sistema puder oferecer para todos. Observe portanto, que embora universal, o SUS possui limites impostos não pela produção consequencialista/teleológica da maximização da felicidade, mas pela própria racionalidade humana, considerando o fato de que há uma escassez moderada dos recursos.

Ainda assim, deveríamos indagar a Dworkin sobre como esta escolha trágica deve ser realizada. Ou seja, se cabe aos indivíduos, racionalmente, decidir sobre como investir suas fichas para adquirir entre os mais variados recursos fundamentais, e essa seria também a racionalidade que a sociedade deveria adotar (nesse ponto a estratégia de transpor o aspecto individual para o coletivo é semelhante à dos utilitaristas), como esses indivíduos poderiam fazer isso na prática das democracias modernas?

Dworkin chega a sugerir que a escolha sobre o quanto investiríamos, e onde investiríamos, no tocante à atenção a saúde só seria uma escolha legítima se houvesse ampla **participação popular**. Em outras palavras, o simples modelo de democracia representativa não seria capaz de conferir legitimidade para escolhas tão drásticas, devendo haver a criação de um órgão de deliberação para a tomada de decisões a respeito dos rumos da política sanitária. No Brasil, com algumas dificuldades e falhas, podemos utilizar como exemplos de órgãos dessa natureza os Conselhos (Nacional, Estaduais e Municipais) de Saúde, que possuem composição tripartite e paritária, sendo compostos por membros da sociedade civil (profissionais de saúde/prestadores de serviço e usuários dos serviços) e do Governo.

Sobre a integralidade da atenção à saúde, que está intrinsecamente relacionado ao princípio anterior (da equidade), creio que qualquer dos

autores da tradição liberal igualitária que foram invocados até aqui poderiam apresentar bons argumentos em defesa de uma política de saúde que: (a) considerasse o indivíduo uma unidade indivisível; e que, portanto, (b) a atenção à sua saúde forma um todo unitário e indivisível; e, por fim, (c) que estender um serviço integral impõe um dever que vai além do mero tratamento ostensivo de doenças, mas compreende também outros serviços como prevenção e cura.

É especialmente sobre essa última característica que nos desperta o interesse na argumentação elaborada por Amartya Sen. Acredita o autor que, sendo a saúde uma realização alcançável por meio de uma capacidade respectiva, ou melhor, um conjunto de capacidades, devemos ter em mente quais capacidades são impostas como demandas de justiça social para fins de distribuição da saúde. Assim, diz Sen (2010, p. 77) que:

O argumento pela equidade na saúde não pode ser apenas uma exigência sobre como o atendimento de saúde, especificamente, deve ser distribuído. Os fatores que podem contribuir para a conquista e a perda de saúde vão muito além do atendimento de saúde, e incluem muitas influências de diversos tipos, variando desde predisposições genéticas, renda individual, hábitos alimentares e estilos de vida, por um lado, até o ambiente epidemiológico e condições de trabalho, por outro.

O argumento do autor revela que as ações de atenção à saúde vão muito além dos simples atendimentos clínicos e cura de doenças. Devemos considerar também um conjunto de outras ações que influem em outras áreas da justiça social, mas que causam impactos sobre a saúde. Assim, não apenas a saúde é essencial para que possamos ter uma vida satisfatória, mas também existe uma quantidade enorme de variáveis que possibilitam gozar de uma boa saúde. A exigência de equidade que observamos anteriormente impõe também esse dever. Qual seja, o de que os indivíduos tenham suas demandas atendidas integralmente, conforme suas necessidades. Logo, a integralidade na atenção à saúde está vinculada ao princípio da equidade, na medida em que aquele será determinado de acordo com a métrica desse.

Obviamente, podemos também retornar ao argumento de Dworkin e defender que apenas os tratamentos, serviços e ações que forem eleitos pelos membros da comunidade serão oferecidos publico e gratuitamente a todos os cidadãos. Mas isso é apenas uma extensão da questão que enfrentamos no princípio da equidade e que aqui se repete. Mas sobre a integralidade, devemos tomar a advertência de Sen para que não esqueçamos que a saúde não é distribuída tendo-se como foco apenas o atendimento à saúde. Outros bens (ou capacidades, para Sen) estão em disputa e podem exercer um papel relevante na realização dessa capacidade. Dessa forma, priorizando algumas ações em detrimento de outras, não apenas tendo em vista seus custos, mas também a eficiência desses serviços, podemos concentrar mais esforços na atenção básica e primária, em vez de expender muitos recursos em tratamentos sofisticados e que talvez ainda não tenham sua eficácia comprovada.

Assim, devemos considerar que a integralidade atenção à saúde, além de sofrer forte influência da concepção de equidade que adotaremos, impõe também um dever de hierarquização do Sistema Único de Saúde. É que para que a integralidade possa tornar a alocação de recursos mais eficiente, faz-se necessário estabelecer uma ordem de preferência entre as diversas esferas de atenção. Nesse sentido, podemos observar que o SUS encontra-se dividido em três níveis, a saber: setor primário (onde se resolvem a maior parte dos casos, nas Unidades Básicas de Saúde); setor secundário (representado pelos Centros de Especialidades, e onde se resolvem uma parte dos casos mais peculiares); e, por fim, o terceiro setor (onde encontram-se os hospitais de referência) e que são acessados apenas por uma pequena minoria.

Diante desse cenário e dessa estrutura hierarquizada, estrategicamente adotada para garantir um atendimento integralizado, onde o primeiro nível antecede hierarquicamente o segundo, e assim por diante, fazer as escolhas sobre como alocar os recursos escassos pode ser uma tarefa mais fácil. Se tomarmos a advertência de Sen a sério para decidirmos como podemos distribuir nossos esforços entre esses três níveis,

devemos considerar que a saúde é um problema multidimensional, e que sua má distribuição está relacionada a outras variáveis, como por exemplo, e especialmente, a renda e a riqueza. Assim, diz Sen (2010, p. 74): “ela [a distribuição da saúde] deve estar em sintonia com a questão mais ampla de justiça social, incluindo a distribuição econômica, dando a devida atenção ao papel da saúde na vida e na liberdade humana”.

É por esta razão que cremos que a estruturação hierárquica possibilita uma leitura da integralidade da atenção à saúde, na medida em que nos fornece informações sobre quem são e quantos são os usuários em cada um dos três níveis. Assim, não apenas pela quantidade, mas também pela qualidade desses usuários é possível determinar o montante de recursos a serem empregados em cada nível. Com base nisso, se observa que no primário nível, que precede hierarquicamente os demais e onde situam-se as Unidades Básicas de Saúde encontram-se atendidas as camadas mais pobres da população, ou seja, justamente aquelas que não dispõem de recursos para despendar planos de saúde particulares e arcar com seus próprios tratamentos, é exatamente ali que investirei mais recursos. De outro modo, se também observa que, naquela faixa primária, estão sendo tratados doenças e enfermidades que possamos, de maneira evidente, relacionar com problemas de má distribuição de renda, riqueza, acesso ao espaço urbano, água potável e até saneamento básico, também ali devo priorizar o investimento.

Para mostrar que a saúde deve adotar uma visão ampla (e, leia-se, também integral), em seu texto sobre a equidade na saúde, Sen discute uma solução que é comumente levantada por alguns defensores da igualdade, ao citar o exemplo de dois homens, um rico e outro pobre, ambos com a mesma tendência para uma doença dolorosa, o autor observa que o homem rico poderá pagar por um tratamento melhor e, assim, estará em situação de vantagem ao outro. Ninguém discordaria que a posição do homem pobre é injusta. Mas poderíamos dizer que a liberdade que goza o homem rico, em poder pagar seu próprio tratamento, é injusta? Se assim o fosse, deveríamos concordar com uma política que restringisse, e até

mesmo proibisse que o homem rico pudesse gastar seu dinheiro com o tratamento para sua doença. Em vez disso, teria que ser tratado sob as mesmas condições de atendimento que o homem pobre.

Nesse caso, haveria uma igualdade de atendimento, sem dúvidas, mas não haveria equidade na saúde, e menos ainda uma atenção integral. Isso porque o homem rico continuaria rico, e poderia muito bem com seu dinheiro investir em momentos de lazer que tornariam o sofrimento de sua doença menos gravosa. Já o homem pobre, continuaria pobre, e não teria nenhum ganho com a obrigatoriedade do homem rico realizar o tratamento de saúde da mesma forma que ele. Sen, com esse exemplo, deseja demonstrar que a igualdade de atendimento não é o suficiente para gerar a igualdade desejada. No caso acima, seria muito mais produtivo que se criassem políticas e arranjos em que o homem rico pudesse arcar não apenas com seu próprio tratamento, mas também custear os daqueles que não podem pagar (SEN, 2010).

Esse exemplo elaborado por Sen demonstra, ao mesmo tempo, não apenas a necessidade de uma visão integral da questão da saúde, que envolva também uma análise da pobreza, por exemplo, mas também demonstra a prioridade que se deve dar a determinadas camadas que se encontram em situação de destacada vulnerabilidade social. São sobre essas pessoas que mais pesam certas doenças e enfermidades. Claro que muitas doenças atingem invariavelmente, ricos e pobres, mas não podemos negar que, sobe certas circunstâncias de renda, urbanização, regionalização e nível de acesso a saneamento e água limpa, o grau de enfermidades é bem maior. Essa é a razão, conforme já apontamos, para escalar a integralidade da saúde em um espectro hierárquico, que se distribua conforme a urgência de certas demandas e a necessidade dos assistidos.

Mas o que justificaria essa priorização em camadas mais pobres e onde as enfermidades são mais comuns? Ou ainda, o que justificaria que os ricos ou o restante da sociedade arcasse com os custos de saúde da população que não pode pagar por um serviço privado de saúde?

4 Saúde e distribuição de demandas por regiões de acordo com as necessidades

Ao contrário do que são acusados, os liberais igualitários podem oferecer uma resposta as demandas diferenciadas de saúde, conforme a necessidade de cada, desde que limitadas (como já vimos) aos serviços que são eleitos pela comunidade. Conforme já foi visto antes, tanto Rawls, quanto Dworkin, e mesmo Sen, oferecem respostas consistentes para o problema da má distribuição desse atributo. Em todos podemos observar uma preocupação com as diferenças entre os indivíduos. Assim como todos defendem algum mecanismo de redistribuição daquilo que acreditam que deve ser igualdo (com exceção de Sen, que não possui um mecanismo explícito e concreto de correção dessas injustiças). O princípio da diferença em Rawls, ou o seguro hipotético de Dworkin, penso, são boas respostas para a questão da desigualdade no acesso a saúde, mesmo que se pensássemos sob a ótica regional. Colocariam a questão sob a aba da tributação proporcional e de outros esquemas redistributivos.

Mas nesse ponto, gostaríamos de lançar mão de outro argumento, que embora também seja em favor da igualdade, tem como foco principal o que podemos chamar de *prioritarismo*. Em poucas palavras, trata-se de reconhecer, em determinadas circunstâncias, que a igualdade não é a melhor métrica para solucionar um conflito distributivo. Podemos utilizar a noção de urgência para designar quais escolhas alocativas faremos. Nesse sentido, Derek Parfit, analisa o exemplo elaborado por Thomas Nagel, em que duas crianças, uma saudável e contente, e outra sofrendo de uma doença incapacitante, possuem necessidades dispares, sendo que a primeira irá progredir consideravelmente ao ir para uma área suburbana, ao passo que a segunda poderia receber um tratamento especial caso fosse para a cidade. Para complicar a questão, Nagel argumenta que, neste caso hipotético, o ganho que a primeira criança (saudável e contente) terá ao ir para o subúrbio, é consideravelmente maior que o ganho que a segunda criança (que sofre da doença incapacitante) terá ao ir para a cidade (PARFIT, 2000).

Diante de tal situação, é possível visualizar pelo menos duas escolhas: (1) a escolha que se mostra mais igualitária, qual seja, ir para o subúrbio e fazer com que o filho saudável possa progredir, ao passo que o filho doente continue nessa condição; ou (2) optar por uma outra saída, levando o filho doente para a cidade, onde há um tratamento especial para sua doença, ainda que aquilo não agregue para a igualdade, na medida em que as perdas do filho saudável serão consideravelmente maiores ao ir para a cidade, sendo que a situação do filho doente nem melhorará tanto assim.

Peguemos esse exemplo utilizado por Nagel e transportemos para realidade da saúde brasileira. Substituamos o exemplo óbvio, com pacientes que precisam de tratamento médico, para o de regiões territoriais que demandam maior ou menos atenção de saúde, segundo sua vulnerabilidade para certas enfermidades e epidemias. De um lado a região norte do Brasil, onde as condições de saneamento, estrutura hospitalar e urbana, bem como níveis de renda e riqueza são consideravelmente mais precários do que da região norte. Podemos supor que, investir recursos na região norte, mais especificamente nas zonas rurais, teria um impacto muito pequeno sobre a melhoria da qualidade de vida daqueles habitantes, ao passo que destinar esses recursos para o Sudeste pudesse gerar maior prosperidade aquela região já agraciada com outras vantagens.

Se optássemos pela solução mais igualitária, segundo este exemplo, seríamos conduzidos a escolher a destinação dos recursos para a região sudeste, pois isso traria grande impacto sobre aquela região, e ao mesmo tempo isso poderia ser revertido em benefício posterior das classes e regiões mais vulneráveis, parecido com a proposição elaborada por Rawls em seu princípio da diferença e com uma solução semelhante aquela sugerida por Sen alguns parágrafos acima em seu exemplo sobre a distribuição do atendimento à saúde. Ainda que os recursos fossem melhor empregados na região sudeste, considerando que se o fossem na região norte pouco impacto teriam naquela realidade, e ainda que a região sudeste pudesse produzir mais riqueza e reverter isso em benefício das regiões menos favorecidas, devemos

reconhecer que, embora este possa ser um arranjo igualitário, ele viola em parte nosso senso de justiça.

Tem algo nestas noções de justiça que vão além da mera igualdade. Parfit observa que, em determinadas situações, embora devamos sempre reconhecer o valor da igualdade, se faz necessário a compreensão de um senso de emergência que nos conduz ao que ele denomina de “*the priority view*”, a qual nos demanda a beneficiar, independentemente dos ganhos em termos de igualdade que possam advir dessa escolha, necessariamente aquele que se encontra em pior situação.

É verdade que em determinados casos, o enfoque da prioridade, pode equivaler ao princípio da diferença de Rawls, uma vez que, em última análise, este também requer que os benefícios sejam revertidos prioritariamente aos que se encontram em posição de desvantagem. Contudo, cremos que o *prioritarismo* de Parfit oferece uma solução além daquela para a qual as teorias liberais igualitárias podem trabalhar, quando ainda que uma escolha produza maior igualdade, você deva optar em beneficiar aquele que se encontra em pior situação.

Essa argumentação poderia ser utilizada para justificar a **regionalização** do SUS, com a destinação de recursos específicos para regiões que se encontrem em pior situação no tocante a determinadas demandas de saúde. Ainda que outro arranjo seja possível, e que gere mais igualdade, os benefícios alcançados pelo enfoque do *prioritarismo* são mais imediatos que aqueles alcançados por uma política tributária de redistribuição de riquezas.

Assim como a regionalização se situa nesse meio termo entre uma justificação liberal igualitária de um lado (quando a igualdade beneficiar diretamente os Estados menos favorecidos), e prioritarista do outro (quando a igualdade relegar a ajuda imediata dos Estados menos favorecidos), a descentralização pode ser fundamentada na mesma rubrica. Ambas diretrizes correspondem a medidas de descentralização do pacto

federativo, garantindo a atenção à saúde de regiões segundo a sua diversidade e também descentralizando da União para os Municípios os serviços de saúde.

Ocorre que, para a **descentralização**, a fundamentação teórica da concepção de justiça que melhor explica essa diretriz, cremos, seja a de uma política fiscal de repasse dos recursos arrecadados pelos entes federativos (especialmente os Estados e União) e redistribuídos para os Municípios. Observe-se que, tal política fiscal é bastante semelhante aos esquemas de arrecadação tributária e redistribuição dos benefícios que já havia sido sugerido por Rawls e Dworkin. É dizer, embora os Municípios mais pobres arrecadem menos, em comparação aos demais Entes Federados, o pacto federativo brasileiro prevê a concentração da atividade fiscal para posterior redistribuição de acordo com as necessidades, especialmente aquelas referentes a saúde.

5 Considerações finais

Por fim, vimos que o as teorias liberais igualitárias podem servir como fundamento da racionalidade do Sistema Único de Saúde, tal qual insculpido na Constituição Federal de 1988. Há certa segurança de que tais teorias são capazes de justificar a principal base normativa do SUS, qual seja a universalidade.

Contudo, restam ainda algumas incertezas e inconsistências nas teorias analisadas quanto a perguntas que surgem da derivação da necessidade de universalidade. O problema distributivo, pragmaticamente considerado, continua a desafiar tais teorias. Como vimos, não basta apenas afirmar a universalidade do SUS e ignorar os problemas óbvios da escassez e das diferenças entre as demandas.

Uma visão purista do liberalismo igualitário poderia ser insensível a esses problemas. Nesse sentido, cremos que Dworkin e Amartya Sen, bem como Derek Parfit, avançam um degrau a mais ao transporem a barreira da mera filosofia moral, para a filosofia política (dos problemas reais). Não

que Rawls possa ser acusado de ter uma teoria puramente moral. Certamente sua teoria é política (com base na filosofia moral). Mas por não ter se debruçado especificamente sobre o problema da distribuição de um recurso escasso tão essencial quanto a saúde, geralmente a leitura feita de Rawls aponta na direção de ser a saúde não apenas um direito universal, como também absoluto.

Como demonstramos, essa leitura não parece adequada, especialmente quando analisada juntamente com os outros princípios e diretrizes do SUS que sugerem que as demandas de saúde sejam também administradas de forma coletiva e regionalizada. Tal evidencia, aponta para a necessidade de uma reconstrução das bases morais do liberalismo igualitário, a fim de evitar que entre em contrassenso com sua base deontológica.

6 Referências

- BENTHAM, Jeremy *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direito Fundamental à Saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário*. Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos, v. 2, p. 168-182, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins fontes, 2006.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Tradução de Vitor Guerreiro. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2009.

PARFIT, Derek. “Equality or Priority”, in Matthew Clayton and Andrew Williams (eds.), *The ideal of Equality*, New York: Palgrave Macmillan, 2000. p. 81-126.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEN, Amartya; KLIKBERG, Bernardo. As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Terceira Parte:

Atuação judicial e estudos a partir de casos

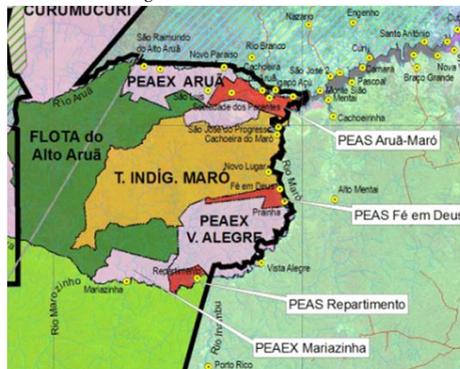
Homens da lei, ideias de raça: noções de raça em uso no julgamento do caso Borari-Arapium

Adalberto Fernandes Sá Junior¹

Introdução

No Estado do Pará, mais especificamente no Oeste do Estado do Pará, na região do Baixo Tapajós, onde o Rio Tapajós deságua no Rio Amazonas, nas proximidades do município de Santarém, existe uma região de grande tensão gerada pelo conflito de terra entre grileiros, posseiros, fazendeiros, madeireiros, mineradores, grandes empresas e comunidades ribeirinhas, algumas em busca de afirmação de sua identidade étnica, outros, não.

Figura 1 - Gleba Nova Olinda I



Fonte: IBAMA.

¹ Professor de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direitos Humanos e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). E-mail: adalbertosajr@outlook.com.

Localizada à margem esquerda do Rio Arapiuns, quando ele ainda se chama Maró e contorna a Reserva Extrativista Tapajós-Arapiuns, esta região é conhecida pelo nome de “Gleba Nova Olinda I”. Até então formada por 14 comunidades tradicionais ribeirinhas, 3 delas – São José III, Novo Lugar e Cachoeira do Maró – passaram a se autoidentificar, a partir de 2003, como povo indígena Borari-Arapium, mesmo ano em que começaram a reivindicar a demarcação da então denominada “Terra Indígena Maró”.

Segundo o rito estabelecido pelo Decreto 1.775/96, iniciou-se o processo administrativo de identificação e delimitação da referida terra indígena, junto à Fundação Nacional do Índio (FUNAI), por meio da nomeação de grupo técnico competente para realizar estas tarefas.

Concluídos os trabalhos e elaborado o relatório de identificação e de delimitação pelo grupo técnico, o órgão indigenista não tardou em aprovar o seu conteúdo. No entanto, deixou transcorrer *in albis* o prazo legal de 15 dias para que fosse publicado o resumo do supracitado relatório no Diário Oficial da União (DOU) e no Diário Oficial do Estado do Pará (DOEPA).

A Procuradoria da República no Estado do Pará ingressa, portanto, com ação civil pública junto à Subseção Judiciária da Justiça Federal no município de Santarém, exigindo que a FUNAI tome as providências cabíveis para a publicação do referido relatório, conforme lhe prescreve a lei. Por outro lado, 7 das 11 comunidades restantes que formam a Gleba Nova Olinda I entraram com ação de anulação do processo administrativo de demarcação da terra indígena Maró*. Para essas comunidades ribeirinhas, os assim denominados Borari-Arapium não são índios verdadeiros, mas sim índios falsos, ribeirinhos que viram na identificação étnica a única forma de garantir a posse de suas terras contra o avanço de fazendeiros, grileiros e posseiros na região. Se índios não são, as terras que atualmente ocupam nunca poderiam ser identificadas como posse tradicional indígena.

Em razão da sua conexão, as duas ações foram distribuídas por dependência para o mesmo juízo, o da Segunda Vara da Subseção de Santarém, cujo juiz federal competente à época, Dr. Airton Portela, decidiu julgar os dois feitos por meio de uma mesma sentença.

A ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal foi, então, julgada improcedente. De acordo com o Dr. Airton Portela, três são os critérios que devem ser preenchidos por toda e qualquer comunidade que queira ser reconhecida como indígena perante o Estado Brasileiro: a originariedade, a tradicionalidade e a permanência, também conhecida como “marco temporal”. Os dois primeiros critérios seriam resultado da interpretação do artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.001/73 (mais conhecida como “Estatuto do Índio”) combinado com o artigo 1º, parágrafo 1º, alínea “b” da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais. O terceiro estaria presente na *ratio decidendi* do julgamento da petição 3.388/RR pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mais conhecido como caso “Raposa Serra do Sol”.

De acordo com o critério da originariedade, são considerados indígenas os povos localizados em países independentes que descendem de populações que habitavam o país, ou uma região geográfica que atualmente pertence ao país, à época da conquista, da colonização ou do estabelecimento das suas atuais fronteiras políticas. Trata-se, portanto, de um critério de ascendência. Por sua vez, o critério da tradicionalidade estabelece que a referida comunidade também deve se identificar como um grupo étnico cujas características culturais a distinguem da sociedade nacional. Trata-se, assim, de um critério étnico ou cultural. Por fim, o critério da permanência ou “marco temporal” afirma que só podem ser reconhecidos como indígenas os povos que estavam na posse de suas terras tradicionais quando da Proclamação da Constituição de República de 1988 (mais precisamente no dia 5 de outubro de 1988) ou ainda que já tivessem ajuizado ações para recuperar esta posse até esta data.

Os autodenominados Borari-Arapium não teriam demonstrado, continua o juiz federal Airton Portela, o preenchimento destes três critérios e, portanto, não teriam provado a sua condição de indígena, por mais que o grupo técnico nomeado pela FUNAI para este fim tivesse se manifestado em sentido contrário. De fato, eles não conseguiram elencar provas suficientes, no bojo do processo administrativo, que comprovassem a sua ascendência

pré-colombiana. Pelo contrário, o que restou demonstrado, pela análise da linha genealógica dos líderes do movimento, é a completa mestiçagem racial apresentada por seus membros, sendo alguns deles, inclusive, oriundos do nordeste brasileiro e não da região Amazônica. Por outro lado, as características culturais deste grupo não seriam diferentes das apresentadas por qualquer outra comunidade ribeirinha da região. Seria uma cultura híbrida, cujos elementos componentes de ordem simbólica resultariam de uma confluência de várias tradições distintas (europeia, africana, indígena, dentre outras). Da mesma forma que não haveria uma raça específica, devido à mestiçagem, também não haveria uma cultura distinta, em razão da hibridação. Por fim, as comunidades ribeirinhas São José III, Novo Lugar e Cachoeira do Maró só teriam começado a se identificar como Borari-Arapium a partir de 2003, após serem convencidos por antropólogos e ambientalistas de que o reconhecimento da sua condição de indígena seria a única forma de garantir a posse de suas terras contra o avanço da fronteira agrícola e das atividades mineradoras na região. Tratar-se-ia claramente de um processo de etnogênese (de recuperação da identidade étnica) expressamente proibido pelo critério temporal estabelecido pelo STF.

Em conclusão, o juiz federal Airton Portela afirma tratar-se os Borari-Arapium de índios falsos, comunidades ribeirinhas pobres que, convencidas por antropólogos (e não por razões intrínsecas), assim se autodeclararam para garantir a posse da terra. A sentença, como se poderia prever, causou grande revolta entre os Borari-Arapium, os quais tentaram, inclusive, invadir a Subseção Judiciária da Justiça Federal em Santarém. Como resultado, o juiz federal Airton Portela teve que ser transferido para outra localidade onde poderia exercer as suas funções em segurança.

Independentemente do fato de se o Poder Judiciário foi capaz, neste caso, de pacificar as relações sociais, a sentença do juiz Airton Portela levanta uma questão fidedigna: quem são os povos indígenas para fins da titularidade jurídica dos direitos diferenciados que a legislação nacional e internacional elenca? Em específico, perguntamo-nos: que usos do termo “raça” como marcador social da diferença são autorizados pelo Estatuto

do Índio interpretado à luz da Convenção 169 da OIT para identificar os povos indígenas? Estes usos autorizados correspondem àqueles efetivamente utilizados pelo juiz federal Ailton Portela em sua sentença?

Para responder a estas perguntas, iremos utilizar a metodologia do *storytelling* proposta por autores como Delgado (1989) e Ross (1989). De acordo com esta metodologia, os atos normativos, incluindo as sentenças, podem (e devem) ser interpretados como narrativas.

Figura 2 - *Storytelling*



Fonte: Elaboração Própria

Toda narrativa é uma sequência de fatos, mas uma sequência de fatos que é contada por alguém (o contador de histórias ou *storyteller*) com vistas a atingir uma determinada finalidade, a saber, convencer o ouvinte/leitor de algo (a lição ou moral da história). Assim, se a moral só pode surgir em razão dos fatos que propiciam a sua apreensão, por outro lado, a moral serve de parâmetro para o contador de histórias selecionar quais fatos são pertinentes para o seu objetivo de convencer e, portanto, merecem ser contados e quais outros que, pela razão contrária, merecem ser esquecidos. Existe, portanto, um círculo hermenêutico entre fato e moral que torna-se ativo pela atividade do narrador.

No caso de uma decisão judicial, o juiz é o *storyteller* que seleciona fatos e leis pertinentes a partir de uma ótica privilegiada, a da decisão já tomada a partir da leitura do processo. Portanto, esta metodologia nos

permite chegar às seguintes conclusões: a) não há narrativa neutra dos fatos. Os fatos são selecionados pelo narrador/juiz de acordo com a sua propensão para convencer as partes do processo do acerto da decisão tomada; b) não existe interpretação/aplicação neutra da lei. A lei a ser aplicada ou a lei considerada relevante para determinado caso, assim como a interpretação a ser dada aos seus termos dependem da perspectiva adotada pelo narrador e dos fins que ele visa com a sua narrativa; c) não existe fato nem norma moral (ou legal) da mesma forma que não existe norma moral (ou legal) sem suporte fático. Por consequência, não há apreensão da realidade social que não seja mediada por categorias morais que pertençam ao agente (muitas vezes de forma irrefletida). Assim, a título de exemplo, identificar um ato como homicídio só é possível em razão de uma norma moral e jurídica que assim descreve este ato, ao mesmo tempo em que o valora negativamente; d) por fim, em toda narrativa, em virtude da seleção feita pelo *storyteller*, podemos identificar partes ditas e não-ditas, isto é, fatos e normas expressamente afirmados e fatos e normas implicitamente esquecidas. Da mesma forma que uma melodia se diferencia de um simples barulho não pela existência de notas musicais, mas pelo silêncio que há entre elas, duas narrativas podem se distinguir menos pelo que foi lembrado e mais pelo que foi esquecido.

Assim, ao analisar a sentença do juiz federal Airton Portela no processo 2010.39.02.000249-0 da Subseção Judiciária de Santarém (a partir de agora simplesmente caso Borari-Arapium), podemos identificar duas narrativas: uma contada pelo juiz e a outra resultante da nossa atividade de preencher os vazios, conforme recomendado por Ross (1989). A essa primeira narrativa daremos o nome de extinção. De acordo com esta primeira história, não seria mais possível identificar os Borari-Arapium como um povo indígena particular. Em virtude da mestiçagem, só haveria uma comunidade nacional de brasileiros que, nada obstante suas diferentes cores e matizes fenotípicas, pertenceriam a uma mesma rala biológica indistinta. A narrativa da resistência (como preferimos chamar a segunda

narrativa) assevera, por sua vez, que, apesar de todos os brasileiros fazerem parte de uma mesma raça biológica (como já comprovado cientificamente), alguns grupos sociais foram racializados e outros, não. O processo de racialização seria composto por duas etapas: a) em primeiro lugar, determinadas pessoas passariam a ser identificadas por características físicas arbitrariamente escolhidas (como cor da pele e formato do nariz e da boca); b) posteriormente, estas características físicas seriam associadas a valores morais negativos (como imbecilidade, retardamento e barbárie). Para além do uso biológico de raça, haveria o sentido de raça como construção social que teria justificado, a seu tempo, os programas oficiais de branqueamento da população oficialmente apoiados pelo Estado brasileiro. A indianidade passa a ser vista como condição histórica que necessariamente tem de ser superada para o progresso da nação. A mestiçagem, que a narrativa da extinção salienta, não foi o resultado de um convívio harmonioso entre os povos, mas sim foi obtida por meio da violência e não raras vezes pelo estupro de mulheres indígenas.

A nossa hipótese, portanto, é a de que os povos indígenas são comunidades políticas cujo poder de autogoverno sobre o território foi continuamente desarticulado tanto por meio da extinção física (por meio da qual a maioria se torna minoria) quanto por processos de colonização, racialização e assimilação de suas culturas às formas de vida da sociedade hegemônica. O juiz federal Airton Portela, ao fazer uso do sentido biológico de raça, participa, ainda que de maneira irrefletida e sob o manto da imparcialidade legal, do processo de desarticulação política destes povos, na medida em que nenhum povo indígena (e não só os Borari-Arapium) seria capaz de atender adequadamente ao critério da originariedade tal como interpretado por este agente público. a interpretação que ele dá ao termo “raça” está em completo descompasso com aquele autorizado pela Convenção 169 da OIT e pela Constituição Federal tal como interpretado pelo Supremo Tribunal Federal. Para verificar a plausibilidade desta tese, dividimos este artigo em duas partes. Na primeira, reescreveremos, da forma

mais fiel possível, a narrativa da extinção, tal como elaborada pelo juiz Airton Portela. Na segunda parte, será exposta a sua contraposição na forma de uma narrativa da resistência possível de ser escrita a partir dos fatos e normas esquecidos pela primeira história.

2 Histórias lembradas: a narrativa da extinção

A narrativa da extinção contada pelo juiz federal Airton Portela em sua sentença é composta por três etapas, quase sempre entrelaçadas e raramente divisíveis entre si. Chamemos estas três etapas, respectivamente, de: a) uso biológico de raça; b) miscigenação e c) unidade social e política.

Assim, em primeiro lugar, o juiz deixa transparecer o uso de um sentido biológico de raça². Este uso não é colocado em questão, isto é, não é problematizado, mas apenas pressuposto pelo juiz. De acordo com este uso biológico, que finca suas raízes no positivismo científico do século XIX, as pessoas poderiam ser divididas em diferentes grupos sociais ou raças. Apesar da sua origem comum, cada grupo racial acabou por se diferenciar tanto no genótipo quanto no fenótipo em virtude de fatores naturais (como isolamento geográfico) e sociocultural (como normas proibindo casamentos interétnicos). Dotados que são cada um desses grupos de qualidades e debilidades distintas, este uso acabou por fundamentar, àquele tempo, discursos de hierarquia racial, segundo os quais haveria raças superiores e inferiores. A única saída evolutiva para as raças inferiores seria a sua miscigenação com raças superiores. Por sua vez, as raças superiores concebiam a miscigenação como algo a ser combatido, uma vez que por meio dela poderiam descer a escada evolutiva. Como se pode antever, para estas teorias, a raça branca era a superior e as demais – preta ou africana; vermelha ou indígena; amarela ou asiática – seriam as inferiores.

A adoção do uso biológico de raça não compromete necessariamente o juiz com discursos de hierarquia e superioridade racial, no entanto. De

² Para saber mais sobre o conceito biológico de raça, favor consultar Banton, 1969 e 1988.

fato, estes discursos exigem, para além da afirmação de diferenças genóticas e fenóticas entre os grupos, a adoção de um critério (arbitrariamente escolhido) que tornasse possível a medição e a hierarquização dessas características.

Apesar de não adotar estes discursos de superioridade racial, o juiz desconsidera os avanços da ciência que afirmam ser possível que duas pessoas fenotipicamente semelhantes podem ser mais genotipicamente distintas do que duas pessoas fenotipicamente diferentes. Por esta razão, continua a pressupor que o Estatuto do Índio, ao falar de originariedade, exige uma descendência genética pura (comprovável por um fenótipo igualmente puro e não mestiço).

Isto permite ao juiz, em uma segunda etapa, afirmar que não existem mais raças, mas apenas uma raça humana fenotipicamente homogênea e mestiça. A miscigenação natural entre os povos seria a responsável por este processo. A exceção seriam os povos indígenas em estado de completo isolamento (e cada vez mais rarefeitos). Não seria o caso dos Borari-Arapium, os quais, segundo a opinião do juiz, já estariam extintos há mais de dois séculos, substituídos que foram, após o extermínio infligido pelos portugueses, por uma população homogênea nos costumes e na língua que é resultante do cruzamento de inúmeras tribos que se “caldearam” ao contato com o homem branco.

O próprio laudo antropológico produzido pelo grupo técnico da FUNAI não se desincumbira do dever de provar a originariedade (aqui interpretada como “pureza racial”) dos assim denominados Borari-Arapium. Pelo contrário, o relatório teria comprovado justamente o contrário: que se trata de índios falsos, grupos mestiços descendentes de populações nativas e nordestinos. De fato, o líder do movimento de reafirmação étnica e presidente do Conselho Indígena do Tapajós (CITA), Sr. Odair José Sousa Alves, segundo o seu tio, Sr. Basílio Matos dos Santos, teria avós nascidos em Belém (capital do Estado do Pará) e bisavós naturais do Estado do Rio Grande do Norte. Este único dado, referente a apenas uma parcela da linha genealógica de um dos membros do grupo, por si só

já seria suficiente, segundo o juiz, para colocar em dúvida a linha de originariedade cuja existência é reivindicada pelas comunidades ribeirinhas em relação aos seus antigos antepassados borari-arapiuns.

Se só há uma raça humana cientificamente comprovada, avança a terceira fase da argumentação, não haveria mais razão por que existir discriminação. Todos os indivíduos, na condição de iguais cidadãos brasileiros, tiveram, portanto, a oportunidade de participar com igual poder de barganha das negociações do contrato social. Na medida em que é fruto do consentimento de todos, o contrato social conferiria legitimidade ao exercício do poder pelo Estado, incluindo o juiz cuja sentença é objeto de análise neste artigo. Assim, a competência do juiz para decidir se os Borari-Arapium são índios verdadeiros estaria baseada em um pressuposto cuja problematização é proibida sob a pena de ver-se desmoronar todo o edifício jurídico. Trata-se de uma verdadeira “hybris zero”, como costuma denominar o pós-colonialismo (ver, por exemplo, Castro-Gómez, 2005).

Este pressuposto afirma que o exercício das funções pelos Poderes de Estado (incluindo-se aí as funções legislativa e jurisdicional) é legítimo, porque todos assim consentiram ao acordar com o contrato social. Este pressuposto seria instrumentalizado, na área do direito, pela proibição do *non liquet*. Assim, nenhum juiz poderia recusar-se a fazer um pronunciamento judicial perante um caso concreto, alegando, por exemplo, que as disposições da Constituição são ilegítimas quanto a uma determinada matéria.

Assim, o Estatuto do Índio que estabelece o critério da originariedade e a sentença que aplica, aparentemente de forma neutra, as suas determinações são legítimos. O poder do Estado de identificar identidades e o poder do juiz de verificar se os Borari-Arapium, tal como se autodenominam, são ou não índios verdadeiros para fins da titularidade dos direitos diferenciados que eles reivindicam são, por esta mesma razão, legítimos. Mesmo que a Convenção 169 da OIT estabeleça, em seu artigo 1º, parágrafo 2º, que a “consciência da identidade indígena” deve ser considerada como critério fundamental para determinar quem são juridicamente os

povos indígenas, isto nunca poderia significar, como parece pretender o Ministério Público Federal, que basta se autodeclarar índio para alguém ser tratado como tal pelo Estado brasileiro. Em primeiro lugar, lembra o juiz Airton Portela, que a Convenção 169 da OIT, tal como as demais resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), é meramente recomendatória, não vinculando de forma cogente os Estados-partes. Por esta razão, de nenhuma forma ela poderia se sobrepor à aplicação direta do Estatuto do Índio e da Constituição Federal, diplomas legais que não contam com este mesmo critério em seus termos.

Mesmo se supormos, continua o juiz, apenas para fins de argumentação, que a referida convenção internacional possui força de lei, a sorte dos autodenominados Borari-Arapium não seria diferente. Isto porque esta convenção exige, para fins da proteção jurídica que fornece, que a consciência identitária seja genuína, espontânea, animada por motivos e fatores internos, algo que não se pode observar neste caso. O depoimento de Miguel Braz, da comunidade Santo Amaro, é uma boa demonstração neste sentido. Mesmo entre as comunidades que conformam a “Gleba Nova Olinda I”, haveria certa relutância, por parte de alguns membros, de se identificar como indígenas. A reafirmação da identidade indígena na região teria recebido novo impulso com o trabalho de conscientização levado a efeito pelo antropólogo Florêncio Vaz e por outros antropólogos que se identificam com o Grupo de Barbados. Por outro lado, o movimento teria recebido apoio de ambientalistas que vêem na demarcação de terras indígenas uma forma de proteger a Floresta Amazônica contra o avanço do desmatamento e da fronteira capitalista. Inclusive, a comunidade que ora reivindica a sua indianidade fora incluída no Programa Integrado de Proteção das Terras Indígenas na Amazônia Legal (PPTAL), financiado pelos sete países mais ricos do mundo e voltado para a conservação da Amazônia. Por fim, a criação de unidades de conservação na região, em especial a Reserva Extrativista (RESEX) do Tapajós e a Floresta Nacional (FLONA) do Tapajós, sem maiores consultas com as comunidades envolvidas, limitou de tal forma o uso da floresta e da terra que a identificação

como indígena passou a ser a única saída para essas comunidades aproveitarem produtivamente o solo. Como diz Miguel Braz já aqui referido: “Começamos a luta para que pudéssemos pegar um documento de nossas terras (...) até hoje não temos um respaldo definitivo, o último cartucho é a organização indígena”.

Esta argumentação desenvolvida em três fases permitiu, então, ao juiz chegar à conclusão de que os autodenominados Borari-Arapium não são índios para fins da titularidade jurídica dos direitos diferenciados que a legislação enuncia. Os verdadeiros Borari-Arapium foram extintos há mais de dois séculos e os que agora se proclamam seus descendentes não conseguiram comprovar a ligação genética pura e direta com os seus antepassados. Estes, conclui o juiz, são, na verdade, comunidades ribeirinhas pobres, indiferenciadas da sociedade nacional, que passaram a utilizar o pertencimento étnico de forma instrumental, como maneira mais rápida para se obter a posse exclusiva da parcela de terra que habitam, após convencidos desta estratégia por antropólogos, ambientalistas e comunidades pastorais.

Apesar de ser compreensível a situação de penúria em que estas comunidades se encontram, as disposições do Estatuto do Índio foram feitas para proteger o silvícola, o índio em completo estado de isolamento, enfim, os índios verdadeiros, como os Yanomami, os Munduruku e os Guarani. Pensar o contrário significaria colocar um preço muito baixo para ser índio, bastando autodeclarar-se como tal para ter acesso exclusivo à terra. Índio verdadeiro não o é apenas por querer, mas sim por conseguir provar que o é, mesmo contra a sua vontade.

3 Histórias esquecidas: a narrativa da resistência

Para desenvolver a narrativa da resistência em perfeita oposição à narrativa da extinção, utilizaremos da mesma estratégia de desenvolver a argumentação em três níveis. Assim, não será possível demonstrar com maior acuidade o que deixou de ser dito pelo juiz Airton Portela em cada

uma das etapas do seu raciocínio. As três fases da narrativa da resistência serão denominadas, respectivamente, de: uso da raça como construção social; branqueamento e contrato racial.

De acordo com a primeira etapa, lembremos que a narrativa da extinção afirmava não existir raças, mas sim apenas uma raça humana, cuja maior aproximação fenotípica entre alguns de seus pares não pode ser apontada como condição suficiente para se declarar o mesmo nível de semelhança no âmbito genético.

Se de fato não existem raças (a ciência mesmo demonstrou que seres humanos de raças diferentes geram filhos férteis, o que denota a existência de apenas uma espécie humana), isto não quer dizer que os seres humanos tenham superado as distinções construídas com base no positivismo científico do século XIX (em especial, o evolucionismo) em prol de uma comunidade verdadeiramente universal de seres humanos.

Mesmo com as comprovações em contrário da ciência, as pessoas continuam a identificar os seus pares por meio de características físicas arbitrariamente escolhidas, associando-as, em regra, a valores morais positivos e negativos (belo e feio; inteligente e burro; civilizado e bárbaro). Assim, mesmo que o uso do sentido biológico do termo “raça” não encontre mais respaldo nas ciências (em especial na genética), o termo “raça” continua a ser fortemente empregado agora no sentido de construção social ou imaginário social.

As pessoas classificam-se umas às outras, assim como classificam objetos e coisas. Não há nada de errado, pelo menos à primeira vista, em proceder-se desta maneira. A dubiedade moral está no fato de que associada a esta classificação quase sempre se vê acompanhar uma hierarquia. É a partir do momento em que as pessoas dispostas em melhores e piores de acordo com um parâmetro qualquer arbitrariamente escolhido que tem por base características fenotípicas também arbitrariamente possuídas pelos indivíduos, é que se inicia o curso de atitudes e comportamentos discriminatórios e racistas.

Mesmo que o Estatuto do Índio reivindique o uso do sentido biológico de raça, o único uso autorizado pela Constituição (lei superior e posterior ao referido Estatuto) é o de raça como construção social. É o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, intérprete oficial da Carta Magna, no Habeas Corpus 82424, mais conhecido como Caso Ellwanger³, o que lhe permitiu, inclusive, a aplicação do crime de racismo não apenas aos crimes de discriminação em razão da pele, mas a toda e qualquer distinção que como a ofensa perpetrada por Ellwanger aos judeus, tenha por objetivo caracterizar um grupo social como inferior ao patamar mínimo de igualdade apresentado por todos os seres humanos.

Em sequência, na segunda etapa, o juiz parece afirmar que a miscigenação foi o resultado natural do convívio harmonioso entre os diferentes povos. Pelo contrário, esta miscigenação é resultado sobretudo de um programa oficial de branqueamento levado a efeito pela maioria dos países latinoamericanos recém-independentes na passagem do século XIX para o século XX.

Como demonstra Edward Telles (2014), em especial o Brasil, cuja maior parte da população à época era composta, em sua maioria, por negros recém-libertos da escravidão, considerava o branqueamento do povo como única saída possível do estágio de atraso econômico e científico. Se os negros e indígenas eram considerados uma raça inferior (no sentido já exposto), à qual estariam ligados valores morais negativos (como imbecilidade, atraso e feiura), então a população deveria se tornar mais branca (e, portanto, mais próxima da raça superior) mesmo contra a sua vontade, para o seu próprio bem, mesmo que, para tanto, fosse necessário o uso da violência, revivendo-se, como bem lembrado por Dussel (2000) o mito do sacrifício da vítima para o bem geral da nação, agora reescrito em termos nacionalistas e desenvolvimentistas.

Uma das medidas tomadas pelo governo brasileiro para tornar a população mais branca foram os incentivos à imigração de italianos, alemães

³ Para um estudo detalhado do caso, favor consultar Lafer, 2004.

e europeus em geral. Com a sua cor, pensava-se trazer também o desenvolvimento e a organização dos seus países de origem. A ocupação da Amazônia – citada pelo juiz em sua sentença – e a violência, admitida como normal, contra os indígenas que se recusavam a se integrar também se enquadram neste contexto de formação da unidade social brasileira como maioria branca. O “ser indígena” era considerado uma condição histórica que deveria ser forçosamente superada para o próprio bem destes indivíduos e que, portanto, tenderia naturalmente a desaparecer. Não à toa, o Estatuto do Índio, uma legislação produzida durante a ditadura militar, tinha por objetivo não dar iguais condições materiais e simbólicas para que os povos indígenas se desenvolvessem enquanto sociedades políticas distintas, mas sim promover, da forma mais rápida e menos custosa possível, a sua completa integração à comunhão nacional. Por esta razão, aplicar o Estatuto do Índio sem reinterpretá-lo à luz da legislação que lhe é posterior, em especial da Constituição Federal e da Convenção 169 da OIT – que, ao contrário do que afirma o juiz, não tem mero valor de *soft law*, mas sim de norma supralegal, abaixo, portanto, da Constituição, mas acima da legislação ordinária.

Considerados raças inferiores, seres humanos de baixo escalão, os povos indígenas tiveram retirada a sua condição de sujeitos juridicamente capazes e politicamente ativos. Até recentemente, os índios eram considerados incapazes civilmente, sujeitos à tutela pública imposta pela legislação indigenista. Da mesma forma, até hoje o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se vale de seus próprios precedentes para firmar que um dos critérios que devem ser utilizados para identificar não-índios é o uso do título de eleitor. Assim, no Brasil dos dias de hoje, em muitas áreas, o indivíduo deve decidir: ou se é índio ou se é cidadão. Ser as duas coisas ao mesmo tempo significa, para a sociedade hegemônica, uma burla à solução da igualdade de direitos adotada, como regra, pelas Constituições liberais contemporâneas. Não é difícil encontrar cidadãos que ainda reclamam do fato de indígenas poderem participar de negócios, ter automóveis e telefones celulares, enfim, participar da relações civis.

Este tratamento de menor consideração e respeito para com os indígenas serviu, portanto, para excluir os indígenas da arena política onde as decisões fundamentais da sociedade política brasileira são tomadas. Encarados como objetos de decisão política e não como sujeitos cuja opinião deve ser ouvida, os indígenas tem continuamente as suas vidas sendo decididas pela maioria branca econômica e politicamente hegemônica. A exclusão do espaço político é acompanhada da exclusão dos recursos materiais e simbólicos e assim a desigualdade entre os grupos sociais continua a aumentar forçosamente, em um ciclo vicioso sem fim.

A afirmação de um pressuposto como o da unidade social e da legitimidade do poder do Estado, neste contexto, só serve para legitimar a continuidade da colonização, mesmo após o fim dos sistemas oficiais de subordinação e desde então mantida pelas elites europeias agora no plano interno. Não por outra razão, Charles Mills (1999) cria um novo conceito, o de “contrato racial”, para dar conta desta situação fática de desigualdade em sua inteireza. O contrato social, tão alardeado pelo liberalismo, ao invés de contar com a participação de todos com paridade de armas, é continuamente utilizado pela minoria branca para retirar a maioria da população dos espaços de poder. O juiz, ao aplicar de forma aparentemente neutra (melhor seria dizer irrefletida) a legislação indigenista, participa ativamente deste processo de exclusão que ele mesmo narra como um fato histórico, mas que ainda se faz presente, agora por meio de suas próprias mãos.

4 Por uma nova história: povos indígenas como sociedades políticas

Se à época da ditadura militar a voz dos povos indígenas foi continuamente silenciada, assim como as suas identidades particulares inferiorizadas com a promulgação da Constituição de 1988, eles passaram a encontrar um espaço mais democrático para a manifestação de suas demandas.

Do mesmo modo, diante da exclusão permanente dos espaços de decisão, passaram a renovar as suas demandas por autonomia política em

diferentes níveis. Assim, ressalte-se que as demandas por autonomia política só podem ser devidamente compreendidas em um contexto de exclusão política e de acesso ao sistema de direitos e liberdades em bases não-equitativas.

Ainda com base no mesmo raciocínio, estes povos passam a repudiar a denominação “indígena” dada pelo homem branco colonizador e utilizada historicamente por ele para reduzir a diversidade política e étnica destes povos a uma mesmidade identificável pela semelhança física entre os membros destas populações.

Assim, respondendo ao problema principal proposto por este trabalho, os povos indígenas (seria melhor dizer “povos originários” - da tradução do inglês *first nations* - para dar a devida consideração à diversidade existente entre esses povos) são sociedades políticas cujo autogoverno sobre o território e sobre suas próprias vidas foi e continua a ser desarticulado tanto por processos de extinção física (desde o genocídio até a violência policial admitida como normal pela maioria da população) quanto de racialização, colonização, exclusão e assimilação de suas culturas às formas de vida dominantes.

Quando afirmamos que os povos originários são sociedades políticas, estamos utilizando o conceito de Kukathas (2003). Sociedades políticas são, em primeiro lugar, coletividades, coletividades que possuem um senso compartilhado (mas não pacífico, ressalte-se) do que é público e do que é privado, isto é, do que é do interesse de todos como corpo coletivo e o que é do interesse de cada membro individualmente considerado. A diferença entre a sociedade política e os demais tipos de sociedade é a de que a sociedade política faz uso da força para fazer valer suas decisões sobre assuntos de interesse geral.

Esta descrição se adequa muito mais aos critérios estabelecidos pela Convenção 169 da OIT para identificar os povos indígenas. Estes seriam aqueles que descendem de populações pré-colombianas e que mantêm, no todo ou em parte, as instituições políticas, econômicas, sociais e culturais (e não apenas culturais, ressalte-se) de seus antepassados.

A autoidentificação, desta forma, pode ser levada a sério como critério fundamental para a identificação destes povos. O Estado brasileiro não teria legitimidade, *a priori*, para estabelecer quem é indígena e quem deixa de sê-lo.

5 Considerações finais

Quem são os povos indígenas para fins da titularidade jurídica dos direitos diferenciados que a legislação nacional e internacional enuncia? Será que estes povos indígenas poderiam ser adequadamente descritos como uma raça? Se sim, em que sentido poderíamos usar o termo raça? Para chegar a uma resposta, analisamos a sentença do juiz federal Airton Portela no caso dos Borari-Arapium e conseguimos identificar, ao empregar a metodologia do *storytelling*, duas narrativas, uma dita e outra não-dita na sentença.

A primeira narrativa, a que demos o nome de extinção, estabelece que, se considerarmos o sentido biológico de raça, não existem mais indígenas Borari-Arapiuns. Todos estariam miscigenados e fariam parte de uma mesma comunidade política. Já para a narrativa da resistência, os grupos sociais continuam a ser racializados e continuam a ser submetidos a processos de branqueamento forçado, o qual retira continuamente a capacidade dos povos indígenas de se articular politicamente.

Chegamos à conclusão de que os povos indígenas são sociedades políticas que, para serem adequadamente respeitadas, precisam ter direito a diferentes níveis de autonomia política sobre suas terras e sobre suas próprias vidas, sob a pena de novas formas de colonização interna serem levadas a efeito.

6 Referências

BANTON, Michael. **Four Statements on The Race Question**. Paris: Unesco, 1969.

_____. **Racial Theories**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

- CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La poscolonialidade explicada a los niños**. Popayán, Cauca: Editorial Universidad del Cauca, 2005.
- DELGADO, Richard. Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative. In: **Michigan Law Review**, 1989.
- DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org.). **A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais–perspectivas latinoamericanas**, 2000, p. 55-70.
- KUKATHAS, Chandran. **The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- LAFER, Celso. **O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo**. Parecer. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2004.
- MILLS, Charles. **The Racial Contract**. New York: Cornell University Press, 1999.
- ROSS, Thomas. The Richmond Narratives. In: **Texas Law Review**, 1989.
- TELLES, Edward (org.). **Pigmentocracies. Ethnicity, race and color in Latin America**. Chapel Hill: The University of North Caroline Press, 2014.

Por um judiciário que aplique novos institutos baseados na liberdade: a extensão de penas alternativas

*Verena Holanda de Mendonça Alves*¹

Introdução

O problema da superlotação nos presídios, da violação da dignidade dos presos (em seus mais diversos sentidos) e da deturpação da finalidade das penas privativas de liberdade é uma realidade na atual conjuntura do sistema carcerário brasileiro.

O objetivo deste trabalho é apresentar uma medida extensiva das penas alternativas, já amplamente utilizadas no país, como uma forma de melhorar a situação grave em que se encontra o sistema carcerário nacional.

Destaca-se que o presente trabalho não visa utilizar-se das correntes criminológicas que criticam a ressocialização como finalidade da pena, tampouco busca resolver por completo a questão caótica em que o sistema carcerário se encontra.

Na busca pelos objetivos expostos, se analisa textos teóricos e dados práticos disponibilizados, principalmente, pelo Ministério da Justiça em

¹ Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde foi bolsista por colocação, frente aprovação em primeiro lugar na seleção de 02/2016. Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Pará - CESUPA. Professora da Faculdade Metropolitana da Amazônia - FAMAZ e do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Membro do grupo de pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos.

seu site, com a finalidade de observar a evolução das penas privativas de liberdade e restritivas de direito no Brasil, suas espécies e cabimentos, bem como a crise que o sistema vem passando como forma de embasar a necessidade de uma mudança da atual conjectura.

Por fim, tendo como base o fracasso do sistema de pena privativa de liberdade e as constantes metas atingidas pela pena alternativa, analisa-se a possibilidade de aplicar penas alternativas aos crimes de longa duração, contudo, sem violência, como forma de reduzir o contingente do sistema prisional brasileiro.

2 Evolução das penas privativas de liberdade e das penas alternativas

O 6º Congresso das Nações Unidas delegou ao Instituto do Extremo Oriente e da Ásia para a Prevenção do Delito e Tratamento de Delinquentes a obrigação de estudar a necessidade de buscar alternativas para as penas privativas de liberdade, cujos altíssimos índices de reincidência apontavam para uma urgente revisão. Desta forma, no 8º Congresso da ONU, em dezembro de 1990, foi aprovada a proposta conhecida como “Regras de Tóquio” ou Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, objetivando promover o emprego de medidas não privativas de liberdade, bem como formas mais eficazes de prevenir a criminalidade e tratar o delinquente.

Como via de desafogar o Judiciário comum das causas de pequena monta, a Lei n. 9.099, de 1995, criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual e acabou abrindo importante via alternativa de reparação consensual dos danos resultantes da infração.

Posteriormente, a Lei n. 9.714, de 1998, ampliou o rol de penas alternativas, de maneira que os condenados a até quatro anos de prisão pudessem ser contemplados, excluindo, todavia, aqueles condenados por crimes violentos.

A lei citada ao norte reformulou dispositivos do Código Penal, introduzindo mais duas penas restritivas de direitos – a prestação pecuniária e

a perda de bens e valores. Foi esta norma que definiu as penas alternativas hoje vigentes.

Em setembro de 2000, foi lançado o Programa Nacional de Apoio às Penas Alternativas pelo Ministério da Justiça, como diretriz do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CENAPA, tendo como objetivo realizar as ações necessárias para executar as penas alternativas no Brasil, sendo subordinada à Secretaria Nacional de Justiça.

Para que se estabelecessem tais centrais de apoio, era necessário que fossem feitos convênios entre os Estados junto aos Tribunais de Justiça e às respectivas Secretarias de Estados, com recursos fornecidos pelo Ministério da Justiça.

Em virtude de tais convênios, seria possível a constituição de uma estrutura física mínima, bem como a contratação de pessoal técnico especializado para que fosse feito o monitoramento adequado e fosse dado o efetivo cumprimento à medida imposta.

Em 2002, através da Portaria Ministerial 153/02, foi constituída a Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas, visando consolidar as medidas alternativas como política pública de repressão ao crime e ainda de legitimar tais penas.

Em maio do citado ano, nas cidades de São Paulo, Fortaleza, Manaus além do Distrito Federal, foi realizado o 1º Ciclo de Capacitação Regional sobre Monitoramento e Fiscalização de Penas e Medidas Alternativas, o que ajudou muito no debate e disseminação das formas e medidas de aplicações das penas alternativas.

Em seguida, em dezembro de 2002, através do convênio nº 068/2002, a Central Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas editou e publicou o Manual de Monitoramento das Penas Alternativas, que contém a metodologia de apoio técnico das Varas de Execução de Penas Alternativas e das Centrais de Apoio às Penas e Medidas Alternativas vinculadas às Varas de Execução Penal e aos Juizados Especiais Criminais. Neste documento, encontra-se descrito o processo de trabalho que deverá

ser despendido pela equipe de apoio técnico para auxiliar o Juízo da Execução e o Ministério Público na efetiva fiscalização do cumprimento da medida alternativa. Tal metodologia de apoio técnico, segundo o manual, consistiria em três módulos consecutivos de procedimento: a avaliação correspondente à análise do perfil do beneficiário e da entidade parceira; o encaminhamento correspondente ao procedimento técnico que asseguraria a relação formal entre o juízo da execução, o beneficiário e a entidade parceira; o acompanhamento que garantiria a fiscalização do fiel cumprimento da medida determinada.

Após ter sido aprovado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP e pela Comissão Nacional de Apoio as Penas e Medidas Alternativas, o Ministério da Justiça distribuiu o manual para todas as unidades da federação, visando à disseminação do conhecimento acerca da matéria.

Em 2003, o Ministério da Justiça passou a investir no fortalecimento do Programa Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas, que visava à identificação, à avaliação e ao fomento de boas práticas neste âmbito; o apoio técnico e financeiro aos judiciários e executivos estaduais para que produzissem melhorias no sistema de aplicação e fiscalização; e a produção e disseminação do conhecimento a respeito.

Ampliando o rol das possíveis medidas de substituição penal, surge a Lei 10.826, de 2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento.

Três anos após, em 2006, junto a Polícia Federal, ocorre a criação de um órgão executivo do Departamento Penitenciário: a Coordenação Nacional de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas, criação esta que ocorreu juntamente com a restauração do Departamento Penitenciário Nacional.

No Decreto n. 5.834, de 2006, podem-se encontrar algumas das funções da Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas, dentre elas, produzir e divulgar informações sobre a aplicação, execução e monitoramento das Penas Alternativas no Brasil, bem como analisar e realizar convênios para execução de serviços dentro desta

área de atuação e desenvolver políticas de fomento às penas e medidas alternativas nas unidades da federação.

Em agosto de 2006, é criada a Lei n. 11.434, de 2006, prevendo um sofisticado processo de monitoramento e ampliando as possibilidades da substituição da pena, ao estabelecer a previsão legal dos centros de reabilitação no processo de execução das penas alternativas, bem como a figura jurídica das equipes interdisciplinares.

Após, em setembro de 2006, ocorre a divulgação do Levantamento Nacional sobre Execução e Penas Alternativas, apontando dados referentes ao efetivo cumprimento das penas alternativas, bem como à caracterização socioeconômica dos indivíduos que tiveram as penas privativas de liberdade substituídas pelas restritivas de direitos.

Representando forte impacto sobre a ação das penas alternativas, foi lançado, em agosto de 2007, o Programa Nacional de Segurança com Cidadania (PRONASCI), que previu para a aplicação das penas alternativas o valor de R\$ 13.180 milhões.

Em 2008, os Estados Pará, Rio de Janeiro, Pernambuco, Espírito Santo, São Paulo e Bahia tiveram a geração de milhares de vagas em seu sistema prisional passíveis de aplicação das penas alternativas, com a estimulação dos Núcleos Avançados de Defesa do Preso Provisório.

Corroborar-se o entendimento de Evandro Lins e Silva (1991, p. 33), segundo o qual a prisão só pode ser aplicada em última hipótese, pois: “perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência...se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável”.

Adotado pelo Código Penal, o sistema de penas substitutivas comuta as penas privativas de liberdade e constituem toda e qualquer opção sancionatória oferecida pela legislação penal para evitar tal restrição de liberdade.

Cumprir destacar que, segundo o site do Ministério da Justiça², o Brasil conta com dezenove varas judiciais especializadas, complementadas por

² Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID_38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRNN.htm> Acessado em: 24 de fevereiro de 2012.

trezentas e seis estruturas montadas de monitoramento e fiscalização de penas e penas alternativas, dentre Núcleos e Centrais, formando o conjunto de equipamentos públicos existentes sobre o tema do país. Tais serviços envolvem instituições do sistema de justiça - Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública -, do Poder Executivo e entidades da Sociedade Civil Organizada; fundamentais à garantia do bom cumprimento das decisões judiciais, conforme demonstra o Relatório sobre Serviços Públicos de Penas e Medidas Alternativas existentes no Brasil.

Assim, percebe-se que as penas alternativas surgiram de uma necessidade social e histórica, bem como que estas já são uma realidade amplamente utilizada no território nacional e que devem ser estendidas, tendo em vista sua patente eficácia.

Em contraponto, em relação às penas privativas de liberdade, percebe-se que o problema da superlotação dos presídios, da reincidência e da estigmatização dos condenados continuam sendo premissas vigentes no país. Nas palavras de Edmundo Oliveira (1996, p. 16):

O grande lamento é que neste final de século a prisão continue a se apresentar como um espetáculo deprimente, atingindo além da pessoa do delinquente: orfana filho de pai vivo; enviua a esposa de marido cambalido; prejudica o credor do preso tornado insolvente; desadapta o encarcerado à sociedade; suscita graves conflitos sexuais; onera o Estado; amontoa seres humanos em jaulas sujas, úmidas, onde vegetam em olímpica promiscuidade.

Tamanhas dificuldades comprovam ser imprescindível a determinação de se levar a termo a execução penal, reservando a prisão para aquelas situações onde o infrator represente perigo concreto e contínuo à tranquilidade e constância social.

Retirando-se as previsões que se enquadram na hipótese ao norte citada, percebe-se que, em determinados casos, não há necessidade de uma pena qualitativamente tão severa à humanidade do condenado. Da mesma forma, tem que ser ponderado que em decorrência da gravidade da conduta contra determinado patrimônio, a mera punição com multa poderá não se mostra adequada. Devendo ser aplicada a pena que represente um

sentido educativo tanto para o indivíduo que cometeu o delito, como para toda a sociedade, bem como que não onere tanto os contribuintes.

A questão não se simplifica a redução das massas prisionais, uma vez que, como explana Edmundo Oliveira (1996, p. 8): *o esvaziamento dos cárceres não deve pagar o alto preço do afrouxamento da repressão.*

Compatibilizar o ideal de uma punição humana com a real e patente necessidade de coibir a ocorrência de novos delitos é tarefa necessária, porém árdua, encontrando como principal obstáculo o pensamento estigmatizado da sociedade de forma geral, que prefere ver o preso condenado a uma grande pena em um meio considerado como destruidor de personalidades, do que tê-lo colocado em um ambiente que realmente o reedueque e prepare-o para sua volta à mesma sociedade. Von Ihering (1997, p. 28) exemplifica o forte julgamento realizado pelo povo mediante a exposição de determinado acontecimento:

Está averiguado que não há juízes mais severos para os delitos do que os próprios camponeses, e ainda que pessoalmente não tenha a este respeito experiência alguma.

Tem que se ter em mente que a ideia mais acertada não é encarcerar a todos ou soltar todos, mas dar eficácia a um Direito Penal alternativo para seguir o princípio da intervenção mínima em determinadas situações, conforme explicita Edmundo Oliveira (1996, p. 12):

Ser inexistente para determinadas situações e para outras atuar com mais rigor, porém com gradação necessária, em apropriados momentos. A prisão deve ser sempre a última solução.

Não se pode olvidar que, em determinadas situações concretas, a necessidade de reforçar a função de prevenção geral atribuída ao sistema penal se destaca. Se para esses crimes mais graves não houver uma punição adequada, corre-se o risco da volta à lei de talião (“olho por olho, dente por dente”), sem qualquer controle de julgamento legal e adequado, o que não é o fim deste trabalho, nas palavras de Rudolf Von Ihering (1997, p.

X): *não preconizo por forma alguma a luta pelo direito em todas as contentas, mas somente aquelas em que o ataque ao direito implica conjuntamente um desprezo da pessoa.*

Neste sentido, sabendo valorar a pena na aplicação ideal ao infrator, o Direito Penal cresce na estrutura cultural de um povo, como regulador de condutas socialmente adequadas ou não, fortalecendo a fidelidade dos cidadãos às normas do país, bem como o exercício pleno e transparente do direito a cidadania e a dignidade da pessoa humana, com equilíbrio e autoridade responsável, sem prejudicar o bem estar público, haja vista que o sopesamento entre a conduta exercida e a penalidade aplicada é fundamental, conforme preconiza Rudolf Von Ihering (1997, p. 1): *A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.*

Tem que se considerar que o ato criminoso representa uma conduta desviada em relação aos padrões normais da conduta humana e das previsões normativas sociais. Nesse aspecto, é indispensável para as diretrizes de uma sólida política de saneamento social, ponderar os múltiplos caminhos nos domínios das penas, que podem ser cumpridas ao “ar livre” sem contrapor o milenar prognóstico de mera devolução à lesão sofrida.

Neste sentido, procura-se analisar a possibilidade de tais penas alternativas serem aplicadas de forma extensiva as penas de maior duração, não violentas, bem como o aprimoramento destas penas com métodos mais modernos e eficientes amplamente utilizados em outros países, da mesma forma que se busca pormenorizar a possibilidade de melhoramento dos órgãos responsáveis pela aplicação e supervisão destes institutos.

3 A relativização das penas privativas de liberdade de longa duração e a aplicação extensiva das penas alternativas como forma de melhorar a situação prisional brasileira

Por um tempo, principalmente no começo do século XIX, acreditou-se que a prisão realmente poderia configurar-se como meio idôneo e hábil para

punir e reeducar o indivíduo a ela condenado. Com o tempo, tal otimismo foi desaparecendo, frente à realidade que se mostrou reflexa a tal pena.

Atualmente, percebemos certa atitude pessimista sobre os resultados que possam ser adquiridos da prisão convencional. Nas palavras de Bittencourt (2012, p. 162):

A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão encontra-se em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Edmundo Oliveira explicita em seu livro *Política Criminal e Alternativas à Prisão* (1996, p. 3-32), a situação penitenciária brasileira e global, senão vejamos:

O abalo constante dos padrões de Justiça é revelado, por exemplo, na atual realidade penitenciária, tipicamente criminalizante, no contexto de um sistema arcaico propício para a internalização dos apodrecidos valores da vida carcerária, sempre a fomentar, dia a dia, malefícios que se propõe evitar.

Faz parte dessa problemática a imagem negativa que a população tem da Polícia, da Justiça e do Legislativo, quando nessas instituições o povo deveria encontrar os parceiros necessários e úteis à prática do respeito aos direitos humanos, com proteção eficaz e a prometida bem-aventurança.

Vamos chegar ao final do século XX sem que nenhum país possa mostrar com clareza que conseguiu resolver os problemas de prisão.

Sair da prisão é encontrar a possibilidade de abandonar um processo de morte.

As deficiências da prisão, as causas que originam ou evidenciam sua crise podem ser analisadas em seus mais variados aspectos, principalmente pelo prisma das consequências provocadas sobre aos encarcerados, tais como, perturbações psicológicas que produz, pelo problema sexual, pela subcultura carcerária, pelos efeitos negativos sobre a pessoa do condenado, sobre a superlotação, pela falta de preparo dos que nela trabalham, pela estigmatização pela sociedade sobre o cumpridor de uma pena em regime fechado, sobre a violência, o consumo de drogas, a falta de

higiene e a violação constante da dignidade da pessoa humana em seus mais variados aspectos.

Nas palavras de Bitencourt (2012, p.162-163), a fundamentação conceitual na qual a afirmação de ineficácia de pena privativa de liberdade se baseia, pode ser resumida em duas premissas:

A primeira é de que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a sociedade livre, transforma-se em um meio artificial, falso, que não permite qualquer ressocialização do recluso, haja vista que não se configura como a realidade que o preso deveria se preparar para encarar, pelo contrário, “ressocializa-o” para uma realidade interna carcerária violenta e opressora, que acaba sendo imprimida por este no momento em que é posto em liberdade. Configurando-se, assim, um grande paradoxo entre a ideia de ressocializar alguém fora do convívio social e da sociedade como um todo.

A segunda é que a maior parte das prisões do mundo encontra-se em condições materiais e humanas inalcançáveis ao objetivo reabilitador. Não se traz à baila da discussão a essência da prisão, mas se fundamenta nas condições reais em que esta se encontra e em que as pessoas condenadas são obrigadas a adentrar.

Há que se pensar, antes de tudo, no principal fator que gera boa parte dos problemas da instituição carcerária, qual seja: a superlotação dos presídios.

Em dezembro de 2011, o total de presos no sistema carcerário e na delegacia era de 514.582 (excetuando os mandados de prisão não cumpridos que, em 2010, versavam cerca de 350 mil), contudo, segundo o mesmo estudo, no país existem apenas 306.497 vagas para acomodar os encarcerados, segundo dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional no site do Ministério da Justiça³.

Destaca-se que, em uma pesquisa realizada no final de 2011, foi divulgado que um preso custa cerca de R\$21 mil reais por ano, ou seja, cerca

³ Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D> > Acessado em: 12 de agosto de 2012.

de R\$ 1.750,00 mensais ao estado, sendo esse valor superior ao custo de um aluno de escola pública⁴.

Antes de debater qualquer questão sobre a necessidade de construir mais presídios, a superlotação decorre do aumento exacerbado de demandas judiciais penais que são direcionados aos Juízes e Desembargadores desta área.

O que ocasionaria tal crescimento de lides judiciais? Certamente, devemos considerar que se houvesse políticas públicas que visassem à prevenção da criminalidade (não apenas a sua repressão), em conjunto com outras políticas de necessidades sociais, a diminuição da criminalidade seria uma consequência satisfatória, contudo, em longo prazo. Nas palavras de Garapon (1996, p. 97):

A opção pelo direito penal assinala um duplo fracasso: o das regulações sociais intermediárias, como a família, a comunidade ou o trabalho; e o das soluções, a justiça penal continuando a manter a prisão como um dos seus dispositivos centrais – basta constatar o aumento contínuo e incontrolável do número de detentos em todas as democracias, para que fiquemos convencidos.

Porém, observamos, nos padrões da atual sociedade, que os partidos políticos responsáveis pela representação popular, perderam sua função cívica, se tornando meros angariadores de sufrágio. Neste sentido, políticas públicas de longo prazo não são interessantes para estes, haja vista que os eleitos possuem apenas em média de quatro anos para convencer a população de seu crédito para as próximas eleições.

Frente à falta de políticas públicas, tanto na esfera criminal como na social, ocorre o abandono da população, o aumento da criminalidade e o consequente crescimento das demandas judiciais, haja vista que, uma vez instaurado um processo judicial, o Juiz não pode se negar de julgar a demanda, salvo por situações de impedimento ou suspensão em que serão redistribuídas para outro magistrado, sendo julgadas de qualquer forma.

⁴ Disponível em :<<http://oglobo.globo.com/educacao/brasil-gasta-com-presos-quase-triplo-do-custo-por-aluno-3283167>> Acessado em: 10 de agosto de 2012.

Garapon (1999, p. 122) cita Raynaud (1995, p. 25) explicando que:

O Juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia.

O fato apontado culmina na verdadeira ofensa diária aos direitos fundamentais do cidadão. Sobre o tema, François Ewald exemplifica perfeitamente a questão ao atestar que: “quanto menos o direito for assegurado, mais a sociedade é forçada a tornar-se jurídica”.

Percebe-se que a justiça acaba reintroduzindo *a posteriori*, as intervenções que deveriam ter sido realizadas *a priori*, ou seja, que a demanda na justiça é fruto do desamparo da política, o que acaba diretamente incidindo no aumento dos processos judiciais e, conseqüentemente, no acréscimo da população carcerária. Garapon (1996, p. 28) explica a situação:

Pior, essa “judicialização” acaba por impor uma versão penal a qualquer relação [...] essa linguagem jurídica simplista, enraizando-se numa lógica sacrificial que acreditávamos definitivamente controlada, tem como consequência aumentar o número de detentos em proporções inquietantes.

Paul Ricoeur ao escrever o prefácio do livro de Garapon (1996, p.16), muito bem descreve a ideia do autor ao explicar que:

Quem sai perdendo é o próprio sujeito em sua dupla capacidade de réu e de cidadão. O verdadeiro paradoxo dessa situação, tanto política quanto judiciária, é que a responsabilidade representa simultaneamente o postulado de qualquer defesa da democracia e, com força contrária, de qualquer barreira da juridicalização crescente, e o objetivo perseguido por todo e qualquer empreendimento visando à reconquista dos laços sociais. [...] Ainda por, o judiciário é empurrado para a linha de frente por instituições políticas em vias de decomposição.

Percebe-se que o juiz acaba responsável pela reabilitação de uma instância política da qual ele deveria ter a função de garantidor. Nas palavras de Garapon (1996, p. 24):

Na pessoa do Juiz, a sociedade não busca mais a função de árbitro ou jurista, mas igualmente de conciliador, pacificador das relações sociais, e até mesmo animador de uma política pública, como, por exemplo, a de prevenção da delinquência.

O judiciário acaba adotando uma função de único salvador frente o panorama de provável implosão da sociedade, tendo em vista o aumento da população nacional e a complexidade cada vez maior de suas relações sociais.

Com todo o exposto, percebe-se o enfraquecimento do Estado, o aumento da delinquência, a superlotação das carceragens e a ofensa constante aos ideais democráticos, nas palavras de Garapon (1996, p. 26):

Esse aumento do poder de justiça esconde dois fenômenos aparentemente muito diferentes – e até contraditórios – cujos efeitos convergem e se reforçam: de um lado, o enfraquecimento do Estado, sob pressão imediatista do mercado; e, de outro, o desmoranamento simbólico do homem e da sociedade democráticos.

Percebe-se que o problema basilar é a falta de políticas públicas que acaba gerando um dos maiores problemas no sistema carcerário nacional, causador de inúmeras dificuldades, a superlotação dos presídios. As celas são pequenas e abrigam um contingente de pessoas maior do que a sua capacidade (conforme demonstrado, existe um *déficit* de 208.085 vagas).

Prestes a assumir a presidência do Supremo Tribunal Federal, o ministro aposentado Cezar Peluso, afirmou que “O sistema prisional brasileiro está próximo da falência total”⁵. Não há estrutura suficiente para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja respeitado, tampouco para que a pena atinja seu fim precípua que é a recuperação do condenado com a reinserção do mesmo na sociedade.

⁵ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/cezar-peluso-que-assumira-presidencia-do-stf-diz-que-sistema-prisional-esta-perto-da-falencia-3022641>> Acessado em: 10 de agosto de 2012.

De fato, as deficiências prisionais são inúmeras, apresentando-se desde casos de maus-tratos verbais que os condenados têm de passar, escutando insultos decorrentes da sua situação teoricamente submissa até grosserias e ofensas pessoais à sua raça, etnia ou a membros de sua família. Da mesma forma, ocorrem insultos de fato, como castigos sádicos, crueldades sem justificativa legal ou embasamento jurídico, por motivos que certamente não seriam evidenciados em um processo com garantias e prerrogativas legais de todo o ser humano.

Segundo a Lei de Execução Penal de 1984, em seus artigos 12 e 14, o preso ou internado, terá assistência material, em se tratando de higiene, as instalações higiênicas e acesso a atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Mas a realidade, hoje em dia, não é bem assim.

A falta de higiene nas instalações penitenciárias é patente, desde os dormitórios até as cozinhas. Podendo-se facilmente encontrar insetos, parasitas, sujeiras em geral e diversos focos de contaminação e bactérias aos quais os presos são expostos constantemente no ambiente em que dormem até o local onde se alimentam, frente, principalmente, a falta de ar e grande umidade das instalações.

Não há qualquer privacidade entre os ocupantes da mesma cela, haja vista que permanecem no mesmo quarto, o dobro ou até triplo de pessoas que ali deveriam ficar, dividindo, assim, as camas e o banheiro que, na maioria dos presídios brasileiros, é um buraco no chão sem qualquer cobertura ou tapume separando, o que gera odores nauseabundos em toda a acomodação.

Neste sentido, Coelho definiu muito bem a realidade do sistema prisional brasileiro (2003, p.1):

A nossa realidade é arcaica, os estabelecimentos prisionais, na sua grande maioria, representam para os reclusos um verdadeiro inferno em vida, onde o preso se amontoa a outros em celas (seria melhor dizer em jaulas) sujas, úmidas, anti-higiênicas e superlotadas, de tal forma que, em não raros exemplos, o preso deve dormir sentando, enquanto outros revezam em pé.

A instituição acaba anulando completamente a privacidade do encarcerado, uma vez que, durante o processo de internação, todos os pertences pessoais são recolhidos e registrados. Além de perder seus bens pessoais, o preso nunca está só, verificando-se essa condição que até nos momentos reservados a satisfazer suas necessidades fisiológicas, com dormitórios abarrotados e banheiros completamente abertos.

A precariedade atinge a alimentação e as condições de higiene, onde os encarcerados acabam expostos a todos os tipos de doenças, haja vista que presos com problemas de pele ou com doenças contagiosas convivem no mesmo espaço apertado com os demais presos. Além disso, são verificados problemas como muitas infiltrações, lâmpadas sem funcionar, fiação exposta, quartos escuros, beliches para poucos e colchões insuficientes. Conforme explicita Fátima Souza em seu artigo “Como funcionam as prisões”⁶:

Nos pátios, sem nada para fazer os detentos, andam de um lado para o outro durante horas. Alguns fumam maconha, outros falam ao celular. As paredes do pátio, descascadas e úmidas cheiram a bolor. Nas celas, também úmidas, as paredes são cobertas com fotos da namorada, da mulher ou de garotas nuas de revistas masculinas. São espaços pequenos onde fios descascados e goteiras são comuns porque a manutenção é raríssima. A “cama” em geral é feita de cimento e um colchão de cerca de 5 centímetros de espessura é colocado sobre ela. [...] Nos fins de semana, os presos ficam felizes não só por causa das visitas, mas por que elas trazem os “jumbos” (sacolas com alimentos) que os ajudam a passar uma semana melhor porque a comida do presídio é insuficiente e muitas vezes, por ficarem estocadas em áreas quase sempre sujas, chegam infestadas de insetos, baratas e excremento de ratos. As visitas também trazem roupas limpas. Há cadeias no Brasil onde os governos não oferecem sequer uniformes, embora por lei o detento tenha direito a vestuário. Num canto da cela, num quadrado de no máximo um metro quadrado fica o banheiro, (chamado de “boi” na gíria dos presos) a ser compartilhado por todos os ocupantes do “x” (é assim que os presos se referem a suas celas). A pequena privada não tem descarga e o cheiro no ambiente é forte. Um cano de água que sai da parede é o “chuveiro”, sempre frio. Não há água quente nas

⁶ Disponível em: <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/prisoes5.htm>> Acessado em: 15 de agosto de 2012.

celas nem mesmo no inverno. O sabonete e a pasta dental que utilizam são trazidos pela família porque o Estado não fornece este tipo de regalia. No verão, o maior problema é a noite quando eles tem que se recolher as suas celas. O calor insuportável, o cheiro de suor de, às vezes, até vinte e cinco homens, dificulta o sono. Além disso não há espaço físico para todos e é necessário fazer um revezamento na hora de dormir. Então alguns dormem e outros ficam acordados, em pé. Passadas algumas horas os que estavam em pé acordam os companheiros que se levantam para que eles se deitem e durmam.

O Estado é obrigado a dar três alimentações por dia aos presos. Segundo atesta Virginia Camargo, em seu artigo sobre a realidade do sistema prisional⁷ que nos presídios onde a cozinha ainda está em atividade, estas se apresentam, como as demais partes dos estabelecimentos, velhas e sem manutenção, sem as mínimas condições de higiene, onde até as áreas destinadas ao estoque de mantimentos são geralmente sujas, servindo como lugar de moradia de ratos e insetos.

A deficiência nos serviços médicos e na assistência psiquiátrica também é patente, uma vez que, na maioria das carceragens brasileiras, estas práticas inexistem ou, se existirem, são apenas por poucos dias da semana e de forma precária, sem instrumentos suficientes para a população ali enclausurada e sem profissionais suficientes para atender a demanda.

Sobre a realização de trabalhos, nota-se que esta também é uma política deficiente, haja vista que se podem constituir na verdadeira exploração de uns detentos e o completo ócio de outros.

A corrupção de alguns funcionários penitenciários acaba encontrando ligação direta com o consumo de drogas dentro das penitenciárias, uma vez que estes muitas vezes traficam as drogas até os presos. Bem como, encontra forte ligação com favorecimentos pessoais que acabam colocando certos presos em situação de proteção e favorecimento em detrimento dos outros.

⁷ Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2971/Realidade-do-sistema-prisional> >. Acessado em: 13 mar. 2011.

A questão dos carcereiros. Roberto Lyra (1988, p. 67) define bem a relação preso-carcereiro:

Pela Constituição Federal, o juiz não pode aplicar a pena, ainda pecuniária ou acessória, que lei anterior não cominou, mas o carcereiro (ou seu substituto) cria, aplica e executa penas ou agrava-as extremamente; inuma homens em solitárias (prisão dentro da prisão); condena-os à fome e à sede, priva-os de visitas e também de correspondência; confisca-lhes, indiretamente, o pecúlio e o salário; explora seu trabalho; isola-os em ilhas; concentra, em instantes de castigo, a perpetuidade da dor, da revolta e da vergonha. A Constituição proíbe que a pena passe da pessoa do criminoso. Entretanto, a família dele, a mais das vítimas, sofre todas as humilhações até a perdição e a miséria. O Poder Executivo, por meio do carcereiro e de seus subordinados, como que irroga penas, de plano e secretamente, ofendendo, mais que os direitos constitucionais, os direitos Humanos.

A violência ocorrida na prisão passa as barreiras de apenas entre os internos e, algumas vezes, vai até a pessoa dos carcereiros que tratam os encarcerados como seres humanos de menor classe. Segundo explicita Moraes (2005, p. 94):

‘Eu acho que eles merecem o que têm. Minha vida nunca foi fácil, quase passei fome e não virei bandido. Por isso é que não tenho pena.’ Essa frase revela uma segunda posição, a saber, a origem comum e a necessidade de distanciamento moral entre o agente penitenciário e o preso. Esta frase foi nos dita no final de alguns questionamentos sobre a vida na prisão e ad violências físicas que os presos podem vir a sofrer, tanto entre os próprios presos quanto dos agentes penitenciários em relação aos presos.

Além daqueles que se sentem superiores aos presos e acabam tratando-os com mais crueldade, há, também, aqueles que acabam por se misturar com os detentos, tendendo ao cometimento de atos ilícitos para auxiliar os encarcerados no cometimento de outros delitos, sempre com uma contraprestação pecuniária. Na lição de Moraes (2005, p. 103):

É impossível, a despeito de todos os riscos, físicos, morais ou psíquicos, bem como das proibições da instituição, não ‘se misturar’, porque as fronteiras entre presos e agentes penitenciários são frágeis ou movediças, seja para controlar os presos, seja porque simplesmente são parte dos processos de interação presentes em toda e qualquer instituição ou espaço social. Quando a ‘misturar’ propicia ir ‘pro lado errado’, que é apontado, por vezes, como uma ‘tentação’, o agente penitenciário pode invocar o mesmo argumento frequentemente utilizado e, que certamente possui sua carga de verdade: de que ele também é passível de ser ‘vítima’ da sociedade e constitutivo da profecia autocumprida, que já atingiu os presos que ele vigia e pune.

Da mesma forma, tal corrupção também se enlaça com as comuns noticiais da mídia que denunciam o uso de aparelhos telefônicos de dentro das instituições penitenciárias, fazendo com que presos traficantes continuem mantendo e administrando o crime pelo qual foram presos.

Um dos dados mais comumente trazidos a análise, quando se fala da falência do sistema prisional, é o índice de reincidência dos condenados, quando colocados em liberdade. Bitencourt (2012, p. 169) explica:

As estatísticas de diferentes países são pouco animadoras, tal como refletem as seguintes: nos Estados Unidos as cifras de reincidência oscilam entre 40 e 80% [...]. Na Espanha, o percentual médio de reincidência [...] foi de 60,3%. Na Costa Rica, mais recentemente, foi encontrado o percentual de 48% de reincidência.

Nos países latino-americanos, não há dados atualizados quanto à reincidência dos condenados, restando apenas na verificação judiciária de que a maioria dos condenados já possui histórico criminal. Percebe-se, assim, que o sistema penitenciário serve apenas para reforçar os valores negativos e implantar novos, ainda piores, na cabeça dos condenados.

Além do exposto, muitos doutrinadores (Valdés, 1981; Beristain, 1977) sustentam o argumentos de que a falência da prisão é configurada, principalmente, por seu efeito criminógeno.

Para estes autores, a pena de prisão ao invés de diminuir a violência, acaba estimulando-a, de forma que o condenado quando inserido no sistema penitenciário, no lugar de aprender a viver em sociedade, acaba

aprendendo vícios e degradando-se ao fim de conseguir sobreviver naquela “sociedade” desajustada em que foi colocado. Neste sentido, acaba saindo da prisão pior do que quando ali adentrou.

Segundo cita Ricardo Sidi na indicação nº 049/2010 da OAB, Hibber ilustra o exposto:

Fui enviado para uma instituição para jovens com a idade de 15 anos e saí dali com 16 convertido em um bom ladrão de bolsos – confessou um criminoso comum. Aos 16, fui enviado a um reformatório como batedor de carteiras e saí como ladrão... Como ladrão fui enviado a uma instituição total onde adquiri todas as características de um delinquente profissional, praticando desde então todo o tipo de delitos que praticam os criminosos e fico esperando que a minha vida acabe como a de um criminoso.

Um dos problemas mais graves na reclusão do preso ao cárcere é a necessidade deste de se adaptar àquele meio nefasto, visando sua própria sobrevivência, conforme explica Bitencourt (2012, p.166):

Um dos problemas mais graves que a reclusão produz é que a prisão, por sua própria natureza, é um lugar onde se dissimula e se mente. O costume de mentir cria um automatismo de astúcia e dissimulação que origina os delitos penitenciários [...]. A prisão, com sua disciplina necessária, mas nem sempre bem empregada, cria uma delinquência capaz de aprofundar no recluso suas tendências criminosas. Sob o ponto de vista social, a vida que se desenvolve em uma instituição total facilita a aparição de [...] estruturação definitiva do amadurecimento criminoso.

Neste sentido, percebe-se que a aprendizagem do crime e a formação de associações delitivas acabam se configurando como consequências do ambiente penitenciário em que são colocados.

Goffman (1973, p. 17-18) afirma que a prisão, em sua natureza fundamental, constitui-se como uma instituição total, posto que absorve todo o tempo e interesse de seus membros, proporcionando-lhes, de certa forma, um mundo particular. A tendência absorvente e totalizadora pode

ser facilmente comprovada pela clara existência de obstáculos para possíveis fugas, opõe-se a interação social com o exterior e a ressocialização adequada para a volta do indivíduo ao convívio social.

Neste sentido é válido tecer uma crítica aos métodos utilizados pela prisão para ressocializar o indivíduo, haja vista se configurarem em uma verdadeira antítese da realidade de uma sociedade livre a qual o preso deveria ser acostumado a conviver para que a ressocialização queda-se efetiva. O ambiente carcerário acaba sendo um meio artificial em que os presos são preparados para encarar novamente a sociedade, contudo, a didática que lhes é apresentada no interior das grades é bem diferente daquela fora dos muros.

Percebe-se que de fato ocorre uma espécie de ressocialização, contudo voltada para a realidade nefasta e desumana dos presídios, não para externa social. Motivo pelo qual, comumente se escuta a afirmação de que os presos, quando encarcerados, acabam saindo dos presídios piores do que quando ali adentraram.

Esta forma de instituição total acaba ocasionando um antagonismo ainda mais acentuado entre os internos e a sociedade livre. A figura do expressidiário acaba sendo mistificada como uma pessoa cruel e indigna de confiança. Da mesma forma que o preso vê a sociedade pessoas egoístas e mesquinhas. Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 173):

A barreira que as instituições totais levantam entre os internos e a sociedade exterior representa a primeira mutilação. Desde o momento em que a pessoa é separada da sociedade, também é despojada da função que nela cumpria. [...] Isso implica na coisificação da pessoa [...]. Esse procedimento leva a uma nova despersonalização e à depreciação do ego.

Sobre o tema, Donald Clemer (1958, p. 511) realizou um estudo bem completo da prisão, apontando que as peculiaridades do ambiente em que os condenados são colocados, acabam cumulando no nascimento de um sentimento chamado de *consciência coletiva*, ou seja, estes são dominados por valores que contradizem os que a maioria social considera como legítimos. Tal sentimento acaba separando ainda mais o condenado da

sociedade fora do sistema carcerário, Muñoz Conde (1985, p. 100) explica que: “essa consciência coletiva define um sentimento antagônico em relação à comunidade livre”.

A sub-sociedade criada dentro do sistema penitenciário, segundo Bitencourt (2012, p. 177-178), acaba tendo como valor dominante a posse do poder essencialmente coercitivo. Todos os valores que decorrem do uso deste poder configuram-se como enorme antagonismo com os valores da sociedade livre.

Na sociedade carcerária surgem verdadeiros grupos, configurando-se como uma hierarquia interna. Segundo Bitencourt (2012, p. 180), aquele tido como líder, normalmente é o indivíduo condenado pelo crime mais cruel e que, conseqüentemente, possui mais tempo a ser cumprido no sistema penitenciário, podendo, este, normalmente apresentar problemas sexuais ou até mesmo algum tipo de psicopatia.

Fato é que, no atual sistema penitenciário nacional, tal hierarquia só se efetiva frente à completa falta de divisão administrativa que as prisões possuem. Explica-se pelo fato de que, se estes condenados a crimes violentos estivessem separados daqueles autores de crimes menores e sem ameaça a vida, certamente, a hierarquia existente e a própria consciência coletiva não abrangeriam o grande número de presos que abarca.

Os presos primários são misturados com outros reincidentes, os presos que praticaram delitos leves são misturados com presos de alta periculosidade. Nas palavras de Fátima Souza em seu artigo nominado “Como funcionam as prisões”⁸:

Como não há separação de tipos de criminosos nem do tempo de pena convivem juntos os que praticaram crimes graves e com longas condenações e os “iniciantes” com condenações menores. Obviamente, isto acaba se tornando um problema. Diz um ditado popular que a ‘melhor escola do crime é a cadeia’ porque presos que são novatos que ainda não sabem de todos os “macetes” dos mais ‘experientes’ acabam aprendendo. Doutor e mestre em Direito Penal e Secretário-Geral do Ipan (Instituto Panamericano de Política Criminal) Luiz

⁸ Disponível em : < <http://pessoas.hsw.uol.com.br/prisoess.htm> > Acessado em: 14 de novembro de 2012.

Flávio Gomes argumenta que: a prisão sempre foi uma ‘indústria’ porque ela é a grande responsável pela reprodução do delito. É dentro dos presídios que a grande maioria dos delinqüentes aprimoram sua ‘carreira criminal’.

Tal sub-cultura carcerária é tão forte, que os detentos chegam a criar um próprio *código do recluso*. Este implica na determinação de certas regras internas e suas devidas punições. Nas palavras de Muños Conde (1987, p. 101):

A principal expressão do sistema não formal é o código do recluso, cujas idéias fundamentais reduzem-se a não cooperação com os funcionários em termos disciplinares e a nunca facilitar informação que possa prejudicar um companheiro. Existe, complementarmente, um princípio de completa lealdade entre os presidiários. Pode-se falar, portanto, de uma máfia carcerária que se rege por suas próprias leis e que impõe sanções aos que as descumprem.

A influência do citado código, costuma ser tão patente que acaba propiciando aos condenados de maior hierarquia, mais controle sobre a penitenciária, do que as próprias autoridades. Nesse sentido, todo novo recluso aprende, para sua própria sobrevivência, a respeitar tais instruções.

Destaca-se, ainda, a constatação de Bitencourt (2012, p. 187):

Das instituições existentes, como hospitais psiquiátricos, internatos escolares, mosteiros, quartéis militares etc., somente na prisão se pode encontrar um corpo de normas *sui generis* como o código do recluso.

Em conjunto com todo o exposto surge, ainda, o fenômeno da prisionalização, ou seja, a forma como a cultura carcerária é absorvida pelos internos. Tal fenômeno é constantemente comparado ao que a sociologia chama de processo de socialização e assimilação. Estes constituem a maneira como o indivíduo é apresentado a um modelo de comportamento e como este o assimila e o compartilha.

Guardada as devidas proporções, o novo recluso é submetido a um processo de aprendizagem que lhe permitirá integrar a cultura carcerária e sobreviver nesta.

Como exposto, a prisionalização acaba sendo um processo criminológico que leva a uma meta oposta à que se pretende obter com a prisão, qual seja, seu objetivo ressocializador para a volta do indivíduo à sociedade externa. Na lição de Muñoz Conde (1987, p. 73):

O recluso adapta-se às formas de vida, usos e costumes impostos pelos próprios internos no estabelecimento penitenciário, porque não tem outra alternativa. Adota, por exemplo, uma nova forma de linguagem [...]. A prisionalização, enfim, tem efeitos negativos à ressocialização que o tratamento dificilmente poderá evitar.

O processo citado inicia-se logo que o recluso adentra no sistema penitenciário, de forma que, mesmo que este prefira manter-se à margem, sofrerá as influências do aprendizado dos valores e normas da sociedade carcerária e terá que absorve-las se desejar sobreviver neste sistema.

Ante o enfrentamento desta nova cultura em que os presos são colocados, grande é o número de transtornos psíquicos produzidos, principalmente, pela desumanidade do regime celular, a ausência de verdadeiras relações humanas, a precária ou inexistente ocupação laboral, o trato frio e autoritário dos agentes prisionais, bem a como a presença constante da violência e do temor, fatores que acabam violentando o estado emocional dos encarcerados.

Percebe-se que os transtornos psicológicos registrados na prisão são, de certa forma, inevitáveis frente à realidade ali imposta. Sendo paradoxal, novamente, tal realidade fática com a ideia ressocializadora do instituto prisional. Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 177): “é impossível admitir a possibilidade de ressocialização do recluso, coma existência de um sub-sistema social que contradiz totalmente os propósitos ressocializadores”.

Além dos problemas citados, a violência interna é onipresente, tanto da forma psicológica, haja vista que o ambiente, por si só, já é carregado e opressor, nas palavras de Moraes (2005, p. 107) :

Nessas instituições ‘o mal está no ar’. Disse-nos um agente penitenciário: ‘a gente entra aqui até bem e sai como se tivesse um elefante em cima. Isto porque a maldade aqui é muito grande. Não é por causa destes ou daqueles presos, deste ou daquele agente. É que nem uma nuvem que fica em cima de todo mundo, que desce na gente, que abafa a gente’. Tal descrição de que ‘algo leve como as nuvens’ possa descer em função do ‘peso da maldade’, contagiar e ‘abafar’ à maneira de vapores sufocantes – e continuar ‘pesando’ e ‘abafando’ quando se vai embora -, é espetacular como metáfora do contágio moral.

Resumidamente, Bitencourt (2012, 175-176) cita a lição de Lloyd W. McCorkle e Richard Korn (1964), que registraram as principais características do sistema prisional, qual sejam:

- 1) Não há como fugir do sistema. O recluso encontra-se não só fisicamente encerrado, impedido de sair, como também se encontra preso a um contexto de comportamentos e usos sociais dos quais também não pode fugir.
- 2) Trata-se de um sistema extremamente rígido, onde a mobilidade vertical é muito difícil. As causas dessa imobilidade são de natureza múltipla.
- 3) O número de papéis que o indivíduo pode desempenhar é limitadíssimo, e, depois de assumi-los, a tendência é mantê-los, especialmente quando representam os níveis mais baixos, mediante forte pressão do grupo.
- 4) As possibilidades que o indivíduo tem para selecionar seu papel são muito limitadas e condicionadas.
- 5) Desde o momento em que a pessoa ingressa na instituição, é submetida a influência do sistema social interno.

Nas palavras de Bitencourt (2012, p.179):

Os objetivos ressocializadores são totalmente contrariados pela escala de valores que caracteriza o sistema social do recluso. Esse é outro motivo que nos autoriza a considerar a prisão ambiente inadequado para conseguir a ressocialização do recluso, além de converter-se em meio eficaz para a manutenção dos valores típicos da conduta desviada.

Nesse contexto, as rebeliões que tem acontecido em todos os países, com tamanha frequência, já fazem parte do dia a dia e é o resultado da caótica realidade do sistema penitenciário. A reivindicação mais comum é a de melhores condições nos estabelecimentos prisionais. Foucault (2004,

p. 107-108), nos mostra que as causas das rebeliões, não diferem das nossas atuais:

Nos últimos anos, houve revoltas em prisões em muitos lugares do mundo. Os objetivos que tinham suas palavras de ordem, seu desenrolar tinham certamente qualquer coisa paradoxal. Eram revoltas contra toda miséria física que dura há mais de um século: contra o frio, contra a sufocação e o excesso de população, contra as paredes velhas, contra a fome, contra os golpes. Mas também revoltas contra as prisões-modelos, contra os tranquilizantes, contra o isolamento, contra o serviço médico ou educativo. Revoltas cujos objetivos eram só materiais? Revoltas contraditórias contra a decadência, e ao mesmo tempo contra o conforto; contra os guardas, e ao mesmo tempo contra os psiquiatras? De fato, tratava-se realmente de corpos e de coisas materiais em todos esses movimentos: como se trata disso nos inúmeros discursos que a prisão tem produzido desde o começo do século XIX. O que provocou esses discursos e essas revoltas, essas lembranças e invectivas foram realmente essas pequenas, essas ínfimas coisas materiais.

Outra questão importante que deve ser combatido pelo Estado é a mentalidade disseminada na população nacional, que acaba marginalizando a pessoa que cumpriu qualquer tipo de pena privativa de liberdade, indo de encontro com a crença de Foucault de que não pode haver punição generalizada.

A sociedade, de forma geral, acaba se preocupando com o imediato de que o preso merece ser condenado a uma pena degradante pelo crime cometido, contudo, aparentemente esquece que, com as vias existentes no processo penal nacional, o preso acaba voltando ao convívio social com toda a “bagagem” que trouxe dos anos que ficou retido no sistema carcerário. Nas palavras de Durkheim (1993, p. 120):

Quando reclamamos a repressão do crime, não é que queiramos pessoalmente vingar, mas é qualquer coisa de sagrado que sentimos mais ou menos confusamente acima de nós [...] é que os atos que ele castiga parecem ser atentados contra qualquer coisa de transcendente, ser ou conceito. [...] Esta representação é ilusória; num certo sentido somos bem nós que nos vingamos, nós é que nos satisfazemos [...]. Mas essa ilusão é necessária.

Aparentemente, não se considera mais que o indivíduo condenado não perde sua condição de cidadão e possuidor de dignidade. Pelo contrário, a sua manutenção passa a ser obrigatória pelo Estado, haja vista que no momento em que este coloca alguém sobre sua tutela, no caso do cárcere, passa a ser responsável objetivamente nos casos em que ocorra alguma violação ao direito do detento.

A jurisprudência brasileira admite a responsabilidade estatal pelos danos causados aos indivíduos que compõem o sistema penitenciário. Aplicando a teoria do risco administrativo, exige-se apenas a demonstração do nexo de causalidade entre o dano ocorrido e a atuação (ou omissão) da administração pública.

Virdal Senna atesta em seu artigo⁹ que o Brasil possui um dos maiores sistemas prisional do planeta e são notórias as condições cruéis e desumanas de cumprimento de pena em nosso país. As condições sanitárias são vergonhosas e as condições de cumprimento da pena beiram a barbárie.

Ante o exposto, percebe-se que a aplicação das penas privativas de liberdade não alcança o fim precípua de ressocializar o indivíduo, pelo contrário, alimentam um sistema falido e antidemocrático.

É cediço que a legislação deve se adequar aos anseios sociais, visando coibir o engessamento constitucional, suprir as expectativas sociais e satisfazer suas relações cada vez mais complexas. Neste sentido, percebe-se a necessidade de que seja dado novo significado à pena privativa de liberdade, analisando cada caso e aplicando à medida que for mais adequada visando à plena socialização do condenado.

A pena privativa de liberdade encontra-se tão desacreditada frente às situações expostas, que a sua finalidade precípua, simplesmente, perdeu sua razão de ser, assemelhando-se, muito mais, a materialização de uma espécie de vingança coletiva, do que uma ressocialização eficaz. Denise de Roure (1998) assim tratou o tema:

⁹ Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/4242/1/Sistema-Prisional/pagina1.html> >. Acessado em: 13 mar. 2011.

Falar em reabilitação é quase que falar em fantasia, pois hoje é fato comprovado que as penitenciárias em vez de recuperar os presos os tornam piores e menos propensos a se reintegrarem para o setor social.

Na maior parte das prisões do mundo, as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador. Baseada em um discurso falacioso de conservação social que almeja garantir segurança à comunidade e impedir a vingança privada, mas que, na verdade, incita o aprimoramento da prática criminosa e a proliferação da violência, juntando a dor do crime com a dor da pena. Acaba ocasionando sequelas flagelantes não só para o apenado, mas transcende a toda sociedade.

Em uma visão extremamente realista e desacreditada da pena de prisão, Foucault (2000, p. 208 e 244) declara que: “a prisão não fracassou, pois cumpriu o objetivo a que se propunha: estigmatizar, segregar e separar os delinquentes”.

É forçoso desconstituir a fantasia da pena de prisão, acabando com o anseio de represália e ódio do inconsciente coletivo, orientado a avistar o preso como o indigno de confiança, sem perceber, contudo, que tal estigmatização só se voltará contra a própria comunidade no momento em que o condenado for solto.

Em detrimento dos princípios constitucionais inerentes a todo o cidadão e o fim precípua de ressocialização do indivíduo que cometeu um delito, não de sua punição sem finalidade, percebe-se que o regime aplicado nas condições de privativa de liberdade devem ser revistos.

Mostra-se de extrema necessidade a adoção de uma política criminal envolvida no respeito dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, a pena de prisão deve ser reservada àqueles mínimos casos em que é indubitavelmente necessária, devendo ser utilizada como último recurso.

Para tanto, entende-se que o primeiro passo seria a relativização da pena privativa de liberdade, substituindo-a por penas alternativas que efetivamente reabilitem o indivíduo para a volta do seu convívio social, nos casos em que, apesar de o delinquente ser condenado a penas consideradas como de longa duração, o crime cometido em si não constitua risco a sociedade, pela falta de violência e ameaça à pessoa empregada.

A favor da dita relativização da pena privativa de liberdade, argumenta-se a partir de quatro princípios, a saber: o da proporcionalidade, o da legalidade, e o da instrumentalidade e o da dignidade da pessoa humana.

É certo que se reafirme que, contemporaneamente, cada vez mais o processo vem tomando dimensões instrumentais, somente carregando sentido quando o julgamento estiver baseado nos ideais de justiça e adequado à realidade da sociedade.

Quanto ao princípio da legalidade, afirma-se que, como o poder do Estado deve ser exercido nos limites da lei, não é possível pretender conferir a aplicação da pena privativa de liberdade caráter absoluto, frente às patentes violações as quais os presos são inseridos, estas completamente alheias aos preceitos constitucionais inerentes a todos os seres humanos, positivados na Carta Magna, devendo ser aplicada em casos excepcionais em que o delinquente realmente apresente risco à sociedade.

Percebe-se que, frente uma determinada situação concreta, no momento em que uma previsão do Código Penal apresenta-se como verdadeira ofensa aos preceitos instituídos na Constituição Federal, esta não deve prevalecer em absoluto, quedando necessária à sua relativização.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, sustenta-se que para a aplicação da pena privativa de liberdade, o julgador deve utilizar-se do ato de sopesar no momento em que for aplica-la. Deve-se analisar se o crime em debate realmente deve receber tal medida, como por exemplo, aqueles crimes em que foi usada forte violência e ameaça à sociedade, seria uma circunstancia em que se mostra necessária a exclusão daquele indivíduo, de forma temporária, a uma instituição específica. Em contra partida,

crimes que, apesar de possuírem penas tidas como longas, não se utilizaram de qualquer tipo de violência para sua realização, não deveriam ser punidos com medidas que apenas ensinarão o condenado a agir com mais violência.

Afinal, tem de ser analisado o que seria mais importante: aplicar a lei penal e ir totalmente de encontro aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana ou relativizar sua aplicação para medidas que efetivamente cumpram os fins democráticos e constitucionais, guardando as penas privativas de liberdade para aqueles casos em que já houver violência ou grave ameaça à sociedade?

Nesta seara, entende-se não ser legítimo eternizar injustiças com o único pretexto da aplicação cega da lei, ignorando completamente a realidade social.

3.1 Da aplicação das penas alternativas como solução aos problemas impostos pelas penas privativas de liberdade

Frente ao colapso eminente da pena privativa de liberdade, é indispensável que se encontre novas penas compatíveis com os novos tempos, “mas não tão aptas para exercer suas funções quanto às antigas, que, se na época já foram injustas, hoje o são. Nada mais permite que se aceite um arsenal punitivo de museu do século XVIII” (ANDREUCCI, 1981, p. 296).

Neste sentido, enquanto não é dada atenção direta por vias de políticas públicas de segurança preventivas, bem como políticas públicas sociais, as penas alternativas adotadas pela legislação brasileira, constituem uma das mais importantes inovações do Código Penal, que procura amenizar a crise da pena de prisão, que, pelo exposto, claramente não atinge os objetivos fundamentais da sanção penais, que são a reeducação e reintegração social do condenado.

Damásio E. de Jesus em seu livro *Penas Alternativas*, (2002, p.30-31) classifica as vantagens das penas alternativas como: a) diminuem o custo do sistema repressivo; b) permitem ao juiz adequar a reprimenda penal à

gravidade objetiva do fato e às condições pessoais do condenado; c) evitam o encarceramento do condenado nas infrações penais de menor potencial ofensivo; d) reduzem a reincidência; e) o condenado não precisa deixar sua família ou comunidade, abandonar suas responsabilidades ou perder seu emprego.

Um dos principais pontos positivos da aplicação das penas alternativas como oposição ao encarceramento é o fato de que o condenado não é inserido no sistema prisional. A primeira vista parece simples, mas essa atitude influencia significativamente na recuperação deste, uma vez que não será exposto à situação degradante que há nos presídios brasileiros, bem como não é misturado com presos de maior periculosidade.

A aplicação alternativa também evita que o preso seja retirado do seu convívio familiar, que seja afastado de seus filhos, bem como que perca o emprego que, por acaso, possuir. Fatores estes, decisivos para a reabilitação do condenado.

Além do exposto, olhando de forma prática, o Estado acaba recebendo mão-de-obra para a realização de obras assistenciais, na medida em que houver a condenação à prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Nos crimes que envolverem pecúnia, ocorrerá o devido ressarcimento do valor subtraído, fazendo, assim, que o delinquente se regenere prestando assistência à sociedade que anteriormente foi violada por este, como evidente forma de ressocialização.

Demais disso, outro ponto positivo é que na aplicação de penas alternativas, ocorre a manifesta redução da reincidência criminal. Segundo dados apresentados no 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, a coordenadora do departamento, ligado ao Ministério da Justiça, Márcia de Alencar, trouxe um panorama com estatísticas bastantes animadoras para o setor.

Entre as conquistas alcançadas com a aplicação do modelo de penas alternativas, está à redução da reincidência em até 12% para os que cometeram crimes de zero a dois anos e em até 25% para os que cumpriram

penas de até quatro anos, segundo dados recentes do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça¹⁰.

Baseados nesses resultados, a ONU convidou o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, a copiar em países da África, América Latina e Leste da Ásia, o sistema de penas e medidas alternativas do Brasil.

O programa já é um sucesso em várias cidades que resolveram abraçar a causa, um exemplo é a aplicação deste no Mato Grosso do Sul, onde as penas alternativas têm demonstrado eficiência muito maior do que as penas prisionais. De acordo com o CNJ¹¹, a reincidência nas penas alternativas é de apenas 2% a 12%. Além disso, é de 96% o índice de cumprimento da pena, enquanto, em contrapartida, o número de fugas das prisões fechadas chega até a 32%.

Neste sentido, havendo a relativização da pena privativa de liberdade, crimes que possuíssem penas consideradas como de longa duração, mas sem o emprego de violência, por não constituírem risco à integridade física da sociedade, poderiam ser abarcados com essas medidas mais socializadoras, como forma de efetivamente ressocializar o condenado que não apresenta ameaça de violência à sociedade.

Olhando de forma pragmática, tal medida acabaria melhorando a situação das próprias penas privativas de liberdade, haja vista que seu contingente seria diminuído, sem a necessidade de gastos com a construção de outras instituições no mesmo sentido, o que possibilitaria o maior investimento no contingente que ali restar.

Por fim, nunca é demais lembrar que a sociedade não quedará ameaçada com o aumento de condenados cumprindo penas alternativas, pelo contrário. O que se defende não é abrir as portas da prisão para soltar os condenados, mas evitar que elas sejam abertas para receber pessoas que

¹⁰ Disponível em < <http://rf-brasil.jusbrasil.com.br/politica/4721342/sistema-brasileiro-de-penas-alternativas-e-referencia-mundial-diz-onu>> Acessado em 14 de novembro de 2012

¹¹ Disponível em < http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6802:justica-do-amapa-lanca-diario-da-justica-eletronico&catid=1:notas&Itemid=169> Acessado em 14 de novembro de 2012.

podem ser ressocializadas, ou seja, presos com práticas criminosas de médio potencial ofensivo, que apesar de terem sido condenados a penas consideradas como de longa duração, não apresentam grande potencial ofensivo, bem como cometeram crimes sem ameaça à pessoa. Só pode ser beneficiado pelas penas alternativas o condenado que realmente não ofereça perigo, o que permite que ele permaneça no meio da comunidade, cumprindo sua pena e interagindo com o meio para sua readaptação social. Trata-se de um trabalho com a participação tanto do Estado como da sociedade na recuperação do preso.

4 Possíveis cabimentos

Tendo em vista a proposta apresentada, percebe-se que esta seria plenamente cabível nas seguintes previsões da lei penal, nos casos em que o réu fosse condenado a uma pena superior a quatro anos:

TABELA 2- POSSÍVEIS CABIMENTOS

Artigo do Código Penal	Nomenclatura	Quantidade da pena de reclusão	Presos existentes até 12/2011
Artigo 155, §4º	Furto qualificado	3 a 8 anos	84.527
Artigo 168-A	Apropriação indébita previdenciária	2 a 5 anos	68
Artigo 171	Estelionato	1 a 5 anos	5.442
Artigo 180, § 1º	Receptação qualificada	3 a 8 anos	1.696
Artigo 289	Falsificação de moeda	3 a 12 anos	447
Artigo 293	Falsificação de papéis públicos	2 a 8 anos	1.030
Artigo 299	Falsidade ideológica	1 a 5 anos	710
Artigo 312	Peculato	2 a 12 anos	1.047
Artigo 316	Concussão e excesso de exação	2 a 8 anos, 3 a 8 anos ou 2 a 12 anos.	40
Artigo 317	Corrupção passiva	Dois a doze anos	57
Artigo 318	Facilitação de contrabando ou descaminho	Três a oito anos	Não informado
Artigo 333	Corrupção ativa	Dois a Doze anos	575

Por fim, destaca-se que existem outros casos na Legislação Penal e nas Legislações Específicas que se encaixariam perfeitamente na proposta apresentada, como por exemplo, o artigo 14 da Lei 10.826 (porte ilegal de

arma de fogo de uso permitido) que, até dezembro de 2011, possuía cerca de 17.960 (dezesete mil, novecentos e sessenta) pessoas presas pelo seu cometimento.

5 Conclusão

O atual sistema carcerário nacional acaba se mostrando como um sistema falido para a maioria das finalidades humanísticas que possui.

Não mais se justificam as expectativas, outrora existentes, sobre o sistema prisional, percebendo-se o caminhar cada vez mais constante para a busca de alternativas legais que visem evitar o encarceramento.

Atualmente, por todos os problemas patentes que a instituição possui, pode-se afirmar que o problema do sistema prisional é a própria prisão.

Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena restritiva de liberdade, mediante a sua relativização, substituindo-a quando houver o cometimento de um crime que não tenha usado da violência ou ameaça à pessoa em seu *modus operandi*, mas que, ao contrário da rígida previsão legal, possua pena superior a quatro anos de reclusão, sendo assim, considerado como uma pena de longa duração.

Busca-se limitar a aplicação da pena de prisão àquelas situações de extrema e patente necessidade, visando impedir futuras ações *criminógenas*. Recomenda-se, assim, que as penas privativas de liberdade se limitem sua aplicação sobre o condenado que cometeu um crime com o uso de violência ou grave ameaça à pessoa, haja vista que este tipo de atitudes configuram um risco real à comunidade, devendo, este, ser retido em separado a esta.

Visando alcançar o objetivo exposto, propõe-se a extensão da aplicação das penas restritivas de direito, uma vez que, pela previsão legal atualmente vigente, esta só pode ser aplicada àqueles crimes condenados em até quatro anos de reclusão.

Para embasar a proposta exposta, pondera-se acerca da necessidade urgente de solucionar, ou pelo menos amenizar a questão carcerária que beira um colapso, bem como aplicar medidas que efetivamente restaurem o delinquente ao convívio social.

6 Referências

- ANTUNES, Ruy Costa. **Problemática das Penas**. Recife: Atena, 1988.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **O direito penal como justo**. Revista dos Tribunais, n. 551, 1981.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 13. ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.
- BERISTAIN, Antonio. **A Crise do direito repressivo**. Espanha: Cadernos para diálogo, 1977.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. **Manual de direito penal – Parte geral**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Manual de direito penal: parte geral**, volume 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Novas Penas Alternativas**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANT, Paulo de. **O trabalho em benefício da comunidade: uma pena de substituição? Prestação de serviços a comunidade**. Rio Grande do Sul: AJURIS, 1985.
- CLEMMER, Donald. **The prison community**. 2 ed. Minnesota: Holt, 1988.
- COELHO, Daniel Vasconcelos. **A crise no sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br>>. Acesso em 04 de outubro de 2001.
- DURKHEIM, E. **A divisão do trabalho social**. Lisboa: Presença, 1993.

EL HIRECHE, Gamil Foppel. **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin**. 1ª Edição. São Paulo: Forense, 2004

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia. O guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOFFMAN, Erving. **Internados; ensaio sobre a situação social dos doentes mentais**. Argentina: Ed. Amarrutu, 1973.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**. Salvador: Podium, 2010.

HULSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernot de. **Penas Perdidas: Sistema Penal em questão**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Luan, 1981.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JESUS, Damásio E. de. **Penas alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito penal: parte geral**, volume 1, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. **Suspensão Condicional do Processo Penal no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIRA FILHO, Roberto. **Anteprojeto do Código de Execução Penal**. 1988.

LUZ, Orandyr Teixeira. **Aplicação de penas alternativas**. Goiânia: AB, 2000.

MASSON, Cleber. **Direito Penal- Parte Geral- Vol 1**. São Paulo: Método, 2010

MELOSSI, Dario & PAVARANI, Massimo. **Carcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário**. 2 ed. México: Siglo XXI, 1985.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**, volume 1. 19 ed. São Paulo: rev. e atual, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – parte geral arts. 1º a 120 do CP**. 26º Edição. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Pedro Rodolfo Godê de. **Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários**. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MUNOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e controle social**. Jerez: 1985.

_____. **A prisão como problema: ressocialização versus dessocialização. A Questão Penitenciária**. Revista de Estudos e Formações número especial, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito Penal- Parte Geral/Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e Alternativas à Prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ROURE, Denise de. **Panorama dos Processos de Reabilitação de presos**. REVISTA CONSULEX. Ano III, nº 20, Ago. 1998.

SILVA, Evandro Lins . **Sistema Penal para o Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

SILVA, Haroldo Caetano da, **Manual de Execução Penal**, 2º edição, Campinas: Bookseller, 2002.

SILVA, José Audamir da; SILVA Neto, Arthur Correa da. **Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas**. 2ª ed. Manaus: Aufiero, 2012.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120, Vol 1**. São Paulo: Atlas, 2004.

VALDÉS, Carlos García. **Introdução a penologia**. Madrid: Instituto de Criminología, Universidade de Santiago de Compostela, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGEL, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, V. 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**O incidente da suspensão de segurança
e seus aspectos políticos:
da sistematização procedimental à análise crítica
do Caso Belo Monte**

*Twig Santos Lopes*¹

*Flávia do Amaral Vieira*²

Introdução

O instituto da Suspensão de Segurança ou Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela, doravante chamada SS, é tema antigo que ainda hoje suscita grandes divergências no tocante à sua constitucionalidade. A SS confere efeito suspensivo ao recurso interposto contra decisão favorável ao impetrante, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. A polêmica central em torno do instituto está relacionada à crítica de esvaziar o resultado útil do processo, quando é reconhecido o propósito protelatório de seu uso, nas lides em que a Administração Pública figura como ré.

¹ Doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Pesquisa temas relacionados à Direitos Humanos, Criminologia Crítica e Violência contra as mulheres. Email: twiglopes@gmail.com

² Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPA). É visiting student da Birkbeck School of Law, University of London, com bolsa do Programa de Doutorado Sanduíche da CAPES. Mestre em Direito pela Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC). Pesquisa temas relacionados à Direitos Humanos e direito socioambiental. Email: ei_flavia@hotmail.com

A pesquisa tem como propósito apresentar uma sistematização do instituto da Suspensão de Segurança, além de uma investigação sobre a influência do Poder Executivo no procedimento do pedido de suspensão, colocando em questão a constitucionalidade deste instituto quando do seu uso político em ações de grande interesse econômico, como são os casos envolvendo a construção da usina hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará.

Em um primeiro momento, apresentamos uma sistematização procedimental do pedido de suspensão de segurança. Em seguida, enfatizamos o caráter político no uso deste instrumento processual com base nas atualizações legais. Na subseção posterior, demonstramos como a utilização da SS no caso específico de Belo Monte, por envolver grandes interesses econômicos nacionais e internacionais, terminou por ratificar os argumentos aqui propostos.

2 O incidente da suspensão de segurança: conceito e noções processuais

O pedido de suspensão de liminar ou de segurança é conferido às pessoas jurídicas de direito público, quando houver lesão ou perigo de lesão a interesses públicos relevantes, à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Será cabível o ajuizamento de requerimento dirigido ao presidente do respectivo tribunal, objetivando a suspensão da execução ou o cumprimento da liminar ou da ordem concedida, subtraindo seus efeitos, desobrigando o cumprimento da medida por parte da Fazenda Pública (CUNHA, 2012).

Tal instituto está previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a edição da Lei n.º. 191/1936, que regulou o mandado de segurança, tendo por finalidade conferir efeito suspensivo ao recurso interposto contra decisão favorável ao impetrante, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Segundo Leonardo Cunha (2012), esta regra foi mantida no Código de Processo Civil de 1939. Anos depois, a

Lei nº 1.533/1951 não se referiu aos motivos do requerimento de suspensão, deixando a cargo do presidente do tribunal a justificativa para o deferimento ou não da suspensão de segurança.

O art. 13 da Lei nº 1.533/1951 só se referia à suspensão de execução da sentença. Suprindo essa omissão, a Lei nº 4.348/1964 previu expressamente o pedido de suspensão de liminar e de sentença, definindo os seus motivos: a existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública (CUNHA, 2012). A atual Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) reproduz a regra anteriormente prevista vinculando a este remédio constitucional a SS.

Sobre o tema, nas últimas décadas identificamos discussão sobre qual seria a natureza jurídica da SS. Para resolver a questão, que consideramos de menor impacto para os argumentos que desenvolveremos adiante, o Novo Código de Processo Civil assentou a controvérsia considerando se tratar de um incidente processual (RODRIGUES, 2017).

Assim, a SS incide sobre uma relação jurídica pré-existente com o objetivo de sustar os efeitos de decisão judicial, liminar ou sentença, sempre que houver lesão a um dos interesses públicos considerados relevantes. A Suspensão de Segurança detém finalidade acautelatória/preventiva, manejada através de incidente processual, pois se destina a retirar da decisão judicial sua eficácia. Ou seja, não se volta ao mérito da controvérsia, mas apenas à ocorrência ou não de lesão a interesses públicos previstos na lei.

Uma vez acolhido pelo presidente do respectivo tribunal (competente para conhecer do recurso cabível contra a decisão proferida), o pedido de suspensão não terá a finalidade de reformar, anular, nem desconstituir a decisão liminar ou antecipatória, mantendo a decisão que será “suspensa” incólume, muito embora os efeitos que a suspensão enseje, em determinados casos concretos, como os que envolvem questões socioambientais, acarretem perda de objeto em razão da dilatação do tempo para o efetivo trânsito em julgado da ação principal.

Nesse sentido, define-se a “natureza jurídica” da SS como de incidente processual, com finalidade de contracautela, voltado a subtrair da decisão proferida por juiz de primeira instância sua eficácia.

2.1 Requisitos para a suspensão

Conforme a Lei 12.016/2009 (assim como já previa a Lei 4.348/64 e as demais que tratam do tema), a suspensão de segurança ou de liminar pode ser apresentada quando houver perigo de lesão à ordem, saúde, segurança e economias públicas, ou manifesta ilegitimidade.

Em que pese serem os termos utilizados bastante abrangentes, com conteúdo indeterminado, o pedido de suspensão da liminar pretendida, segundo o entendimento de Eduardo Arruda Alvim (2011), “cuida-se se providência absolutamente excepcional”, que não pode nem deve ser utilizada rotineiramente.

No entanto, para Alvim (2011), para caracterizar o “interesse público”, não basta demonstrar haver perigo de “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. O “interesse público” deve ser pautado por um critério maior, genérico e intransponível que é a submissão à lei. Isto é, o tribunal, quando da análise do pedido de suspensão, não deve suspender a liminar apenas porque constam formalmente citados os motivos políticos acima. É necessário que a decisão se apresente como “potencialmente ilegal” (em sentido amplo, assevera o autor), caso contrário não será suficiente para justificar o deferimento da suspensão.

Assim, nos parece que os motivos de ordem política elencados no art. 15 da Lei 12.016/09 são suficientes para conduzir à suspensão do ato impugnado sem que haja qualquer questionamento acerca dos impactos sociais, ambientais e ou políticos que possam ser desencadeados a partir da decisão cujos efeitos serão sustados.

Atualmente, o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede provimento de urgência contra a Fazenda Pública ou

quando a sentença contém efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo. Daí se poder dizer que, hoje em dia, há a suspensão de liminar, a suspensão de segurança, a suspensão de sentença, a suspensão de acórdão, a suspensão de cautelar, a suspensão de tutela antecipada e assim por diante.

No que se refere aos legitimados para o ajuizamento do pedido de suspensão, a Lei n.º 8.437/1992 informa que pode ser requerido pelo Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público interessada e, mesmo privadas, que venham a suportar os efeitos da decisão atacada. Sobre a competência para conhecer e julgar o pedido de SS, este deve ser apresentado ao presidente do tribunal competente para analisar o recurso cabível ao ataque do mérito da decisão principal.

Ressalte-se, contudo, que em razão da existência de um regime jurídico diverso da suspensão de segurança para os casos de mandado de segurança (Lei 12.016/2009, art. 15, e Lei 8.038/1990, art. 25) e outro para os demais casos (Lei 8.437/1992, art. 4º), é necessário tecer algumas considerações, resumidas abaixo.

Quando se trata de suspensão de execução de pronunciamento de juiz (decisão interlocutória ou sentença), a competência será do presidente daquele tribunal que teria competência para julgar recurso interposto contra a decisão. Para os demais casos, consoante a regra prevista no art. 4º, *caput*, da Lei 8.437/1992, a competência será do Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso que poderia ser interposto para atacar a decisão cuja eficácia pretende ser suspensa.

De acordo com Scartezzini (2010), a situação se assemelha aos casos de justiça especializadas e de prerrogativas de foro, que nada mais são do que atribuição e divisão da atividade jurisdicional do Estado entre vários órgãos do Poder Judiciário, pois, seguindo o seu entendimento, da mesma forma são previstos antecipadamente, de maneira abstrata e geral, para julgar matéria específica prevista em lei. Em outras palavras, a competência para apreciar o pedido de suspensão é do tribunal que teria

competência para julgar o recurso contra a decisão concessiva do provimento liminar, antecipatório ou final de mérito.

O pedido de suspensão deve ser formulado por meio de uma petição dirigida ao presidente do tribunal, não sendo possível haver deferimento da suspensão de ofício, sem que haja provocação da parte interessada em ajuizá-lo. Não há requisitos formais previstos em lei para a formulação do pedido, sendo necessário haver um requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, contendo os fatos e fundamentos da demanda em que foi proferida a liminar ou decisão que se pretende suspender. Deve-se demonstrar o teor da decisão hostilizada e o dano a um ou mais dos interesses públicos relevantes (saúde, economia, segurança e/ou ordem pública) (CUNHA, 2012).

Apresentada a petição do pedido de suspensão, o presidente do tribunal poderá adotar uma das seguintes medidas: determinar a “emenda” ou complementação da petição, com os esclarecimentos de algum detalhe ou a juntada de algum documento essencial que não tenha sido trazido, a exemplo da cópia da decisão que se pretende suspender; indeferir o pedido de suspensão, por não vislumbrar a lesão à ordem, à economia, à saúde nem à segurança pública; determinar a intimação do autor e do Ministério Público para que se pronunciem em 72 (setenta e duas) horas; conceder liminarmente o pedido sobrestando o cumprimento da decisão.

Será observado o contraditório em atenção à CF/88, colhendo a manifestação do autor da ação originária e o opinativo do Ministério Público, em setenta e duas horas. Poderão ocorrer situações em que o caso submetido ao Sistema de Justiça é de extrema gravidade e urgência, sem que haja tempo para se instaurar o prévio contraditório. Em casos como esse, se fala até em supressão do contraditório, desde que verificada a relevância do fundamento e a urgência da medida pretendida, podendo, o presidente do tribunal, decidir monocraticamente (CUNHA, 2012).

Não podemos concordar com a supressão do contraditório, tendo em vista que a legislação concede um curto prazo de 72 horas para que a outra

parte se manifeste. Nesse sentido a oitiva da parte contrária é medida obrigatória, pois não existirá tratamento isonômico se apenas uma delas atuar no procedimento, expondo unilateralmente suas razões, sob pena de inconstitucionalidade da SS. Ainda, visando finalizar os aspectos procedimentais do pedido, é necessário enfrentar mais uma situação: a duração da suspensão concedida.

Nesse tocante, vale afirmar que não há limite temporal para a suspensão concedida, podendo ser intentado enquanto durar o risco de grave lesão a um dos interesses públicos relevantes. Tampouco inexistiu indicativo de prazo na redação do §4º do art. 4º da Lei nº. 8.437/92 ou na Lei que rege o mandado de segurança. Desta forma, o pedido de suspensão poderá ser intentado a qualquer momento, enquanto não sobrevier trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal, conforme §9º, do art. 4º, da Lei nº.8.437/92, que prevê que a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

O que se verifica, é que a legislação atual optou por conferir *ultratatividade* ao provimento do presidente do tribunal que suspende os efeitos de provimento de urgência. Cunha (2012) entende que a ultratividade da norma consta na Súmula 626 do STF:

A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração (STF, enunciado da Súmula 626)

Araújo (2014) argumenta que o enunciado sumulado impacta na eficácia da sentença e de todos os outros recursos a serem interpostos: “eis que afasta a eficácia imediata da sentença *antes mesmo dela ser proferida* e empresta *efeito suspensivo a todos os recursos posteriormente interpostos pela pessoa jurídica de direito público*” (ARAÚJO, 2014, p. 163).

Entendemos que dizer que a suspensão da liminar perdurará até o trânsito em julgado da decisão que a confirmar é o mesmo que não admitir

que esta liminar seja concedida. Em outras palavras, trata-se de suprimir a razão de ser das tutelas de urgência, qual seja: a produção de efeitos úteis e imediatos a quem se apresenta com maior probabilidade de obtenção de êxito quando do desfecho da ação principal.

3 O caráter político no emprego dos conceitos: ordem, economia, saúde e segurança pública no instituto da suspensão de segurança

Conforme mencionado, os motivos aptos a justificar a apresentação da medida excepcional, são amplos, sem definição específica. Assim, importa questionar os sentidos do que vem a ser “grave lesão” a ensejar o pedido de suspensão. Isto é, a simples “lesão” não seria, ainda, suficiente para suportar o incidente, pois deve possuir a qualificadora de “grave”.

Interpretar conceitos vagos, no âmbito jurídico, consiste em desbravar os sentidos que os intérpretes atribuem a eles. Assim, uma vez que a aplicação da regra jurídica envolve a busca da significação da norma, a análise do fato concreto e a verificação do “ajuste final” ou “encaixe” do fato à norma, o intérprete assim deverá proceder. É o que informam os manuais de Direito. Todavia, se entendemos que o Direito é permeado pelas pré-compreensões dos julgadores e da moralidade política da comunidade em que se situa, a fórmula da “subsunção do fato à norma” deve ser complexificada.

A técnica legislativa indica que a utilização de conceitos vagos leva em conta a velocidade com que os fatos acontecem e se alteram, tornando impossível que todas as hipóteses pudessem ser contempladas quando da elaboração da norma (SCARTEZZINI, 2010).

Contudo, o grau de indeterminação no uso das expressões “grave lesão”, “ordem, economia e saúde públicas”, servem como instrumento para ampliar o leque de possibilidades que o legitimado possui para fundamentar o seu pedido, valendo-se de razões políticas e não jurídicas. Some-se a isso, a discricionariedade do magistrado competente quando do julgamento do incidente, comprometendo a efetividade do mandado de segurança, sob o argumento do “interesse público”.

Na compreensão Scartezzini (2010), não seriam “conceitos indeterminados” e sim, “termos indeterminados de conceitos”, posto que em sua concepção, os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos, precisam ser completados por quem os aplique, pois os sentidos são sempre determinados.

Entende-se que a expressão “ordem pública” passou a abarcar os mais variados tipos de atividade da Administração, inclusive no que tange as demais hipóteses autorizadoras da suspensão de segurança.

Quanto à supremacia do interesse público inerente à concessão da SS, visualiza-se a forte influência do Poder Executivo Federal que, por meio de sucessivas edições e reedições de medidas provisórias sobre o tema, acabou “gerando insustentabilidade e mesmo inconstitucionalidade do instituto, inclusive por força do *vício de iniciativa*”, (ARAÚJO, 2014, P. 145).

Desse modo, é importante considerar que este princípio contempla a proteção do interesse público primário (da coletividade). Todavia, é possível encontrar em vários julgados, os conflitos entre supostos interesses públicos ou o conflito entre um interesse privado e um interesse secundário da administração pública.

Ao longo do processo histórico do instituto, que se origina da Lei do Mandado de Segurança (Lei 191 de 16 de janeiro de 1936³), instrumento de defesa dos direitos individuais contra atos manifestamente ilegais perpetrados pelo Estado, o referido instituto sofreu várias modificações com o passar dos anos.

Como se observa, foi prevista a possibilidade de que a decisão contrária ao agente público pudesse ser suspensa se considerada lesiva ao interesse público, não sendo, portanto, possível, se olvidar dos aspectos ideológicos que permearam as alterações do instituto, da sua origem até os dias atuais.

³ O texto da Lei 191, no seu art. 13, era o seguinte: “Nos casos do art. 8º, §9º, e art. 10, poderá o Presidente da Corte Suprema, quando se tratar de decisão da Justiça Federal, ou da Corte de Apelação, quando se tratar de decisão da justiça local, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interna interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde ou à segurança pública, manter a execução do ato impugnado até o julgamento do feito, em primeira ou em segunda instâncias”. (Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936 . Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legifed/lei/1930-1939/lei-191-16-janeiro-1936-543259-publicacaooriginal-53414-pl.html> > Acesso em: 11/11/2019)

Já no período da Ditadura Militar, com a edição da Lei 4.348 de 26 julho de 1964, surge a instituição de normas procedimentais referentes ao Mandado de Segurança, permitindo que a tutela jurisdicional assegurada por este instrumento pudesse ser sustada através da Suspensão de Segurança.

Como se nota, foram muitas as alterações promovidas pelo legislador no tocante à utilização deste instrumento nos casos de concessão de medida liminar e de decisão contra atos do Poder Público. Após sucessivas modificações, incluída a controversa Medida Provisória 2.180-35 de 2009, ocorre a consolidação, de todo o procedimento do mandado de segurança, na Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009, na qual o pedido de suspensão se encontra previsto no art. 15.

Sobre essa questão:

Com a edição da Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, revigorando os cadáveres normativos do regime de exceção, para assegurar a política governamental das privatizações de empresas estatais, e, agora, também o programa energético do Governo Federal, devastador das florestas brasileiras e, sobretudo, do bioma amazônico, bem assim de seu patrimônio sociocultural, instalou-se no ordenamento processual do Brasil o terror jurídico-ditatorial da suspensão de segurança, no perfil arrogante da ideologia capitalista neoliberal, em permanente agressão *ao princípio da proibição do retrocesso no Estado Democrático de Direito*, com respaldo, agora, na contraditória Emenda Constitucional n.º 32, de 2001, publicada no Diário Oficial de 12.09.01, que, embora visando conter o abuso na edição dessas medidas provisórias, com proibição expressamente, que as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação dessa Emenda continuassem em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional (art. 2.º da EC n.º 32/01) (PRUDENTE, Antônio Souza. 2014, *online*.)

A Emenda Constitucional n.º 32/2001 encerra uma “blindagem protetiva de caráter permanente” em relação às medidas provisórias anteriormente editadas, como o caso da Medida Provisória n.º 2.180-35 de

2001, que não foi alcançada por aquela proibição⁴, seja porque ela é anterior, seja porque a mesma emenda convalidou todas as medidas provisórias a ela anteriores.

A SS, que originalmente foi justificada pelo discurso político e jurídico como necessária para assegurar o interesse público frente ao interesse individual, foi ampliada a ponto de se sobrepor a decisões sobre violação de direitos difusos e coletivos pelo próprio Poder Público, tornando sem efeito decisões de mérito, proferidas a partir das análises probatórias de primeira instância.

Nessa linha de compreensão, cabe ressaltar que há clara violação aos artigos 8º e 25º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), (Pacto San José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969, devidamente ratificada pelo Estado brasileiro, quando o instituto em análise é aplicado. O artigo 8º da CADH esclarece que todos têm direito a serem julgados por um juiz natural competente, imparcial e independente.

O instituto em análise, afronta ao princípio da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação e desrespeita o disposto no artigo 25º da CADH supracitado, o qual convencionou que a toda pessoa, será dado o direito a um recurso simples e rápido, perante juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos na Constituição.

E, nesse contexto, abre-se espaço às intermináveis protelações recursais do Poder Público e de seus agentes, na busca irrefreada da consolidação de situações de fato pelo decurso do tempo ao longo do processo, principalmente em ações de natureza ambiental, onde há prevalência de direitos coletivos e difusos.

O que se deseja aqui expor é que não há inconveniente para o sistema de proteção constitucional dos direitos fundamentais na prevalência de um direito individual em face da coletividade se a exigência de proteção dos

⁴ [...] Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional." (Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm, Acesso em: 12/11/2019.

direitos fundamentais do indivíduo for superior ao grau de tutela exigido a um número maior de pessoas, em determinado direito e circunstância.

4 Suspensão de segurança e violações de direitos humanos: a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte

A Usina Hidrelétrica Belo Monte, localizada na área de influência do município de Altamira, Pará, é a terceira maior hidrelétrica no mundo. Construída durante o governo do Partido dos Trabalhadores –PT (2002-2016), nasceu de um plano de grandes obras para a região, personificado pelo Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), entendido como estratégico pelo governo federal para induzir e garantir o crescimento econômico e o desenvolvimento nacional. Através de financiamento do BNDES, a usina de Belo Monte foi um destes principais projetos, que desde 2011 modifica a paisagem e o cotidiano local.

Belo Monte era um projeto antigo, datado da ditadura civil-militar. À época do início da redemocratização, foi barrado devido a grandes mobilizações da sociedade civil, de redes transnacionais de defesa de direitos humanos e do movimento indígena, que denunciaram ao mundo o projeto que ameaçava a natureza e os povos tradicionais. Paradoxalmente, cerca de trinta anos depois, na democracia já consolidada, os mesmos movimentos não conseguiram impedir novamente o projeto.

Notadamente, as alterações provocadas por uma hidrelétrica não se resumem à obra por si só, ainda mais na Amazônia. Entre os impactos, além do alagamento e do trecho de vazão reduzida do rio em área indígena, estradas foram abertas, outras ampliadas, houve a montagem e implementação das linhas de transmissão, e outros impactos em áreas usadas para acesso a obra ou de uso para a engenharia do projeto. Assim, os moradores da região também foram prejudicados pela interrupção de acessos e percursos, pela proximidade aos canteiros de obra e das vias de acesso (SEVA, 2005, p. 45).

Além disso, há também áreas de superposição de impactos⁵, aquelas que já haviam passado por uma transformação anterior, que afetam de maneira diversa povos tradicionais e urbanos, como, por exemplo, aquelas afetadas já pela construção da Transamazônica, que agora enfrentam Belo Monte.

Essas numerosas interferências e superposições dos impactos socio-ambientais na região do Xingu pela construção de Belo Monte, compõem um mosaico complicado em territórios de destinação variada na Amazônia: de glebas da União (licitadas, leiloadas, griladas ou invadidas), áreas protegidas (reservas biológicas, florestas nacionais), perímetros reconhecidos como reservas de garimpo ou áreas em processo de lavra de minérios.

O fato de que povos indígenas e ribeirinhos que foram diretamente afetados pelos impactos da obra, não foram consultados tal qual prevê a Convenção 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário, foi apenas uma das irregularidades suscitadas pela sociedade civil e pelo Ministério Público Federal no decorrer do processo de licenciamento e construção do empreendimento. Entre a licença de instalação e licença de operação, mais de vinte e oito ações civis públicas foram apresentadas pelo MPF relacionadas ao caso de Belo Monte. Violações aos direitos humanos e danos concretos ao meio ambiente, ao patrimônio público, saúde e saneamento, à integridade física e vida, e principalmente, aos povos indígenas e tradicionais são largamente relatados nestes processos judiciais e na pesquisa acadêmica sobre o tema.

⁵A questão da superposição de impactos tem sido recorrente nessa fase de grandes projetos na Amazônia. Cite-se o exemplo da etnia indígena Parakanã, que, contatados e removidos para possibilitar a estrada Transamazônica, seriam removidos novamente para dar lugar ao lago de Tucuruí (foram cinco remoções só entre 1970-1977), novamente pelo Linhão de Transmissão e, mais recentemente, pela estrada de Ferro de Carajás e pela Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Atualmente, os Parakanã se encontram distribuídos em duas terras indígenas: a terra indígena Parakanã, homologada pelo Decreto de 29/10/1991, e a Terra Indígena Apyterewa, que após longo processo de reconhecimento, a partir do contato com o grupo na década de 1980, foi alvo de inúmeras invasões por posseiros após sua declaração, em 1992, tendo sido homologada pelo Decreto de 9/4/2007. Em que pese sua homologação, contudo, a terra indígena encontra-se invadida por extensa gama de posseiros, sendo alvo de discussões judiciais que impedem a posse plena do povo Parakanã. A desintrusão da referida terra indígena, ou seja, a retirada dos posseiros e sua entrega ao usufruto exclusivo do povo Parakanã, são condicionantes para a emissão da Licença Prévia da UHE Belo Monte, que também impactará este povo. As últimas informações encontradas relatam que até setembro de 2013, ainda não havia sido cumprida mencionada condicionante. Ver em: AGÊNCIA BRASIL, “Índios cobram cumprimento de condicionantes de Belo Monte”. Disponível em <http://www.abc.com.br/noticias/brasil/2013/09/indios-cobram-cumprimento-de-condicionantes-de-belo-monte> > Acesso em 14/02/2019.

Entre os instrumentos que possibilitaram a não paralisação da obra mesmo em face de diversas violações a lei, a suspensão de segurança foi uma das protagonistas. Assim, baseada em critérios abstratos como “risco de grave lesão à ordem pública” a construção da usina auspiciada pelos grandes interesses econômicos permanece em continuidade. Até 2019, sete suspensões de segurança já tinham sido concedidas pela Justiça Brasileira para manter o funcionamento de Belo Monte, em detrimento da garantia judicial para aqueles que tiveram direitos violados.

No caso de Belo Monte, ficou evidente que o Poder Judiciário Brasileiro tem sido sujeito a investidas de distintos atores interessados no modelo de desenvolvimento econômico imposto pelo Estado e por grandes grupos privados, que manejam a seu favor instrumentos judiciais como este. Em entrevista, a procuradora da República em Altamira Thais Santi explica o contexto de utilização da SS:

Em Belo Monte as justificativas são a necessidade da obra, o prazo, o cronograma, os valores, o quanto custa um dia de obra parada ou a quantidade de trabalhadores que dependem do empreendimento. Com esses fundamentos muito mais fáticos, empíricos e políticos, o mecanismo da suspensão de segurança permite a suspensão da decisão jurídica liminar que se obtém nas ações judiciais. E, com isso, as decisões acabam perdendo a capacidade de transformação. Com uma ressalva com relação à Belo Monte: as pessoas de direito privado não podem requerer a suspensão de segurança. A Norte Energia não poderia pedir. Quem faz isso, então, é a Advocacia Geral da União, que atua ao lado da Norte Energia nas ações judiciais. Ainda, a interpretação desse mecanismo vem permitindo que ele se sobreponha a todas as decisões – e não apenas as liminares – até o julgamento pela instância final (2014).

Assim, Belo Monte se consolidou em fato, sustentada pela suspensão de segurança, que por sua vez se sustenta em situações de fato. Sob argumento de que presta um serviço de “interesse público”⁶, uma empresa

⁶Note-se que é comum nas regiões da Amazônia onde são implementados grandes Projetos, muitas vezes historicamente marcadas pela ausência do Estado e da prestação de serviços públicos, que haja uma confusão entre Estado, Poder Público e Privado, quando essas empresas ali se instalam, principalmente quando são obrigadas a prover obras de infraestrutura ou oferecer serviços públicos, que não são nada mais que condicionantes legalmente impostas, em razão dos impactos socioambientais decorrentes da própria natureza predatória destes projetos.

privada realiza obras contestadas judicialmente, que na hipótese de reconhecida a ilegalidade, só surtirão efeito após o trânsito em julgado, quando inevitavelmente a hidrelétrica já estará em operação. Trata-se de um caso excepcional, de verdadeira exceção às regras, acima do Direito, leis, e tratados internacionais de direitos humanos.

Inclusive, em audiência no dia 28/03/2014, o Estado brasileiro foi questionado publicamente, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em Washington (EUA), sobre o uso da Suspensão de segurança⁷ Da mesma forma, no relatório final da visita ao Brasil da Relatora para os Povos Indígenas, relacionou o uso da suspensão de segurança como um tema central para a falta de acesso à justiça para os povos indígenas no Brasil.

Essas barreiras se somam a ações e omissões do Estado com relação aos direitos de consulta e participação, ao uso de mecanismos que negam direitos tal como a suspensão de segurança pelo judiciário, e à falta de adequada consideração aos direitos territoriais indígenas, por exemplo, por meio da inapropriada aplicação da Constituição no julgamento do caso Raposa-Serra do Sol. A presunção de que os processos de demarcação serão observados de acordo com a lei é então usada como uma justificativa para postergar a demarcação, e então a lei é transformada em obstáculo, ao invés de garantia, para a realização dos direitos dos povos indígenas.

A falta de garantia do acesso à justiça aos povos indígenas num contexto em que a violência histórica contra eles tem sido ignorada, juntamente com a crescente criminalização dos povos indígenas e com os ataques violentos e assassinatos impunes, passam a mensagem para aqueles responsáveis de que não haverá repercussão para suas ações. Para os povos indígenas, tal situação sinaliza que as instituições do Estado, incluindo os sistemas de justiça e de execução da lei, carecem tanto de vontade para garantir que seus direitos sejam protegidos, como de genuína preocupação com relação a suas demandas (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

⁷ Para saber mais ver CORREIO DO BRASIL. *OEA critica Brasil por manter legislação editada na ditadura militar*. Disponível em: <<http://correiodobrasil.com.br/noticias/brasil/oea-critica-brasil-por-manter-legislacao-editada-na-ditadura-militar/694821>> acesso em 27/04/2014; a audiência completa está no canal da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Youtube, disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=psrkh1zfsw>> acesso em 27/04/2019.

A hidrelétrica era tão prioritária ao governo, que a lei teve que ser suspensa. O Judiciário, pelo princípio da separação dos poderes, firmou interpretação de que não poderia interferir em políticas governamentais. No entanto, o que vemos em Belo Monte, é que o Judiciário confundiu legitimidade com legalidade; mesmo que a política se sustente na legitimidade do voto da maioria, no entanto, ao realizar qualquer ato, deve sempre pautar pela legalidade. In casu, verificou-se que a SS foi instrumento essencial para a concretização de danos que poderiam ter sido evitados.

6 Considerações finais

Nesse artigo, apresentamos uma sistematização do instituto da Suspensão de Segurança, a partir de uma investigação do processo que a regula, e também do seu uso político, a partir da análise sobre a influência do Poder Executivo no procedimento, colocando em questão sua constitucionalidade. O caso da construção da usina hidrelétrica de Belo Monte, onde a suspensão de segurança foi utilizada sete vezes, foi apresentado como exemplo da controvérsia envolvendo o que seria uma questão de supremacia do interesse público.

Conforme esclarecido, o pedido de suspensão é uma prerrogativa unilateral atribuída apenas ao Poder Público, nos termos da Lei n.º. 8.437/1992, que pode ser utilizado de forma a fazer prevalecer decisões de cunho político, e não jurídico, capazes de suspender os efeitos de outra decisão fundamentada em fatos e provas emitidas por juízes de primeira instância. O seu uso reiterado impõe a negação do acesso justo e efetivo à justiça daquele que, portador de direito líquido e certo, não poderá vislumbrar a executoriedade imediata da liminar deferida em seu favor.

No caso de Belo Monte, constatamos que na análise recursal, o Poder Judiciário suspendeu a eficácia de decisões judiciais pautadas em análise jurídica, a fim de atender a demandas de interesses privados, e que ao fazer isso, acabou afastando direitos e garantias previstos no ordenamento

jurídico. Com efeito, não é raro que juízes, quando da análise do pedido de suspensão de segurança, priorizem interesses econômicos, sob o argumento de estar defendendo o interesse público, em detrimento dos direitos humanos de povos tradicionais, do cidadão comum e de toda a sociedade civil interessada em ver seu direito garantido.

Nesse sentido, entendemos que o incidente processual da suspensão de segurança, por ser resquício da ordem jurídica ditatorial em que o Brasil esteve imerso entre 1964-1985, deve ter sua utilização afastada e considerada inconstitucional, por ofender o efetivo acesso à justiça. Aqui, defendemos uma concepção de primazia aos direitos humanos, consagrados na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos que o Estado Brasileiro é signatário.

Referências

- ALVIM, Eduardo Arruda. **Suspensão de Segurança**. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 107, n. 413, jan/jul. pp. 119-13.
- (OEA) Organização dos Estados Americanos.. **Pacto san José de Costa Rica**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> Acesso em: 16/11/2014.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de Segurança**. 4^o ed. ampl. e atual. Bahia: JusPODVIM, 2014.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17^o ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral, Conselho de Direitos Humanos, Trigesima terceira sessão, Item 3 da Agenda. A/HRC/33/42/Add.1 8 de agosto de 2016. **Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas**.

PRUDENTE, Antonio Souza. **A suspensão de segurança como instrumento agressor dos Tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos**. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Consulex, IV. 18. N.º 417. P 41-43 jun/2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de Segurança: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público**. 4º ed. Bahia: juspodivm, 2017.

SANTI, Thais (BRUM, Eliane). **Belo Monte: a anatomia de um etnocídio, Entrevista de Eliane Brum**. El País. 1º de Dezembro de 2014. Disponível em: http://brasil.el-pais.com/brasil/2014/12/01/opinion/1417437_633_930086.html> Acesso em 20/01/2019.

SEVA, Osvaldo. Povos Indígenas, as cidades, e os beiradeiros do rio Xingu que a empresa de eletricidade insiste em barrar. In. SEVÁ, O. (org.). **Tenotã-Mô. Alertas sobre as consequências dos projetos hidrelétricos no Xingu** – São Paulo: International Rivers Network, 2005. Pág. 29-54.

SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. **Suspensão de Segurança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

VIEIRA, Flávia do Amaral. **Direitos humanos e desenvolvimento na amazônia: Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/135654/335074.pdf?sequence=1>> Acesso em 10/06/2019.

Quarta Parte:

**Perspectivas críticas do
Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

A interpretação evolutiva da convenção americana sobre direitos humanos nos casos *Artavia Murillo vs. Costa Rica* e *Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*: análises comparativas e empíricas¹

*Breno Baía Magalhães*²

*Ana Cattarina Dias Rique*³

Introdução: interpretação dos tratados no tempo

Tratados são firmados entre Estados para durar indefinidamente. Especialmente no caso de tratados multilaterais, os processos de alteração formais são custosos e podem levar anos para ocorrer. Ademais disso, a emenda a tratados pode levar a um regime complexo de obrigações internacionais fragmentadas, o que desestimula os estados contratantes a escolher tal caminho.

Para dar espaço para a necessária alteração de situações jurídicas ou sociais que afetam a interpretação dos tratados, processos informais de mudança das obrigações internacionais poderão ocorrer, seja pela via da interpretação evolutiva, seja por meio da utilização do contexto e da prática subsequente para delimitar o conteúdo das obrigações estabelecidas nos tratados.

¹ Artigo originalmente publicado no livro “Direito Internacional em expansão”.

² Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará.

³ Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Pará. Bolsista PIBIC.

A base da interpretação evolutiva é a ideia de que os Estados podem concluir um tratado com a intenção de que ele, ou algumas de suas disposições, sejam capazes de evoluir em seu sentido ao longo do tempo, à luz de mudanças jurídicas, políticas, sociais, econômicas e tecnológicas. A doutrina encontra fundamento em várias fontes do direito internacional, incluindo o direito internacional costumeiro, nas regras gerais de interpretação da CVDT, e, mais recentemente, a partir do Relatório sobre Fragmentação da Comissão de Direito Internacional (ONU).

Em *Costa Rica v. Nicarágua* (2009)⁴, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) estabeleceu a ideia de que a interpretação evolutiva se desenvolve a partir de termos capazes de comportar evolução e tal atividade interpretativa só será aplicável se for possível, no mínimo, presumir a intenção dos Estados em permiti-la (ARATO, 2010, p. 445). No caso em comento, por exemplo, a escolha de um termo capaz de evoluir com o tempo poderá ser um indício dessa intenção.

A regra geral da CIJ para a utilização da interpretação evolutiva, portanto, seria formulada, em termos simples, da seguinte forma: no âmbito da interpretação dos tratados, a interpretação evolutiva deverá ser empregada quando puder ser presumida da intenção das partes, principalmente ao empregarem termos genéricos em tratados com vigência temporal indeterminada (HELMERSEN, 2013, p. 136).

A técnica da interpretação evolutiva no âmbito do direito internacional dos Direitos Humanos, especialmente, por conta da jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos, parece ter encontrado um local fértil para sua proliferação e desenvolvimento. No entanto, a aplicação daquela técnica interpretativa em casos sobre Direitos Humanos, transparece a necessidade

⁴ Uma disputa surgiu em 1998, com base em tratado bilateral de natureza territorial firmado entre as partes em 1858, quando a Nicarágua proibiu o trânsito de policiais costarriquenhos no rio San Juan, o que a Nicarágua alegou ser uma violação de sua soberania, e impôs unilateralmente um imposto de US \$ 25 a turistas costarriquenhos que entram no rio San Juan, sugerindo a seguinte interpretação: turistas não são objetos de comércio, mas sujeitos de comércio e, portanto, não estão abrangidos pelo tratado. Nicarágua defendia uma interpretação restrita de comércio, limitada a troca de bens, seguindo o sentido dos termos fixados em 1858. Costa Rica, por outro lado, um conceito mais amplo, que abrangeria qualquer atividade abarcando propósitos comerciais, como o transporte de passageiros, além de bens. A posição da corte, uma posição de meio termo: comércio significa troca em bens e serviços, incluindo turismo (ARATO, 2010, p. 447).

de acomodações na regra geral desenvolvida pela CIJ por conta da natureza das obrigações internacionais. Diferentemente da tradicional horizontalidade das obrigações decorrentes de tratados do direito internacional geral, os acordos internacionais sobre direitos humanos criam obrigações diretas, ou seja, que vinculam os Estados aos seus cidadãos, e não entre si.

Além da natureza das obrigações internacionais, tratados de direitos humanos são considerados como instrumentos vivos, portanto, documentos que possuiriam a capacidade intrínseca de evoluir, como qualquer outro organismo biologicamente vivo. A correlação entre natureza direta das obrigações internacionais e a característica de instrumento vivo não se ajustam, de forma confortável, à regra geral estabelecida para os demais tipos de tratados.

Dessa forma, o presente artigo tratará sobre o uso do critério de interpretação evolutiva nos casos *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* (2016) e *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (2012), analisando sua utilização em relação aos demais casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e de outros tribunais internacionais. A base da interpretação evolutiva é a ideia de que os Estados podem concluir um tratado com a intenção de que ele, ou algumas de suas disposições, sejam capazes de evoluir em seu sentido ao longo do tempo, à luz de mudanças jurídicas, políticas, sociais, econômicas e tecnológicas. Os dois casos serão analisados para identificar se eles divergem ou convergem com a jurisprudência da Corte IDH construída desde o início da década de 1990.

2 A interpretação evolutiva nas Cortes de Direitos Humanos

2.1 A interpretação evolutiva na CtEDH

A interpretação evolutiva, pela leitura da Corte EDH, é necessária para manter os direitos humanos eficazes e atualizados. O desenvolvimento da interpretação evolutiva significa, principalmente, que a jurisprudência da Corte EDH poderá ser alterada em determinado ponto

no futuro. Contudo, essas alterações, por mais necessárias que sejam para a garantia do efeito útil, acabam por atrair críticas quanto à legitimidade procedimental de seus julgamentos. Por essa razão, tal corte desenvolveu a ideia de consenso europeu para atenuar o “efeito surpresa” trazido pela interpretação evolutiva tida como reversão jurisprudencial. Entretanto, o consenso na Europa não se forma do dia para a noite e, por esse motivo, será possível prever as eventuais mudanças na jurisprudência da Corte EDH (DZEHTSIAROU, 2011). O consenso europeu, embora limitador da capacidade da CtEDH de mudar suas construções jurisprudenciais, não é absoluto e pode ser desconsiderado se houver razões importantes para isso.

No contexto da proteção de direitos humanos na Europa, a interpretação evolutiva e o consenso europeu na jurisprudência são categorias empregadas de forma simultânea pela corte europeia em muitos casos. O consenso serve como base para a evolução e a sua falta, como seu limitador.

Em primeiro lugar, a interpretação evolutiva é uma ferramenta interpretativa que garante à corte europeia um grau de flexibilidade para a realização dos direitos convencionais. Se mudanças significativas sociais, tecnológicas ocorrerem, o precedente anteriormente fixado por ela terá de mudar. A interpretação dinâmica justifica-se, como o alertado acima, pela caracterização da CEDH como um instrumento vivo, e sua correspondente necessidade de ser interpretada à luz das condições do presente.

Por outro lado, o consenso seria um acordo geral entre a maioria dos membros do Conselho da Europa sobre certas regras e princípios identificados por meio de pesquisa comparativa da prática nacional e internacional. Tal pesquisa comparativa seria levada a cabo pela corte no momento de sua decisão. Ou seja, o consenso seria um mediador entre a interpretação dinâmica e a margem de apreciação. O consenso europeu é uma presunção relativa em favor da solução adotada pela maioria das Partes Contratantes.

Se há uma divergência do padrão europeu de proteção de direitos com relação ao direito previsto em outro estado específico, isso não significa que, automaticamente, aquele primeiro Estado estará violando a CEDH. Portanto, e a partir da leitura dos parágrafos anteriores, podemos identificar possíveis resultados da correlação entre os conceitos até o momento trabalhados: 1) se um Estado estiver fora do padrão previsto na maioria dos Estados que fazem parte da CEDH europeu, o referido Estado violará a CEDH ou 2) se esse mesmo Estado demonstrar uma forte justificativa para a manutenção desse seu direito interno divergente do padrão europeu, não haverá violação da CEDH e lhe será garantido margem de apreciação para acomodar as soluções criadas internamente. As justificativas poderão ser a sensibilidade moral da questão em debate ou uma justificativa histórica e política (DZEHTSIAROU, 2011, p. 1.733).

Da construção da Corte EDH acerca da interpretação evolutiva, podemos destacar e identificar os seguintes elementos:

A justificativa para a interpretação evolutiva é a manutenção efetiva de um conjunto de direitos humanos previsto em um tratado criado para vigorar indefinidamente. A efetividade da garantia dos direitos depende de interpretações criativas, as quais se fundamentam na ideia de que o tratado é um organismo vivo, capaz, portanto, de adaptar-se às alterações que tenham ocorrido para além do tratado (MOWBRAY, 2005, p. 58-59). O que evolui no tratado são os padrões de proteção de direitos humanos estabelecidos a partir de decisões judiciais da Corte EDH tomadas anteriormente.

A utilização dessa técnica interpretativa será suscitada em assuntos ou temas que sejam sensíveis moralmente aos Estados ou que estejam baseados em decisões políticas históricas e políticas sedimentadas. Ao identificar essa qualidade de assuntos, a Corte EDH empreenderá em uma pesquisa comparativa em busca de indícios externos ao tratado que possam fundamentar a superação de um precedente. A pesquisa focará no denominado consenso europeu, o qual será expresso pela produção jurídica interna, regional ou internacional em busca de um padrão que substituirá aquele anteriormente identificado. Caso atingido o consenso, o

tratado terá evoluído; caso contrário, ao Estado será garantida margem de apreciação para interpretar a proteção daquele direito como lhe aprouver.

De início, é possível demarcar possíveis diferenças entre o processo de interpretação evolutiva identificados na CIJ e na Corte EDH.

Na CIJ, o que evoluirá não será, necessariamente, um padrão de proteção de direitos, mas um ou vários termos constantes do tratado. Muito provavelmente, isso ocorre pela diferente natureza das obrigações internacionais criadas pelos tratados e, mais fundamentalmente, pela natureza do tratado (no caso de Direitos Humanos, tidos como instrumentos vivos).

No caso da CIJ, a interpretação evolutiva surgirá quando houver uma intenção implícita ou explícita, por parte dos Estados, na evolução do sentido de um termo ao longo do tempo. A Corte EDH demanda um conjunto de situações que envolvem um contexto político e moral sensível, bem como a existência de um precedente anterior firmado para atestar a existência de uma interpretação anterior que estará, por ventura, sendo superada.

A próxima seção irá explorar como a Corte IDH aborda a interpretação evolutiva, a fim de traçar divergências ou convergências com os exemplos anteriores.

2.2 A interpretação evolutiva na CtIDH

Por outro lado, muito embora seja um tribunal internacional de âmbito regional, as obrigações internacionais interpretadas pela Corte IDH dedicam pouca ou nenhuma atenção ao papel do consentimento ou intenção dos Estados da região, ancorada que está na ideia de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos seria um tratado de natureza especial. Nesta seção, exporemos a forma como, tradicionalmente, a interpretação evolutiva é feita pela Corte IDH e seus elementos, em seguida, identificaremos os casos que fogem do padrão apresentado.

Empiricamente, começamos por identificar todas as sentenças dos casos contenciosos da Corte. Dentre 354 casos contenciosos (1988-2018),

selecionamos todos em que havia menção ao termo “interpretación evolutiva” em seu corpo, chegando ao número de 23, limitando sua utilização no mérito dos casos. Desses 23 casos, foram produzidos relatórios, onde estavam contidos um breve relato do caso e fatos relevantes e quais os indícios fáticos e jurídicos (nacionais e internacionais) que levaram a corte IDH a sustentar a evolução. Com base nessa análise, em especial o tópico sobre indícios fáticos e jurídicos, chegamos a dois casos, considerando-os mais próximos possíveis do padrão internacional: O caso *Artavia Murillo* (2012) e *Fazenda Brasil Verde* (2016).

Estudaremos ambos os casos em outra seção; por ora, veremos o desenvolvimento padrão da interpretação evolutiva na jurisprudência consultiva da Corte IDH.

De acordo com os fatos do caso *Ricardo Canese*, o Sr. Ricardo, escreveu pesquisas, livros e artigos de jornal sobre a usina hidrelétrica binacional de Itaipu. Entre 1990 e 1991, apresentou ao Procurador-Geral, na qual ele se referiu a alegada prática de crimes por Conempa, uma das duas empresas responsáveis pela aplicação da construção de Hidroelétrica em relação a construção da usina hidrelétrica de Itaipu, bem como a alegada evasão fiscal da referida empresa com base em um decreto do ex-presidente Stroessner.

Canese foi condenado criminalmente em duas instâncias por calúnia e por ter questionado o também candidato à presidência Sr. Juan Carlos Was, ao apontar sua ligação com o ex-ditador Alfredo Stroessner, dizendo que ele era seu títere através da empresa CONEMPA o Consórcio Empresarial Paraguaio na represa hidrelétrica de Itaipú. Canese foi submetido a uma restrição permanente para deixar o país. Em 11 de dezembro de 2002, a Câmara Penal do Supremo Tribunal de Justiça do Paraguai anulou as condenações contra o Sr. Canese, depois de ter peticionado ao Sistema Americano de Direitos Humanos.

No caso em questão, a referência à interpretação evolutiva foi feita no que diz respeito à violação do Artigo 9 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata sobre garantias judiciais. A violação ocorreu por

conta do desrespeito aos princípios da legalidade e retroatividade penal no julgamento do senhor Ricardo Canese. A Comissão e os representantes alegaram que o Paraguai não aplicou ao senhor Canese a lei penal mais favorável que entrou em vigor em 26 de novembro de 1998, após a condenação em segunda instância de 4 de novembro de 1997⁵.

Para analisar a alegada violação do artigo 9 da Convenção no presente caso, foi necessário à corte lembrar dos princípios da legalidade, da não retroatividade da norma desfavorável e da retroatividade da norma penal mais favorável, e ratificar o entendimento da Corte de que os princípios de legalidade e não retroatividade da regra desfavorável são aplicáveis não apenas à esfera criminal, mas também estendem-se às sanções administrativas.

No bojo desse debate, a interpretação evolutiva foi suscitada com base na argumentação a seguir: a retroatividade da norma penal mais favorável, segundo a Corte, deve ser interpretada de boa-fé, de acordo com o sentido comum atribuído aos termos do tratado no seu contexto e tendo em conta o objeto e finalidade da Convenção, que é a efetiva proteção da pessoa humana, bem como através de uma interpretação evolutiva de instrumentos internacionais para a proteção dos direitos humanos.

Deve então ser interpretado como uma lei penal mais favorável tanto aquela que estabelece uma punição menor com relação aos crimes, quanto àquela que inclui leis que descriminalizam uma conduta anteriormente considerada como crime, criam uma causa de justificação, de inculpabilidade e de impedimento à operação de uma penalidade, entre outros. Acrescentou, ademais, a Corte que, em conformidade com o artigo 29.b) da Convenção, se houver lei do Estado Parte ou outro tratado internacional que seja parte desse Estado concede maior proteção ou regula mais detalhadamente o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade, que deveria aplicar a norma mais favorável para a proteção dos direitos humanos.

“Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. A partir dos anos sessenta do século XX surgiram na Colômbia vários grupos de guerrilha, por cuja

⁵ Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*, parágrafo 178

atividade o Estado declarou "perturbada ordem pública e estado de sítio em território nacional". Como parte da luta contra grupos guerrilheiros, o Estado incentivou a criação de "grupos de autodefesa" entre os civis, cujos principais objetivos eram ajudar as forças de segurança em operações de contra-insurgência e se defender contra grupos guerrilheiros. O Estado concedeu-lhes autorizações para posse de armas, bem como apoio logístico.

Nos anos oitenta, principalmente a partir de 1985, tornou-se evidente que muitos "grupos de autodefesa" mudaram seus objetivos e se tornaram grupos de delinquência, comumente chamados de "paramilitares". Os fatos deste caso começaram em 12 julho de 1997, quando uma centena de membros das Autodefesas Unidas da Colômbia (AUC) desembarcou no aeroporto de San José de Guaviare em voos irregulares e foram apanhados pelo exército sem necessidade de qualquer controle. O Exército colombiano facilitou o transporte dos paramilitares para a cidade de Mairipán.

Em 15 de julho de 1997, mais de cem homens armados cercaram Mairipán por terra e rio. Ao chegar a Mairipán, os paramilitares assumiram o controle da cidade, das comunicações e dos escritórios públicos, e passaram a intimidar seus habitantes. Um grupo de pessoas foi torturado e morto.

As forças de segurança da Colômbia chegaram a Mairipán em 22 de julho de 1997, após o massacre ter terminado e após a chegada da mídia, quando os paramilitares já haviam destruído grande parte das evidências físicas. Apesar dos recursos interpostos, nenhuma investigação adicional foi realizada e os responsáveis não foram punidos.

No caso em questão, a referência a interpretação evolutiva foi feita duas vezes: uma no tópico sobre responsabilidade internacional do Estado e outra no tópico sobre violação do Artigo 22 da Convenção Americana, que trata sobre direito de circulação e residência. Em suas alegações finais, orais e escritas, o Estado indicou que sua responsabilidade deriva das ações irregulares de seus agentes, mas não obedece a uma política do Estado ou

de suas instituições ou aceita a atribuição dos atos dos grupos de autodefesa como se estes atuassem como seus agentes.

A Colômbia baseou suas declarações especialmente nas regras de atribuição de atos contidas nos artigos sobre Responsabilidade do Estado por Atos Ilícitos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. A Corte, em resposta, relembrou então que o uso das normas internacionais deve ser feito para escolher sempre a alternativa mais favorável para a proteção dos direitos protegidos pelo dito tratado, de acordo com o princípio da norma mais favorável ao ser humano, e que essa interpretação evolutiva é compatível com as regras gerais de interpretação consagradas no artigo 29 da Convenção Americana, e essencial para a interpretação geral de tratados sobre os direitos humanos.

A segunda referência à interpretação evolutiva ocorreu quando a Corte diz ser certamente possível estabelecer, com base nos fatos reconhecidos pelo Estado, que as famílias das vítimas estavam restritas em sua liberdade de movimento enquanto os paramilitares permaneciam em Mapiripán durante os eventos de julho de 1997, além de ficar provado que muitos dos membros da família das vítimas de Mapiripán foram deslocados após o massacre, violando o artigo 22 da Convenção Interamericana. Ou seja, a Corte considera que o Artigo 22.1 da Convenção protege o direito de não ser deslocado dentro do próprio Estado.

No presente caso, isso também foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional da Colômbia ao interpretar o conteúdo do direito constitucional de escolher seu local de domicílio, "na medida em que escapar ao risco que pesa sobre sua vida e integridade pessoal, os deslocados são forçados a fugir do seu local habitual de residência e trabalho".

O exemplo emblemático da interpretação evolutiva ocorreu no caso da Comunidade (Mayagna) Awas Tingni v. Nicaragua (2001)⁶. Além de afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos precisam ser interpretados de acordo com as perspectivas políticas e sociais atuais, de

⁶ Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

maneira evolutiva, a corte, interpretando o art. 29, *b*, da CADH, declarou que a referida norma permitia a utilização de normas internas como instrumentos interpretativos dos direitos da convenção, pois a CADH impõe a não restrição dos direitos internamente garantidos.

A corte, antes de analisar se houve violação do art. 25, da CADH, considerou importante aferir se no ordenamento interno da Nicarágua existia procedimento de titulação de terras que fosse eficaz para proteger os direitos dos indígenas⁷. Para afirmar a existência de um direito à propriedade comunal (que ensejaria a necessidade de demarcações em face da ausência de títulos reais de propriedade), a corte analisou os arts. 5, 89 e 180, da Constituição da Nicarágua, bem como as leis internas 14/1986 e 28/1987. O conjunto normativo, em suma, reconhecia e protegia o direito à propriedade comunal indígena⁸. Não obstante a expressa previsão normativa interna, a corte decidiu que o Estado não estabeleceu mecanismos eficazes para a demarcação e delimitação das terras indígenas⁹.

Em seguida, analisando o direito à propriedade previsto na CADH, a CtIDH afirmou que a ideia de “bens” presente no texto do art. 21 incluiria coisas materiais e imateriais que se agregam ao patrimônio de uma pessoa e são suscetíveis de serem valorados. A noção de bens foi preferida em detrimento da construção civil tradicional de propriedade privada nos trabalhos preparatórios da CADH¹⁰. Na conclusão de seu raciocínio, e evocando a interpretação evolutiva da CADH¹¹, a CtIDH afirmou que o art. 29, *b*, não permite uma interpretação que limite (ou restrinja) os direitos previstos no direito interno¹² e considerou que o artigo 21 da Convenção protegeria o direito à propriedade em um sentido que inclui, entre outros,

⁷ *Idem*, § 115.

⁸ *Idem*, § 122.

⁹ *Idem*, § 137.

¹⁰ *Idem*, §§ 143-144.

¹¹ *Idem*, § 146.

¹² *Idem*, §§ 147-148.

os direitos dos membros das comunidades indígenas sob o marco da propriedade comunal, que também é reconhecido na Constituição da Nicarágua¹³.

Burgogue-Larsen (2011, p. 510-511), ao comentar o caso, afirma que a fórmula da não restrição do direito interno presente no art. 29, *b*, e a interpretação evolutiva foram utilizadas para construir a noção de propriedade comunal sem o recurso ao direito internacional, fonte amplamente utilizada pela CtIDH, e possibilitou à corte interpretar a CADH evolutivamente sem se afastar dela.

Portanto, em um caso delicado para o sistema (direito de propriedade de comunidades indígenas), a CtIDH construiu a ideia de propriedade comunal com base no direito constitucional nicaraguense¹⁴.

A ideia de que a CADH foi interpretada de acordo com o direito interno ganha força quando Burgogue-Larsen (2011, p. 512) e Pasqualucci (2009, p. 66) questionavam se a construção interpretativa da propriedade comunal atribuída ao art. 21, da CADH dependeria da previsão jurídica interna ou da ratificação de outros tratados internacionais por parte do Estado para ter efeito. Nos casos julgados pela CtIDH de 2010 até 2014 relativos ao tema (e não abrangidos pelas pesquisas das autoras citadas), nenhum dos países requeridos se enquadrava nas seguintes categorias: a) omissão de previsão constitucional ou legislativa do direito à propriedade comunal às comunidades indígenas ou populações tradicionais; e/ou b) ausência de ratificação dos principais instrumentos internacionais sobre o tema (OIT 169 e/ou o PIDESC)¹⁵.

¹³ *Idem*, § 148. Apesar de não estar presente no voto concorrente conjunto dos juízes Cançado Trindade, Pacheco Gómez e Abreu Burelli, a interpretação de que o direito à propriedade comunal já estava previsto e garantido nas normas constitucionais do continente americano foi ressaltada nos votos concorrentes dos juízes Hernán Salgado Pesantes (§ 01) e Sergio García Ramírez (§ 10), o último acrescentou, inclusive, que, à luz do art. 29, *b*, o direito à propriedade comunal deve ser reconhecido na hora de interpretar e aplicar a CADH e, apesar de citar extensa legislação internacional, sustenta que as mesmas respaldam o direito nacional que o previu anteriormente (§ 12).

¹⁴ A CtIDH, ao analisar o direito político de comunidades indígenas na Nicarágua, realizou o mesmo iter interpretativo para estabelecer que o Estado violou direitos constitucionalmente assegurados (Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, §§ 203 - 205).

¹⁵ Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, §§ 88-89; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, § 149 e 162-163; Caso de las Comunidades Afrodescendientes

No caso *Atala Riffo* (2012)¹⁶ uma importante exceção foi proposta pelo Estado para afastar a jurisdição da CtIDH e as alegações de discriminação em relação à orientação sexual da vítima: a ausência de consenso regional. De acordo com o Estado requerido, a subsidiariedade do sistema exige que a CtIDH tome em consideração as decisões majoritárias dos Estados acerca do conteúdo dos direitos humanos, especialmente, nos casos em que não haja consenso entre os Estados que ratificaram a CADH. Resaltou o Estado que à época da decisão que ensejou o recurso ao SIDH inexistia o consenso que, recentemente, se esboçara, o que tornaria a exigência de conformação do Chile impossível¹⁷.

Acerca das referidas alegações, a corte iniciou suas considerações com a construção do direito à igualdade convencional. Segundo a Corte, a noção de igualdade se depreende diretamente da unidade da natureza do gênero humano e é inseparável de sua dignidade essencial, a qual é incompatível com toda situação que conduza a qualquer forma de discriminação quanto ao gozo de direitos que se reconhecesse aos que não se consideram em situação de inferioridade. A CtIDH reforçou que o princípio da igualdade e da não discriminação foram admitidos como normas de *jus cogens*.

Ao interpretar o artigo 1.1 da CADH, a corte considerou que a locução “qualquer outra condição social”, abarcaria, com base na interpretação evolutiva e na norma mais favorável ao ser humano, a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas como categorias protegidas pela Convenção. Concluiu que seria vedado pela CADH qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual da pessoa¹⁸. Em seguida, a corte afirmou que a falta de consenso em alguns países acerca do pleno respeito dos direitos das minorias sexuais não poderia ser considerado um argumento válido para negar ou restringir seus direitos humanos

Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, § 347. Antkowiak (2013, p. 160) defende que a preocupação das autoras pode ter sido sanada no caso *Saramaka v. Suriname* (2008), ocasião em que a CtIDH reforçou o art. 21 da CADH como a fonte dos direitos comunitarios.

¹⁶ Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, 2012.

¹⁷ *Idem*, § 74-75.

¹⁸ *Idem*, § 78-91.

ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que essas minorias sofrem. Em arremate, a corte afirmou que:

El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana¹⁹ (grifos nossos).

A abordagem interpretativa da sentença antecipa a análise da Corte acerca do consenso como argumento para a não violação da CADH. A corte prefere reforçar sua jurisprudência acerca da igualdade e seu caráter central no sistema, lembrando sua suposta característica de norma cogente (*jus cogens*), e incluir a orientação sexual como categoria protegida com base na impossibilidade de discriminação oriunda de “qualquer outra condição social” presente na CADH, ao invés de discutir inicialmente acerca do consenso. Após a argumentação da CtIDH, fica óbvio para o leitor que não haverá espaço para discussões acerca do consenso quando a norma é erigida à categoria de *jus cogens* e se insere como prescrição da CADH.

Ainda que não tenha sido exposta expressamente, podemos, outrossim, incluir o caso Atala Riffo como uma questão delicada do ponto de vista moral, o que demonstra que as ocasiões de margem de apreciação procedimental, geralmente, andam de mãos dadas: nos casos em que haja uma questão delicada do ponto de vista moral, dificilmente haverá consenso nos países.

Candia (2014) aponta duas razões para explicar a aproximação intrusiva da CtIDH. Em primeiro lugar, a atividade da CtIDH, na maioria dos casos iniciais, estava focada exclusivamente em disputas sobre fatos e não sobre complexos casos de interpretação jurídica (desaparecimentos forçados, violações em massa de direitos, execuções extrajudiciais, justiça de

¹⁹ *Idem*, § 92. Em uma tradução livre: “O fato de que isso poderia ser matéria controversa em alguns setores e países, e que não seja, necessariamente, matéria de consenso não pode levar o Tribunal a abster-se de decidir, pois ao fazê-lo deve remeter-se exclusivamente às disposições das obrigações internacionais contraídas por decisão soberana dos Estados através da Convenção Americana”.

transição etc.). Em segundo lugar, a CtIDH, corretamente, considerou impróprio demonstrar deferência a regimes que não tinham qualquer autoridade democrática. Para o autor, mesmo com as mudanças democráticas dos Estados que ratificaram a CADH, a corte, porém, não alterou seu posicionamento mais incisivo.

Em casos delicados do ponto de vista moral ou politicamente sensíveis, a Corte IDH parece lançar mão da “interpretação evolutiva” para justificar a criação de obrigações internacionais controversas (casamento igualitário, direitos de populações tradicionais, invalidação de leis de anistia, direito à vida etc).

Burgogue-Larsen (2014, p. 108-117), por exemplo, sustenta que a construção da interpretação evolutiva por parte da CtIDH está relacionada e pode ser explicada pela combinação de três fatores contextuais: 1) *O contexto jurídico* (que incluem os arts. 31 e 32 CVDT, o art. 29 da CADH e sua valorização do princípio *pro homine* e a filosofia jusnaturalista que o impregna); 2) *O contexto político* (a violência inerente à história do continente latino-americano fora determinante para a construção jurisprudencial da Corte nos primeiros casos, em sua intenção de erradicar a violência) e 3) *O contexto sociológico* (a interpretação da CADH depende, igualmente, da posição doutrinária, da formação e da especialidade dos juízes). Se os fatores que influenciam a interpretação evolutiva são contextuais, a alteração dos contextos políticos, jurídicos e sociológicos irá refletir no conteúdo dos direitos humanos.

3 Os possíveis casos fora da curva: interpretação evolutiva em Artavia Murillo (2012) e Fazenda Brasil Verde (2016).

Nesta seção, o artigo focará no uso do critério de interpretação evolutiva nos casos *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (2016)* e *Artavia Murillo vs. Costa Rica (2012)*, analisando, por fim, sua utilização em relação aos demais casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e de outros tribunais internacionais.

3.1 Artavia Murillo vs. Costa Rica (2012)

Outro caso em que questões morais e consenso estão inter-relacionados é Artavia Murillo (2012). A interpretação do art. 4.1, da CADH no caso estava centrada na questão do estabelecimento, ou não, de um marco convencional acerca do começo da vida. O Estado agregou importantes argumentos morais e consensuais: 1) a intenção dos Estados na formulação da CADH foi proteger os estágios mais primitivos da vida humana²⁰; 2) outros tratados internacionais, a DUDH e o PIDCP, estipularam suas normas sobre o tema de maneira ampla para albergar a margem de apreciação dos Estados acerca da proteção dos não nascidos, como o fez a Costa Rica²¹; e 3) a margem de apreciação apenas pode ser reduzida nos casos em que o consenso moral seja claro e evidente²²

A corte não lidou, diretamente, com a questão moral e consensual. Pelo contrário, preferiu interpretar a locução “Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção” do art. 4.1, da CADH. Após extensa análise interpretativa, esboçada acima, chegou à conclusão de que o art. 4.1 indica a necessidade de um balanceamento entre interesses e, que, para o caso em questão, não significa que o direito à vida seja absoluto para que o direito dos embriões se sobressaia aos demais. Portanto, o embrião não é pessoa para fins da proteção do art. 4.1 e “desde o momento da concepção”, para fins convencionais, apenas pode ocorrer com a implantação do embrião no útero materno. Dessa forma, antes de tal fato, não incide a proteção do art. 4.1. Ademais, a proteção ao não nascido é gradual, uma vez que aumenta com o tempo. A metodologia interpretativa de decidir acerca do sentido do art. 4.1 foi suficiente para a

²⁰ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, 2012, § 168.

²¹ *Idem*, § 169.

²² *Idem*, § 170.

CtIDH, no final de um parágrafo, recusar-se à analisar as alegações de que o Estado teria margem de apreciação para lidar com o assunto²³.

Da mesma forma que avaliação feita em *Atala*, a CtIDH em *Artavia* analisou o conteúdo do direito convencional, para, em seguida, previsivelmente, afastar as alegações de margem de apreciação estrutural (moralidade e consenso) do Estado. Portanto, e concordando com Candia (2014), a CtIDH não está disposta a reconhecer uma margem de apreciação que lhe isente de analisar casos em que inexista consenso no continente americano ou toque em assuntos que possam ser considerados delicados do ponto de vista moral.

Lançando mão de inúmeros recursos interpretativos a fim de verificar se a expressão “desde a concepção” presente no art. 4.1 impediria fertilizações *in vitro* (interpretação sistemática e histórica, com base nos trabalhos preparatórios da CADH, nos sistemas universal e europeu de direitos humanos), a CtIDH, fundamentada na interpretação evolutiva, citou inúmeras decisões de cortes constitucionais nacionais para afirmar que, apesar de a vida pré-natal ensejar cuidados especiais referentes a interesses inerentes a ela, não significa que não possa ser harmonizada com outros direitos fundamentais, como os da mãe. O recurso à interpretação evolutiva ocorreu porque “En el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 (...)”

Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG, Sentencia BVerfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993, 2 BvF 2/90 y 4, 5/92); Tribunal Constitucional Espanhol (Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985, 11 de abril de 1985, párr. 8); Suprema Corte dos Estados Unidos (Caso *Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157, 1973); Corte Constitucional da Colômbia (Sentencia C-355 de 2006, VI.5); Corte Suprema de Justiça da Argentina (“F.,

²³ Idem, § 316. (...) teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (supra párr. 264), la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional (grifos nossos).

A. L. s/ medida autosatisfactiva”, Sentencia de 13 de marzo de 2012, F. 259. XLVI., Considerando 10) e Suprema Corte de Justiça da Nação (acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007). Em nota de rodapé, cita a seguinte frase “Para que ao embrião ‘in vitro’ fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição” oriunda da ADI 3510/DF.

3.2 Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (2016)

O Brasil aboliu legalmente a escravidão em 1888. Apesar disso, a pobreza e a concentração da propriedade da terra foram causas estruturais que levaram à sua continuação. Nas décadas de 60 e 70, o trabalho escravo aumentou devido a técnicas mais modernas de trabalho rural, o que exigiu um maior número de trabalhadores. Em 1995, o Estado reconheceu a existência da escravidão. Os fatos do caso estão relacionados à Fazenda Brasil Verde, localizada no estado do Pará. Em particular, constatou-se que, desde 1988, uma série de denúncias foram apresentadas à Polícia Federal e ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), pela prática de trabalho escravo na referida fazenda e pelo desaparecimento de dois jovens.

Em 1996, o Grupo de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho (MPT) supervisionou a fazenda e determinou a existência de irregularidades, como a falta de cadastramento de empregados e condições contrárias à regulamentação trabalhista. Em 1997, dois trabalhadores depuseram perante a Polícia Federal do Pará que haviam trabalhado e escaparam da fazenda. O primeiro dizia que um "gato" o havia contratado e que, quando chegou à Fazenda, já devia dinheiro para hospedagem e utensílios. Ambos afirmaram que os trabalhadores foram ameaçados de morte no caso de uma queixa ou fuga e que estavam escondidos durante as fiscalizações.

Em 1999, a justiça federal autorizou a suspensão condicional por dois anos do processo contra o dono da fazenda, em troca da entrega de seis

cestas básicas para uma instituição de caridade. Em 2001, em relação aos outros dois denunciados, o juiz federal declarou a incompetência de julgar o processo, razão pela qual os mandados foram encaminhados à justiça estadual, que em 2004 declarou incompetente. Em 2007, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a jurisdição competente para o crime de trabalho escravo era federal. Em 2008, a ação criminal foi declarada extinta. Em 12 de novembro de 1998, a Comissão Interamericana recebeu a petição inicial apresentada pela Comissão Pastoral da Terra e pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional. Em 4 de março de 2015, a Comissão submeteu o caso à jurisdição do Tribunal. Em 28 de junho de 2016, os representantes e o Estado apresentaram suas alegações finais escritas e a Comissão Interamericana transmitiu suas observações finais escritas.

O Estado brasileiro indicou que deveria ser estabelecida uma clara distinção entre os conceitos de escravidão, servidão e trabalho forçado. Embora sejam conceitos relacionados e proibidos pelo artigo 6 da Convenção Americana, eles mantêm sua individualidade jurídica e possuem diferentes níveis de seriedade e, portanto, devem ter diferentes sanções no caso de responsabilidade internacional. Para a argumentação do Brasil, a confusão entre os diferentes tipos de exploração humana deve ser evitada, uma vez que banalizaria a escravidão e tornaria mais difícil erradicá-la. Na mesma linha, o Estado argumentou que o Tribunal deve limitar-se a analisar a escravidão, servidão e trabalho forçado sob o Direito internacional e não de acordo com a legislação brasileira, que tem uma definição muito mais ampla desses conceitos sem os diferenciar corretamente²⁴. O Estado também argumentou que, muito embora a proibição do trabalho escravo seja uma obrigação *erga omnes* que tem o caráter de *jus cogens*, suas características não são suficientes para determinar o conteúdo desses padrões²⁵.

O Estado indicou que, de acordo com a Convenção de 1926, a escravidão se refere ao exercício total ou parcial sobre uma pessoa das

²⁴ § 228.

²⁵ §229.

faculdades de direito de propriedade. Dado que a escravidão é legalmente abolida em, praticamente, todo o mundo, o exercício desses poderes será uma questão de fato. Assim, a determinação da presença de trabalho escravo em um Estado sempre dependerá do caso específico. Portanto, a Corte IDH deveria incidir sobre o elemento interno da escravidão, ou seja, em sua definição convencional como o exercício de propriedade sobre uma pessoa, em vez de provas, elementos externos contextuais ou simplesmente como reivindicado pelos representantes²⁶.

O Estado indicou que, no presente caso, não haveria provas de que a escravidão, o trabalho forçado ou a servidão existissem na Fazenda Brasil Verde após a aceitação da jurisdição da Corte. Alegou que a inspeção realizada em março de 2000 concluiu que os trabalhadores da Fazenda Brasil Verde estavam em situação de perigo para sua saúde e integridade física e, portanto, os resgataram, indicando violação de leis trabalhistas, mas não situação de escravidão ou trabalhos forçados, de acordo com sua interpretação atribuído pelas regras pertinentes do direito internacional dos direitos humano²⁷.

A Corte afirma que irá proceder na decisão do tema, por sua vez, com a devida atenção, em função de ser o primeiro caso a ser decidido com base no art. 6.1. Além de ser norma inderrogável, configurando elemento essencial da CADH, a compreensão de escravidão, servidão e trabalhos forçados deve ser feita a partir à luz das regras gerais de interpretação estabelecidas no art. 29 da CADH²⁸.

A Corte reitera que a CADH deve ser lida como um instrumento vivo, cuja interpretação deverá acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Dessa forma, tal interpretação evolutiva tem de acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais, ademais, trata-se de modalidade de interpretação (a evolutiva), consentânea às regras gerais de interpretação consagradas no art. 29 da CADH, assim com

²⁶ § 232.

²⁷ §233.

²⁸ §§ 242-244.

as regras da CVDT²⁹. Para dar operatividade a essa modalidade interpretativa de tratados, não se pode tomar em conta apenas os acordos e instrumentos formalmente relacionados com ele, mas também o sistema dentro do qual esteja inserido. Dessa forma, além dos critérios da CVDT (sentido comum dos termos e objeto e propósito do tratado), a Corte IDH considera útil e apropriado lançar mão de outros tratados distintos da CADH para interpretar suas disposições de acordo com a evolução do sistema interamericano, por conta do desenvolvimento experimentado nesta matéria nos vários ramos do direito internacional, em particular o direito dos direitos humanos.

A corte define o conceito evoluído de situação de escravidão, da seguinte forma: i) o estado ou condição de um indivíduo e ii) o exercício de alguns dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerce poder ou controle sobre a pessoa escravizada a ponto de anular a personalidade da vítima. As características de cada um destes elementos são corroboradas a partir de critérios extraídos do Direito Internacional³⁰.

O elemento posse em (ii) retira do Tribunal Penal Internacional Ad Hoc para a antiga Iugoslávia, o Tribunal Especial para Serra Leoa e a Corte de Justiça da Comunidade Econômica da África Ocidental (pars. 259 a 262 supra)³¹. Sobre o conceito de servidão, do tráfico de escravos e de mulheres e do trabalho forçado à luz do artigo 6 da Convenção Americana a corte fez referência ao desenvolvimento destes conceitos no Direito Internacional³². Tais proibições, prossegue, são formas análogas à escravidão e ensejam o mesmo grau de reprovabilidade do que a escravidão. Para a caracterização de servidão, utilizou, praticamente, o mesmo conceito estipulado pela Corte EDH em *Siliadin Vs. França*, qual seja, a de que servidão é a “obrigação de realizar trabalho para outros, imposto por meio de

²⁹ § 245.

³⁰ § 269.

³¹ § 272.

³² § 274.

coerção, e a obrigação de viver na propriedade de outra pessoa, sem a possibilidade de alterar essa condição”³³.

O conceito de proibição do tráfico de escravo³⁴ foi extraído, de forma conjunta, 1) do Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; 2) Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta Contra o Tráfico de Seres Humanos e 3) Caso Rantsev Vs. Chipre e Rússia da Corte EDH. Por fim, o conceito de Trabalho Forçado ou Obrigatório fora resgatado do precedente *Massacres de Ituango Vs. Colômbia*, mas que retirou inspiração do artigo 2.1 da Convenção nº 29 da OIT, a qual dispõe que: [a] expressão “trabalho forçado ou obrigatório” designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.

Após analisar os fatos, a corte considerou que o Estado brasileiro incorrerá na violação dos arts. do artigo 6.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1, 3, 5, 7, 11 e 22 do mesmo instrumento, em prejuízo dos 85 trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000 na Fazenda Brasil Verde.

4 Avaliação dos casos *Artavia Murillo (2012)* e *Fazenda Brasil Verde (2016)*

Após descrever os casos que, durante pesquisa empírica nos casos contenciosos da Corte IDH, nos parecerem como exemplos que, em um primeiro momento, se afastariam da prática jurisprudencial daquele tribunal internacional, é chegada a hora de avaliar os padrões de

³³ § 28o.

³⁴ i) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas; ii) Recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à uma situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios, para obter o consentimento de uma pessoa a fim de que se tenha autoridade sobre ela. Para os menores de 18 anos estes requisitos não são condição necessária para a caracterização de tráfico; iii) Com qualquer fim de exploração.

convergência e divergências presentes na construção da corte quando comparadas com a prática da Corte EDH e da CIJ.

A partir dos elementos elaborados na seção X.Y, iremos comparar os casos *Artavia* (2012) e *Fazenda Verde* (2016) com base nos seguintes critérios: 1) justificativa para a interpretação evolutiva; 2) O que evoluiu na CADH; 3) O papel do consenso regional; 4) o papel da comparação interestadual e internacional e 5) A existência, ou não, de margem de apreciação.

Uma resposta às alegações consensuais dos Estados: justificando o recurso evolutivo.

Em ambos os casos, mas não necessariamente nos casos anteriores da seção X.1, o recurso fora utilizado como uma resposta direta às alegações dos Estados sobre a interpretação do artigo da CADH, supostamente, violado. Em ambos os casos, os Estados suscitaram argumentos de inexistência de consenso regional e sensibilidade moral para afastar uma violação (*Artavia*) ou apelaram para uma compreensão limitada, restrita, focada na construção interna do conceito previsto na CADH (*Fazenda Verde*).

Isso demonstra que, nessas hipóteses, o que despertou e influenciou na escolha do método do critério interpretativo fora a natureza do argumento dos Estados sobre o tema debatido no caso, ou seja, um argumento que intencione restringir o padrão da CADH a partir de convenções nacionais ou regionais. Nessas duas hipóteses, ao menos, a Corte IDH apenas poderia desconsiderar ou ultrapassar tais argumentos com argumentos baseados na construção da lógica evolutiva, portanto, justificativas que superariam construções consensuais, sejam elas nacionais ou de toda região.

Contudo, em nenhum dos casos ficou muito evidente porque a Corte IDH desconsiderou tais argumentos, ou seja, porque, no caso dos direitos à vida ou proibição à escravidão, argumentos consensuais não dispõem de certa força no contexto do direito internacional. E, antes de alguma crítica mais forte, é válido ressaltar que o Estado brasileiro não negava a escravidão como violação de direitos, mas apenas que os conceitos deveriam ser aqueles desenvolvidos pela legislação nacional ou que trabalhos forçados deveriam seguir uma compreensão mais contida.

No caso do direito à vida, a justificativa foi a novidade do tratamento no momento de aplicação do tratado, ou seja, não existia FIV em 1969 e tal circunstância atraía uma interpretação evolutiva da CADH. Por outro lado, em Brasil Verde a corte considera ser útil e apropriado utilizar tratados internacionais ou outras normas internacionais para contribuir para a interpretação CADH e para o conceito de escravidão. Portanto, não fica claro porque, no primeiro caso, os argumentos de consenso são afastados e porque não estaríamos diante de um caso de prática subsequente, ou seja, porque seria um caso para interpretação evolutiva. No caso de 2016, a justificativa para o estudo comparativo foi a utilidade e por ser apropriado para atribuição de conceitos recorrer ao direito internacional e não à construção feita por Estados que fazem parte da CADH.

Construindo padrões de proteção de direitos por métodos diversos: o que evoluiu na CADH?

Diferentemente do que ocorre no caso europeu, no qual sabemos a interpretação anterior que passa por um processo de evolução, no caso da interpretação da CADH não sabemos a construção anteriormente realizada. Esse ponto fica evidente no caso do conceito de escravidão, pois, como aquele era o primeiro caso contencioso da Corte IDH sobre o tema, então não seria uma interpretação que evoluiu, pois, ao menos para a corte, o artigo ainda não havia sido aplicado na jurisprudência contenciosa. O direito à vida, como a própria corte sugeriu, não havia sido ainda interpretado a partir da lógica da questão da vida pré e intrauterina, portanto, não fica evidente como o padrão poderia ter evoluído no âmbito do sistema regional se pouco fora explorado na jurisprudência da Corte IDH.

Em nenhum dos dois casos a metodologia empregada para sugerir a “evolução” de normas da CADH é exposta pela Corte IDH. No caso do direito à vida, poderíamos sugerir que a análise serviu para reforçar a construção e conclusão da corte e, no caso, da Fazenda Verde, a corte evita construções regionais para sugerir normas europeia e da ONU para construir e delimitar os conceitos do art. 6 da CADH.

5 Considerações conclusivas

A ideia de que a CADH é um instrumento vivo não parece encontrar muitas vozes opositoras, a demonstrar que essa visão atrelada aos tratados sobre direitos humanos é menos contestada do que quando aventada para tratados de outro conjunto temático, como, por exemplo, no caso de tratados do direito internacional geral, como visto na prática da CIJ.

A busca pelo consenso é uma via importante para provar a existência de uma evolução interpretativa, contudo, a prática das cortes europeia e, principalmente, interamericana é errática e pouco rigorosa. Isso porque a análise comparada do consenso é sempre acompanhada de uma construção substantiva e autônoma sobre a interpretação do direito humano, na prática interamericana, e o balanceamento exato entre dados coletados na comparação e a construção interpretativa sobre o significado do direito. Portanto, nos casos analisados, não é possível identificar a importância da análise comparativa e quais fatores serão levados em consideração para cumprir com tal empreitada.

Ainda que seja cedo para chegar a essa conclusão, mas nos parece que a Corte IDH, ao utilizar a interpretação conforme segue os passos de uma possível leitura moral da CADH, ou seja, ela pode determinar o conteúdo dos direitos convencionais sem, necessariamente, se preocupar com a análise comparada ou buscar o consenso regional. A justificativa principal seria a necessidade de garantir efetividade aos direitos humanos previstos na convenção e, para tanto, a evolução se faz necessária.

6 Referências

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Vol.12, nº 01, p. 105-162, 2014.

_____; UBÉDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*. New York: Oxford University Press, 2011.

CANDIA, Gonzalo. Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights. Working Paper. (March 9, 2014), p. 01-24, acesso em 01 de Agosto de 2014.

HELMERSEN, Sondre Torp. Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions. *European Journal of Legal Studies*, Vol. 6, nº 01, p. 127-148, 2013.

ARATO, Julian, Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences. *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 9, nº 03, p. 443-494, 2010.

MOWBRAY, Alastair. The creativity of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, ano 2005, volume 5, número 1, pp. 57-79.

DZEHTSIAROU, K.. European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*, 12, 2011, p. 1730-1745.

PASQUALUCCI, Jo M. International Indigenous Land Rights: A Critique of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *Wisconsin International Law Journal*, vol. 27, nº 01, p. 51-98, 2009.

O Brasil cumpriu com o Caso Damião Ximenes Lopes? Sistema Interamericano e o problema do cumprimento ¹

Rafaela Teixeira Sena Neves ²

Laércio Dias Franco Neto ³

Introdução

A busca pela compreensão da situação em que se encontra o Brasil na defesa dos direitos humanos, a partir do Sistema Interamericano (SIDH), insta, antes de tudo, que seja considerado, para além do texto, o contexto histórico e as peculiaridades e características próprias regionais da América Latina.

O SIDH se insere em uma região bastante marcada pela exclusão e pela desigualdade social, problemas os quais se somam a democracias ainda não consolidadas. Somado a isto, os países ³ que ratificam o sistema conglobam reminiscências ainda do legado dos regimes autoritários ditatoriais e demarcam uma cultura da violência e da impunidade, com baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição e respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

¹ Este trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES).

² Doutoranda em Direito pela UFPA e bolsista CAPES. Visiting scholar at Columbia University; Wisconsin University e Nebraska University. Mestre em Direito pela UFPA. Professora do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Advogada.

³ Doutorando em Direito pela UFPA. Mestre em Direito pela UFPA. Professor e Advogado.

Neste espaço, cabe à região latino-americana a deixa da estrutura autoritária e, por conseguinte, após a reestruturação, a consumação da política democrática, como uma forma de concretização e respeito ao mandamento previsto desde a Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993) para a qual a *“democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente”* (inciso I, item n. 8), de modo a reafirmar o compromisso assumido na elaboração da Carta das Nações Unidas (1945) de empreender ações coletivas e individuais, atribuindo a devida importância ao desenvolvimento de uma cooperação internacional efetiva, incluindo o respeito e a observância universais pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos.

A partir da transição política (justiça de transição), após a derrocada de ditaduras militares latino-americanas vistas nas experiências argentina, uruguaia, chilena e brasileira, na década de 80, por exemplo, a República Federativa do Brasil, exclusivo alvo deste estudo, após a instituição do regime democrático – inaugurado com a entrada em vigor da Constituição da República de 1988 –, veio, em escala crescente, se empenhando na adoção de medidas em prol da incorporação de tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.

O Brasil se tornou um Estado comprometido com a proteção dos Direitos Humanos, ratificando os mais importantes tratados internacionais de Direitos Humanos⁴ - como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) - e sujeitando-se ao SIDH e seus mecanismos, que permitiam a apresentação de petições individuais: seja perante a Comissão

⁴ Atualmente, no Brasil, já se encontram ratificados e em pleno vigor praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre Direitos Humanos pertencentes ao sistema global, de que são exemplos a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998).

Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a sua atribuição de emitir recomendações vinculantes aos Estados e eventualmente encaminhar, atendidos os requisitos técnicos, seja perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), cuja função jurisdicional permite a prolação de sentenças irrecorríveis de cumprimento juridicamente obrigatório.

Foi em julho de 2006 que, pela primeira vez, o Brasil foi condenado na CorteIDH, pela morte por maus tratos a Damião Ximenes Lopes que estava sob os cuidados da Casa de Repouso Guararapes, ligada ao Sistema Único de Saúde, em Sobral (CE). Esta sentença, além de reparar a família de Damião Ximenes, incide também de forma mais abrangente sobre a política de saúde mental brasileira. Trata-se de um marco importante no processo da Reforma Psiquiátrica no país, tendo incluído a implementação de formação continuada de trabalhadores de saúde mental segundo padrões

É inegável a importância que este caso tem para o continente americano e para os estudos sobre direitos humanos, mas o que houve depois desses fatos? A questão do caso foi solucionada? Houve na prática a mudança da política e do tratamento de saúde mental no Brasil? Essas indagações nos levam a querer aprofundar o estudo no que tange ao cumprimento/*compliance* dessa sentença.

Nesse sentido, dez anos após esta primeira condenação internacional, o objetivo deste trabalho consiste em discutir o cumprimento desta sentença através da análise do instituto da *compliance* no SIDH, a fim de verificar em que medida a sentença foi cumprida e como o cumprimento/*compliance* interfere na efetividade do SIDH numa perspectiva material. Como metodologia, o teste empírico realiza uma análise quantitativa do grau de cumprimento das medidas de reparação presentes no caso.

E para isto, este trabalho se dividirá didaticamente em (1) uma breve dissertação sobre os fatos e a sentença do caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil; (2) numa análise quantitativa do grau de cumprimento das medidas de reparação prolatadas na sentença; e (3) nos comentários sobre os

resultados verificados, a fim de propiciar o debate acerca da *compliance* no SIDH.

2 Damião Ximenes Lopes vs Brasil: resumo fático

A demanda de número 12.237, encaminhada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), em 1º de outubro de 2004, resultou na primeira condenação internacional do Brasil por violação de direitos humanos em 04 de julho de 2006.

O caso versa sobre as condições desumanas e degradantes da hospitalização de Damião Ximenes Lopes na Casa de Repouso Guararapes, onde fora internado pela mãe, Albertina Ximenes, em outubro de 1999, a fim de tratamento psiquiátrico. Nessa época, esta casa era a única clínica psiquiátrica na região de Sobral, interior do Ceará, nordeste do Brasil.

No dia 04 de outubro de 1999, Damião Ximenes Lopes, aos 30 (trinta) anos, foi encontrado por sua mãe, agonizando e em situações críticas de debilidade física. A senhora Albertina Ximenes pediu socorro ao médico Francisco Ivo de Vasconcelos, presente no local, por acreditar que seu filho iria morrer devido às condições em que este se encontrava. Entretanto, o médico não atendeu aos seus pedidos ocasionando na morte de Damião Ximenes Lopes no mesmo dia (CORTEIDH, 2006, Caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil, par. 20).

A causa da morte identificada pelo corpo médico foi de “morte natural, parada cardiorrespiratória” (CORTEIDH, 2006, Caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil, par. 13), sendo que o cadáver da vítima apresentava marcas de tortura, punhos dilacerados, roxos, mãos perfuradas, com evidentes sinais de unhas e uma parte do seu nariz estava machucada.

Diante da incompatibilidade entre o laudo médico e os hematomas presentes no corpo da vítima, o corpo de Damião Ximenes Lopes foi levado, pela sua família, para Fortaleza a fim de que fosse realizada uma necropsia, a qual também concluiu que se tratava de “morte indeterminada”.

Inconformados com ambos os laudos médicos, apresentaram uma denúncia na Delegacia de Polícia da Sétima Região de Sobral, a qual não demonstrou interesse na demanda, sendo o processo criminal iniciado tardiamente, apresentando falhas em todo o trâmite processual que implicaram diretamente na execução da lide, bem como no cerceamento de defesa como O não arrolamento de testemunhas, a não participação dos envolvidos como réu. A irmã da vítima, a senhora Irene Ximenes Lopes de Miranda procurou a Comissão de Direitos Humanos e Cidadania para que houvesse a adoção de medidas tanto administrativas, quanto disciplinar, para o Conselho de Medicina, a Prefeitura de Sobral, através da Secretaria Municipal de Saúde, para a Secretaria de Saúde do Estado, como também para as autoridades policiais e judiciais. Porém, nada houve.

Tais fatos geraram prejuízos significativos à família da vítima, que foram perseguidos pelas autoridades públicas para que desistissem da demanda, adquiriram depressão clinicamente diagnosticada além de outras doenças graves, perderam a motivação para trabalhar e viver, e o mais grave, passados aproximadamente 05 (cinco) anos da instauração do processo criminal, não obtiveram qualquer resposta por parte da justiça ou evolução da lide. O caso continuava impune.

Diante disso, a senhora Irene Ximenes Lopes de Miranda procurou a CIDH apresentando todas as alegações de fato e a demanda processual lenta e imparcial, bem como a conduta de diversos agentes públicos a fim de desmotivar o acesso à justiça, bem como dificultar o andamento processual para que este fosse apresentado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, objetivando a instauração de um processo internacional de Direitos Humanos.

O estado brasileiro teve três oportunidades para prestar informações à CIDH sobre a acusação de omissão estatal pela morte de Damião Ximenes Lopes nas dependências da mencionada clínica psiquiátrica. Conforme o Relatório nº 38/02, o Brasil “não apresentou nenhuma resposta aos fatos alegados pela petionária e tampouco questionou a admissibilidade da petição”, o que levou a CIDH a apresentar este caso à CorteIDH (CIDH, 2002, p.37).

Em suas exceções preliminares, o Brasil alegou não ter ocorrido o esgotamento dos recursos internos correspondendo na CADH aos artigos 46.1 e 46.2. No entanto, a CorteIDH rejeitou a preliminar, por não ter sido interposta ante a CIDH, ou seja, em razão do Princípio do Stoppel, o Brasil teve precluso seu direito de adotar uma medida contraditória ao que expressa ou implicitamente admitiu anteriormente, resultado essa nova adoção em prejuízo a outra parte. Quanto ao mérito, foram analisadas violações estatais referentes aos artigos 4, 5, 8 e 25 da CADH.

Além disso, houve também uma espécie de qualificação da responsabilidade internacional, pois Damião Ximenes Lopes estava internado numa instituição psiquiátrica privada, mas com atendimento pelo SUS (Sistema Único de Saúde) e essa delegação de serviços públicos para entidades privadas não diminui o dever do Estado quanto aos seus cidadãos.

A CorteIDH considerou o estado brasileiro diretamente responsável pela conduta dos funcionários da Casa de Repouso Guararapes, usando como parâmetro de interpretação a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência Mental - ratificada pelo Brasil desde 2001 - e documentos da Organização Mundial de Saúde e Organização Panamericana de Saúde.

No que tange a violação aos artigos 4 (direito à vida) e 5 (direito à integridade pessoal), o estado brasileiro reconheceu a omissão estatal e sua responsabilidade internacional contra a vítima e todos os fatos relacionados à morte dele e aos maus tratos sofridos antes da morte. Tal reconhecimento deu-se pela carência de resultados positivos na propositura de políticas públicas de reforma dos serviços de saúde mental que propiciassem procedimentos eficazes de credenciamento e fiscalização nas instituições privadas de saúde. Estes artigos levam em consideração a situação de vulnerabilidade da vítima para direitos específicos, a saber, o direito ao respeito à dignidade e à autonomia das pessoas portadoras de deficiência mental e direito a um atendimento médico eficaz.

Além disso, trazem consigo outros requisitos que devem ser analisados, tais quais: a) a autonomia – tomar suas próprias decisões – deve haver comprovação da necessidade das medidas sem seu consentimento; b) finalidade do tratamento de saúde mental, ou seja, bem-estar do paciente com os meios menos restritivos à sua liberdade; sujeição ou contenção no tratamento que consiste na designação de qualquer ação que restrinja a tomada de decisões ou a liberdade de locomoção por parte do paciente, que somente é válida em último recurso, ou seja, quando estritamente necessária para a proteção do próprio paciente, ou do pessoal médico e terceiros, e realizada apenas por pessoal qualificado para tal, apenas pelo tempo em que persistirem os motivos que a justificam; c) deveres do estado quais sejam: cuidar (posição de garantidor em relação a todas as pessoas que estejam sob sua guarda ou cuidado), regular e fiscalizar (todas as instituições que realizem serviços de saúde, inclusive atendimento particular) e investigar violações de direitos humanos.

Ademais, no que concerne ao artigo 5 foi encontrado o *Iura cognita curia*, conquanto nas alegações finais, os representantes da vítima alegaram violações do artigo 5 em face dos familiares da vítima (mãe, pai, irmão e uma irmã de Damião Ximenes Lopes), em decorrência do sofrimento vivenciado com a situação ocorrida.

Quanto aos artigos 8 e 25, houve uma análise dúplici a respeito da investigação policial e as diligências relacionadas com a morte, com o processo penal e sua não observância do prazo razoável. Quanto a investigação policial, além de ter sido realizada tardiamente, o primeiro exame realizado no cadáver da vítima foi considerado inadequado por não haver a determinação da necropsia por parte médica, sendo esta concretizada em outubro de 1999, que além de não ter cumprido com as diretrizes internacionais para investigações forenses, somente foi realizada mediante encaminhamento próprio da família da vítima.

Quanto à segunda análise, sobre a não duração razoável do tempo processual, a CorteIDH considerou que não houve adequação da situação as exceções à duração razoável do processo, pois tal caso não era um assunto

complexo, a atividade processual dos familiares da vítima foi adequada e a demora do processo se deve unicamente à conduta das autoridades judiciais, não sendo razoável estar pendente há 06 (seis) anos, sem sentença de 1ª instância e a espera de uma decisão interlocutória por parte do juiz.

Quanto às reparações, no que tange ao dano material, o Brasil foi condenado a pagar U\$10.00,00 (dez mil dólares) para a irmã de Damião Ximenes Lopes, por esta ter abandonado o emprego em virtude do impacto psicológico sofrido; e a pagar U\$1.500,00 (um mil e quinhentos dólares) para a mãe da vítima para cobrir os gastos funerários e os gastos com o traslado do corpo para a necropsia.

A título de dano imaterial, para Damião Ximenes Lopes, o Estado foi condenado a pagar U\$50.00,00 (cinquenta mil dólares), a serem distribuídos na proporção de 80% para a mãe e irmã da vítima, e 20% para o pai e o irmão. Para Albertina Ximenes, o Estado foi condenado a pagar U\$30.00,00 (trinta mil dólares); para o pai da vítima, U\$10.00,00 (dez mil dólares); para a irmã, U\$ 25.00,00 (vinte e cinco mil dólares); e para o irmão gêmeo de Damião, U\$10.00,00 (dez mil dólares).

Quanto a outras formas de reparação, ou medidas de satisfação e garantias de não repetição, o Brasil foi condenado a investigar de forma séria e efetiva os fatos que geraram as violações no presente caso, a publicar parte da sentença relativa aos fatos provados e aos seus pontos resolutivos no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, a continuar a desenvolver programas de capacitação para todos os profissionais envolvidos com a assistência de saúde mental, com ênfase nas normas internacionais relacionadas a isso.

3 Cumprimento do Caso Damião Ximenes Lopes: análise quantitativa do grau de cumprimento das medidas de reparação

Antes que se adentre na análise do cumprimento das medidas de reparação, irá ser esclarecido a fase processual em que se insere essa

implementação da sentença que é chamada de procedimento de supervisão de cumprimento de sentença.

Essa fase compõe a competência jurisdicional da CorteIDH, “visto que o exercício desta não se limita a tão somente declarar o Direito. Por isso, é fundamental que esta corte estabeleça um mecanismo “[...] a fim de verificar a efetividade desta” (TEREZO, 2014, p. 248). Ela inicia-se dois anos após a data da publicação da sentença e realiza-se através da apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações a esses relatórios por parte das vítimas (ou de seus representantes), seguido do posicionamento da CIDH que emite observações quanto ao relatório do Estado e das vítimas (OEA, 2009, p.12).

Além disso, a CorteIDH pode requerer outras fontes de informação, bem como perícias e outros relatórios que considere oportuno; convocar o Estado, os representantes das vítimas e a CIDH a uma audiência – que são realizadas desde 2007-, na qual determinará o grau de cumprimento e emitirá as resoluções pertinentes, pois “a obrigação do Estado-parte em reparar, deve ser definida [...] em todos os aspectos: alcance, natureza, modalidades e definição de beneficiários, não podendo ser descumprida ou alterada pelo Estado demandado invocando direito interno” (TEREZO, 2014, p. 244).

Desde 2010, a CorteIDH vem otimizando tal prática ao realizar audiências relativas a um mesmo Estado, relacionando mais de um caso quando se tratar de medidas de reparação que guardem semelhança temática em si (OEA, 2013, p. 23).

A supervisão do cumprimento das sentenças vem se tornando uma das atividades mais demandantes da CorteIDH, diante do crescente número de casos ativos em que cada reparação é supervisionada de maneira detalhada e, também, porque tais reparações não se limitam nas medidas de caráter indenizatório, mas em medidas de restituição que se refere ao restabelecimento do *status quo* anterior à violação que podem ser através de reparação monetária ou não; medidas de reabilitação, que são as destinadas a atender as necessidades físicas e psíquicas das vítimas; medidas

de satisfação, que implicam na reparação ao dano imaterial; garantias de não repetição, que consistem no caráter pedagógico da condenação em respeito ao Princípio da vedação ao retrocesso e as medidas de obrigação positiva que consistem na obrigação dos Estados de investigar, julgar e sancionar, conforme o caso.

Tais medidas compõem o que a CorteIDH entende por conceito de reparação integral, ou melhor, do *restitutio in integrum* dos danos oriundos de violações de Direitos Humanos, a qual tem “como primeira finalidade a restituição total da situação lesionada” (RAMOS, 2012, p.67).

Dessa forma, e como já salientado anteriormente, com base no procedimento descrito e nos relatórios anuais da CorteIDH de 2008 a 2015, será analisado de modo o cumprimento das medidas de reparação do caso *Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil*. A CorteIDH iniciou o procedimento de supervisão do cumprimento desta sentença em 2008, sendo demonstrado na tabela abaixo, que traz a sentença proferida em 04 de julho de 2006 dividindo os pontos resolutivos de acordo com a natureza da medida de reparação e classificando o seu grau de cumprimento (cumprida totalmente ou cumprida parcialmente) a partir do parecer da CorteIDH através das suas resoluções de supervisão de cumprimento de sentença.

Desta feita, por mais que o Estado considere uma medida cumprida em um período “X”, para fins didáticos, e em respeito à CADH, esse trabalho irá levar em consideração o período que a CorteIDH considera e declara que está totalmente cumprida, pois tal declaração considera não somente o posicionamento do Estado, mas também, a opinião das vítimas e o parecer da CIDH.

MEDIDAS DE REPARAÇÃO	SENTENÇA DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES Vs. BRASIL (2006)	GRAU DE CUMPRIMENTO
Garantias de não repetição	(1) Desenvolver programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, e todas as pessoas vinculadas ao atendimento da saúde mental.	CUMPRIDA PARCIALMENTE
Medidas de Obrigação positiva	(2) Garantir que o processo interno de investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos surta seus efeitos, dentro de um prazo razoável.	CUMPRIDA PARCIALMENTE

	(3) Publicar a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso no Diário Oficial e em jornal de grande circulação nacional	CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2007
Medidas de Satisfação com Reparação monetária	(4) O dano material ocasionado deve ser reparado mediante uma indenização pecuniária de US\$ 10.000,00 em favor da Sra. Irene Ximenes Lopes Miranda pela perda de ingressos; US\$ 1.500,00 a título de dano emergente à Sra. Albertina Viana Lopes. (5) O dano imaterial ocasionado deve ser reparado mediante uma indenização pecuniária: US\$ 50.000,00 para o senhor Damião Ximenes Lopes; US\$ 30.000,00 para Albetina Viana Lopes; US\$ 10.000,00 para Francisco Leopoldino Lopes; US\$ 25.000,00 para Irene Ximenes Lopes Miranda; US\$ 10.000,00 para Cosme Ximenes Lopes. (6) Reembolso das custas e gastos às autoridades de jurisdição interna e o sistema interamericano de Direitos Humanos no valor de US\$ 10.000,00.	CUMPRIDAS TOTALMENTE EM 2007

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença da Corte IDH. (CORTEIDH, Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2 de maio de 2008, 21 de setembro de 2009; 17 de maio de 2010: Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença.)

Com a leitura da tabela acima é possível perceber que passados 10 (dez) anos da responsabilização internacional do Brasil, as principais reivindicações trazidas na sentença do caso Damião Ximenes Lopes não foram cumpridas, o que gera a necessidade de um olhar crítico diante dos impasses para a efetivamente no cumprimento total das medidas de reparação, isto é, faz-se necessário a discussão acerca do instituto da *compliance* no SIDH.

4 Sistema Interamericano e o problema da *Compliance*

Atualmente, os estudos já existentes quanto à *compliance* no SIDH se caracterizam por adotar a perspectiva política estatal para explicar o porquê de os Estados membros cumprirem ou não com as sentenças da CorteIDH. Até os próprios órgãos do SIDH se valem dessa perspectiva para

justificar a sua baixa efetividade, uma vez que os índices baixos de cumprimento são atribuídos à “falta de vontade política estatal em cumprir com as decisões interamericanas” (OEA, 2009 e 2010).

O cumprimento/*compliance* das sentenças do Sistema Interamericano tem sido objeto de diversos estudos, pois os níveis de cumprimento dessas sentenças são baixos, levando à indagação sobre a real efetividade das sentenças da CorteIDH em garantir a reparação integral das vítimas.

A título de exemplo, em uma análise focada em entender o tanto que os Estados cumprem com os distintos requerimentos emanados da SIDH, levando em consideração todos os relatórios finais de mérito da CIDH, os relatórios de aprovação de acordos de solução amistosa, e todas as sentenças proferidas pela CorteIDH entre 1º de junho de 2001 a 30 de junho de 2006, envolvendo os Estados-partes da CADH que reconheceram a jurisdição da CorteIDH, foram constatados que 50% dessas sentenças não foram cumpridas, 14% se encontravam em estado de cumprimento parcial e 36% estavam totalmente cumpridas (BASCH et. all, 2006).

Outro estudo realizado dois anos depois, comparou o grau de cumprimento entre as sentenças da CorteIDH e as sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos com o objetivo de demonstrar as limitações das categorias *cumprimento total* e *não cumprimento* propondo uma terceira via denominada *cumprimento parcial*, utilizando como referência todas as sentenças prolatadas pelos dois tribunais entre 1989 a 2008, constatando que das sentenças prolatadas pela CorteIDH, somente 6% lograram cumprimento total, 83% foram parcialmente cumpridas e 11% não cumpridas total (HAWKINS e JACOBY, 2008, p.45).

Em uma pesquisa mais recente que analisou a fase de supervisão de cumprimento das sentenças da CorteIDH envolvendo os países situados na América do Sul, usando como parâmetro os casos enviados à CorteIDH após 01 de janeiro de 2004 e julgados até 23 de março de 2009, concluiu que o grau de cumprimento total das medidas reparatórias é de apenas 1/3 (GARBIN, 2011, p.10-11).

O que explica estes baixos níveis de cumprimento? Analisando a *compliance* no caso Ximenes Lopes, pode-se observar empiricamente que as respostas do Brasil às solicitações dos órgãos do Sistema Interamericano não são satisfatórias ou suficientes com o compromisso existente de proteção e promoção dos direitos Humanos, pois, como visto no quadro do tópico anterior, as medidas de reparação fixadas pela CorteIDH que foram integralmente cumpridas pelo estado brasileiro são as medidas indenizatórias de caráter pecuniário. Em contrapartida, as que ainda se encontram em estado de não cumprimento, referem-se a problemas estruturais do Brasil, a saber, a política pública para tratamento de saúde mental e judiciário.

Logo, nota-se que não adiantaria continuar a desenvolver e fortalecer o Sistema Interamericano nos planos normativos e organizacionais, além de continuar a fomentar o seu acesso por parte dos indivíduos, se a sua contraprestação não for efetiva, por meio do total cumprimento de suas decisões e recomendações por parte dos Estados, em especial para essa pesquisa, do Brasil.

Em verdade, a ausência de efetividade das decisões e das recomendações dos órgãos do Sistema Interamericano representam uma violação em si dos compromissos internacionais contraídos pelos Estados que ratificaram a CADH. Afinal, o *compliance* está diretamente relacionado com o direito de acesso à justiça, consignados no artigo 8º e 25º da CADH (CORTEIDH, 2003, caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá).

Portanto, essa discussão não tem cunho meramente procedimental, tampouco é exclusiva do campo da política internacional. A efetividade do Sistema Interamericano representa em si o cumprimento com os Direitos Humanos numa perspectiva material.

A questão da efetividade das decisões de órgãos internacionais, baseadas no Direito Internacional com reflexo no Direito Interno, não é exclusiva do SIDH ou mesmo dos Direitos Humanos. É essa ausência de coerção dessas normas que inclusive leva a discussão por parte de alguns doutrinadores da natureza do Direito Internacional.

A ausência de um sistema central de sanções não invalida a existência de outros meios coercitivos e de persuasão na ordem internacional, tais como a reciprocidade mediante os Estados pares, assim como vantagens advindas pelo respeito das regras do Direito Internacional. Ainda que não se possa concluir que esses fundamentos são juridicamente exigíveis, no Direito Internacional, atribuir efetividade às suas normas requer muito mais do que simplesmente base jurídica.

Parte da doutrina clássica⁵ reputa ao consenso e ao voluntarismo estatal a base legal de exigibilidade do Direito Internacional. O Estado não seria obrigado a se comprometer internacionalmente por uma questão de soberania, mas a partir do momento em que o faz, ficaria vinculado a respeitar o compromisso. Ao mesmo tempo, é interessante o questionamento do que aconteceria se os Estados resolvessem abandonar todos seus compromissos internacionais, desobedecê-los simplesmente pelo argumento da falta de exigência do Direito Internacional.

Em uma análise empírica, é de se esperar que dito Estado torne-se um pária na sociedade internacional, não conseguindo constituir relações diplomáticas e comerciais com praticamente nenhum outro Estado, rumando a um conseqüente isolamento, dificultando a sua própria coexistência com os seus pares.

A possibilidade de uma conseqüência como descrita acima demonstra uma necessidade indispensável de alguma relação entre os Estados e, por conseqüente, de respeito às regras existentes do Direito Internacional.

Uma crítica que se pode fazer ao desenvolvimento desse pensamento é a base política no mecanismo coercitivo ao Estado, e não estritamente jurídica. Contudo, a relação entre Política e Direito Internacional é muito diferente no âmbito do Direito Interno. Só é possível a compreensão do Direito Internacional se considerado os fatores políticos conjugados com os jurídicos.

⁵ Autores como Malcolm Shaw e J.S Watson.

No sistema internacional, os Estados têm a faculdade de elaborar as normas jurídicas em conjunto, assim como decidir pela sua aplicação. Apesar do princípio *pacta sunt servanda* ser uma disposição estatal em se comprometer com aquela convenção estipulada, eventual método para obrigar um Estado a adimpli-la pode ser considerado uma violação à soberania.

Ainda que hodiernamente se reconheçam fontes do Direito Internacional que se distanciam dessa perspectiva voluntarista e visem a construção de um modelo de Direito mais objetivo com base em princípios, dentro de uma perspectiva realista das Relações Internacionais, o Estado continua sendo o detentor final da capacidade de conferir efetividade às normas internacionais.

Por isso, as principais formas de coerção ao Estado não são jurídicas, nem baseadas na força, mas sim políticas ou quase-legais. Logo, faz parte do Direito Internacional reconhecer essas relações sem estrita vinculação jurídica como a regra em seu sistema. Essa constatação pode funcionar para respaldar atuações proativas de órgãos administrativos internacionais, como também podem servir de meio de defesa para os Estados nacionais.

Numa abordagem pragmática, o descumprimento das decisões internacionais, como a do caso Ximenes Lopes, está associado às consequências práticas em relação ao que ocorre dentro dos Estados nacionais, no caso da presente pesquisa, o Brasil, numa relação conflituosa entre Direito e Política, sempre na tentativa de garantir um maior adimplemento das obrigações contraídas em matéria de Direitos Humanos, mas ocasionalmente, sob diferentes perspectivas, a interna ou a internacional.

Essa relação entre Política e Direito é inerente ao Direito Internacional, onde a proteção dos Direitos Humanos está inserida. Portanto, o desenvolvimento dessa interrelação é necessária para que se possa formular conclusões que alcancem o próprio objetivo fim do SIDH: a formulação de propostas que permitam o aumento do grau de cumprimento das suas decisões e recomendações dos órgãos do Sistema Interamericano de forma institucionalizada, se baseando em conceitos de ordem prática e não na

mera obrigação formal do Estado de obedecer suas obrigações e seus compromissos internacionais.

O motivo que justifica a falta de cumprimento total das medidas de reparação verificadas no tópico anterior é diverso, mas a sua consequência acaba por implicar no enfraquecimento do SIDH. Ao mesmo tempo em que se observa de forma empírica que o recurso (ou pelo menos, o conhecimento de que existe essa instância) ao Sistema Interamericano é difundido, seja entre os acadêmicos, os advogados e principalmente os indivíduos, de nada adiantará se ele não conseguir proteger os direitos consignados por meio da efetividade de suas decisões e recomendações.

Afinal, como principal órgão internacional americano de promotor e provedor de Direitos Humanos, o SIDH deve pensar em meios de reforçar a normatividade das suas decisões e de suas recomendações, já que há base legal para tanto, mas principalmente, determinar a melhor forma de alcançar um nível integral de satisfação dessas demandas. Portanto, reconhece-se a necessidade de se trabalhar o Direito e a Política de forma concertada e harmônica para alcançar a melhor proteção dos direitos humanos e o cumprimento integral das medidas de reparação na esfera interna, o que implicaria no fortalecimento desse sistema de proteção dos direitos humanos.

Dessa forma, constitui dever não só dos órgão que compõe o SIDH – CIDH e CorteIDH -, mas também dos diversos atores sociais que litigam no sistema, buscar uma forma jurídica de institucionalizar o cumprimento das decisões e das recomendações, aumentando assim a efetividade do Sistema Interamericano como um todo, ao invés do que ocorre hoje, aonde há uma impressão de que todo caso depende da vontade política do Estado (em todos os seus níveis e esferas dos Poderes) de cumprir ou não as solicitações da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana.

5 Considerações finais

O objetivo a que este trabalho se propôs foi o de discutir o cumprimento da sentença do caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil, a fim de verificar em que medida este caso foi cumprido e como o (não) cumprimento/*compliance* interfere na efetividade do SIDH numa perspectiva material.

Com esta meta-trabalho, após metodologicamente dimensionar este trabalho a partir de tópicos elucidativos sobre (1) o resumo fático do caso e da sentença proferida pela CorteIDH, (2) numa suma teórico-procedimental sobre o procedimento de supervisão de cumprimento de sentença, (3) na análise quantitativa do grau de cumprimento das medidas de reparação, (4) no debate acerca da *compliance* e os impasses para o cumprimento efetivo do caso em estudo, (5) levam a concluir pela necessidade de se discutir a *compliance*, para além da perspectiva da vontade política estatal, mas com o fito de alcançar um instrumento jurídico que materialize o cumprimento das medidas de reparação fixadas pela CorteIDH, incidindo no aumento gradativo do impacto do SIDH e da efetividade deste enquanto um sistema protetor de direitos humanos.

O âmago desta pesquisa científica se encontra(ou), portanto, na atualidade e a relevância de se discutir *compliance* no SIDH, em razão do constante descumprimento (ainda que possa ser parcial) da decisão da CorteIDH por parte do Estado brasileiro, em contraposição ao crescente aumento da procura deste sistema por parte dos indivíduos e das organizações não-governamentais.

Em suma, conclui-se que o debate quanto ao Sistema Interamericano deve ir para além da discussão argumentativa utilizadas nas sentenças da CorteIDH, como o fazem a maior parte da doutrina, e alcançar o debate quanto a concretização do fim último do SIDH que é reparar as violações perpetradas pelo Estado, de modo que elas não venham a se repetir, pois é esta materialidade que é buscada pelas vítimas que se utilizam deste sistema. Ou seja, o acesso à justiça internacional também é alcançar a concretude do Direito.

A recente expansão realizada pela criação de tribunais internacionais na atualidade, cada qual baseado em competências específicas e próprias, sem que haja qualquer tipo de hierarquia entre eles, mas sim uma coordenação e complementação fortaleceu o desenvolvimento do Direito Internacional contemporâneo, sob uma perspectiva que esses tribunais não apenas dizem o que é o Direito, mas buscam a realização de um ideal de justiça internacional.

Logo, cada tribunal mantém sua importância dentro da sua área de atuação, contribuindo no geral para um ordenamento jurídico internacional mais coeso, com maior precisão em relação aos costumes do Direito Internacional. Esse processo demonstra a vontade internacional de não mais permitir a perpetuação da impunidade, o que corrobora a ideia de uma justiça internacional, e ao mesmo tempo, contribui para que haja a expansão dos direitos que podem ser judicializados na esfera internacional.

O Direito Internacional e os Sistemas de Proteção de Direitos Humanos, ainda que busquem se distanciar do voluntarismo estatal, continuam a depender dos Estados para a execução das decisões internacionais. Logo, ainda que seja uma realidade hodierna a elevação do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, ainda há a necessidade da atuação estatal na operação desses processos.

Cumprido, em derradeira observação, ressaltar que o presente estudo não teve por finalidade esgotar todas as questões pertinentes que a questão do cumprimento no SIDH se propõem a enfrentar. Dada a abrangência, novidade e escassez doutrinária a respeito do mesmo, tal esgotamento extrapolaria os limites inerentes a um artigo científico. Porém, naquilo que se entendeu essencial, procurou-se conferir a completude e objetividade necessárias ao desfecho sustentável deste trabalho.

6 Referências

BASCH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano, ROSSI, Felicitas e SCHREIBER, Bárbara. "A eficácia do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos

Humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões” In SUR Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A contribuição dos tribunais internacionais à evolução do direito internacional contemporânea. In: _____. *Os tribunais internacionais e a realização da justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. Compliance with judgments and decisions: the experience of the Inter-American Court of Human Rights: a reassessment. In: _____. *Os tribunais internacionais e a realização da justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 253-267.

CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2º ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Nº38/2002*. Relatório de 09 de outubro de 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá*. Sentença de competência de 28 de novembro de 2003. Costa Rica, 2003.

_____. *Caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006. Costa Rica, 2006.

GARBIN, Isabelli Gerbelli. *Inter-American Court rulings in South-America: compliance crisis as the result of a local human rights reality*. World International Studies Committee, Third Global Studies Conference, Porto, Brasil, 2011.

HAWKINS, Darren e JACOBY, Wade. Partial compliance: a comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights. Boston: *Annual Meeting of the American Political Science Association*, 2008.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório anual de 2009*. Washington D.C, 2010.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório Anual de 2012*. Washington DC, 2013.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia do Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil de 2 de maio de 2008. San José, 2008.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia do Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil de 21 de setembro de 2009. San José, 2009.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia do Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil de 17 de maio de 2010*. San José, 2010.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Relatório anual de 2008*. San José, 2009.

_____. LXXXV Período Ordinário de Sessões. *Regulamento da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Washington DC, 2009.

SCHÖNSTEINER, Judith; COUSO, Javier. La implementación de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos em Chile: ensayo de un balance. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 22, n. 2, 2015, p. 315-355.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de derechos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. 1ª Edição. Editora Appris. Curitiba. 2014.

Desenvolvimento progressivo do direito internacional e os casos de violência de gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos

*Natália Mascarenhas Simões Bentes*¹

*Yasmin Santa Brígida*²

*Vitória Barros Esteves*³

Introdução

O desenvolvimento progressivo, na perspectiva do direito internacional público, é de suma importância para entender o tratamento concedido pela Corte Interamericana de Direitos humanos aos casos de violência de gênero. A Carta das Nações Unidas de 1945, em seu art. 13^o, confere à Assembleia Geral a obrigação de fomentar da cooperação internacional no plano político e incentivar o desenvolvimento progressivo no direito internacional e nas suas respectivas codificações.

Nesse mesmo sentido, o Estatuto da Comissão de Direito Internacional da ONU, em seu art. 15^o, visa a confecção de projetos de convenções em

¹ Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora do Centro Universitário do Estado do Pará e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Advogada.

² Mestranda em Direito e Desenvolvimento pelo PPGD/CESUPA. Bacharel em Direito pelo CESUPA. Advogada.

³ Mestranda em Ciência Política do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFPA. Pós-Graduada em Direito Digital pela Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

assuntos ainda não regulados, ou regulados de modo insuficiente na prática, pelo Direito Internacional e define que a codificação visa à conversão das normas costumeiras num corpo de normas escritas, precisas e agrupadas de forma sistemática, no qual o desenvolvimento progressivo é a consagração de regras novas a partir do direito existente ou em vias de formação. Tal documento tem o como objetivo o desenvolvimento progressivo para a formulação mais precisa e a sistematização de normas de Direito Internacional em campos em que já existe prática estatal, precedentes e doutrinas.

Um dos institutos mais importantes do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Público são as normas imperativas, também chamadas de normas *jus cogens*. Estas normas surgiram a partir das concepções do Direito Natural e encontram sua fonte primordial no costume internacional. Atualmente, representam os anseios da comunidade internacional e estão presentes em diversos documentos internacionais, estando inclusive inseridas na fundamentação de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH).

A CorteIDH vem desenvolvendo reflexões importantes sobre o caráter *iuris cogenitis* das normas, e a importância destas para garantir a não-violação de direitos humanos. Visto isso, far-se-á uma construção histórica do *jus cogens* no direito internacional público, seguida da sua conceituação para se debater o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos à luz da atuação prática da CorteIDH, ilustraremos como o estupro pode ser considerado tortura, em contextos de violência sistemática de gênero conforme a análise da interpretação de casos envolvendo violência de gênero na sua respectiva jurisprudência.

2 Desenvolvimento progressivo do direito internacional

Faz-se necessária a abordagem do que vem a ser o desenvolvimento progressivo de forma mais detalhada, este conceito está previsto no artigo 13º da Carta das Nações Unidas que confere à Assembleia Geral o dever de

fomentar a cooperação internacional no plano político e de incentivar o desenvolvimento progressivo no direito internacional e nas suas codificações. A codificação do direito internacional segue três operações: a codificação declarativa que é a identificação de normas costumeiras em vigor, onde analisa-se o seu sentido e seu alcance para adequá-las às necessidades da comunidade internacional; a codificação/ revisão que é a adaptação evolutiva das normas existentes no contexto atual das relações internacionais; e por último, a codificação criadora/ legislativa que é a afirmação de normas novas naqueles domínios em que a prática estadual é escassa⁴.

Segundo Yves Daudet, a codificação realiza o agrupamento sistemático de normas costumeiras com as normas de instrumentos privilegiados de elaboração e desenvolvimento do direito internacional, ou seja, a codificação do direito internacional ocasiona o efeito de coexistência: ambas as normas permanecem em vigor, ainda que com alcance diferenciado⁵.

Dito de outro modo, a codificação é uma formulação e sistematização mais precisa de regras de Direito Internacional em áreas onde exista extensa prática dos Estados, precedentes e doutrina, ou seja, é uma operação de conversão de regras existentes num corpo de regras escritas sistematicamente agrupadas. A codificação tem efeito declaratório pela codificação simples ou reafirmação de uma regra já existente do direito costumeiro; um efeito cristalizador, que confere validade a uma regra de direito costumeiro em formação. O desenvolvimento progressivo é a preparação de convenções sobre assuntos que não tenham ainda sido reguladas, ou seja, é uma operação de afirmação de regras novas. O efeito do desenvolvimento progressivo implica a formação de uma nova regra jurídica e pode ter como consequência a transformação paulatina dessa regra em direito costumeiro⁶.

A codificação possui também a tarefa de, simultaneamente, reforçar e expandir a norma de direito internacional. O reforço é o efeito clarificador

⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. Codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Penal. *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012, p. 605-606.

⁵ DAUDET, Yves. *Actualités de la codification du droit international*. RCADI, Tome 303, 2003, p. 36-37.

⁶ KOWAALSKI, Mateus. A Ordem Pública Universal como o fim da História? Universalização e dilemas da codificação e desenvolvimento do direito internacional. *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012, p. 870.

da existência da norma costumeira que depois de codificada, positivada, pode produzir outros processos costumeiros ulteriores, conforme as necessidades da comunidade internacional, servindo também como guia para a jurisprudência internacional, dando prosseguimento às fontes históricas do direito internacional, como uma "lei natural irreduzível"⁷. Portanto, é conforme o desenvolvimento progressivo que se interpretam as normas internacionais atuais em benefício às vítimas de violações de direitos humanos.

Sobre o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos, Hans Joas, ao analisar a genealogia dos direitos humanos, argumenta que o texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já previa direitos humanos naturais, inalienáveis, sagrados, visando o estabelecimento de um critério supratemporal para a apreciação de instituições e ações estatais, concedendo uma base norteadora substancial aos atos dos poderes Legislativo e Executivo, seria o fim último de cada instituição política e, por essa via, tais direitos seriam mais respeitados⁸. Ainda, a linguagem dos direitos naturais era responsável pela supressão dos privilégios aristocráticos e clericais⁹, privilégios que atualmente diante do cometimento de crimes internacionais também devem ser suprimidos.

Em primeiro plano, a normatividade internacional deve acompanhar as mudanças benéficas em seu conteúdo. Busca-se conceder maior substância moral e uma maior solidariedade no alcance da normatividade. No atual momento, a sociedade internacional prescinde de uma ordem normativa capaz de assegurar a coexistência pacífica e a cooperação na diversidade, o tratamento igualitário entre as entidades soberanas, mas igualmente, estabelecer mecanismos de responsabilização internacional do Estado e do indivíduo, em conformidade com os princípios de jurisdição universal, imparcial e do devido processo legal nos casos de violações de

⁷ DUPUY, Communauti internationale et disparitis de developpement, 165 *Recueil Des Cours* 11 (1979 IV).

⁸ JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos*. Tradução Nélio Schneider de Die Sakralität der Person: Eine nue Genealogie der Menschenrechte. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

⁹ JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos*. Tradução Nélio Schneider de Die Sakralität der Person: Eine nue Genealogie der Menschenrechte. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

direitos humanos, quando as jurisdições nacionais forem falhas ou omis-
sas.

A instabilidade fundamental da diferenciação normativa explica por-
que existe maior incerteza quando se trata de destacar as normas
pertencentes ao *jus cogens* em comparação com as normas comuns, há
um certo grau de indeterminabilidade e diluição da normatividade inter-
nacional¹⁰. Encontramo-nos à deriva em círculos de maior incerteza do seu
conteúdo, segundo Roberto Ago, “certa unidade de pontos de vista” é ro-
deada por uma margem sombria sobre cujo conteúdo há opiniões diversas
ao extremo¹¹.

São notáveis as dificuldades de delimitação de conteúdo normativo e
um desenvolvimento em que, quaisquer que sejam os méritos, existem di-
ferentes gradações de resistência. Enquanto alguns buscam o alargamento
do seu âmbito de aplicação pessoal, outros buscam estabelecer limites dis-
cerníveis ao desenvolvimento. Além disso, as relações entre os diversos
conceitos envolvidos levantam problemas cuja solução, em termos de pa-
cificação de entendimento, é complexa¹².

3 Normas imperativas de direito internacional

A construção histórica do caráter *iuris cogenitis* das normas de Di-
reito Internacional possui influências diretas de autores como Francisco
de Vitória e Francisco Suarez, os quais construíram as primeiras noções
de normas *jus cogens* a partir dos fundamentos de Direito Natural.

¹⁰ Segundo Weil, o grau de incerteza diluição da normatividade surge visto: “once the legally binding character of a rule is established, its full definition still requires that the personal subjects of the rights and obligations it creates be determined. Concurrently with the vertical diversification of normativity, however, a trend towards its lateral dilution has appeared, in that the subjects of rights and obligations have been growing ever more indeterminate. So much so, that it is growing increasingly difficult to determine not only what a norm consists of, but whom it binds, and in favor of whom”. WEIL, Prosper. Towards relative normativity in international law? *The American Journal Of International Law*, Vol. 77, 1983, p. 430-431.

¹¹ AGO, Roberto. Introduction au droit des trails ii la lumidre de la Convention de Vienne, *134 Recueil Des Cours*, 297, 324 (1971 III).

¹² WEIL, Prosper. Towards relative normativity in international law? *The American Journal Of International Law*, Vol. 77, 1983, p. 430-431.

3.1 Construção histórica do caráter *iuris cogenitis* das normas de direito internacional a partir do direito natural

No período de 1453 a 1648, Francisco de Vitória, apesar de não afirmar de forma expressa o caráter *iuris cogenitis* das normas de Direito Internacional, criou condições teóricas para a defesa da vigência do *jus cogens*, ao fazer relação com o Direito Natural, o qual segundo o autor é imutável, goza de obrigatoriedade/exigibilidade externa e possui natureza imperativa¹³.

Domingo de Soto também defendeu a vigência de normas *iuris cogenitis* de Direito Internacional (positivo), a exemplo das normas que proíbem a escravização de não cristãos em resultado de guerra, do princípio *pacta sunt servanda*, do respeito pelos parlamentários do inimigo em tempo de guerra e as normas indispensáveis como a propriedade privada. Contudo, é mais comum neste período a defesa de um Direito Natural imperativo do que um Direito Internacional positivo *iuris cogenites*. Os tratados deveriam respeitar o Direito Natural e não deveriam ser cumpridos quando fossem contrários ao direito das Gentes.

Na visão de Francisco Suárez há uma inderrogabilidade de parte do próprio Direito Internacional (positivo), seja pelo efeito indireto do Direito Natural, seja por força dos interesses da Comunidade de Nações. O autor defende que o direito das gentes é sensivelmente humano e positivo, lei intermediária entre o direito civil e o direito natural, que não pode derogar o direito natural e nem ser derogado sem o consentimento geral. Declarou ainda ser impossível uma alteração do Direito Internacional Costumeiro Geral ou uma criação de um regime contrário ao Direito Costumeiro em alguns Estados, da vontade coletiva ou do Direito Natural. Portanto, defendeu a vigência do *iuris cogens* positivo, mas de origem costumeira¹⁴.

Alberico Gentili em *De Iure Belli* (1588-1589) faz relação entre o Direito Internacional e o Direito Natural e defende o caráter imodificável de ambos. Afirma que o Direito Natural-Internacional não pode ser anulado

¹³ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997.

¹⁴ SUÁREZ, Francisco. *Selections from three Works. Vol. II*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

e nunca pode ser entendido para ser anulado, mesmo que a lei escrita estabeleça que o mesmo direito tenha sido rescindido, fato que apresenta relação com o caráter imperativo das normas de Direito Internacional¹⁵.

Por sua vez, Hugo Grotius¹⁶ contribuiu no sentido de estabelecer a diferença entre o Direito das gentes positivo ou secundário, mutável, e o Direito das gentes primário, relacionado com o Direito Natural, que goza de imodificabilidade, obrigatoriedade, exigibilidade externa e imperatividade, a exemplo do princípio da liberdade dos mares e do comércio, que não podem ser derogados por meio de tratados bilaterais. Para o autor, o Direito Internacional é um direito positivo e voluntário, de origem humana e o Direito Natural, apesar de imodificável, constitui um ordenamento em regra imperfeito, cujo foro é mais da consciência do que da realidade jurídica. Ou seja, o Direito Natural impõe obrigações internas que não alteram a existência de direitos externos que são oponíveis, como o Direito das Gentes. Portanto, o autor afasta o Direito Natural como parâmetro jurídico para os Estados, porém não ignora a existência de um Direito das gentes primário, fundamentado no Direito Natural.

Neste período, entre 1453 e 1648, a prática internacional indicava que as normas de caráter *iuris cogenitis* eram as normas do Direito de Guerra e Direito do Mar, este último relacionado com as práticas de pirataria e a liberdade dos mares. O Direito Canônico na *Respublica Christiana* limitava certas práticas entre os cristãos, como o recurso à guerra, a proibição da escravização dos prisioneiros de guerra ou de atos de violência contra não combatentes ou combatentes cristãos, a utilização de armas envenenadas ou envenenamento de água do inimigo, a inviolabilidade de parlamentários e proibição de recurso a determinadas táticas de guerra consideradas traiçoeiras. Tratam-se, portanto, de proibições de caráter humanitário, de forma que os beligerantes poderiam derogar se dissesse respeito a terceiros. Normas costumeiras pouco sedimentadas, de natureza dispositiva que nesse período não tinham caráter de normas *jus cogens*.

¹⁵ GENTILI, Alberico. *De Iure Belli Libri III, in the Classic of International Law*, n. 16, vol. II, Oxford/Londres, 1933.

¹⁶ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997.

Contudo, segundo Eduardo Corrêa Baptista, a proibição de escravização de não combatentes de guerras entre cristãos era suficientemente sedimentada na consciência jurídica internacional de que qualquer acordo tácito ou expresso não poderia derogar. Assim como, a proibição de agressões deliberadas e em larga escala contra não combatentes e o uso de armas envenenadas ou de venenos em geral teriam o caráter *iuris cogen-tes*¹⁷.

No que se refere à pirataria, o século XVI fez surgir a convicção de que estes atos constituíam violação do Direito Internacional e que todos os Estados tinham direito de combater e punir a pirataria, independentemente de esta ter sido cometida contra navios portadores de sua bandeira. Inicialmente essa proibição se aplicava apenas em relação à pirataria contra cristãos, pois somente abrangeu a proibição contra não-cristãos no início do século XVII. O regime da pirataria nesse período gozava de natureza *jus cogens* apenas em relação à proibição para os indivíduos e não para os Estados, pois estes poderiam autorizar a prática, não sendo considerado então considerado como crime internacional.

Nesse período, a proibição de escravização de não combatentes cristãos e de agressões deliberadas e em larga escala contra a estes, a proibição do recurso a armas envenenadas ou de envenenamento de fontes no Direito da Guerra entre Estados Cristãos e a proibição de pirataria dirigida exclusivamente aos indivíduos gozavam de natureza *jus cogens*.

Já no período de 1648 a 1919, o jusnaturalismo continua predominante. Samuel Pufendorf entende que o Direito das Gentes se identifica com o Direito Natural, pois os costumes que se adaptam ao Direito Natural são os de caráter vinculatório aos Estados¹⁸. Contudo, o voluntarismo ganha força a partir de autores como Johann Wolfgang Textor, Christian Wolff, Emmer de Vattel, entre outros, principalmente em razão do descrédito do Direito Natural, ainda que uma maioria defendesse a existência de

¹⁷ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997.

¹⁸ PUFENDORF, *Le Droit de la Nature et des Gens ou Systeme General des Principes le Plus Importants de la Morale, de la Jurisprudence et de la Politique*, Tome 1, par le Baron de Pufendorf, trad. Du Latin par Jean Barbeyrac, Source gálica.bnf.fr. Bibliothèque Nationale de France.

limites jurídicos à autonomia dos Estados, sobretudo referentes aos princípios *iuris cogentis* de Direito Internacional.

Entretanto, a prática jurídica dos Estados nesse período tem relevância para o Direito da Guerra, o Direito do Mar e o Direito Humanitário da Paz¹⁹, notadamente a proibição de escravidão, a repressão do tráfico de escravos por todos os Estados, a proibição de massacre de estrangeiros e a conversão forçada de minorias religiosas.

Neste período, mantém-se a proibição individual da pirataria e, em razão da natureza comunitária, confirma-se a jurisdição universal de cada Estado na repressão à pirataria, sendo consideradas normas *jus cogens*. Contudo, o dever de repressão da pirataria em Alto Mar tratava-se ainda de norma *ius dispositivum*.

Na primeira metade do século XX, surge uma minoria que contesta a existência de normas *jus cogens*, a exemplo do autor Karl Strupp²⁰ que reafirma em princípio a natureza dispositiva do Direito Internacional por força da igualdade e independência dos Estados e que só o princípio *pacta sunt servanda* seria inderrogável. Contudo, a maioria persiste na defesa de existência de normas internacionais *jus cogens* ou de princípios de Direito Internacional costumeiros ou normas convencionais dotadas de natureza *iuris cogenitis*.

No período após a Segunda Guerra Mundial, vislumbra-se o caráter *jus cogens* de normas humanitárias do Direito Internacional dos Conflitos Armados, a exemplo da proibição de penas coletivas sobre civis, de bombardeios deliberados sobre estes, confisco de bens essenciais para sobrevivência da população civil em território ocupado, deportações forçadas, trabalho forçado, violação da integridade física de prisioneiros de

¹⁹ Eduardo Corrêa Baptista conclui: de resto, julga-se que a prática internacional confirma estas posições doutrinárias no que diz respeito às normas estritamente humanitárias do Direito da Guerra, à proibição de apropriação em Alto-Mar, à proibição individual de pirataria, bem como à interdição de qualquer Estado a proteger e ao dever que lhes cabe de a reprimir, e as atividades que lhe estão conexas, no seu território. Também as confirma quanto às normas que impõe deveres aos Estados quanto à repressão do tráfico de escravos, de não explorarem ou incentivarem o trabalho escravo, bem como quanto à proibição de atentados generalizados contra a vida, integridade física e liberdade dos indivíduos que se encontram sob sua jurisdição, sejam estrangeiros, membros de minorias étnicas ou seus cidadãos em geral. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p.182.

²⁰ STRUPP, Karl. *Éléments Du Droit International Public Universei, Européen Et Américain*. 2^a ed. 1930.

guerra, recusa de condições mínimas de higiene, alimentação e de instalação, violação da liberdade de consciência, em especial as normas da Convenção de Genebra de 1929 relativas a feridos e doentes, bem como a Convenção sobre Prisioneiros de Guerra, que posteriormente foi desenvolvida pelas quatro Convenções de Genebra de 1949.

Por serem inicialmente fundamentadas no Direito Natural questionava-se a possibilidade de codificação das normas *jus cogens*, mas logo estas normas passaram diversos documentos internacionais. Por exemplo, a proibição da escravidão, a proteção de grupos vulneráveis e a proibição de deportação de populações civis foram estabelecidas na Carta do Tribunal Internacional de Justiça como crime contra a humanidade, confirmam o caráter de normas *jus cogens*.

Normas *jus cogens* também integraram os primeiros relatórios da Comissão Internacional da ONU a partir de 1949, culminando na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980, e posteriormente na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais de 1986.

Nos debates inflacionados pela Convenção de Viena de 1969, o *jus cogens* tornou-se um dos indicadores de um modelo baseado numa comunidade internacional de interesses comuns, superando o modelo bilateral de Wesfália, estando intimamente relacionado à implementação dos Direitos Humanos, em especial à questão de crimes ambientais e à responsabilidade dos Estados e dos indivíduos.

3.2 Definição de normas *jus cogens*

O *jus cogens* é uma palavra latina que significa direito obrigatório, norma maior e inderrogável. Segundo Jolowicz, o termo foi introduzido pela doutrina alemã, mas para Reuter a origem está no Direito Romano por meio do *common law*²¹.

²¹ MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

Paul Guggenheim²² indica que a expressão *jus cogens*, definida por Windscheid, estabelece que sejam regras de direito excludentes de toda atitude arbitrária das pessoas privadas, impõem-se mesmo que as partes queiram excluí-las. Trata-se de um Direito Natural evolutivo²³. São normas imperativas, fato que implica em certa restrição à autonomia dos Estados e a perda da faculdade de o governo dispor livremente dos seus interesses, submetendo-os aos ditames da Ordem Pública Internacional. Vale ressaltar a importância da teoria do *jus cogens* para a comunidade internacional e como elemento dos crimes internacionais no atual Direito Internacional Penal.

Ou seja, pertencer ao *jus cogens* não significa ser tal norma considerada como obrigatória, pois todas as normas internacionais o são. Significa que, além de obrigatória, os Estados não podem derogá-la, a não ser que a derrogação seja oriunda de uma norma de igual quilate. A vontade isolada de um Estado ou de um grupo de Estados, então, não pode ofender uma norma cogente internacional.

Após anos de discussão, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

(1969) no seu artigo 53, as cita como:

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*): É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Há o entendimento, com base no artigo 53 da Convenção de Viena, de que as normas *jus cogens* são uma nova fonte de direito internacional ligada ao novo papel da Comunidade Internacional. Contudo, o *jus cogens*

²² GUGGENHEIM, Paul. *Traité de droit international public*, 2^o ed. 1967.

²³ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997.

não necessita de fonte autônoma para sua criação, pois se trata de formação consuetudinária, ou seja, o costume é fonte originária do direito e é fonte de normas *jus cogens*. Primeiro porque não são aplicáveis aos costumes as regras de revogação, suspensão, vigência e invalidade dos tratados. Ademais, uma norma costumeira vincula todos os Estados da comunidade internacional, independentemente de cada um destes ter participado na sua formação ou de ter dado o seu consentimento em relação a esta²⁴.

Integram o *jus cogens* a proibição da escravatura, do genocídio, bem como os crimes contra a humanidade, atos que impeçam a liberdade em alto-mar, a manutenção da Ordem Pública, os direitos humanos e a proibição do recurso à força e da intervenção armada.

Sobre a posição hierárquica das normas *jus cogens* dentre as fontes de Direito Internacional Público, até o início do século XX entendia-se que os costumes e os tratados eram as únicas fontes do Direito Internacional e que possuíam a mesma força jurídica. Porém, principalmente com a consolidação do conceito de normas de caráter *jus cogens*, esta ideia ficou superada. Não há mais o entendimento de que o Direito Internacional formaria um “bloco normativo único” e que inexistiria hierarquia entre suas fontes.

Os tratados dependem das normas costumeiras, pois é em uma dessas normas que vão encontrar o seu fundamento. É o costume que regula o seu modo de formação, existindo verdadeira superioridade hierárquica do costume sobre os tratados. As normas *jus cogens* só vêm confirmar essa hierarquia. O tratado é uma mera fonte derivada e subordinada que vai buscar o seu fundamento na norma costumeira. O costume é a única fonte originária da Ordem Jurídica Internacional.

Parece-nos razoável a compreensão de que determinadas normas e princípios, independentemente de sua origem (costumes ou princípios), têm natureza imperativa (*jus cogens*) justamente pelo fato de serem imprescindíveis à proteção dos interesses mais relevantes da comunidade

²⁴ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997.

internacional. Mesmo os críticos do *jus cogens* não conseguem ignorar a sua presença irradiante. Nesse diapasão, não é pelo fato de que a norma seja *jus cogens* que ela terá natureza absoluta e perene. Afinal, tais normas também possuem natureza “evolutiva” e dinâmica, o que possibilita determinadas mudanças e alterações de acordo com as necessidades e ânsias dos membros da comunidade internacional.

O desenvolvimento do conceito de normas *jus cogens* levou à defesa da existência de uma “Ordem Pública Internacional”, a qual é constituída por normas dispositivas de livre negociação e imperativas que se impõem sobre todas as vontades. Dentre essas normas, estão as normas *jus cogens*, que, pela sua natureza e conteúdo, devem ser consideradas como fundamentais e como mais importantes em relação às demais normas.

De acordo com a Convenção de Viena de 1969 e de 1986, o *jus cogens* é a Ordem Pública do Direito Internacional, e, apesar de existirem normas convencionais imperativas, normas inderrogáveis, indisponíveis ou normas *jus dispositivum*, essas normas não fazem parte do *jus cogens*, pois somente fazem as normas costumeiras cuja imperatividade for derivada de considerações de Ordem Pública.

Francisco Vitoria esclarece que quando os Estados pactuam sobre matérias de grande importância para a Comunidade Internacional, não há apenas pacto, mas lei que vincula todos os Estados - independentemente de participação. Nesse sentido, André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros²⁵ explicitam que o *jus cogens* representa ao mesmo tempo um fator de crise no voluntarismo e um reforço à fundamentação do Direito Internacional no Direito Natural, acolhida pela Convenção de Viena de 1969. Devem ser aceitas as normas *jus cogens* por exigências naturais, morais, econômicas e sociais, bem como para garantir a coexistência pacífica, a cooperação no cenário internacional e salvaguardar valores de importância fundamental da humanidade.

²⁵ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 3^a ed. 1997.

A partir do momento em que normas são determinadas e princípios são reconhecidos como de natureza *jus cogens*, surgem algumas correntes doutrinárias que buscam sistematizar e classificar tais normas e princípios. Verdross exemplifica algumas normas dessa categoria, como a proibição de tráfico de escravos, do genocídio e do uso ou da ameaça do uso da força; cooperação internacional, inviolabilidade dos Tratados²⁶.

Jónatas Machado²⁷ amplia sua conceituação, pois afirma que os Direitos Humanos em suas dimensões essenciais devem ser vistos como *jus cogens*, dotado de validade planetária. Destaca o autor que a doutrina sobre *jus cogens* se divide em maximalistas, para os quais todo o Direito Internacional dos Direitos Humanos é *jus cogens*; a doutrina intermediária que compreende como *jus cogens* apenas o núcleo essencial dos Direitos Humanos e a doutrina minimalista para a qual somente as normas de Direitos Humanos cuja violação configuram crime internacional constituem *jus cogens*. Defende uma posição intermediária sobre *jus cogens* e que quanto mais alargada for a base de produção ou reconhecimento de uma norma internacional, e mais fundamental for o interesse protegido por essa norma, mais elevado deve ser o seu grau de vinculação, a menos que razões substantivas poderosas apontem em sentido contrário.

As normas *jus cogens* podem ser sintetizadas em: (a) normas imperativas relativas aos Direitos soberanos dos Estados e dos Povos (igualdade, integridade, etc.); (b) normas imperativas relativas à Manutenção da Paz e da Segurança (Igualdade soberana dos Estados, Independência dos Estados, Princípio da Não Ingerência nos assuntos internos, proibição de ameaça e uso de força, cooperação, coexistência pacífica, etc.); (c) normas imperativas relativas aos Direitos dos Homens (Princípio do Respeito Universal e Efetivo dos Direitos dos Homens e das Liberdades fundamentais, Autodeterminação dos povos, proibição de genocídio, tráfico de escravos, etc.) e, por fim, (d) normas imperativas

²⁶ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*, Ed. Aguilar: Madrid, 1982.

²⁷ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós - 11 de setembro*. Coimbra: Coimbra Editora. 4ª ed. 2013.

relativas ao Uso de Espaço Terrestre e ultraterrestre pertencente à comunidade internacional²⁸.

Portanto, são normas que se caracterizam pelo fato de serem gerais e universais, em virtude de serem aceitas e reconhecidas pela comunidade Internacional dos Estados como um todo. Para a caracterização dessa generalidade, a doutrina majoritária entende não ser necessária a aceitação por todos os membros da comunidade internacional, mas sim de sua maioria. Importante ressaltar que, caso haja conflito entre normas gerais *Ius Cogens* Universais e normas *Ius Cogens* regionais (reconhecidas pela Organização dos Estados Americanos, ou Estados Africanos ou Europeus), há entendimento de que prevalecerá a que melhor estiver em benefício da humanidade.

Há, portanto, um consenso mínimo de que existem normas imperativas no Direito Internacional, principalmente referentes a valores essenciais à comunidade internacional. A doutrina internacional e diversos documentos seguem nesse sentido, apesar de existirem divergência sobre a sua individualização.

A maior influência dessas normas está na proteção e promoção dos Direitos Humanos que ultrapassam as percepções de soberania e integridade territorial. Um meio de garantir os valores mais essenciais para a Comunidade Internacional, é reconhecer que existem normas imperativas que não dependem de uma manifestação dos Estados e que são vinculantes. Logo, não é facultado ao Estado, enquanto autoridade internacional, o direito de violar normas imperativas, ou aquiescer com violações por parte de outrem²⁹.

As normas internacionais costumeiras dos Direitos Humanos ou do Direito Humanitário de Conflitos Armados, que são *jus cogens*, tendo uma função de garantia, não prejudicam outras normas de tratados ou atos jurídicos unilaterais que consagram outros direitos mais extensos dos

²⁸ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997.

²⁹ RODAS, João Grandino. *Jus Cogens em Direito Internacional*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. XIX, faz. II, 1974.

mesmos direitos ou normas que tutelem de forma mais alargada valores humanitários. Assim, os direitos fundamentais consagrados em tratados ou normas internas que protejam de forma mais favorável os indivíduos, mais ampla, não são contrários ao *jus cogens*.

Incluem-se como normas de origem consuetudinária *jus cogens*: a proibição da escravidão, prevista na Carta do Tribunal Internacional de Nuremberg, inclusive o escravagismo é crime contra humanidade, assim como na Declaração Americana de Direitos Humanos, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e Carta Africana; a proibição de genocídio e a sua posterior reafirmação como crime internacional individual nas referidas Cartas dos Tribunais Internacionais, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Convenção de Prevenção e Repressão do Genocídio de 1948 e pelos Tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda; a proibição de tortura e penas cruéis, proibição de prisão arbitrária indefinida, garantias processuais penais mínimas e a proibição de retroatividade do Direito penal desfavorável; por fim, as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos são de natureza costumeira que tutelam diretamente seres humanos, portanto, são normas *jus cogens*.

3.3 *Jus cogens* no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos

A ampliação do conteúdo normativo do *jus cogens* na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos se deu de forma gradual. A CorteIDH, à época, presidida pelo ex-juiz Cançado Trindade, iniciou um movimento de expansão do caráter *jus cogente* de algumas normas por entender que este instituto supre a necessidade de uma verticalização mínima da Ordem Jurídica Internacional.

A primeira vez em que a CorteIDH começou a deliberar sobre *jus cogens* foi na Opinião Consultiva n° 16 de 1999 - *Direito à Informação sobre a Assistência Consular, no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*.

Neste parecer, a CorteIDH abriu um precedente para que as normas convencionais e *jus cogens* fossem interpretadas de forma a estender sua aplicação à novas situações, além de ser pioneira na construção de um novo *jus gentium*, não mais focado nos Estados, mas sim na satisfação das necessidades da humanidade³⁰.

Em sede contenciosa, a discussão acerca do conteúdo do *jus cogens* se iniciou no caso *Blake vs. Guatemala (1999)*, que trata do desaparecimento forçado de dois norte-americanos na Guatemala, e da negativa do Estado em prosseguir com as investigações. O juiz Cançado Trindade, em seu voto separado, desenvolveu o entendimento a proibição ao crime de desaparecimento forçado é uma obrigação de caráter *erga omnes* e integraria o domínio do *jus cogens* por ser um crime que se prolonga pelo tempo, atentando contra a humanidade, não admitindo derrogações *a fortiori* e nem reservas, isto é, integra um imperativo de uma consciência jurídica universal, logo, deve-se continuar a promover o desenvolvimento das normas imperativas e das correspondentes obrigações *erga omnes* de proteção do ser humano em quaisquer circunstâncias, por constituir uma forma a aperfeiçoar a proteção internacional do ser humano.

Em 2003, ainda em sede de voto separado, no caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*³¹, que se refere a violação da integridade pessoal, liberdade, honra e dignidade pelo sequestro e tortura praticados contra a vítima guatemalteca, Cançado Trindade argumentou acerca da necessidade de se debater a expansão do conteúdo abrangido pelo caráter *jus cogens*, e que esse reconhecimento decorreria da suprema fonte material do Direito Internacional, isto é, a construção de uma consciência jurídica universal entre os países.

Por sua vez, a CorteIDH somente veio a corroborar o entendimento construído nestes votos e considerar que a proibição da tortura fazia parte do *jus cogens*, no julgamento do caso dos *Irmãos Gómez-Paquiyaauri Vs.*

³⁰ CORTEIDH. *Opinião Consultiva n° 16/99 sobre o direito à Informação sobre a Assistência Consular, no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal OC- 16/99 de 1 de outubro de 1999*. Série A N° 16.

³¹ CORTEIDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C N° 13.

Peru de 2004, que trata da execução extrajudicial de dois irmãos peruanos, sendo este entendimento reproduzido no mesmo ano, no caso *Tibi vs. Equador*³², que se refere a prisão arbitrária e à tortura sofrida por um cidadão francês no Peru.

No ano seguinte, novamente em voto separado, na sentença do caso *Caesar vs. Trinidad e Tobago*³³, que trata de um caso de tortura e prisão arbitrária, além da violação à integridade pessoal, liberdade e garantia judicial, Cançado Trindade destacou o reconhecimento oficial da CorteIDH em ampliar o conteúdo normativo das normas imperativas do Direito Internacional, e o quanto esse processo de identificação do conteúdo material do *jus cogens* é um movimento que precisa se expandir, dada a importância disto para uma gradual construção de um novo *jus gentium*.

Contemporaneamente, na discussão dessas sentenças, o México solicitou à CorteIDH a sua interpretação acerca do direito à integridade pessoal e do dever de garantia dos Estados partes da OEA, mesmo em casos de imigração não registrada e documentada pelos Estados. Esta solicitação resultou na histórica Opinião Consultiva n° 18/03, sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados*. A CorteIDH reconheceu o caráter fundamental dos princípios da igualdade e da não-discriminação como parte do *jus cogens* internacional, estando os Estados obrigados a respeitar e garantir os Direitos Humanos, sem qualquer distinção.

Nesta ocasião, a CorteIDH também abordou a necessidade de se discutir a evolução do entendimento do *jus cogens* para além dos direitos dos tratados, tendo em vista sua ampliação alcançar o Direito Internacional geral, todos os atos jurídicos, manifestando-se como um direito decorrente da responsabilidade internacional dos estados, incidindo em última instância, nos próprios fundamentos da Ordem Jurídica Internacional³⁴.

³² CORTEIDH. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C N° 110.

³³ CORTEIDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Sentença de 11 de março de 2005. Série C N°123.

³⁴ CORTEIDH. *Opinião Consultiva n° 18/03 sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados*. OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A N°18.

Dessa forma, não haveria um limite ao conteúdo a ser abrangido pelo *jus cogens*, pelo contrário, o seu conteúdo tende a ser expandido, pois proporciona a consagração das obrigações *erga omnes* como uma legítima proteção aos Direitos Humanos que, uma vez consolidadas, contribuem de forma significativa contra as violações desses direitos³⁵.

Após o reconhecimento do caráter *jus cogens* aos princípios da igualdade e da não-discriminação, Cançado Trindade passou a chamar atenção para a necessidade de se estender o conteúdo do *jus cogens* ao direito de acesso à justiça, notadamente no seu voto separado do caso *Massacre de Pueblo Bello vs. Colombia*³⁶, que se refere a responsabilidade internacional do Estado pelo desaparecimento forçado, execução extrajudicial de um grupo de pessoas por parte de um grupo paramilitar, assim como a falta de investigação dos responsáveis por esses fatos.

Sua visão foi reafirmada em uma opinião separada no caso *Baldeón García vs. Peru*³⁷, no qual reforçou a necessidade de ampliação do *jus cogens* ao direito de acesso à justiça, por resultar em obrigação *erga omnes*. Nesta oportunidade, entendeu o magistrado que o acesso à justiça material é um direito imperativo, logo, as obrigações estatais de prevenção, investigação e sanção são obrigações de resultado, e não de meio, como a CorteIDH afirmou ao longo da sentença.

Apenas no julgamento do caso *Goiburú e Outros v. Paraguai*³⁸, a CorteIDH aderiu ao posicionamento do Juiz, estendendo o escopo material do *jus cogens* ao incluir o acesso à justiça aos níveis doméstico e internacional, sendo o referido entendimento reiterado na sentença do caso *La Cantuta*

³⁵ CORTEIDH. *Opinião Consultiva n.º 18/03 sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados*. OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A N.º18.

³⁶ Neste voto, Cançado Trindade entende pelo caráter indissociável dos artigos 8 e 25 da CADH, a saber: La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (supra) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección. CORTEIDH, 2003, Caso *Massacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, par. 64.

³⁷ CORTEIDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C N.º147.

³⁸ CORTEIDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C N.º 153.

vs. *Perú*. Neste caso, em voto separado, o juiz Cançado Trindade expressou a importância dessa expansão do conteúdo material do *jus cogens*:

During years I have insisted, within this Court, on the necessity of the recognition and the identification of *jus cogens*, and have elaborated, in numerous Individual Opinions (in the exercise of the functions, both contentious and advisory, of the Tribunal), the doctrinal construction of the expansion of the material content of *jus cogens* and of the corresponding obligations erga omnes of protection, in their dimensions both horizontal (*vis-à-vis* the international community as a whole) as well as vertical (encompassing the relations of the individual with the public power as well as with non-State entities and other individuals). In this way, the very notion of “victim” under the American Convention has evolved and expanded; there has been an enlargement of both the parameters of the protection due to those justiciable, as well as the circle of protected persons³⁹.

No caso *Presídio Miguel Castro Castro Vs. Perú*⁴⁰, o juiz afirma que o acesso à justiça é uma exigência do *jus cogens*. No caso do plano internacional, o acesso à justiça tem servido para sanar violações massivas de Direitos Humanos. No plano do direito interno, não se requer somente o direito de petição e de acesso à justiça formal, mas, também, a própria realização da justiça material.

O juiz, então, advoga a favor de um novo *jus gentium*, o Direito Internacional para a Humanidade. A CorteIDH foi a que mais contribuiu para o desenvolvimento do *jus cogens*, e Cançado Trindade destaca a importância da coerência do sistema jurídico internacional, onde as disposições de direito interno devem estar alinhadas com os princípios gerais do Direito Internacional e os objetivos que justificam os tratados e convenções. Tais princípios são o bem comum de todos os seres humanos e não de uma coletividade abstrata, a realização da justiça, o primado do direito sobre a força e a preservação da paz.

³⁹ CORTEIDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C Nº 162, p. 59-60.

⁴⁰ CORTEIDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C Nº 160.

4 Violência de gênero: estupro como tortura é crime contra humanidade

Os crimes contra a humanidade integram o rol de normas *jus cogens*, assim como a proibição da escravatura, do genocídio, do recurso à força e da intervenção armada.

De acordo com o Estatuto do Tribunal de Nuremberg⁴¹ os crimes contra a humanidade são definidos como o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão ou a deportação, assim como qualquer ato desumano cometido contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos que constituíssem ou não uma violação de direito interno dos países nos quais foram cometidos. Esses atos são cometidos como consequência ou em relação a qualquer crime considerado de competência do Tribunal.

O crime contra a humanidade também é previsto no artigo 7º do Estatuto de Roma, trata-se de crime grave, como assassinato, tortura, estupro ou outro ato desumano, quando cometido como parte de ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil. É essa conexão com ataque generalizado ou sistemático que torna esses crimes uma preocupação não só para os Estados, mas para a comunidade internacional como um todo.

Os elementos dos crimes contra a humanidade estão relacionados com condutas inadmissíveis em geral, reconhecidas pelos principais sistemas jurídicos do mundo e também se referem a um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. São perpetrados em contexto de ataque amplo, ou seja, envolvendo certo número de pessoas ou acontecido sobre amplo território ou envolvendo planejamento e organização⁴².

O estupro é um mecanismo de controle historicamente difundido, mas amplamente ignorado, mantido por instituições patriarcais e relações

⁴¹ Muitos autores acreditam que essa caracterização representa o legado mais importante de Nuremberg, pois, a humanidade referenciada nestes crimes abrange a somatória de muitos e variados indivíduos, portanto remete ao pensamento de pluralidade, levando a entender que esse crime não é apenas cometido contra grupos distintos, mas sim contra o ser humano, que possui direitos por simplesmente por ser humano, não possuindo apenas os direitos dados pelo Estado.

⁴² SUNGA, Lyal. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma in Tribunal Penal Internacional org. CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai, *Editora Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2000.

sociais que reforçam a dominação masculina e a subjugação feminina. A história apresenta várias funções do estupro na guerra, onde os atos de dominação refletem e reproduzem arranjos patriarcais, sociais e de gênero. O estupro na guerra: afirma as construções das mulheres como propriedade dos homens; emascula os inimigos masculinos conquistados; é uma forma de laço masculino misógino que fortalece a solidariedade necessária para a batalha; é um componente da socialização militar que pré-condiciona os soldados a desumanizar o inimigo; é uma arma de guerra estratégica usada para realizar limpeza étnica e genocídio⁴³.

O conceito de “estupro como crime de guerra” tem origem após a guerra na Bósnia, 1990, quando foram relatadas violações dos direitos humanos, inclusive o uso de campos de concentração sérvios, limpeza étnica e o estupro sistemático de mulheres muçulmanas, que acarretou na criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Daí, conforme a ONU, o estupro pode ser um crime de guerra, o que deu margens os tipos de estupro que estavam ocorrendo na Bósnia fossem proibidos, tal tribunal decidiu, ainda, que o estupro podia ser constituído em crime contra a humanidade se fosse cometido de maneira disseminada ou sistemática, baseado em motivos políticos, sociais ou religiosos e voltado contra uma população civil⁴⁴.

Seção de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para Ruanda emitiu um julgamento inovador no caso *Akayesu*, o qual era uma autoridade local quando começou o genocídio contra o grupo *tutsi* em Ruanda. Ele foi condenado por ser o principal instigador dos massacres em sua área e foi a primeira pessoa na história a ser processada e condenada por um tribunal internacional por ajudar e incitar atos de estupro como método de genocídio. Enquanto os civis do sexo masculino são mortos, as mulheres são estupradas e depois mortas; e, assim, no interrogatório sob tortura, os homens são selvagememente espancados, já as mulheres são selvagememente

⁴³ VITO, Daniela de; GILL, Aisha; SHORT, Damien. A tipificação do estupro como genocídio. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: SUR Conectas, ano 6, n. 10, jun, 2009.

⁴⁴ VITO, Daniela de; GILL, Aisha; SHORT, Damien. A tipificação do estupro como genocídio. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: SUR Conectas, ano 6, n. 10, jun, 2009.

espancadas e estupradas⁴⁵. Isto mostra que o estupro serve como controle social para suprimir a resistência de um grupo conquistado, mas para além deste âmbito, gera vergonha e trauma.

O estupro como crime, como violação de direitos humanos, é conceituado como um ato cometido contra o indivíduo, nesta pesquisa estamos considerando o indivíduo dentro do grupo das mulheres. Então, no caso já mencionado do Tribunal Penal Internacional, o crime de estupro, classificado como genocídio, é concebido tanto como um ato cometido contra um indivíduo – contra a autonomia (das mulheres), assim como um ato cometido contra o grupo (os *tutsis*). O caso *Akayesu* apresenta quatro pontos inovadores: fornece uma definição clara e progressista de estupro que não existia antes nos instrumentos do Direito Internacional; é o primeiro caso que a envolver um processo de estupro como componente de genocídio; contribui para o crescente diálogo sobre violência sexual na guerra e para o discurso sobre seu papel na prevenção de violações futuras de mulheres em zonas de conflito; desloca certos casos de estupro no sentido da inclusão numa categoria de crimes (genocídio, tortura, crimes de guerra, crimes contra a humanidade) que têm estatuto de *jus cogens* e são processáveis com base na jurisdição internacional. Os crimes que alcançaram o *status de jus cogens* não precisam de umnexo de guerra e não requerem ratificação de um tratado para serem processados⁴⁶.

A responsabilidade penal internacional do indivíduo está se desenvolvendo para alcançar outras situações que não apenas aquelas tradicionalmente aceitas, e até as mais altas autoridades estatais, militares ou não, podem ser responsabilizadas por crimes em tempo de guerra ou de paz⁴⁷.

⁴⁵ VITO, Daniela de; GILL, Aisha; SHORT, Damien. A tipificação do estupro como genocídio. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: SUR Conectas, ano 6, n. 10, jun, 2009.

⁴⁶ VITO, Daniela de; GILL, Aisha; SHORT, Damien. A tipificação do estupro como genocídio. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: SUR Conectas, ano 6, n. 10, jun, 2009.

⁴⁷ SANTOS, Juliana Corbacho Neves dos. Limites e possibilidades da responsabilização do indivíduo no direito internacional e no direito interno. *Revista de Direito Internacional Uniceub*. Brasília, v. 8, n. 2, p. 19-69, jul./dez. 2011.

Exige-se que o agente autor tenha o conhecimento de todas as características do ataque ou os detalhes precisos do plano ou política do Estado ou organização, ou seja, o dispositivo traz ideias de uma preparação para os atos e que atos isolados e individuais não ficam sob o efeito dessa incriminação e sim sob a justiça nacional. Também não se exige que estes façam parte de um ataque militar⁴⁸.

Outro aspecto importante do artigo 7º do Estatuto de Roma é a exclusão de qualquer exigência de que haja conflito armado. Os crimes contra a humanidade podem ser punidos se realizados em guerra ou em tempo de paz⁴⁹.

Visto o exposto, não se exige que os crimes contra a humanidade sejam cometidos por motivos discriminatórios, afirmando que a discriminação seria necessária para a perseguição, mas não para outros crimes contra a humanidade, e que a inclusão de tal exigência poderia inadvertidamente excluir crimes graves.

No caso de assassinato, deve-se demonstrar a intenção homicida, nos casos de extermínio deve ter a finalidade de causar a destruição de uma parte da população, no caso de gravidez forçada, deve ter por objetivo a modificação da composição étnica de uma população; no caso de perseguição, deve estar ligada à identidade do grupo ou da coletividade em questão; o desaparecimento forçado deve ser realizado com a intenção de privar as vítimas da proteção da lei. Os crimes contra a humanidade são mais amplos que o genocídio, o qual considerado categoria particular e com elemento intencional bem mais específico.

O último gênero “outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grande sofrimento ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física” foi alvo de controvérsias entre delegações que consideravam o conceito impreciso e inapropriado para um instrumento internacional, porém, o elemento ratifica a ideia de

⁴⁸ ROOBINSON, Darryl, ob. cit. p. 61-64. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro De Nuremberg a Haia*. Edição Manole: São Paulo, 2004.

⁴⁹ ROOBINSON, Darryl, ob. cit. p. 61-64. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro De Nuremberg a Haia*. Edição Manole: São Paulo, 2004.

um rol não exaustivo de atos que serão analisados pelo Ministério Público do Tribunal Penal Internacional com base no caso concreto.

Nesse sentido o art. 13, b' do Estatuto de Roma do TPI, permite que em casos de crimes contra humanidade os indivíduos de Estados não-parte podem ser responsabilizados internacionalmente com a autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas⁵⁰.

Como já exposto anteriormente, a CorteIDH, influenciada diretamente pela argumentação construída pelo Juiz Cançado Trindade, vem contribuindo significativamente para o desenvolvimento do *jus cogens*. Ao realizar o julgamento dos casos citados no tópico 2, o Tribunal desenvolveu reflexões importantes sobre as normas *jus cogens*, notadamente a importância destas para a Ordem Jurídica Internacional e a necessidade de gradativamente estende-las seu conteúdo (fruto do desenvolvimento progressivo).

Nos últimos anos, a CorteIDH também tem atuado em casos que envolvem violência de gênero, a qual pode ser definida como a violência dirigida contra uma mulher pelo simples fato dela ser mulher ou que a afeta de maneira desproporcional, abarcando tanto a prática como a simples ameaça de atos que produzem sofrimento físico, psíquico ou sexual, incluindo a coação ou outras formas de privação de liberdade.

Em todos os casos de violência de gênero julgados pela CorteIDH: *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, de 2006; *González y otras (Campo Algodonero) Vs. México*, de 2009; *Rosendo Cantú y outra vs. México*, de 2010; *Fernández Ortega y otros Vs. México*, de 2012; *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, também de 2012; *Veliz Franco y otros Vs. Guatemala e Espinoza Gonzáles Vs. México*, ambos de 2014; *Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*, de 2015; e o caso *V.R.P, V.P.C y otros vs. Nicarágua* verificou-se a violação ao direito à integridade pessoal, previsto no art. 5º da Convenção

⁵⁰ “Exercício da Jurisdição- O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 50, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se: b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes.” BRASIL. Decreto Nº 4.388, 25 de setembro de 2002. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*.

Americana de Direitos Humanos, sendo que essa violação ocorre, na maioria das vezes, a partir da prática da violência sexual.

A CorteIDH considera que a violência sexual se configura como ações de natureza sexual que são cometidas contra uma pessoa sem seu consentimento, e que compreendem a) a invasão física do corpo humano; b) atos que não produzam penetração; c) ou incluam algum contato físico. A violência sexual constitui a forma mais paradigmática de violência contra mulheres cujas consequências transcendem a pessoa da vítima⁵¹, pois os interesses jurídicos envolvidos nesses crimes envolvem transgressões da dignidade, intimidade, liberdade sexual⁵².

Nos casos *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, González y otras (Campo Algodonero) Vs. México, Rosendo Cantú y outra vs. México, Fernández Ortega y otros Vs. México, Espinoza Gonzáles Vs. México, Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, V.R.P, V.P.C y otros vs. Nicaragua*, a CorteIDH estabeleceu que a violência sexual pode ser considerada como ato de ato de tortura, uma vez que possui proposito de intimidar, degradar, humilhar, punir ou controlar a mulher que sofre esse tipo de violência.

Além de ser considerada como tortura pela CorteIDH, o estupro também pode ser considerado como crime contra a humanidade. O próprio Estatuto de Roma, em seu art. 7.1, alínea G, já prevê que a agressão sexual ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável⁵³ é crime contra a humanidade desde que cometido no contexto de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil.

⁵¹ CORTEIDH. *Fernandez Ortega y otros Vs. México*, No. 215, §119; *Rosendo Cantú y outra Vs. México*, Sentença de 25 de novembro de 2010, No. 216, §109.

⁵² OEA. Inter -American Commission of Women. Informe hemisférico sobre violencia sexual y embarazo infantil en los Estados Parte de la *Convención de Belém do Pará*, 2016, §39.

⁵³ A violência física é entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal; a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; a violência sexual é entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força, que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; a violência patrimonial é entendida como qualquer conduta que configure retenção,

Em regra, dizia-se que atos isolados e individuais não poderiam ser caracterizados como crimes contra a humanidade, uma vez que estes necessitam estar inseridos no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. No entanto, a CorteIDH, no caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* (2006), afirmou que o cometimento de um único ato ilícito⁵⁴ dentro de um contexto de ato generalizado ou sistemático contra uma população civil é suficiente para que tal ato seja qualificado como crime contra a humanidade.

A partir dessa nova concepção, é possível caracterizar o estupro como crime contra a humanidade, tendo em vista, que o estupro, nos casos analisados pela CorteIDH, além de ser considerado como uma forma de tortura, estão inseridos dentro de um contexto sistemático e muitas vezes generalizado de violência contra a mulher. Esse contexto consiste não apenas em graves e reiteradas violação dos direitos das mulheres, mas também uma ofensa à sociedade em geral, pois representa e estimula a manutenção de relações historicamente desiguais entre homens e mulheres.

Logo, os casos onde há estupro, dentro desses parâmetros, poderia também ser encaminhado ao Tribunal Penal Internacional para abertura de investigação de crime contra a humanidade, pois representa ato desumano, causador de sofrimento, e considerado tortura de acordo com a CorteIDH.

5 Conclusão

A partir da construção histórica baseada no Direito Natural, as normas *jus cogens* representam um papel importante na Ordem Jurídica

subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; a violência moral é entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. NAGASAVA, Heliane Ruriko Chaves. Gênero e violência contra a mulher. *UNICEUB*, 2011, p. 19.

⁵⁴ Só que esses tipos de violência de gênero não ocorrem isoladamente e somente uma vez, elas estão imersas em um conjunto de práticas recorrentes, que se agravando em frequência e intensidade, como coerção, cerceamento, humilhação, desqualificação, ameaças e agressões físicas e sexuais variadas, inclusive dentro do ambiente doméstico na relação com os próprios companheiros. NAGASAVA, Heliane Ruriko Chaves. Gênero e violência contra a mulher. *UNICEUB*, 2011, p. 19.

Internacional, pois consistem em normas imperativas, não podendo serem violadas ou derogadas pelos Estados ou pelos indivíduos, onde o juiz advoga a favor de um novo *jus gentium*. Devido aos conceitos expostos de normas *jus cogens* e de desenvolvimento progressivo se verificam, inclusive a partir do posicionamento do Juiz Caçado Trindade na CorteIDH, outros direitos integrando essa categoria, pois busca-se maior substância moral no alcance da normatividade que atenda as novas exigências da atualidade.

Nesse sentido, a CorteIDH foi a que mais contribui para o desenvolvimento do *jus cogens*, e conseqüentemente, há a necessidade das disposições do direito interno devem estar alinhadas com os princípios gerais do Direito Internacional e os objetivos que justificam os tratados e convenções. Tais princípios são o bem comum dos seres humanos, primados para a realização da justiça, e a preservação da paz.

Assim, a expansão do conteúdo na perspectiva da normatividade internacional acarreta em novas reflexões, notadamente sobre os crimes contra a humanidade, que integram o conjunto de normas *jus cogens*. A CorteIDH apresenta uma nova perspectiva ao afirmar que um único ato pode ser considerado como crime contra a humanidade, em um contexto específico, em especial nas suas mais recentes decisões jurisprudenciais, como no caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* (2006).

Com base no art. 7.1. a G do Estatuto de Roma, o estupro sendo interpretado como tortura, em um contexto sistematizado de violência de gênero contra a população civil, é crime contra humanidade, visto ser um ato de atentado contra a integridade física e à saúde mental que se torna preocupação para toda a comunidade internacional.

A CorteIDH já considerou, em sua jurisprudência, que a violência sexual - nesse caso o estupro - se configura como ações de natureza sexual que são cometidas contra uma pessoa sem seu consentimento, podendo ser consideradas um ato de tortura por intimidar, degradar, humilhar, punir ou controlar a mulher. Nesses casos, podemos entender pela responsabilidade internacional do Estado pela ausência de investigação e

das devidas responsabilizações por crime de estupro no âmbito interno e pelo encaminhamento do caso ao Tribunal Penal Internacional, o qual se manifesta sobre a responsabilidade dos indivíduos que cometem crimes contra humanidade – o estupro - de caráter *jus cogens*.

6 Referências

AGO, Roberto. *Introduction au droit des trails ii la lumidre de la Convention de Vienne*, 134 Recueil Des Cours, 297, 324 (1971 III).

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997.

BRASIL. Decreto Nº 4.388, 25 de setembro de 2002. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> acesso em 09 de julho de 2019, às 14:39.

CORTEIDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154.

_____. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239.

_____. *Caso Baldeón García vs. Peru*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C Nº 147.

_____. *Caso Blake vs. Guatemala*. Sentença de 24 de janeiro de 1999. Série C Nº 36.

_____. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Sentença de 11 de março de 2005. Série C Nº 123.

_____. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C Nº 160.

_____. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C Nº 289.

_____. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C Nº 215.

_____. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C Nº 153.

_____. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205.

_____. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C Nº 110.

_____. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C Nº 162.

_____. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C Nº 13.

_____. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C No. 140.

_____. *Caso Rosendo Cantú y outra Vs. México*. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C Nº 216.

_____. *Caso Tibi vs. Equador*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C Nº 144.

_____. *Caso V.R.P, V.P.C y otros Vs. Nicarágua*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C Nº 350.

_____. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C Nº 307.

_____. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C Nº 277.

_____. *Opinião Consultiva nº 16/99 sobre o direito à Informação sobre a Assistência Consular, no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* OC- 16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A Nº 16.

_____. *Opinião Consultiva nº 18/03 sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Indocumentados*. OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A Nº 18.

- DAUDET, Yves. *Actualités de la codification du droit international*. RCADI, Tome 303, 2003, p. 36-37.
- DUPUY, *Communauti internationale et disparitis de developpement*, 165 Recueil Des Cours 11 (1979 Iv).
- FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. *Codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Penal*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012, p. 605-606.
- GENTILI, Alberico. *De Iure Belli Libri III, in the Classic of International Law*, n. 16, vol. II, Oxford/Londres, 1933.
- GUGGENHEIM, Paul. *Traité de droit international public*, 2º ed. 1967.
- JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos*. Tradução Nélio Schneider de *Die Sakralität der Person: Eine nue Genealogie der Menschenrechte*. São Paulo: Editora Unesp, 2012.
- KOWAALSKI, Mateus. A Ordem Pública Universal como o fim da História? Universalização e dilemas da codificação e desenvolvimento do direito internacional. *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012, p. 870.
- MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós – 11 de setembro*. Coimbra: Coimbra Editora. 4ª ed. 2013.
- MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.
- NAGASAVA, Heliane Ruriko Chaves. Gênero e violência contra a mulher. 2011. 45 f. Monografia (Graduação) – *Programa de Graduação em Psicologia monografia do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB*, Brasília, 2011.
- OEI. Inter -American Commission of Women. *Informe hemisférico sobre violencia sexual y embarazo infantil en los Estados Parte de la Convención de Belém do Pará*, 2016, §39.
- PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 3ª ed. 1997.

- PUFENDORF, *Le Droit de la Nature et des Gens ou Systeme General des Principes le Plus Importans de la Morale, de la Jurisprudence et de la Politique*, Tome 1, par le Baron de Pufendorf, trad. Du Latin par Jean Barbeyrac, Source gálica.bnf.fr. Bibliothèque Nationale de France.
- RODAS, João Grandino. Jus Cogens em Direito Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. XIX, faz. II, 1974.
- ROOBINSON, Darryl, ob. cit. p. 61-64. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro De Nuremberg a Haia*. Edição Manole: São Paulo, 2004.
- ROOBINSON, Darryl, ob. cit. p. 62. SUNGA, Lyal S., ob. cit. p. 203; MIRANDA, João Irineu de Resende. *O Tribunal Penal Internacional frente ao princípio da soberania*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.
- SANTOS, Juliana Corbacho Neves dos. Limites e possibilidades da responsabilização do indivíduo no direito internacional e no direito interno. *Revista de Direito Internacional Uniceub*. Brasília, v. 8, n. 2, p. 19-69, jul./dez. 2011.
- STRUPP, Karl. *Éléments Du Droit International Public Universei, Européen Et Américan*. 2^a ed. 1930.
- SUÁREZ, Francisco. *Selections from three Works*. Vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- SUNGA, Lyal. *A competência ratione materiae da Corte Internacional Criminal* : arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma in Tribunal Penal Internacional org. CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*, Ed. Aguilar: Madrid, 1982.
- VITO, Daniela de; GILL, Aisha; SHORT, Damien. A tipificação do estupro como genocídio. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: SUR Conectas, ano 6, n. 10, jun, 2009.
- WEIL, Prosper. Towards relative normativity in international law? *The American Journal Of International Law*, Vol. 77, 1983, p. 430-431.

“Polícia para quem precisa?” a violência policial no Caso Favela Nova Brasília ¹

Rafaela Teixeira Sena Neves ²

Verena Holanda Mendonça Alves ³

Introdução

Nas últimas décadas, as democracias do mundo vêm enfrentando o aumento exponencial de crimes violentos em seus territórios. Atrelado ao incremento numérico dos dados estatais penais, cresceu, também, a sensação de medo e de insegurança entre aqueles ocupantes destes territórios. Em parte pela mídia, tais notícias atraem a população para um intenso debate na área de políticas relacionadas à segurança pública, na qual a polícia se torna cada vez mais visível, discutida e politizada em resposta as pressões e lides direcionadas ao provimento de serviços de policiamento. Insurgem-se diversas opiniões voltadas a adequação, transformação e até extinção da polícia nacional, sempre com a mesma justificativa: erradicar a tenebrosa criminalidade ou pelo menos controlar o crime.

¹ Este trabalho que foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES).

² Doutoranda em Direito pela UFPA. Visiting scholar at Columbia University; Wisconsin University e Nebraska University. Mestra em Direito pela UFPA. Professora do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Advogada.

³ Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde foi bolsista por colocação, frente aprovação em primeiro lugar na seleção de 02/2016. Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Pará - CESUPA. Professora da Faculdade Metropolitana da Amazônia - FAMAZ e do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Membro do grupo de pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos.

No Brasil, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988 (considerada como marco democrático), não foi revertida à ordem, caracterizadora e militarizada que existia antes. Tal constatação pode ser verificada, entre outros motivos, pela forma como as instituições policiais ainda são consideradas como responsáveis por garantir a segurança pública do país, segundo o artigo 144 da mesma lei⁴. Frente o reducionismo com o qual a segurança pública foi tratada no texto constitucional, é possível inferir que quem governa a polícia também acaba governando a segurança pública nacional.

A gestão do medo da população em geral, o incremento do sentimento de insegurança social e a crença de que quanto mais gastos em segurança um indivíduo fizer, mais seguro estará em sociedade, além de esvaziar os espaços públicos (o que dificulta de forma significativa a efetivação de um modelo que se considere como democrático clássico), segrega a população dentro de suas esferas econômicas e gera um grande lucro paralelo.

A violência policial representa um problema de direitos humanos no Brasil, em especial no Rio de Janeiro. Não há dados disponíveis sobre mortes ocorridas durante operações policiais nos anos 1994 e 1995. A partir de 1998, é que a Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro começou a compilar essas estatísticas. Em 1998, 397 pessoas morreram por ação da polícia nesse Estado; em 2007, a cifra chegou a 1.330. Em 2014, houve 584 vítimas letais de intervenções policiais e, em 2015, esse número aumentou para 645⁵.

Entre as vítimas fatais de violência policial, estima-se uma predominância de jovens, negros, pobres e desarmados. Segundo dados oficiais, os homicídios são hoje a principal causa de morte de jovens de 15 a 29 anos no Brasil, e atingem especialmente jovens negros do sexo masculino, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos. Dados do

⁴ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

⁵ Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015. São Paulo, 2015 (expediente de prova, folhas 14344 e 14354), e Dados do Instituto de Segurança Pública apresentados pelo Estado em suas Alegações Finais do Caso Favela Nova Brasília (2017).

SIM/Datasus do Ministério da Saúde mostram que mais da metade dos 56.337 mortos por homicídios, em 2012, no Brasil, eram jovens (30.072, equivalente a 53,37%), dos quais 77,0% negros (pretos e mulatos) e 93,30% do sexo masculino. No Rio de Janeiro, aproximadamente 65% das pessoas que morreram em 2015 são negras (negros e mulatos). No Estado do Rio de Janeiro, estudos mostram que a oportunidade de um jovem negro de morrer por ação da polícia é quase 2,5 vezes maior do que a de um jovem branco⁶.

Nesse panorama, é imprescindível entender como a polícia é protetora de Direitos Humanos, se ao mesmo tempo, é a violadora de Direitos Humanos? A forma de governança e a estrutura policial estão compatíveis com um Estado democrático de Direito ou são conceitos antagônicos?

Dessa forma, a partir da condenação brasileira realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), em 2017, pela chacina ocorrida na Favela Nova Brasília, o presente artigo tem como objetivo analisar em que medida a estrutura policial pode ser democrática a fim de garantir a proteção dos Direitos Humanos ou se esta somente representa uma forma de poder em si mesmo?

Nesse sentido, o artigo irá se dividir em duas partes, uma primeira descritiva, a partir de uma análise jurisprudencial, em que será detalhado os fatos do caso Favela Nova Brasília e os argumentos utilizados pela CorteIDH para responsabilizar internacionalmente o Estado Brasileiro por violação de Direitos Humanos; e uma segunda analítica, utilizando-se de uma metodologia de estudo de argumentos doutrinários, em que será realizado uma análise crítica dos institutos “*governança*” “*polícia*” para verificar o que fundamenta a estrutura atual da polícia brasileira e se está em compatibilidade com um Estado protetor de Direitos Humanos.

2 O Caso Favela Nova Brasília (2017)

⁶ Idem.

Na manhã do dia 18 de outubro de 1994, uma incursão policial foi realizada na Favela Nova Brasília por um grupo de 40 a 80 policiais civis e militares de várias delegacias da cidade do Rio de Janeiro. Durante a operação, os policiais invadiram pelo menos cinco casas, começaram a disparar contra os ocupantes e levar os corpos cobertos por cobertores, à praça principal da comunidade; detendo ocupantes para levá-los, e posteriormente, privá-los da vida e depositar seus corpos na mesma praça. Em duas das casas invadidas, os policiais interrogaram e cometeram atos de violência sexual contra três jovens, duas das quais eram crianças. Nessa operação, somente 28 policiais foram identificados.

No ano seguinte, no amanhecer do dia 8 de maio, um grupo de 14 policiais civis entrou na Favela Nova Brasília, com o apoio de dois helicópteros. A operação tinha como objetivo deter um carregamento ilegal de armas que seria entregue na localidade. Como resultado dessa incursão policial, três policiais foram feridos e 13 homens da comunidade foram mortos. Os laudos de investigação foram inconclusivos.

Em novembro do mesmo ano, uma petição inicial foi apresentada à Comissão Interamericana (CIDH) pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL). Em 19 de maio de 2015, a CIDH, diante do insucesso de uma solução amigável, apresentou a demanda junto à CorteIDH.

De acordo com a CIDH, o caso se refere às falhas e à demora na investigação e punição dos responsáveis pelas supostas “execuções extrajudiciais de 26 pessoas no âmbito das incursões policiais feitas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília”. O Estado brasileiro alegou que essas mortes foram justificadas pelas autoridades policiais mediante o levantamento de “atas de resistência à prisão”.

Assim, em 16 de fevereiro de 2017, a CorteIDH considerou o Estado brasileiro responsável pela violação do direito às garantias judiciais de independência e imparcialidade da investigação, devida diligência e prazo razoável, estabelecidas no artigo 8.1 e 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), pois o efeito dos “autos de resistência à prisão”

impactou toda a investigação da chacina, com consequências que perduraram ao longo do tempo, e que foram determinantes para a falta de devida diligência nas investigações (CORTEIDH, Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil, 2017).

A esse respeito, a CorteIDH identificou que em várias peritagens e declarações testemunhais anexadas ao caso, bem como a Defensoria Pública do Estado de São Paulo destacou em seu escrito de *amicus curiae*, mostraram que no Brasil tornou-se uma prática habitual em que os relatórios sobre mortes ocasionadas pela polícia se registrem como “resistência seguida de morte”, e que no Rio de Janeiro se use a expressão “auto de resistência” para referir-se ao mesmo fato. De acordo com a Defensoria Pública, esse é o cenário ideal para os agentes que pretendem dar aspecto de legalidade às execuções sumárias que praticam (CORTEIDH, Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil, 2017).

O registro das execuções como “resistência à prisão” tinha um claro efeito nas investigações, na gravidade com que se assumiam os fatos e na importância que se atribuía à identificação e punição dos responsáveis. Além disso, a falta de independência concreta dos investigadores torna evidente a sua relação direta com os homicidas, suas ações tendenciosas e parciais e a excessiva morosidade dos procedimentos. A polícia civil foi incapaz de realizar as mínimas diligências necessárias para estabelecer a verdade sobre o ocorrido e instruir o processo penal contra os homicidas. Nesse caso, a Corte IDH destacou uma série de alertas a respeito da seriedade das condutas adotadas pelos agentes policiais, como as conclusões da Comissão Especial de Sindicância e, posteriormente, a intervenção do Ministério Público, em 2013. Sem prejuízo do exposto, essas ações foram demasiado tímidas para superar as falhas apresentadas de 18 de outubro de 1994 a março de 2013 (CORTEIDH, Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil, 2017).

Além disso, a CorteIDH também considerou que o Estado brasileiro é responsável pela violação do direito à proteção judicial, previsto no artigo 25 da CADH, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento; pela

violação dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais, previstas nos artigos 25 e 8.1 da CADH, e os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, bem como o artigo 7 da Convenção Belém do Pará; e pela violação do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da CADH (CORTEIDH, Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil, 2017).

Por fim, a CorteIDH determinou como medidas de reparação às vítimas, obrigação de investigar, o Estado deverá conduzir eficazmente a investigação em curso sobre os fatos relacionados com as mortes ocorridas na incursão de 1994, com a devida diligência e em prazo razoável; reabilitação, o Estado deve oferecer, gratuitamente, por meio de suas instituições especializadas de saúde, e de forma imediata, adequada e efetiva, o tratamento psicológico e psiquiátrico de que as vítimas necessitem, após o consentimento fundamentado e pelo tempo que seja necessário, inclusive com o fornecimento gratuito de medicamentos; medidas de satisfação, a publicação da sentença e a realização de um ato de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação aos fatos do presente caso e sua posterior investigação; além de indenização compensatória por danos materiais e morais.

Como garantias de não repetição, a CorteIDH determinou que o Estado deve dar prosseguimento às ações desenvolvidas e implemente, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro, destinado a todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro e a funcionários de atendimento de saúde. Além disso, que o Estado adote as medidas legislativas, ou de outra natureza, necessárias para permitir que as vítimas de delitos ou seus familiares participem de maneira formal e efetiva da investigação criminal realizada pela polícia ou pelo Ministério Público, sem prejuízo da necessidade de reserva legal ou confidencialidade desses procedimentos.

Até o fechamento deste artigo, o Estado brasileiro somente cumpriu com a obrigação de publicação da sentença em português.

3 É possível *governar* com a polícia?

A partir da análise do caso Favela Nova Brasília (2017), é possível constatar um panorama antagônico e violador de garantias individuais, as fronteiras entre público e privado ganham novas delimitações e horizontes. Assim, entender a forma de governança (e governança da polícia) em tal panorama exige um conhecimento atual que compreenda as desenvolvimentos políticas e sociais dos atores que a completam e que incrementam suas exigências e emergências, formando a agenda deste setor.

Inicialmente, importante verificarmos o que poderia ser considerado como *governança*. Normalmente, tal estrutura é conceituada como uma agenda política direcionada para determinado objetivo (MUNIZ, 2009, p. 8). Tal conceituação nos apresenta uma visão geral, contudo, compreender precisamente o que seria este instituto, quais as nuances que o integram e as limitações que impõe, é tarefa de grande dificuldade.

Muniz destaca o risco que se apresenta ao tentar definir a *governança*, principalmente quando se pondera a maneira como este acontecimento operaria e poderia ser compreendido como um fenômeno empírico, mediante as diferentes práticas de governança encontradas em diferentes instituições, em diversos contextos, mesmo como uma agenda de transformação nas mais diversas realidades (2009, p. 8).

Infere-se, então, que poderão existir a mesma quantidade de definições para *governança*, quanto práticas que tais institutos tentam concretizar. Pode-se encaixar em várias ações que demonstrem alguma dinâmica de comando ou direcionamento de ações com conotação pública em busca de objetivos da coletividade.

Pela amplitude que uma compreensão de espaço de tomada de poder detém, o termo *governança* poderá ser utilizado em diversas áreas públicas, alterando apenas o foco que se busca com aquela prática específica. Conforme Muniz defende, o termo *governança* vincula-se ao reconhecimento de instâncias de produção de governo por diversos atores: o Estado

e suas instituições, as organizações privadas, com e sem fins lucrativos, a sociedade civil (atores coletivos e individuais); e em diversos níveis de aplicação: dentro e fora do Estado, transnacional, internacional, nacional e localmente (2009, p. 9).

A *governança* seria formada por diferentes esferas de pactuação, com diferentes temporalidades, abrindo mão de instrumentalidades diferentes. Lida com estes elementos e constrangimentos em cada momento, considerando as ambições e possibilidades de governo diante das premissas ou urgências do presente. A governança se faz em um conjunto de possíveis influências, atuando simultaneamente em diversas direções, instâncias e contextos, chegando ao resultado que se revela possível. Pode se ter, assim, que a melhor definição de *governança* seria uma nova forma de se visualizar a expressão “a arte da política”, uma vez que ambas remeteriam a mesma questão: em um governo se faz (governança ou arte da política) o que é possível de ser feito (MUNIZ, 2009, p. 15).

Percebe-se que a complexidade do termo *governança* é constituída pela série de interconexões que são realizadas entre os mais variados aspectos da existência política. Consideram-se diversas agendas de acordo com o que é possível e útil de ser feito em cada momento, em cada economia e em cada território.

Quando inserimos a democracia neste debate, pode-se questionar de que forma a *governança* se posicionaria frente à polícia neste modelo em um território democrático. É comum esperar que as atitudes governamentais sejam orientadas por princípios de legalidade, boa fé e (sobretudo) a legitimidade democrática, contidos no emaranhado de leis em vigor, advindas de um pacto normativo constitucional que direcionaria os agentes a tomar atitudes diária voltadas a um sentido único e pré-determinado.

Ao observar a forma como tais decisões vêm e são impostas à polícia, percebemos o que Muniz denomina de “*governança de polícia*”, ou seja, a arte de política no exercício do governo pelo uso da polícia, propriamente

dita, voltada para determinados fins, tendo como embasamento a reprodução autorizada e legal de obediência ao pacto político com certos meios e de determinados modos.

Alguns autores defendem conceituações que seguem um molde de polícia considerada como uma instituição autorizada pela lei a fazer com que esta seja cumprida em sociedade. Tal viés é comumente apresentado como sendo algo autorizado pela norma constitucional e funciona em função da sua concretização. Como exemplo, podemos citar Bayley. Para o autor, a única característica exclusiva da polícia seria a concessão do uso da força física na busca pela regularização das relações interpessoais na comunidade pautada em um conteúdo normativo autorizador. Para este, a polícia seria a união de três atribuições características, quais sejam: fazer; lidar; e tomar decisões ao se deparar com as situações concretas (2002, p. 117-119).

Goldstein , ainda, defende a complexidade que envolve a tentativa de compreensão do que seria a polícia, representando não apenas um degrau para sistema de justiça criminal, mas também a união de diversas outras finalidades, as quais muitas passariam bem distante da ideia de combater o crime (2003, p. 39).

Monjardet define a polícia como sendo uma instituição encarregada da função de deter e mobilizar os recursos de força decisivos, visando o objetivo de garantir ao poder o domínio ou a regulação do emprego da força dentro das relações sociais (2012, p.27).

Tais visões não são uníssonas na compreensão do que poderia ser compreendido como polícia. Contudo, encontramos em comum o fato de acreditarem na legitimidade derivada da lei da atual estrutura frente a complexidade social, utilizando-se de meios legislativos do estado para a realização da contenção de parcelas da sociedade dentro do seu convívio diário.

Nesse sentido, a democracia ocuparia um papel de pressuposto, pois seria usada como fonte de legitimidade para que se possa ter uma resolução ao *enforcement* previamente concordado.

Ao vislumbrar tal prisma, percebe-se que a polícia ao receber tal mandato, lida diretamente com a forma que vai coexistir com a expectativa da sociedade que espera uma atuação policial pautada na produção de alternativas de submissão e respaldo subordinado a um império de normas, dispositivos democráticos de controle e determinante de limitações necessárias.

Ao mesmo tempo, a democracia consegue representar uma utopia quanto ao marco de onde se quer chegar e o local de onde se intenta partir, quando tratamos da atuação policial. Com essa limitação e pressuposto que se autoriza a concessão de um mandato policial. Nas palavras de Muniz: “Trata-se de dispor da certeza de um *enformecent* que permita o próprio funcionamento democrático da *policy*, que sustente a paz social, as leis, os direitos e garantias, e tudo mais que corresponde aos termos constitucionais pactuados” (MUNIZ, 2009, p. 16).

Ao analisar esta base de pressupostos e finalidades de atuação, pode-se perceber que quando inserimos a polícia neste contexto, um novo viés se apresenta, qual seja: o fato da polícia não poder ser reduzida a uma certa quantidade de atuações e procedimentos previamente estabelecidas em manuais e regramentos internos e estatais. Isso se dá frente a complexidade de relacionamentos e incorrências para as quais os policiais são chamados a agir diariamente. Não haveria como prever todos os possíveis inter-relacionamentos que uma sociedade poderia desenvolver, bem como delimitar uma resposta estatal (mediante criação legislativa) para todos estes. Nem toda a criação legislativa ou experiência na atuação quanto policial seria capaz de substituir o peso que a decisão política tem sobre a instituição policial durante o exercício de certo governo.

A relação entre o governo vigente e o direcionamento de atuação e estruturação da instituição policial estão diretamente conectados em uma sociedade democrática. Ponderando sobre esta estreita vinculação entre a atuação policial em sociedade e as agendas de governança estatais, Muniz leciona que:

A decisão política, o rumo da governança, não é o resultado somatório cumulativo da enunciação e nem mesmo da adesão ao que se apresentam como boas práticas. Ao contrário, é a decisão política, é a governança, que decide apor, manter, ou retirar de uma prática o qualificativo de “boa” (2009, p. 16).

Ao fazer tais constatações, é possível perceber que a atuação policial não será pautada apenas em ditames objetivos e restritos previamente dispostos em regulamentos. Tampouco será reduzida a fazer o que a lei determina. Não será realizada de forma aleatória a seleção de policiamentos, pelo contrário, exige-se que a demanda diária da polícia seja voltada a um fim “necessário” à sociedade e aos moldes do governo. Dessa forma, haverá uma grande influência de um poder subjetivo baseado em uma agenda econômica e de manutenção das massas sociais.

Nesse sentido, Rancière leciona que a ideia do que poderia ser considerada como política seria constituída pela conexão entre dois processos heterogêneos, quais sejam: a polícia e a igualdade.

O primeiro processo seria o que o autor denomina de “polícia”. Neste, haveria a indução da criação de um consenso comunitário, por meio do qual seria disseminada a distribuição dos lugares, hierarquias e funções, lembrando a ideia de Foucault de disciplinarização dos corpos ou de uma sociedade de vigilância. Destaca-se, aqui, que essa forma de distribuição de espaços e identidades seria uma via de enquadrar o visível (e o invisível) comum, a isso o autor denominou de “partilha do sensível”.

Por sua vez, o segundo processo que fundaria o político seria aquele pertencente à “igualdade”. Este deveria ser compreendido como uma reunião de técnicas orientadas pela suposição de que todos são iguais e detentores de idêntica capacidade para compreender e perceber tal presunção. Para Rancière, a denominação apropriada para este conjunto de práticas deve ser “emancipação”.

O que existiria, então, seriam duas estruturas diferentes. A primeira apenas reconheceria a existência da regulamentação e caracterização de

movimentações e fluxos, impondo uma lógica de caracterização e concórdia. Essa seria responsável pela manutenção dos indivíduos em seus respectivos postos dentro da coletividade.

Enquanto a segunda versaria sua inteligência de forma desincorporada apenas sobre a igualdade e suas formas de exteriorização no mundo pelos sujeitos políticos, se revelando como um dissenso que buscaria retirar os indivíduos de seus lugares determinados pela estrutura anterior. O universo político, então, seria compreendido mediante esta dúplice forma de gerenciar a coletividade.

Nesse sentido, leciona que: “Há modelos de governo e práticas de autoridade baseados em tal ou tal distribuição de lugares e competências. Essa é a lógica que propus pensar sob o termo de polícia”(2014, p. 63).

Necessário distinguir que, para Rancière, a intervenção democrática seria uma forma de acabar com todos os padrões que foram previamente estabelecidos por um modelo desigual de sociedade. Neste trabalho, vislumbramos a democracia como marco utópico de saída e de chegada dentro de um determinado contexto de governança e de constituição social.

A conexão entre polícia e a forma de governança, então, extravasa a imposição normativa ou o pressuposto de atuações pautadas em limitações dispostas em lei, traz também uma profundidade relacionada a sua necessidade social e política, uma vez ser depositada nesta instituição a responsabilidade pela manipulação da massa de acordo com uma agenda política e econômica que deveria estar previamente definida, algo que caracterizaria um governo como uma forma de governança legitimamente constituída. Dessa forma, seria possível afirmar que a governança de polícia recai concomitantemente sobre as finalidades, as formas de atuação e a existência da polícia como um todo.

Com a leitura apresentada pela obra de Rancière, podemos perceber que a visão apresentada por autores mais liberais sobre a polícia, normalmente, deposita na instituição policial certa obrigação impositiva de fazer valer o texto legal. Na tentativa de não visualizar essa determinação cega

dos ditames normativos como um fim em si mesmo, é possível perceber que (não aleatoriamente) a imputação de tal atuação com a finalidade narrada auxilia a manutenção de cada parcela social no seu espaço social (cárcere, favelas ou condomínios de luxo).

Quando tais atuações passam a ser direcionadas com um bojo normativo consistente e formalmente legítimo podemos perceber de onde vem a autorização para que a prática se dê por um viés tão seletivo e controlador e diretamente violador de direitos.

A intervenção subjetiva da governança na atuação policial, dentro de uma atmosfera democrática legítima, pode receber questionamentos quanto a atuação dos agentes policiais em práticas diárias, bem como quanto a tentativa de verificar se a criação de políticas públicas que insiram as polícias na sua esfera de abrangência seriam (ou não) adesivas a uma democracia. Ainda, indagam-se quantas violações a direitos e percepções distintas da mesma realidade social seriam necessárias de serem verificadas para que se torne possível perceber certa estruturação de adesão à democracia entre as mais diferentes polícias.

Questiona-se qual o limite de aceitação acerca das violações compreendidas como interiores (e por isso necessárias) dentro de um modelo de governança previamente constituído. Até onde a governança perderia o controle ou dominaria a democracia, estaríamos semeando a desgovernança ou uma forma de governança absoluta e ilimitada? Casos como a chacina da Favela Nova Brasília poderia ser vista como uma falha pontual ou a reprodução de um projeto de governo?

Na tentativa de verificar o quanto de anterioridade e ambição democrática seriam depositados sobre o todo da polícia que se teria a governança de polícia. Nas palavras de Muniz:

Numa democracia, a governança de polícia pressupõe a existência de instâncias autorizativas e mecanismos de controle do governo pela *policy*. Estas instâncias e mecanismos configuram os espaços de construção de legitimidade e de legitimação da ação de governo e, portanto, da decisão policial. Constituem arranjos diferenciados de participação e de controle popular que se fazem presentes em maior ou menor grau na pactuação constitucional; na

dinâmica contextual do relacionamento com a polícia, ou seja, no cotidiano da fabricação da ordem social; na identificação e busca das ambições da suposta cidadania (2009, p. 18).

Nesse sentido, tal forma de governança se aceita e propagada sem uma definição positiva do que efetivamente seria sua atuação democrática poderia conduzir a sociedade a técnicas não autorizadas de padronização social e de manutenção de parcelas em seus respectivos espaços econômicos sociais, calando vozes e desestimulando práticas democráticas que estimulem a participação popular (como por exemplo o encontro em praças públicas para debate das questões sociais, conforme modelo de democracia clássica apresentado por Aristóteles (2011)).

Em uma democracia além da legitimidade concedida pelo modelo de anterioridade normativa exigido e estandardizado em seus meios criativos, temos, também, a presunção de que existam regras do jogo previamente definidas a serem postas como a finalidade principal do *enforcement* que norteariam a atuação do policiamento no cotidiano, bem como o modo como a polícia se estrutura como um todo.

Muniz leciona que todas as leis derivam de acordos e negociações entre interesses oponíveis, logo, toda norma seria a instrumentalidade de um acordo, uma instrumentalidade da política. Por tal fato, as leis se alterariam de acordo com embates políticos entre os diversos interesses presentes em determinada *policy*. Para a sua aplicação, haveria certa inércia interpretativa e resiliência diante da política que a própria estrutura política delegou. Nesse meio, as garantias fundamentais seriam reflexos das ambições mais longevas de certo pacto no interior de determinada *policy*, em certo contexto temporal e histórico (2009, p. 20).

Observando a situação apontada, quando vislumbramos um molde democrático reduzido a períodos cívicos, onde a intervenção popular é chamada a agir de tempos em tempos certos, podemos ser conduzidos a um sistema de manipulação das regras do jogo e de condução à conveniência de um governo temporal. Explica-se, aquele que detiver o poder para criar leis, o faz mediante negociações escusas dentro de um contexto de

interesses próprios, tudo revestido da legalidade que uma versão reduzida de democracia (diminuída à representação) concede para atuação da política no momento de colocar este projeto de governo em prática.

Não se nega que a existência legislativa fornece estabilidade de comportamentos, padronização de atuações sociais e institucionalização das relações de poder. Mas verifica-se que estas não se aplicam de forma equitativa, nem para a população de forma geral, nem entre os próprios agentes do estado, existindo para servir, enquanto forem úteis, a determinados fins políticos certos (LUSTGARTEN, 1986, p. 22).

Ao considerar que a governança de polícia apresentaria suas faces (principalmente por meio da atuação de seus personagens junto à população e os conflitos diários), mediante a tentativa de garantir a conexão entre as práticas policiais e a decisão política dentro dos padrões normativos democráticos previamente delimitados e repassados aos integrantes da corporação.

Nas palavras de Muniz, tenta-se relacionar em uma mesma estrutura a ação governamental voltada para determinada agenda e os resultados consequenciais policiais. Seria eleito, no interior da polícia, o que seria preciso ser contido para que se possa compreender o total do conteúdo de sua práxis de maneira que se possa governá-la. Isso significaria que qualquer governança de polícia expressaria um juízo de razoabilidade quanto o que poderia ser sabido para que se consiga efetivamente governar, bem como o que se busca controlar para saber (2009, p. 22).

O conhecimento e a detenção do poder serão substanciais para o exercício de uma governança capaz de implantar e manter as suas regras do jogo, direcionadas a agendas previamente negociadas que se busca seguir em determinado território. Quanto mais se consegue prever os conflitos e dominá-los (ou pelo menos reduzir seus potenciais danos) maior o controle exercido sobre a população. Ressalta-se que a autoridade exercida nunca será total sobre todas os pontos das mazelas e complexidades sociais, mas dentre toda essa teia de conflitos, são selecionados

aqueles úteis para corroborar a agenda previamente determinada ou para unir a população contra um inimigo em comum.

Dentro desse contexto de controle, existe um viés importante para este trabalho, àquele que permite que o governo governe a polícia, derivando de uma medida de razoabilidade.

A razoabilidade defendida seria o produto de determinado cálculo político que buscaria fornecer certa legitimidade para que exista respaldo suficiente para sustentar arranjos de poder. É possível inferir, então, que a razoabilidade se coloca sobre uma padronização geral direcionada para certo processo político, materializando as finalidades de determinado governo.

Nesse contexto, destaca-se que afirmar que determinada atuação é razoável, não significa defender que esta é democrática. Para que seja possível conectar estas é necessário que a razoabilidade mantenha sua atuação dentro de limites éticos delimitados previamente, que estimulem a participação popular e a expressão da sociedade em vias legítimas.

Pelo exposto, percebe-se que mediante a negociação da agenda de cada governo, o direcionamento da polícia se altera. A questão que se coloca é de que forma isso poderia ser considerado como legítimo dentro de uma sociedade considerada como democrática. Verificou-se que a razoabilidade utilizada como possível resposta, assim como as autorizações concedidas aos agente estatais, encontram-se pautadas por direcionamentos alcançados por negociações políticas.

Muniz adverte que a legalidade tem papel essencial na possibilidade de uma governança de polícia, não sendo claros seus limites. A autora defende que o poder coercitivo (como perspectiva do que é essencial para o trabalho policial) e o uso discricionário desse poder (como reconhecimento da natureza política da atividade policial e do potencial emancipatório deste meio de força) seriam como dois qualificativos de partida para compreensão do governo de polícia (2009, p. 24).

Nesse sentido, alerta que existem dois erros quando se analisa a polícia. O primeiro deles seria a confiança que se deposita na ideia de que o “verdadeiro trabalho da polícia” seria o respaldo da lei pelo controle do Judiciário, pois ignoraria a natureza post-facto de tudo que se pode querer ter como Judiciário, bem como não ponderaria sobre as temporalidades concorrentes que existiriam na sua atuação, alimentando, assim, a seletividade no agir e nas formas de atuar, por consequência, no que seria registrado nos relatórios. O controle da lei, então, se daria apenas sobre pequenos desvios, mas omitiria o uso do poder coercitivo com a finalidade de reprimir, dissuadir e qualquer função de atuação preventiva (2009, p. 25).

Com as contribuições da autora, podemos perceber que o controle da polícia pela lei ou a utilização de uma conceituação de polícia conectada com a submissão normativa e uma atuação determinada pelo texto normativo, acaba sendo uma falácia em relação a resultados democraticamente seguros.

A atuação policial reproduz um molde de interesses temporais previamente determinados por jogos políticos de negociação de interesses. Dessa forma, a reprodução de um modelo democrático que estimule a participação popular e a efetivação de princípios constitucionais (como por exemplo a igualdade), acabam tendo sua aplicação na sociedade dificultada frente a discricionariedade que o poder coercitivo detém.

Conforme assevera Muniz, não seria necessário verificar qual governança de polícia a accountability permite, mas qual accountability se deve ter para que se possa considerar que há uma governança de polícia. Tal análise seria necessária para que se possa observar o quanto a polícia seria adesiva em relação a uma democracia (2009, p. 102).

Nesse sentido, podemos analisar as lições trazidas por Lustgarten (1986). O autor verifica três espaços onde haveria acesso e solução de controle para tal dinâmica de poder. Inicialmente realiza uma análise sobre as estruturas e capacitações, após é verificada a percepção sobre as alocações e prioridades, por último, as práticas estabelecidas de seletividade e *enforcement*.

Quanto ao primeiro, a estrutura fornecida pelo público e a capacitação dos agentes integradores de tal estrutura seria essencial para delimitar quais os limites (ou a ausência deles) de atuação enquanto detentores de um mandato legítimo.

Governar a polícia, para o autor, iniciaria com a definição clara e nem um pouco aleatória do que esta pode (ou não) ser capaz de fazer perante a população e sua própria constituição interna. Interessante observar, então, que tudo o que versa sobre a polícia é decidido e delimitado por uma série de negociações e decisões políticas, mas não pela própria polícia interessada.

Logo, a verificação da estrutura e de sua capacitação seria a primeira forma de controlar a polícia por parte do governo, fazendo com que está jamais consiga sua emancipação de uma forma legítima perante a *policy*.

Para o autor, tal controle realizaria uma tutela sobre a autonomia da discricionariedade, pois forneceria certa quantidade de possibilidades previamente determinadas e limitadas, além da ausência de caminhos para questionar tais fronteiras de agir impostas.

Percebe-se, então, que a dita discricionariedade policial não seria ampla e irrestritamente considerada sobre aquilo que o indivíduo ocupante da farda pensa naquele dia, mas seria uma discricionariedade vinculada a uma gama de atuações previamente autorizadas como sendo de interesse da manutenção da *policy*. Controla-se o cerne da autonomia de governança policial, fazendo com que a governança de polícia estabeleça todos os parâmetros para que seja gerida esta primeira.

Por segundo, Lustgarten verifica que a alocação e as prioridades no uso dos recursos policiais na formação de certas estruturas e capacitações disponibilizam deveria ser visto como uma questão de governança de polícia.

A definição de como os recursos internos seriam gastos de acordo com as finalidades impostas por tal estrutura política, fariam com que a alocação e as prioridades expressassem escolhas que sopesassem alternativas políticas e policiais sobre de que maneira a polícia deveria/poderia disponibilizar sua capacidade no exercício de sua função.

Percebe-se que a alocação de recursos para tais estruturas diz bastante sobre a forma política com a qual determinada governança de polícia se solidifica, uma vez que tais benesses seriam concedidas com uma finalidade previamente determinada pela agência de quem detém o mandato eletivo. Não haveria, então, uma gestão autônoma por parte dos recursos disponibilizados, mas pela interpretação feita da obra de Lustgarten haveria uma gestão previamente orientada e direcionada dos recursos policiais de acordo com o que se espera que a polícia faça na sua atuação diária.

Interessante observar que, conforme advertido por Muniz, a determinação da atuação diária policial se altera com o tempo (2009, p. 42). Logo, quem detém o poder poderia iniciar certa atuação policial e, no curso, a depender dos resultados verificados ou dos interesses motivadores, alterar tal disposição para esta ou para uma certa quantidade de circunstâncias que sejam semelhantes. Tal atuação, poderia se mostrar como uma verdadeira arma antidemocrática em uma atuação direcionada para um viés extremamente seletivo manejado por quem governar a polícia.

Nesse sentido, haveria uma gestão direcionada sobre tudo que dispõe acerca da estruturação e delimitação de prioridades da polícia, o que poderia ou não ser feito, impedindo qualquer possibilidade de emancipação.

Quando se pensa sobre a discricionariedade existente, se verifica a permissão concedida pela forma de governo em relação a tal atuação. Apesar do que se pode pensar, a atuação discricionária concedida aos policiais está situada dentro das possibilidades que seriam mais interessantes de acontecerem dentro de uma gama de possibilidades disponibilizadas pela forma de governança em gestão.

Por fim, o autor analisa as práticas estabelecidas de seletividade do *enforcement*. Neste, atesta ser valorizada a forma como a polícia adota sozinha os encaminhamentos gerais. Considera que, na atuação rotineira, a polícia escolherá determinadas orientações que deverão ou não ser apresentadas ao público, como se houvesse uma validação interna das ordens gerais emanadas pela forma de governança.

Neste terceiro passo de análise, a figura do policial individualmente considerado ganha importância, pois o seu sopesar e a sua submissão (total ou parcial) a estrutura hierarquizada policial seriam as possibilidades de consolidar os ditames de negociações políticas quase inatingíveis para estas pessoas nestas funções.

Pelo exposto, percebe-se que a atuação policial baseada na forma como é utilizada, poderia ser verificada como uma forma de intervenção do Estado no âmbito privado da população, tanto no sentido de manutenção destes indivíduos em suas parcelas sociais, como coberta por um viés onde aqueles excedentes ou não consumidores deveriam ser excluídos da sociedade, de acordo com uma agenda previamente selecionada que não aceita contraditórios e não tem atuações aleatórias em relação a seletividade social.

Nesse sentido, o papel da polícia é de ser obediente e estritamente submisso à preceitos determinados que lhe são impostos, tanto como forma de submissão, como revestido de uma atuação de controle mediante metas definidas e repassadas.

Haveria, então, íntima relação entre o que seria compreendido como governança de polícia e uma governança policial. Para melhor elucidar, Muniz explica que:

Pode-se delinear a governança de polícia como o governo em ato que se relaciona, em diferentes instâncias deliberadamente escolhidas, com, e sobre, a governança policial. Só assim se pode ter uma governança de polícia capaz de governar o todo da polícia sem se perder na irrazoabilidade de buscar governar tudo na polícia (2009, p. 109).

Questiona-se sobre se determinado governo, ao delimitar certa política com a legitimidade da *policy*, não se utiliza da governança policial para entrar em terrenos constitucionalmente protegidos (como por exemplo o da privacidade), fazendo isso de forma selecionada sobre determinadas parcelas sociais previamente delimitadas.

Em conclusão, percebe-se que tais violências policiais como a que aconteceu na chacina da Favela Nova Brasília, representam violências estruturais não completamente desconectadas em uma sociedade democrática, bem como que o ato de governar mediante atuações legítimas da polícia tem uma função seletiva de controle social com um fim bem específico. Ademais, a estrutura policial não deve ser vista como uma formação independente e desconectada de direcionamentos políticos, pelo contrário, configuraria-se em estrutura, atuação e ideologia como produtos de negociações políticas. Para tanto, tais direcionamentos não podem ser considerados como políticas engessadas, pelo contrário, versam sobre uma autonomia que se encontra em constante redefinição de finalidades e lucros e que se opera, sobretudo, como forma legítima de controlar a sociedade mediante intervenção justificada por uma utópica segurança normativa.

4 Considerações finais

Conforme demonstrado, violências como as ocorridas na caso Favela Nova Brasília (2017) deveriam ser consideradas como inaceitáveis dentro de um Estado que se identifique na sua constituição como democrático e que deposite em seus agentes a confiança para a efetivação de direitos à população, e não a retirada destes.

As condenações internacionais, como à aplicada ao Brasil e aqui comentada, apenas atestam as violações que o país submete a sua população diariamente. No mesmo sentido, o descumprimento quase integral das penalidades apresentadas nesta decisão, demonstrariam um verdadeiro descaso com a efetivação de Direitos Humanos, assim como uma dupla violação de obrigações internacionais por descumprimento de sentença que elucida obrigações reparadoras de violações de Direitos Humanos.

O que tentou-se verificar nestas linhas é se tal desrespeito contínuo à legislação nacional e direcionamentos internacionais seria, de fato, um

desvio na aplicação da norma por agentes desviantes internos (que poderiam ser, por exemplo, erroneamente conduzidos à satisfação de anseios individuais na ocupação de cargos públicos) ou se esta forma violenta, impositiva e militarizada de atuação pelo Estado brasileiro, mediante seus agentes policiais e a atual estrutura da polícia, além de muito bem conhecida e coordenada pelos governantes para assim agirem, utilizaria a aplicação da coerção e da violência como uma forma regular de *governança* pautada por uma busca pelo controle social, mediante uma exploração seletiva da população nacional.

Conforme foi demonstrado, o direcionamento da atividade policial em casos semelhantes ao caso Favela Nova Brasília (2017) pode ser considerados como uma forma de governo muito bem definida que, selecionando a população mediante um crivo de pobreza/riqueza atuaria de forma sumária, voltando-se a disseminar o medo a partir de uma violência institucional que tem como objetivo manter o controle da população e, principalmente, a dispersão de temores coletivos e a constante necessidade por segurança e proteção, quase como uma resposta automática.

Por fim, verificou-se que tais atuações seletivas e violadoras de direitos representam uma agenda de governo específica que assume a exploração e sofrimento de uma parcela economicamente desfavorecida para exercer um controle social nacional. Neste sentido, a polícia e a sua estrutura violenta representam uma instituição fundamental dentro desta estrutura violadora, dentro desta *governança*, pois enquanto agirem voltadas para ideologias e atuações resultantes de negociações políticas que selecionam os seres humanos que serão dignos de direitos e o que não os terão, jamais poderão emancipar-se de uma atuação voltada à efetiva proteção de Direitos Humanos.

5 Referências

ARISTÓTELES. *A política*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

BAYLEY, David H. *Padrões de Policiamento*. São Paulo: ed.usp, 2002.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Sentença de mérito, reparações e custas de 16 de fevereiro de 2017. San José, Costa Rica, 2017.
- DELUCHEY, Jean; BRITO, Michele. *Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2013.
- GOLDSTEIN, Herman. *Policiando uma sociedade livre*. São Paulo: ed. Usp, 2003.
- LUSTGARTEN, Laurence. *The governance of police*. 1986.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da sociedade democrática. O Juiz Cidadão. In *Revista ANAMATRA*. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.
- MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica* (As origens do sistema penitenciário nos séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2006.
- MONJARDET, Dominique. *O que faz a polícia?* São Paulo: ed. Usp, 2012.
- MUNIZ, Jacqueline. PONCIONI, Paula. PROENÇA JÚNIOR, Domício. *Da Governança de Polícia à Governança Policial: controlar para saber, saber para governar*. Revista Brasileira de Segurança Pública, Ano 3 Edição 5, Ago/Set 2009.
- RANCIERE, Jacques. *Em los Bordes de lo político*. Escuela de Filosofía Universidad ACIS.
- RANCIÈRE, Jacques. *O Ódio à Democracia*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

**Justiça de transição e a efetivação da sentença
da Corte Interamericana de Direitos Humanos
no Caso Gomes Lund vs. Brasil:
análise da proteção dos direitos humanos
no período pós-ditadura brasileira**

*Camila Franco Henriques*¹

*Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto*²

Introdução

Assim como outros países da América Latina, o Brasil vivenciou no século XX a experiência de um golpe de estado que implementou um regime militar. Este período histórico foi perpetrado por atrocidades e atos atentatórios a direitos humanos, não sendo, muitas vezes, sequer divulgado para a sociedade durante o regime.

Com o declínio da ditadura e a transição para a democracia, fez-se necessário buscar o reestabelecimento de confiança entre a população e o Estado, o que só consegue ser alcançado se houver observância aos elementos-chave, também conhecidos como pilares, do instituto da justiça transacional.

¹ Doutoranda em Direito no Instituto de Teoria e História do Direito (THD) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Direito com ênfase em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Advogada. Pós Graduada em Direito Constitucional pela Estácio/CERS. Pós Graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Cesupa. E-mail: camilafancoh@gmail.com.

² Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional (CESUPA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). E-mail: ridivan@hotmail.com

Contudo, o Brasil optou por adotar inicialmente uma política de esquecimento com a promulgação da lei de anistia em 1979, ainda pelo governo militar. Esse entendimento foi perpetuado no país mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, sendo a constitucionalidade da lei ratificada pelo STF por meio da ADPF 153, em 2010.

No âmbito internacional, o posicionamento do Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, com sentença de 24 de novembro de 2010, que, através do controle de convencionalidade, renovou e fortaleceu a ideia da inadmissibilidade de leis de anistia por impossibilitar o julgamento e punição de graves violações de direitos humanos, principalmente quanto aos crimes de caráter contínuo e permanente, como o caso de desaparecimento forçado, que teve sua proibição adquirindo *status* de norma *jus cogens*.

Assim, importa avaliar o cumprimento da sentença condenatória do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para que seja verificado se há esforço do Estado no sentido de efetivação dos direitos à verdade e memória e de busca pela reconciliação com o passado por meio da promoção de investigações, reformas institucionais e reparações devidas dos danos às vítimas.

2 Breves noções sobre a ditadura brasileira

A Ditadura Militar brasileira não foi fenômeno isolado, pois foi efetivamente acompanhada por outros países da América Latina, os quais também sofreram rupturas com a ordem constitucional e tiveram o poder do país assumidos pelas forças armadas. Esses golpes sofreram influência da Guerra Fria que polarizava o mundo em dois grandes blocos o capitalista, que tinha como potência os Estados Unidos, e o socialista, que fazia-se representar pela União Soviética.

Os movimentos de resistência contra a política estadunidense na América Latina ocorreram de forma tímida, prevalecendo “até o final do século 20 a atitude de alinhamento automático com as posições norte-

americanas, com raras exceções” (BRASIL, 2007, p. 19). Assim, “como regra geral, os governantes buscam estreitar, no plano econômico, a associação com seus antigos aliados do capital externo, sob tutela militar nacional, e incorporam plenamente a estratégia norte-americana de contenção do comunismo” (BRASIL, 2007, p. 19).

Em 1964, João Goulart, até então presidente do Brasil, assinou o Projeto de Reforma Agrária, o que culminou no deferimento de ataques ao presidente, em razão da bancada oligárquica do congresso nacional. Todo esse contexto, em conjunto com a influência estadunidense, fomentou a consolidação da ideologia anticomunista na sociedade brasileira.

Como causa imediata, contudo, da instauração do regime militar no Brasil, como explica Remígio (2009, p. 181), tem-se a Revolta dos Marinheiros, sucedida no Rio de Janeiro, pois a ação passiva do presidente quanto à indisciplina militar gerou o descontentamento das forças armadas nacionais. Nesta lógica,

Em abril de 1964, um golpe militar depôs o governo constitucional do Presidente João Goulart. A **consolidação do regime militar baseou-se na Doutrina da Segurança Nacional** e na promulgação de sucessivas normas de segurança nacional e normas de exceção, como os atos institucionais, “que funcionaram como pretense marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva”. Esse período foi caracterizado “pela instalação de um aparelho de repressão que assumiu características de verdadeiro poder paralelo ao Estado”, e chegou ao seu “mais alto grau” com a promulgação do Ato Institucional nº 5 em dezembro de 1968. Entre outras manifestações repressivas nesse período, encontra-se o fechamento do Congresso Nacional, a censura completa da imprensa, a suspensão dos direitos individuais e políticos, da liberdade de expressão, da liberdade de reunião e da garantia do habeas corpus. Também se estendeu o alcance da justiça militar, e uma Lei de Segurança Nacional introduziu, entre outras medidas, as penas perpétua e de morte.

Entre 1969 e 1974, produziu-se “uma ofensiva fulminante sobre os grupos armados de oposição”. O mandato do Presidente Médici (1969-1974) representou “a fase de repressão mais extremada em todo o ciclo de 21 anos do regime militar” no Brasil. Posteriormente, durante “os três primeiros anos [do governo do Presidente] Geisel [1974-1979], o desaparecimento de presos

políticos, que antes era apenas uma parcela das mortes ocorridas, torna-se a regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre discurso de abertura e a repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios”. Como consequência, a partir de 1974, “oficialmente não houve mortes nas prisões, todos os presos políticos mortos ‘desapareceram’ [e] o regime passou a não mais assumir o assassinato de opositores”. (CORTE IDH, 2010, p. 31-32, grifos nossos)

Neste sentido, “a preocupação era fornecer poderes às instituições estatais, num discurso aberto de proteção da democracia e da soberania, mesmo que isso importasse em violações de direitos humanos” (REMÍGIO, 2009, p. 185), caracterizando um período escuro e marcado por atrocidades na história brasileira.

De forma sintética, sobre os momentos da ditadura no Brasil, o livro produzido pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos explica que

O regime militar brasileiro de 1964 – 1985 atravessou pelo menos três fases distintas. A primeira foi a do Golpe de Estado, em abril de 1964, e consolidação do novo regime. A segunda começa em dezembro de 1968, com a decretação do Ato Institucional nº 5 (AI-5), desdobrando-se nos chamados anos de chumbo, em que repressão atingiu seu mais alto grau. A terceira se abre com a posse do general Ernesto Geisel, em 1974 – ano em que, paradoxalmente, o desaparecimento de opositores se torna rotina -, iniciando-se então uma lenta abertura política que iria até o fim do período de exceção (BRASIL, 2007, p.21).

A partir de 1974 inicia-se uma abertura política, com o Governo Geisel. Posteriormente, no governo de Figueredo, com o discurso de instituição de um Estado democrático, foi promulgada a lei de anistia em 1979. Isso, em conjunto com reformas eleitorais no Congresso, culminou na eleição, em 1985, de Tancredo Neves e José Sarney, estando o governo brasileiro nas mãos de civis após mais de 20 anos de ditadura militar.

Assim, findo o regime militar, foi promulgada a lei nº 9.140, através da qual o Estado reconheceu a responsabilidade pelo assassinato dos opositores políticos no período entre 1961 e 1979. Em razão disso, foi criada a

Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, com a finalidade de promover investigações para conseguir reconhecer pessoas desaparecidas ainda não identificadas. Também foi instituída com essa lei uma política de reparação pecuniária aos familiares das vítimas mortas e desaparecidas políticas.

Quanto a estimativas de detenções, torturas, desaparecimentos forçados, expulsões, suspensões de direitos políticos e assassinatos durante o regime de exceção, o caso *Gomes Lund vs. Brasil* explica que

Segundo a Comissão Especial, cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros meses da ditadura; cerca de 20 mil presos foram submetidos a torturas; há 354 mortos e desaparecidos políticos; 130 pessoas foram expulsas do país; 4.862 pessoas tiveram seus mandatos e direitos políticos suspensos, e centenas de camponeses foram assassinados. A Comissão Especial destacou que o **“Brasil é o único país [da região] que não trilhou procedimentos [penais] para examinar as violações de [d]ireitos [h]umanos ocorridas em seu período ditatorial**, mesmo tendo oficializado, com a lei nº 9.140/95, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e desaparecimentos denunciadas”. Isso tudo devido a que, em 1979, o Estado editou uma Lei de Anistia. (CORTE IDH, 2010, p. 32, grifos nossos)

Diante disso, vislumbra-se que a ditadura brasileira foi acompanhada por regimes militares instaurados em países vizinhos, sendo um período histórico triste e obscura na história dessas nações. Contudo, mesmo com o cometimento de assassinatos, torturas e desaparecimentos forçados, sendo que a proibição destes últimos já adquiriu caráter de *jus cogens* em nível internacional, o Brasil optou por uma política de esquecimento ao promulgar a lei de anistia, política isolada dentre os países do Cone Sul e repudiada pela Corte Interamericana.

3 Justiça de transição

A justiça de transição é um processo implementado nos países que saem de regimes de força e repressão para um regime democrático, sendo imperioso olhar para o passado para que as violações cometidas não se

repitam no futuro, sendo “um componente imprescindível nos processos democratizadores pós-conflito” (CUYA, 2011, p. 72).

Pode se definir a justiça transicional como o esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos.

O objetivo da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação. (ZYL, 2009, p. 32)

Pode-se, ainda, entender justiça de transição como “um conjunto de medidas restauradoras da democracia e do sistema de proteção de direitos humanos, cujos pilares de sustentação se baseiam na busca da verdade, recuperação da memória, responsabilização de quem cometeu crimes de lesa-humanidade, reparação econômica e reforma das instituições” (REMÍGIO, 2009, p. 179).

De acordo com o Relatório do Secretário Geral nº S/2004/616 que versa sobre O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito

A noção de “justiça de transição” discutida no presente relatório compreende **o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação.** Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destituição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos. (ONU, 2004, §8, grifos nossos)

Diante disto, fica clara a importância do estudo do tema proposto, tendo em vista a realidade vivida no mundo durante o século XX com a experimentação de regimes totalitários que tomaram forma, por exemplo,

na Alemanha, Itália, Rússia e também vários países da América Latina, como exposto anteriormente.

Nesta lógica, desde o início do século XXI, a comunidade internacional desenvolveu e ampliou o estudo sobre justiça de transição, possuindo atualmente alguns entendimentos pacíficos como já foi consolidado que a promulgação de leis de anistia viola direitos resguardados no âmbito internacional.

Zyl (2009, p. 35-39) explica que o instituto da justiça transacional possui 5 elementos-chave, que são chamados por Ermígio (2009) de pilares da justiça de transição: justiça ou responsabilização, busca à verdade, reparação, reformas institucionais e reconciliação ou princípio da memória ou ainda princípio da não repetição. Valendo observar que esta classificação não é uníssona na doutrina, tanto que Cuya (2011) expõe que a justiça de transição tem a finalidade de promover a reconciliação e confiança entre a sociedade e o Estado, somente sendo possível fazê-lo através da justiça, da verdade, da reforma e da reparação. Contudo, vislumbra-se que independente do entendimento adotada, a implementação da justiça de transição sempre gira em torno das cinco características supra mencionadas.

A justiça baseia-se na ideia de que o julgamento dos violadores de direitos humanos é fator importante para o reestabelecimento da paz, porém, a justiça penal é insuficiente para enfrentar violações em massa. Porém, “os processos também podem auxiliar a restabelecer a confiança entre os cidadãos e o Estado demonstrando àqueles cujos direitos foram violados que as instituições estatais buscam proteger e não violar seus direitos. Isso pode ajudar a reerguer a dignidade das vítimas e diminuir seus sentimentos de raiva, marginalização e afronta” (ZYL, 2009, p. 35).

A busca à verdade, por sua vez, tem amplo auxílio das Comissões da verdade, as quais promovem a possibilidade das vítimas serem ouvidas.

É importante não somente dar amplo conhecimento ao fato de que ocorreram violações dos direitos humanos, mas também que os governos, os cidadãos e os perpetradores reconheçam a injustiça de tais abusos. O estabelecimento de

uma verdade oficial sobre um passado brutal pode ajudar a sensibilizar as futuras gerações contra o revisionismo e dar poder aos cidadãos para que reconheçam e oponham resistência a um retorno às práticas abusivas. (ZYL, 2009, p. 35)

Já a reparação, consiste na obrigação de arcar com um dano causado. Na maioria das vezes as medidas de reparação consistem em indenização pecuniária, fornecimento de assistência médica e promoção de atos simbólicos, como a criação de memoriais. Assim, considerando a definição das vítimas – devendo-se observar a Resolução 40/34, de 29/11/1985 da ONU – é fator basilar para implementação de uma política de reparação que seja “justa e sustentável não deve gerar nem perpetuar divisões entre as várias categorias de vítimas. Ao mesmo tempo, deve ser factível e realista desde a perspectiva econômica” (ZYL, 2009, p. 37).

Quanto às reformas institucionais, tem-se o exemplo do que ocorreu no Brasil, com a ruptura total com o regime ditatorial e suas instituições, havendo a implementação do regime democrático, que teve como marco principal a Constituição Federal de 1988. Valendo ressaltar que “estes processos devem ser dirigidos somente aos responsáveis de violações dos direitos humanos, e não aos opositores do novo regime ou a quem tenha pontos de vista e crenças diferentes” (ZYL, 2009, p. 37).

Por fim, no que diz respeito ao elemento de reconciliação, deve-se tomar cuidado com os que usam este argumento para tentar se eximir da responsabilidade dos atos de violação praticados. Aqui, deve-se levar em conta a tentativa de reconciliação com a observância dos outros elementos da justiça de transição, atentando-se especialmente para a proteção das parcelas vulneráveis. Portanto “se a reconciliação deve ser aceita, não pode reduzir-se a ignorar o passado, negando o sofrimento das vítimas ou subordinando a exigência da prestação de contas e a reparação a uma noção artificial de unidade nacional” (ZYL, 2009, p. 39), deve-se observar a realidade fática e tentar promover um acordo constitucional, sendo muitas vezes mais viável esperar um período para que cessem, ou ao menos diminuam, as hostilidades, podendo ser efetivada a reconciliação. A

reconciliação se dá mediante à consolidação da memória e a esperança de não repetição dos fatos.

Ademais, com o fim de promover a paz num contexto pós-conflito, como explica Zyl (2009, p. 39-48) o Estado deve adotar algumas medidas. A primeira é diagnosticar o problema, papel normalmente feito pelas Comissões instituídas, as quais “podem fazer sugestões mais efetivas e alicerçadas a respeito das medidas que podem ser tomadas para atacar essas causas ou reduzir a capacidade dos atores opressores para perpetuar o conflito” (ZYL, 2009, p. 40). Deve-se também identificar as instituições que devem ser reformadas ou eliminadas, implementando-se uma reforma institucional para a construção de um novo Estado. Nesta lógica, é imperioso que seja promovida a retirada dos agentes que tiveram ações direta ou indiretamente relacionadas às violações de direitos humanos dos seus cargos. Ainda, em decorrência dos danos causados, deve-se buscar formas de tratar os danos às vítimas, utilizando os meios de justiça e reparação supracitados.

Além destas, outras medidas como proteção dos grupos vulneráveis e reforma do setor de segurança, instituindo “códigos internos de conduta e mecanismos de supervisão eficazes” (ZYL, 2009, p. 45) devem ser adotadas.

Ainda, quanto à implementação de programas de desarmamento, desmobilização e integração, deve ser destinada para os agentes que cometeram brandas violações, pois as graves violações de direitos humanos devem ser submetidas a julgamento.

Por fim, deve-se instituir a restauração do estado de direito e o confronto de uma cultura da impunidade, pois o não confronto propicia a perpetuação de violações, restauração da confiança no Estado e consolidação da democracia, sendo esta “um componente vital de qualquer projeto de construção da paz pós-conflito” (ZYL, 2009, p. 48), pois “sabe-se que as democracias estão em melhor posição para distribuição de recursos e confrontação de problemas internos de uma forma tal que funcionam melhor para evitar o conflito e a violação dos direitos humanos” (ZYL, 2009, p. 48).

Com tudo que foi exposto, “é indispensável que as estratégias da justiça transicional partam de um extenso processo de consulta local e que

estejam fundamentados nas condições domésticas” (ZYL, 2009, p. 48), não devendo restringir a implementação da justiça de transição a seus elementos-chave (justiça, verdade, reparação, reforma institucional e reconciliação).

Em geral, o fortalecimento das obrigações legais internacionais e o crescente consenso normativo segundo o qual as violações graves dos direitos humanos devem se resolver têm feito com que não se dê ênfase à questão de confrontar ou não o passado, mas sim sobre como confrontá-lo. Isso cria possibilidades extraordinárias para examinar a intersecção entre a justiça transicional e a construção da paz pós-conflito em uma série de contextos diferentes, assim como para estabelecer boas práticas com base em uma análise comparativa de políticas. (ZYL, 2009, p. 52)

Diante disso, vislumbra-se a importância do fortalecimento da comunidade internacional de proteção de direitos humanos, tendo, assim, uma influência direta na aplicação e no entendimento de diversos conceitos no âmbito interno dos países. Exemplo claro disso foi a condenação brasileira no caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que será analisado em momento posterior.

4 Período pós-ditadura e a tutela de direitos humanos no Brasil

Após o declínio da ditadura militar nos países da América Latina, os principais expoentes da implementação deste regime, cujos são Chile, Argentina, Paraguai e Uruguai, decidiram por averiguar os atos de transgressão contra direitos humanos, visando punir aqueles que perpetraram as ações.

O Brasil é o único país do Cone sul que não trilhou procedimentos semelhantes para examinar as violações de Direitos Humanos ocorridas em seu período ditatorial mesmo tendo oficializado, com a Lei nº 9.149/95, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e pelos desaparecimentos denunciados. (BRASIL, 2007, p. 21)

Nesta lógica, sabe-se que no Brasil houve a promulgação da lei nº 6.683/79, que ficou conhecida como lei do esquecimento. “Etimologicamente, anistia, do grego *amnestia*, significa esquecimento. Não está associada a perdão. Pressupõe, isso sim, um apagamento de fatos do passado” (REMÍGIO, 2009, op. 187). Assim, esta lei obstou a investigação, julgamento e punição dos agentes que praticaram atos atentatórios a direitos humanos, impondo óbices para uma reconciliação da sociedade brasileira com o passado. Mas vale ressaltar que

sempre existiu uma gama de diretrizes interpretativas que possibilitariam ao intérprete confrontar a Lei de Anistia brasileira, seja em face da Constituição Federal (controle de constitucionalidade), seja à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos (controle de convencionalidade), ou até mesmo pelo critério cronológico de resolução de antinomias de leis de mesma hierarquia (SANTOS; FILHO, 2009, p. 172)

Contudo, mesmo com uma rica e acirrada discussão acerca da inconstitucionalidade lei de anistia no âmbito interno, o STF, através do julgamento da ADPF 153, entendeu que a lei nº 6.683/79 é constitucional, mantendo a anistia todos os violadores de direitos humanos no âmbito interno. E mesmo com a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund vs. Brasil, a qual ressaltou a incompatibilidade de leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos, não respeitando o controle de convencionalidade, o posicionamento do Supremo restou inalterado.

Vale exaltar que a proibição de leis de anistia é entendimento global, não sendo adstrito ao sistema regional americano de direitos humanos. Assim, são defesas as leis de anistia conforme parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias e o conjunto de princípios para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade.

Ainda que não tenha implementado a dimensão da justiça, dentro os elementos da justiça transacional, procedendo ao julgamento daqueles que praticaram graves violações de direitos humanos, o Brasil promoveu uma

política de reparações, atendendo, em parte, a necessidade de arcar com os danos causados no período ditatorial.

O primeiro ato de reconhecimento pelo Brasil dos graves atentados contra direitos humanos na ditadura, adveio com a lei nº 9.140/95, a qual “assume um papel muito mais nobre dentro da Justiça de Transição observada no Brasil. O pagamento, sem dúvidas, é meramente simbólico, representando, sobretudo, o reconhecimento do Estado brasileiro dos fatos do regime ditatorial. Embora se faça uma reparação econômica, as atividades dessa Comissão significam um resgate da verdade e da memória” (REMÍGIO, 2009, p. 191).

Quanto às reparações pecuniárias promovidas pelo Brasil, direito amparado “no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, posteriormente regulamentado pela Lei nº 10.559” (BRASIL, 2009, p. 15), a Revista de Anistia de 2009 indica que

Não restam dúvidas hoje sobre a importância histórica dos processos de reparação aos perseguidos políticos para o restabelecimento do Estado de Direito. Tal processo não apenas devolve a normalidade ao sistema jurídico, que tem seu ramo civil fortemente ancorado no princípio de que quem causa dano repara, como, e sobremaneira, permite a reconciliação moral do Estado com seus cidadãos. [...]

Com o avanço da política reparatória, o grande desafio da Comissão de Anistia passou a ser como permitir que a experiência em curso fosse socializada para o maior número de brasileiros possível, afirmando a democracia e prevenindo o esquecimento. Para tanto, passou a desenvolver políticas públicas de educação e memória (BRASIL, 2009, p. 17).

Nesta lógica, a lei nº 10.559 reconhece dois grupos de perseguidos políticos, o primeiro abrange os indivíduos que tiveram suas liberdades públicas e integridade física violados, recebendo uma indenização de R\$100.000,00, já o segundo grupo, referente aos que foram demitidos durante a ditadura recebem uma parcela indenizatória vitalícia e mensal “correspondente ao salário que teria, com as progressões na carreira e também com pagamento retroativo no tempo até 1988” (BRASIL, 2009, p. 16). Esta distinção gera duras críticas e visando “minorar essa situação de

iniquidade, o colegiado da Comissão de Anistia promoveu um primeiro ajuste no campo interpretativo da lei: tem aplicado o *princípio da razoabilidade* e da adequação das indenizações aos valores de mercado atuais para o segundo grupo”.

Ainda,

Se do ponto de vista individual o processo de reparação representa o resgate da dignidade humana maculada durante os períodos de exceção, do ponto de vista coletivo ele representa um acerto de contas da nação com seus cidadãos. Assim sendo, o processo de reparação torna-se um momento ímpar na construção da história e da identidade nacional. (BRASIL, 2009, p. 18)

Contudo, como expresso pela Revista de Anistia (2009), pelo fato das sessões da Comissão de Anistia serem realizadas em Brasília, há uma obstaculização para a plena participação da sociedade brasileira, tendo em vista que muitos cidadãos não têm possibilidades de locomover-se até a capital. Diante disso, houve o crescimento dos movimentos das caravanas, sendo por meio delas “que o princípio da reconciliação nacional tem ganhado ampla concretude” (BRASIL, 2009, 18).

Em cada Caravana são resgatadas histórias locais e seus personagens, são prestadas homenagens aos que lutaram, são feitas as reparações devidas. Hoje, com as Caravanas da Anistia, podemos chegar a todos os cantos do país, identificando os milhares de perseguidos anônimos e pedindo desculpas públicas e oficiais, tal como ocorre com os perseguidos notórios, que têm seus processos acompanhados pela imprensa. [...]

Com essas atividades, a Comissão de Anistia já visitou 15 estados da Federação, realizando 26 conjuntos de sessões de julgamento.

A dimensão pública das Caravanas ganha relevo especialmente para a juventude, que não vivenciou os anos de repressão. A mensagem levada para os jovens e estudantes é a de que a democracia nunca é um processo acabado, mas sim um processo aberto e, portanto, permanentemente sujeito a avanços e retrocessos. Essa percepção permite inserir o jovem como protagonista na história nacional, como agente da construção do processo democrático. **Verificando os danos que a arbitrariedade causou à cidadania, reforça-se uma cultura democrática e republicana de respeito às leis e**

participação política na tomada de decisões (BRASIL, 2009, p. 18, grifo nosso).

Assim, as caravanas propiciam uma maior participação da população na busca à memória e conhecimento da verdade dos fatos ocorridos no período do regime de exceção no Brasil. Ainda, essas caravanas possibilitam que as vítimas e seus familiares alcancem uma reconciliação com o passado e que obtenham uma reparação pelos danos sofridos. Além disso, o fato da parcela da população que não vivenciou esse regime ter acesso à história, provoca um amadurecimento da democracia e buscando a não repetição dos erros cometidos.

5 Caso Gomes Lund vs. Brasil perante a Corte Interamericana

O caso Gomes Lund Vs. Brasil foi julgado e sentenciado em 24 de novembro de 2010. A lide gira em torno do contexto da Guerrilha do Araguaia, cuja consistia num grupo paramilitar, contrário ao Regime ditatorial, que articulava um golpe de Estado para acabar com o regime opressor. Quando o Estado brasileiro tomou conhecimento da formação deste grupo, houve um movimento de mobilização das forças armadas para repressão desse grupo.

Entre abril de 1972 e janeiro de 1975, um contingente de entre três mil e dez mil integrantes do Exército, da Marinha, da Força Aérea e das Polícias Federal e Militar empreendeu repetidas campanhas de informação e repressão contra os membros da Guerrilha do Araguaia. Nas primeiras campanhas, os guerrilheiros detidos não foram privados da vida, nem desapareceram. Os integrantes do Exército receberam ordem de deter os prisioneiros e de “sepultar os mortos inimigos na selva, depois de sua identificação”; para isso, eram “fotografados e identificados por oficiais de informação e depois enterrados em lugares diferentes na selva”. No entanto, após uma “ampla e profunda operação de inteligência, planejada como preparativo da terceira e última investida de contra-insurgência”, houve uma mudança de estratégia das forças armadas. Em 1973, a “Presidência da República, encabeçada pelo general Médici, assumiu diretamente o controle sobre as operações repressivas [e] a ordem oficial passou a ser de eliminação” dos capturados.

No final de 1974, não havia mais guerrilheiros no Araguaia, e há informação de que seus corpos foram desenterrados e queimados ou atirados nos rios da região. Por outro lado, “[o] governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia [e p]roibiu a imprensa de divulgar notícias sobre o tema, enquanto o Exército negava a existência do movimento”. (CORTE IDH, 2010, p. 33)

Este contexto, perpetrado de inúmeras e graves violações de direitos resguardados na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e em outros documentos do âmbito internacional, propiciou que a Comissão levasse o caso ao órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Direito Humanos.

No processo perante à Corte Interamericana, o Estado brasileiro interpôs três exceções preliminares, visando o não conhecimento da ação: incompetência do Tribunal em virtude do tempo para examinar determinados fatos, a falta de esgotamento dos recursos internos e a falta de interesse processual da Comissão e de seus representantes.

Quanto à incompetência *ratione temporis*, o Estado alegou que a Corte não teria competência para julgar o caso, pois o Brasil somente ratificou sua competência contenciosa em 1998, momento posterior aos fatos. A Corte, contudo, afirmou que apesar da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 reconhecer o princípio da irretroatividade, o desaparecimento forçado consiste em crime permanente, ou seja, que se perpetua no tempo, havendo, conseqüentemente, competência para o julgamento dessas violações.

No que tange à falta de esgotamento dos recursos internos, o Estado ressaltou que a jurisdição internacional tem caráter subsidiário e não funciona como instância recursal para julgamento de mérito de sentença já proferida no âmbito interno, ou seja, não podendo funcionar como uma quarta instância, devendo somente constatar se a sentença está de acordo com normas internacionais, promovendo o controle de convencionalidade. A Corte informou que o momento oportuno para apresentação desta exceção é a etapa de admissibilidade perante à Comissão, devendo o próprio Estado indicar quais os recursos que ainda são cabíveis no âmbito

interno, não sendo tarefa nem da Corte nem da Comissão reconhecer de ofício quais são esses recursos. Ainda, sobre a ADPF 153, o Tribunal ressaltou que não irá analisar o mérito da lei de anistia brasileira, mas tão somente se esta lei está de acordo com as normas internacionais, efetuando, portanto, o juízo de convencionalidade, e não atuando como uma quarta instância. Assim, a Corte rejeitou esta exceção.

Já sobre a falta de interesse processual da Comissão e dos representantes, foi alegado pelo Estado que já estavam sendo implementadas diversas ações para que houvesse a devida reconciliação com o passado e a promoção da verdade dos fatos ocorridos, não sendo cabível o acolhimento do requerido pela Comissão de Direitos Humanos, pois o exposto já estava sendo desenvolvido internamente. Ainda, o Estado afirmou que o curto lapso temporal entre o Relatório Parcial de Cumprimento de Recomendações e a entrada da ação perante a Corte torna o peticionamento inoportuno. A Corte afirmou que é competência de caráter discricionário da Comissão o envio de um caso à Corte, não podendo a discussão deste tópico ser objeto de exceção preliminar. Ademais, a Corte ratificou o entendimento de que a possibilidade de responsabilização internacional dá-se a partir do momento da violação, não sendo as reparações internas motivo suficiente para o não conhecimento do caso perante à Comissão ou ao Tribunal.

Com a rejeição das questões de admissibilidade do processo perante à Corte, adentra-se no mérito do conflito, que traz para análise violações quanto aos direitos à personalidade jurídica (artigo 3 da CADH), à vida (artigo 4 CADH), integridade pessoal (artigo 5 da CADH), liberdade pessoal (artigo 7 da CADH), garantias judiciais (artigo 8 da CADH), liberdade de expressão e pensamento (artigo 13 da CADH) e proteção judicial (artigos 25 da CADH) todas relacionadas às obrigações de respeitar e garantir os direitos. Havendo também uma relevante análise sobre o conceito e as consequências do crime de desaparecimento forçado.

Quanto ao desaparecimento forçado, foi mostrado que já é entendimento pacificado perante à Corte Interamericana de Direito Humanos que

este ato consiste em crime permanente, tendo o Estado o dever de promover investigações até que se conheça o paradeiro ou encontrem-se os restos mortais da vítima. Ademais, esta violação tem caráter pluriofensivo, pois gera a ofensa de vários direitos protegidos pela CADH.

Nesta lógica, A Corte Interamericana possui jurisprudência consolidada e entende que o “ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade” (CORTE IDH, 2010, p. 38), colocando, assim, “a vítima em um estado de completa desproteção e acarreta outras violações conexas, sendo especialmente grave quando faz parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado” (CORTE IDH, 2010, p. 38). Ademais, é ressaltado pelo Tribunal que a proibição de desaparecimento forçado já atingiu o caráter de norma *ius cogens*.

Tendo isto exposto, a Corte considerou o Brasil culpado pelo desaparecimento forçado de inúmeras pessoas³, fato que, por ser crime pluriofensivo, como explicado acima, culmina na ofensa de outros direitos resguardados pela CADH. Consequentemente, houve violação dos direitos à personalidade jurídica, vida e liberdade pessoal por parte do Estado brasileiro.

³ Caso Gomes Lund vs. Brasil. § 125 Em consideração ao exposto anteriormente, a Corte Interamericana conclui que o Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos, respectivamente, nos artigos 3, 4, 5 e 7, em relação ao artigo 1.1, da Convenção Americana, em prejuízo das seguintes pessoas: Adriano Fonseca Fernandes Filho, André Grabois, Antônio Alfredo de Lima (ou Antônio Alfredo Campos), Antônio Carlos Monteiro Teixeira, Antônio de Pádua Costa, Antônio Ferreira Pinto, Antônio Guilherme Ribeiro Ribas, Antônio Teodoro de Castro, Arildo Airton Valadao, Áurea Elisa Pereira Valadao, Bérqson Gurjão Farias, Cilon Cunha Brum, Ciro Flávio Salazar de Oliveira, Custódio Saraiva Neto, Daniel Ribeiro Callado, Dermeval da Silva Pereira, Dinaelza Santana Coqueiro, Dinalva Oliveira Teixeira, Divino Ferreira de Souza, Elmo Corrêa, Francisco Manoel Chaves, Gilberto Olímpio Maria, Guilherme Gomes Lund, Helenira Resende de Souza Nazareth, Hélio Luiz Navarro de Magalhães, Idalísio Soares Aranha Filho, Jaime Petit da Silva, Jana Moroni Barroso, João Carlos Haas Sobrinho, João Gualberto Calatrone, José Huberto Bronca, José Lima Piauhy Dourado, José Maurílio Patrício, José Toledo de Oliveira, Kleber Lemos da Silva, Líbero Giancarlo Castiglia, Lourival de Moura Paulino, Lúcia Maria de Souza, Lúcio Petit da Silva, Luiz René Silveira e Silva, Luiz Vieira de Almeida, Luíza Augusta Garlippe, Manuel José Nurchis, Marcos José de Lima, Maria Célia Corrêa, Maurício Grabois, Miguel Pereira dos Santos, Nelson Lima Piauhy Dourado, Orlando Momente, Osvaldo Orlando da Costa, Paulo Mendes Rodrigues, Paulo Roberto Pereira Marques, Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Rodolfo de Carvalho Troiano, Rosalindo Souza, Suely Yumiko Kanayama, Telma Regina Cordeiro Corrêa, Tobias Pereira Júnior, Uirassú de Assis Batista, Vandick Reidner Pereira Coqueiro e Walkiria Afonso Costa.

Quanto os direitos de garantia e proteção judicial, foi discutido, principalmente, a questão da lei de anistia brasileira, de 1979. A Corte criticou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o qual afirmou a constitucionalidade da lei de anistia, que absolveu todos os que cometeram violações de direitos humanos no período “compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979⁴.”

A Corte reiterou diversas vezes seu entendimento quanto às leis de anistia, na lógica de que estas leis inibem o dever do Estado de promover investigação, julgamento e punição de violações de direitos humanos, fato que mostra-se mais prejudicial quando a proibição da ofensa atinge caráter *jus cogens*, como é o caso do desaparecimento forçado, demonstrando conduta incompatível com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim, foi decidido que o Brasil não observou os direitos à garantia e proteção judicial.

precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana. (CORTE IDH, 2010, p. 64)

O direito à liberdade de pensamento e expressão, por sua vez, é entendido no âmbito da Corte Interamericana “não apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e

⁴ Lei nº 0 6.683/79.

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

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

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

a liberdade de buscar, receber e divulgar informações e ideias de toda índole” (CORTE IDH, 2010, p. 75). Nesta lógica, o Tribunal interamericano entende que “em uma sociedade democrática, é indispensável que as autoridades estatais sejam regidas pelo princípio de máxima divulgação, que estabelece a presunção de que toda informação é acessível, sujeita a um sistema restrito de exceções” (CORTE IDH, 2010, p. 76), não podendo existir em casos de violação de direitos humanos o teor segredo de Estado ou confidencialidade de informação. Diante disso, a Corte considerou que o Estado brasileiro violou o artigo 13 “pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido” (CORTE IDH, 2010, p. 114).

O direito à integridade pessoal pode ser considerado tanto à vítima direta da violação quanto a seus familiares, através de uma presunção *juris tantum*, cabendo ao Estado descaracterizar essa violação. Nos casos de desaparecimento forçado, “a privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino de um desaparecido constitui uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares próximos” (CORTE IDH, 2010, p. 90), o que, assim como a falta de diligência para investigar, sancionar os responsáveis e prestar informações sobre os fatos, gera violação do direito à integridade pessoal dos familiares. Portanto, sem desmerecer as ações de reparações e as investigações já feitas pela Comissão Especial promovidas no âmbito interno, a Corte entendeu que o Estado violou o direito à integridade pessoal.

Por fim, a Corte considerou que o Estado violou os artigos 3, 4, 5, 7, 13, 8 e 25 da CADH e o condenou, em suma a investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis; determinar o paradeiro das vítimas; como medida de reabilitação fornecer atenção médica e psicológica às vítimas e seus familiares; como medida de satisfação publicar a sentença e promover ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional; como garantias de não repetição promover cursos para educação em direitos humanos nas Forças Armadas, tipificação do delito de desaparecimento forçado, e também o acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado e criação de uma Comissão da Verdade.

6 Efetivação da sentença internacional no âmbito interno

Como expresso no tópico anterior, o Brasil foi condenado a obrigações de fazer, medidas de reabilitação e satisfação e também garantias de não repetição.

Quanto às obrigações de fazer, o Brasil estava obrigado a (i) investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis e (ii) determinar o paradeiro das vítimas. Neste âmbito a Corte Interamericana critica e mostra-se preocupada com o Brasil pelo fato de ter ingressado somente com duas ações penais, de números 1162-79.2012.4.01.3901 (14/03/2012) e 4334-29.2012.4.01.3901 (16/07/2012), ambas pelo Ministério Público Federal, em quase quatro anos, visando punir responsáveis por violações de direitos humanos no período ditatorial. Ainda, ressaltou a incompatibilidade da lei de anistia em relação ao Sistema Americano de proteção de direitos humanos. No que concerne à determinação do paradeiro das vítimas, “que supõe uma satisfação moral para as vítimas” (CORTE IDH, 2014, p. 15), a Corte elogiou a conduta do Estado na promoção de diligências para que fosse cumprida esta obrigação, ressaltou, contudo, que a presença de militares nos procedimentos inibe a participação popular e dos familiares das vítimas, ainda, pelo fato de não restarem resultados conclusivos sobre o paradeiro, esta obrigação foi considerada como pendente.

Já em relação às medidas de reabilitação fornecer atenção médica e psicológica às vítimas e seus familiares, foi instituída a Portaria Interministerial nº 93, de 13 de fevereiro de 2014, que criou um “Grupo de Trabalho com a finalidade de coordenar a oferta de atendimento médico às vítimas do Caso Julia Gomes Lund”. Porém, esta medida encontra-se pendente, pois

Embora este Tribunal tenha tomado nota das ações realizadas pelo Estado para criar o mencionado Grupo de Trabalho especializado na implementação desta medida de reparação, considera que da informação apresentada pelo

Brasil não se observa que este tenha executado efetivamente as ações necessárias para oferecer às vítimas o tratamento médico, psicológico e/ou psiquiátrico que requerem, nos termos dispostos por este Tribunal (CORTE IDH, 2014, p. 19)

No que diz respeito às medidas de satisfação (i) publicar a sentença e (ii) promover ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional. A sentença do caso *Gomes Lund vs. Brasil* foi publicada no volume 4 da revista de anistia, tendo cumprido de forma integral a primeira medida de satisfação determinada pela Corte Interamericana. Já em relação à promoção de ato público para reconhecimento da responsabilidade internacional foi medida considerada pendente, contudo, foi elogiada pelo Tribunal internacional a atitude do Estado de dialogar com as vítimas e respeitar o desejo apresentado por elas de postergar a efetivação do cumprimento do reconhecimento.

Ademais, quanto às garantias de não repetição (i) promover cursos para educação em direitos humanos nas Forças Armadas, (ii) tipificação do delito de desaparecimento forçado, (iii) o acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado e (iv) criação de uma Comissão da Verdade.

Primeiramente quanto à promoção de cursos para educação em direitos humanos das forças armadas, a Corte elogiou as diretrizes gerais implementadas pelo Ministério da Defesa, contudo, pediu que “o Brasil apresente a informação específica sobre a implementação dos cursos pelas distintas Forças Armadas em todos os níveis hierárquicos, assim como sobre seu caráter permanente e obrigatório”, (CORTE IDH, 2014, p. 23) como determinado em sentença prévia.

Não foi ainda cumprida ainda pelo Brasil a medida de tipificação do delito de desaparecimento forçado, entretanto, isto está em trâmite legislativo já que foi ratificada a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, ressaltando que deve ser observado o caráter permanente e contínuo do delito, transcendendo a lei de anistia. Portanto, esta medida considerada pendente.

Ainda, quanto ao acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado, o Estado teve suas ações elogiadas pela Corte, sendo considerado o parcial cumprimento da obrigação, pois, apesar da implementação do “Projeto Memorial da Anistia Política do Brasil’, que contará com um Centro de Documentação que permitirá aos interessados ter acesso aos documentos produzidos pela Comissão de Anistia” (CORTE IDH, 2014, p. 29), esta obrigação é extremamente ampla, devendo o Estado continuar com as diligências para o cumprimento de modo mais completo possível.

Como principal e mais efetivo ponto de cumprimento pelo Estado brasileiro, tem-se a criação da Comissão da Verdade, o que foi feito através da lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Valendo observar que

As comissões da verdade são órgãos de investigação criados para ajudar as sociedades que têm enfrentado graves situações de violência política ou guerra interna, a confrontar criticamente seu passado, a fim de superar as profundas crises e traumas gerados pela violência e evitar que tais atos se repitam em um futuro próximo. Por meio das comissões da verdade, busca-se conhecer as causas da violência aos direitos humanos e estabelecer as responsabilidades jurídicas correspondentes. (CUYA, 2011, p. 47)

Assim, as comissões da verdade, além do dever de agir de forma imparcial, têm a obrigação de trazer documentos comprobatórios de violações, não devendo generalizar o caráter violador à totalidade dos agentes estatais ou guerrilheiros, pois “a culpa individual não deve ser diluída na culpa coletiva. Os inocentes não devem pagar pelos culpados” (CUYA, 2011, p. 68).

No Brasil, Cury (2012, p. 291) explica que a Comissão da Verdade nasceu com a finalidade de “examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos, praticadas no período de 18 de setembro de 1946 até 05 de outubro de 1988²¹, quando foi promulgada a Constituição da República atualmente vigente, e, assim, efetivar o direito à memória e à verdade histórica, além de promover a reconciliação nacional”.

Neste contexto, vale por fim expor que a Comissão Nacional da Verdade publicou em dezembro de 2014 seu relatório, dividido em três volumes, trazendo: no 1º volume buscou cumprir a sentença da Corte Interamericana e promoveu a “descrição dos fatos relativos às graves violações de direitos humanos do período investigado, com especial atenção ao regime ditatorial que se prolongou de 1964 a 1985” (BRASIL, 2014, p. 15, v. 1); no 2º volume uma compilação de artigos relacionados “a violações de direitos humanos ocorridas em diferentes segmentos, grupos ou movimentos sociais” (BRASIL, 2014, p. 9, v. 2).; no 3º volume “traz os perfis dos 434 mortos e desaparecidos políticos no Brasil e no exterior de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988” (BRASIL, 2014, p. 26, v. 3).

7 Conclusão

Com todo exposto, vislumbra-se que, junto com outros países da América Latina, o Brasil experimentou um regime opressor quando o governo estava sob controle dos militares nacionais. Com uma política pautada na segurança nacional, o regime militar acabou por limitar a liberdade dos cidadãos e perpetrar inúmeras violações de direitos humanos. Findo o regime ditatorial, diversos atos atentatórios começaram a ser disseminados no seio da sociedade brasileira, fazendo com que houvesse, principalmente dos familiares das vítimas, a busca pela verdade dos acontecimentos e punição dos culpados.

Assim como na transição de outras formas de regime para a democracia, a passagem de um regime ditatorial para um estado democrático urge pela renovação da confiança da população no Estado. Para que isso ocorra, diversos estudos multidimensionais desenvolvidos no final do século XX e início do século XXI mostram que deve-se buscar a justiça, verdade, reparação, reforma institucional e reconciliação, sendo que cada política precisa observar e respeitar a realidade fática ocorrida no país.

Diante disso, e em decorrência do fortalecimento da comunidade internacional e a criação de sistemas regionais de proteção de direitos

humanos, os países da América Latina que vivenciaram regimes ditatoriais, tiveram suas histórias e violações analisadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No que concerne o Brasil, o caso Gomes Lund teve grande repercussão interna, culminando na implementação de ações positivas para que as vítimas tivessem seus danos reparados e para que a sociedade brasileira tomasse conhecimento dos fatos ocorridos, com a finalidade de aprender com o passado para que os mesmos erros não sejam cometidos no futuro.

Apesar de medidas positivas adotadas pelo Estado, a não revogação da lei de anistia e o entendimento da sua constitucionalidade pelo STF ao julgar improcedente a APF 153, mostra-se contrário ao sistema de proteção de direitos humanos regulado pela Convenção Americana. Assim, a lei de anistia é considerada inconveniente, pois permite que os agentes de graves violações de direitos humanos permaneçam sem punição, mesmo nos crimes de caráter contínuo e permanente, como é o caso de desaparecimento forçado.

Por fim, pode-se averiguar que a Comissão Nacional da Verdade teve um relevante papel na investigação dos fatos, pois deu real possibilidade à oitiva das vítimas, podendo ser alcançada a verdade dos acontecimentos obscuros do período ditatorial propiciando a divulgação dos episódios e a reconciliação das vítimas e seus familiares com o passado.

Contudo, é claro que o Brasil ainda possui um longo caminho para efetiva implementação da justiça transicional, pois diversas atitudes estimuladas pela Corte Interamericana no caso Gomes Lund ainda estão com cumprimento parcial ou pendentes, devendo a sociedade brasileira continuar mobilizada para atuação e cobrança do Estado nas medidas definidas pela Corte que não foram integralmente cumpridas e demais cabíveis.

8 Referências

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Mortos e desaparecidos políticos**: Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Brasília. 2014. 976 p. V. 1.

BRASIL. Ministério de Justiça. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. N. 1 (jan. / jun. 2009). – Brasília: Ministério da Justiça, 2009; 2011 E 2012.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 93**, de 13 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória**: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2007.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A JUSTIÇA TRANSICIONAL. **Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias**. 2008. Revista Anistia Política e Justiça de Transição. N. 1 (jan. / jun. 2009). – Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de Novembro de 2010.

CURY, Paula Maria Nasser. **Comissão Da Verdade**: Análise Do Caso Brasileiro. Revista Anistia Política e Justiça de Transição. N. 7 (jan. / jun. 2012). – Brasília: Ministério da Justiça, 2012

CUYA, Esteban. **Justiça de Transição**. Acervo, Rio de Janeiro, v. 24, no 1, p. 37-78, jan/jun 2011.

OLIVEIRA, Carla Mariana Aires; CARDOSO, Diogo Barbosa. **A Justiça De Transição E A Busca Da Implementação Da Comissão Da Verdade No Brasil**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eddeb82df22554fa>> Acesso em 14 abr. 2015.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução 40/34**, de 29 de Novembro de 1985: Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. 1985.

ONU, Comissão dos Direitos Humanos, **Conjunto atualizado de princípios para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade**, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de fevereiro de 2005.

ONU. **Relatório do Secretário Geral nº S/2004/616**: O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. 2004. Revista Anistia Política e Justiça de Transição. N. 1 (jan. / jun. 2009). – Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direito Internacional Dos Direitos Humanos E Lei De Anistia**: O Caso Brasileiro. Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 2 (jul. / dez. 2009). – Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. **Democracia E Anistia Política**: Rompendo Com A Cultura Do Silêncio, Possibilitando Uma Justiça De Transição. Revista Anistia Política e Justiça de Transição. N. 1 (jan. / jun. 2009). – Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

SANTOS, Roberto Lima; FILHO, Vladimir Brega. **Os Reflexos Da “Judicialização” Da Repressão Política No Brasil No Seu Engajamento Com Os Postulados Da Justiça De Transição**. Revista Anistia Política e Justiça de Transição. N. 1 (jan. / jun. 2009). – Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

ZYL, Paul Van. **Promovendo A Justiça Transicional Em Sociedades Pós-Conflito**. Revista Anistia Política e Justiça de Transição. N. 1 (jan. / jun. 2009). – Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

Corte Interamericana de Direitos Humanos e a crise no sistema carcerário brasileiro: entre o litígio estratégico e o litígio estrutural

*Bianca M. Schneider van der Broocke*¹

Introdução

No Brasil, assim como em boa parte dos países em desenvolvimento, prevalece a cultura do encarceramento, bem como o descaso, a negligência e a total indiferença por parte do Estado e da sociedade em geral para com a situação calamitosa do sistema penitenciário, cuja população, em sua maioria, é composta por pobres e negros. Embora não haja estatísticas oficiais sobre a classe social a que pertencem os detentos, alguns dados acerca dos respectivos níveis educacionais fornecem um panorama sobre a seletividade do sistema: aproximadamente 64% são da raça negra, 4% são analfabetos, 1% têm curso superior, 51% possuem apenas o ensino fundamental completo e 17,75% sequer tiveram acesso a esse nível educacional².

As graves deficiências e violações de direitos que se fazem presentes nas instituições de reclusão penal brasileiras são concernentes à superlotação, celas imundas e insalubres, tortura, homicídios, violência sexual,

¹ Doutoranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes - RJ. Bacharel em Direito pela UNICURITIBA. Bolsista CAPES/PROEX. "O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001". Advogada inscrita na OAB/PR.

² Dados extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado em junho de 2016, pelo Departamento Penitenciário (DEPEN). Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf Acesso em 10/07/2017.

proliferação de doenças infectocontagiosas, comida de péssima qualidade, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, corrupção, deficiência no acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle estatal sobre o cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.³

E, tais mazelas vêm se agravando, em razão do crescimento exponencial da população prisional. O Brasil tinha, em 1990, cerca de 90.000 presos. Em junho de 2016, este número ultrapassou os 726.000 presos, o que equivale a um aumento de 707% em relação ao total registrado no início da década de 1990. O Brasil é hoje o terceiro país com a maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China, contando com um déficit de 358.663 vagas.⁴ Referido quadro é ainda agravado em função do uso abusivo da prisão provisória, visto que, de acordo com dados do CNJ, 41% dos presos brasileiros não sofreram ainda condenação transitada em julgado.⁵

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas no sistema carcerário brasileiro convertem-se em penas cruéis e desumanas, sendo negado aos presos todo e qualquer direito a uma existência minimamente segura e salubre. Esta crise permanente de direitos humanos pôde ser claramente vislumbrada com as rebeliões

³ Dados extraídos do Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Carcerário Brasileiro, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em 05/12/2017.

⁴ Dados extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado em junho de 2016, pelo Departamento Penitenciário (DEPEN). Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em 10/07/2017.

⁵ Dados extraídos do “Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil”, do Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 05/12/2017.

ocorridas no início de ano de 2017 no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus - AM (67 mortos), na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Boa Vista - RR (33 mortos) e na Penitenciária de Alcaçuz, em Nísia Floresta - RN (26 mortos), bem como, no início de 2018, no Complexo Penitenciário de Recuperação, em Santa Isabel - PA (22 mortos).

Essa situação já motivou diversas intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país. Foi o caso do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, de Recife/PE, do Complexo do Tatuapé, de São Paulo/SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara/ SP, do Complexo de Pedrinhas, de São Luiz/MA, da Casa de Detenção José Mario Alves - conhecida como "Penitenciária Urso Branco", de Porto Velho/ RO e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Rio de Janeiro - RJ). Ademais, recentemente deu azo à migração constitucional⁶ do denominado "Estado de Coisas Inconstitucional" da jurisprudência colombiana para o sistema jurídico brasileiro, no contexto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/2015, que versa sobre a violação massiva e generalizada de direitos constitucionais no sistema carcerário.

Diante desse quadro, a questão que se coloca no presente trabalho é como a Corte Interamericana de Direitos Humanos vêm trabalhando para superar a crise de direitos humanos do sistema prisional brasileiro e, qual a responsividade do Supremo Tribunal Federal (STF) a essa forma de atuação. Para tanto, no primeiro tópico, procura-se contextualizar a operação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, no segundo, analisar a

⁶ Aqui utilizando o conceito de Virgílio Afonso da Silva, no sentido da migração (ou "empréstimo") de ideias constitucionais, que propicia a integração horizontal entre ordens jurídicas nacionais, por meio do diálogo entre tribunais, ou seja, do livre comércio de experiências, ideias, teorias (SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 519-524).

atuação dos seus órgãos principais, destinados a zelar pelo seu cumprimento e efetividade, no cenário de dois dos estabelecimentos prisionais mencionados, quais sejam, o “Presídio Urso Branco” e o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Por fim, no terceiro tópico, passa-se à análise do emprego da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo STF, enquanto representação de uma continuidade em relação à novel abordagem que vem sendo adotada pela Corte Interamericana, em substituição ao tradicional modelo declaratório.

2 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Antes de se adentrar à análise das demandas envolvendo a crise de direitos humanos nos presídios brasileiros, perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, faz-se necessário discorrer brevemente sobre as atribuições desses dois órgãos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). O SIDH tem por escopo a promoção e proteção dos direitos humanos, abarcando Estados das Américas. O seu início se deu com a aprovação, pela Organização dos Estados Americanos (OEA), da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em 1948, vindo a tomar forma e estrutura orgânica somente em 1969, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷. Esse tratado definiu quais os direitos humanos que os Estados signatários se comprometem internacionalmente a respeitar e a dar garantias de cumprimento. Ademais, criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, definindo as suas atribuições e procedimentos.⁸

⁷ Também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, entrou em vigor em 1978 e que foi ratificada em setembro de 1997 por 25 países: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela (disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)

⁸ Cumpre mencionar que no mesmo documento, foram definidas as atribuições e procedimentos para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mantendo essa também poderes adicionais anteriores à Convenção e que não decorrem diretamente dela, dentre eles, o de processar petições individuais relativas a Estados que ainda não são parte da Convenção.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por sua vez, foi criada em 1959, tendo se reunido pela primeira vez em 1960, quando passou a ter competência para receber e processar denúncias ou petições sobre casos individuais, nos quais se alegavam violações aos direitos humanos. A função principal da CIDH é promover a observância e a defesa dos direitos humanos, bem como servir como órgão consultivo da OEA nessa matéria. Nesse diapasão, como explica Roberto de Figueiredo Caldas, a CIDH elabora Informes, Conclusões e Recomendações, que possuem um notório valor moral, jurídico e político. No sistema de petições individuais regido pela Convenção Americana, as recomendações da CIDH reúnem todas os pressupostos para serem cumpridas, visto que “*son adaptadas en el marco de un ‘proceso’ con todas las garantías*”.⁹

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um dos três tribunais internacionais regionais de proteção dos direitos humanos, juntamente com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Trata-se de uma instituição judicial independente, cuja missão é a aplicação e interpretação da Convenção Americana, detendo, para tanto, uma função contenciosa, uma função consultiva e a função de ditar medidas provisórias. Nos termos do disposto nos artigos 67 e 68 da Convenção, suas sentenças devem ser acatadas pela jurisdição interna, tendo efeitos imediatos e vinculantes.¹⁰ Assevera Caldas ser importante observar que obrigatoriedade de seus pronunciamentos “*no se agota en su parte resolutive (que tiene efectos jurídicos en el caso*

⁹ CALDAS, Roberto de Figueiredo. Estructura y Funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: sus herramientas para un efectivo diálogo judicial. In: ARNAIZ, Alejandro Saiz; MULLOR, Joan Solanes; ROA, Jorge Ernesto Roa (Org.). *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia: Tirant to Blanch, 2017, p. 46.

¹⁰ In verbis:

“Artigo 67. A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.; Artigo 68. 1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”

*particular), sino que se multiplica expansivamente a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado em casos similares”.*¹¹

Já as suas Opiniões Consultivas, servem para elucidar de maneira clara e concisa as obrigações contidas nos diversos artigos da Convenção, colaborando para o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos. Como afirma Caldas:

*Su esencia es típicamente consultiva, sin dejar de ser jurisdiccional, y tiene por objeto codyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos, em lo que concierne a la protección de los derechos humanos. Em todo caso, las Opiniones Consultivas tienen efectos jurídicos in-negables para todo el sistema regional y em particular para el Estado que la solicitó.*¹²

O papel de entes não governamentais na promoção de mudanças sociais a partir do Direito, em prol de indivíduos que não teriam voz, nem vez, tem aumentado gradativamente no SIDH, a partir do emprego de “litígios estratégicos”. Este conceito se refere à articulação e participação de atores sociais no SIDH, por meio de denúncias de violações de direitos humanos cometidas pelos Estados, buscando formar precedentes, alterar políticas públicas, legislações e jurisprudência dos tribunais domésticos.¹³ E, um dos temas recorrentes nesta forma de atuação, tem sido a crise de direitos humanos nos sistemas carcerários das nações que compõem a Organização dos Estados Americanos (OEA). O paradigmático caso brasileiro da Penitenciária Urso Branco, que merece destaque no presente trabalho, é um exemplo desse tipo de litigância e também traz à tona um novo modelo de atuação jurisdiccional, conforme será exposto a seguir.

¹¹ CALDAS, Roberto de Figueiredo. Estructura y Funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: sus herramientas para um efectivo diálogo judicial. In: ARNAIZ, Alejandro Saiz; MULLOR, Joan Solanes; ROA, Jorge Ernesto Roa (Org.). *Diálogos Judiciales em el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia: Tirant to Blanch, 2017, p. 47.

¹² CALDAS, Roberto de Figueiredo. Estructura y Funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: sus herramientas para um efectivo diálogo judicial. In: ARNAIZ, Alejandro Saiz; MULLOR, Joan Solanes; ROA, Jorge Ernesto Roa (Org.). *Diálogos Judiciales em el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia: Tirant to Blanch, 2017, p. 47.

¹³ CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 63-66.

3 A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos diante da crise nos presídios brasileiros

O denominado “caso Presídio Urso Branco” teve início a partir de um pedido de medidas cautelares formulado pela Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e pela ONG Justiça Global, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para a proteção de 47 sobreviventes de um massacre ocorrido numa rebelião na Casa de Detenção José Mario Alves da Silva, em Porto Velho, Rondônia, no ano de 2002. Descumpridas as medidas outorgadas pela CIDH, esta solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos a emissão de medidas provisórias em face do Estado brasileiro, para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral dos presos.

A Corte, além de emitir uma resolução contendo as medidas requeridas, inovou, solicitando ao Estado e à CIDH que tomassem as providências necessárias para a criação de um mecanismo de coordenação e supervisão do cumprimento das suas ordens. Como resultado, foi criada a Comissão Especial Urso Branco, composta por representantes do Estado (a nível federal e estadual) e pelas organizações que peticionaram junto ao Sistema Interamericano. Em agosto de 2011, representantes da União, do governo do Estado de Rondônia, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Poder Judiciário do Estado de Rondônia assinaram o “Pacto para melhoria do sistema Prisional do Estado de Rondônia e Levantamento das Medidas Provisórias Outorgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, com a interveniência da Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e da ONG Justiça Global.

O acordo trouxe cinco eixos de atuação (investimentos em infraestrutura; dimensionamento e qualificação do quadro de pessoal; apuração dos fatos e responsabilização; aperfeiçoamento dos serviços, mobilização

e inclusão social; e combate à cultura da violência)¹⁴ que elencam aproximadamente 50 ações e culminou com o levantamento das medidas provisórias ordenadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos,¹⁵ bem como definiu os contornos para um modelo de interação dialógica entre atores governamentais e não governamentais, no campo das políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.¹⁶

Seguindo a mesma linha, mais recentemente, em 13 de fevereiro de 2017, a Corte emitiu um resolução sobre as medidas provisórias sobre fatos de violência carcerária e superlotação notória em instituições penitenciárias do Brasil, referentes a diversos Estados e regiões, onde não são cumpridos os padrões mínimos indicados pela comunidade internacional para o tratamento de pessoas privadas de liberdade, mas sim acontecem possíveis penas cruéis, desumanas e degradantes, atentatórias à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁷ Essa resolução, a princípio, referia-se a quatro casos trazidos àquela Corte nos anos anteriores, contudo, vislumbrou o órgão tratar-se de um fenômeno de maior extensão, havendo indícios da eventual generalização de um problema estrutural de âmbito nacional.

¹⁴ Considerando a abrangência das medidas a serem adotadas, o Pacto foi delineado nos seguintes cinco eixos de atuação: a) Eixo I - Infra-Estrutura: Ampliação de vagas e melhorias na estrutura física dos presídios e cadeias públicas; b) Eixo II - Dimensionamento e Qualificação do Quadro de Pessoal: Medidas para contratação e formação de agentes e servidores administrativos, incluindo ações de qualificação do atendimento ao apenado; c) Eixo III - Apuração dos Fatos e Responsabilização: Determinação de prazos para conclusão dos inquéritos e dos julgamentos dos envolvidos no caso Urso Branco, implantação de Centro de Apoio à Execução Penal, no âmbito do Ministério Público, dentre outras ações com o escopo de apurar, responsabilizar e evitar novos episódios atentatórios aos direitos humanos; d) Eixo IV - Aperfeiçoamento dos serviços, mobilização e inclusão social: Ações relacionadas à celeridade para resposta às demandas da população carcerária e de seus familiares, bem como incremento das medidas de ressocialização; e) Eixo V - Medidas de Combate à cultura de violência: Ações concretas para a criação e consolidação de mecanismos de combate e prevenção à violência, aos maus tratos e à tortura no sistema prisional (disponível em: <http://data.portal.sistemas.ro.gov.br/2014/04/pacto-encerramento-das-mps-urso-branco.vers%C3%A3o-final-22.08.11.pdf>).

¹⁵ Em 25 de agosto de 2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tomou conhecimento do pacto para melhoria do sistema prisional daquela unidade da Federação e ordenou o levantamento das medidas provisórias relacionadas aos eventos ocorridos no presídio Urso Branco.

¹⁶ Para uma descrição completa e detalhada do caso, consultar: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_o4_portugues.pdf.

¹⁷ Disponível em: http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Resolucion_Carceles_Brasil.pdf.

Desta feita, além de agendar uma audiência pública com a participação dos beneficiários das medidas provisórias determinadas em relação aos Complexos Penitenciários de Curado (Recife-PE) e de Pedrinhas (São Luís-MA), e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Rio de Janeiro - RJ), os representantes da República Federativa do Brasil e a CIDH, a Corte Interamericana solicitou ao Estado brasileiro a emissão de um relatório respondendo a 52 questionamentos, bem como a indicação das medidas concretas adotadas para: a) limitar ou reduzir o número de presos em detenção preventiva; b) reduzir a superlotação carcerária; c) melhorar o serviço de atenção à saúde; d) melhorar a investigação e sanção de faltas ou direitos por parte de pessoal penitenciário; e) ampliar o percentual de população penal que trabalha ou estuda; f) melhorar as condições de alimentação, higiene e fornecimento de água; g) prevenir a introdução de drogas nos estabelecimentos penais; h) prevenir a introdução de armas nos estabelecimentos penais; i) prevenir ou evitar o enfrentamento de facções criminosas nos institutos penais; j) treinar o pessoal no controle não violento de motins e rebeliões nas prisões; e k) regulamentar racionalmente o uso da violência e o emprego de armas.

Não obtendo o êxito esperado nessa empreitada, a Corte voltou a investir nos casos citados, de forma individualizada, mas persistindo na necessidade de participação das entidades não-governamentais, representativas dos presidiários, nas etapas do cumprimento das medidas provisórias, para a superação das violações detectadas nas respectivas instituições prisionais. Ademais, citando a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos em casos que basearam a *Prision Reform Litigation*¹⁸, a Corte Interamericana pacificou uma nova forma de atuação, de cunho

¹⁸ Intervenção judicial maciça no sistema prisional de boa parte estados dos EUA, que teve início com o caso *Holt v. Sarver* (1969), questionando a constitucionalidade do sistema prisional do Estado do Arkansas, com base na cláusula que proíbe punições cruéis e incomuns, contida na Oitava Emenda à Constituição estadunidense. Nessa demanda e nas que se seguiram a ela, os pedidos versavam precipuamente sobre as punições corporais e as condições de isolamento disciplinar dentro das prisões, todavia, os juízes acabaram por se ver confrontados com provas da existência de ambientes brutais e insalubres, não apenas nas solitárias, mas em todas as instalações dessas instituições, passando então a adotar a emissão de *structural injunctions*, a fim de ver reparada a violação massiva e generalizada dos direitos constitucionais dos presos (SCHLANGER, Margo. *Beyond The Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation*, *Michigan Law Review*, vol. 97, mai/1999, p. 2003-2004).

ativista, ordenando que os Estados brasileiros demandados promovam reformas estruturais nos estabelecimentos que se encontram em desacordo com a normativa internacional.

A título de exemplo, no caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, em uma Resolução de 22 de novembro de 2018, tendo em vista a flagrante omissão do Estado do Rio de Janeiro em cumprir as medidas ordenadas anteriormente, a Corte solicitou a elaboração de um Plano de Contingência para a reforma estrutural e de redução da superpopulação e da superlotação carcerária, com os seguintes elementos mínimos: a) a remodelação de todos os pavilhões, celas e espaços comuns; b) a redução substancial do número de internos por meio da aplicação da Súmula Vinculante n. 56 do STF¹⁹ e de outros critérios estabelecidos na presente resolução; c) a ampliação do uso de monitoramento eletrônico; d) a determinação da capacidade máxima de internos, atendendo aos indicadores estabelecidos no art. 85 da resolução n. 09/2011, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária²⁰; e) a implementação das recomendações constantes do Relatório Técnico do Corpo de Bombeiros, de outubro de 2016; f) a previsão de um número de agentes penitenciários ajustado ao das pessoas privadas de liberdade; g) as medidas diretamente destinadas a proteger os direitos à vida e à integridade dos beneficiários, especialmente em relação às deficientes condições de acesso à saúde, bem como às condições de segurança e controles internos; h) e a implementação do Plano em carácter prioritário, sem que o Estado possa alegar dificuldades financeiras para justificar o descumprimento de suas obrigações internacionais.²¹

Além disso, o tribunal reiterou que o Estado brasileiro tem o dever de cumprir tais medidas provisórias de boa-fé, inclusive garantindo que os defensores de direitos humanos que representam os presos possam desempenhar seu trabalho com liberdade. O que inclui, também, o dever de

¹⁹ *In verbis*: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

²⁰ Regras do CNPCP sobre arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados.

²¹ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/resolucao-cidh-placido-de-as>.

oferecer informação veraz, oportuna e precisa sobre o cumprimento do disposto pela Corte. Nesse sentido, requereu ao Estado que continue informando a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada três meses, sobre a implementação das medidas adotadas, em conformidade com a respectiva decisão e seus efeitos. Solicitou, ademais, que as entidades representativas dos presidiários e a CIDH apresentem as observações que julgarem pertinentes sobre o referido relatório estatal.

Esse novo modelo de atuação se insere no contexto da disseminação dos denominados “litígios estruturais” no âmbito das Cortes internacionais regionais. Como elucidada Alexandra Huneelus, a partir dos anos 2000 a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a desenvolver um sistema de revisão judicial que enfatiza “*the leadership of judges alongside active participation by victims and the non-governmental organization that represent them*”,²² em demandas envolvendo reformas estruturais em Estados com déficit democrático e institucional. Segundo a autora, com a virada do milênio as decisões desse tribunal internacional abandonaram o modelo declaratório e começaram a ordenar não apenas remédios destinados a compensar as vítimas, mas também garantias de não repetição a fim de promover uma mudança na estrutura do Estado, para que a situação que originou a violação de direitos humanos não voltasse a ocorrer. Nesse intuito, a Corte passou a emitir medidas judiciais que explicitamente demandam reformas em políticas governamentais e instituições disfuncionais, como prisões, hospitais psiquiátricos, centros de detenção juvenil e de imigrantes, passando a supervisionar a sua implementação,²³ seja no âmbito das sentenças como no da sua função não contenciosa de ditar medidas provisórias de proteção necessárias para evitar danos imediatos e irreparáveis a pessoas.²⁴

²² HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, vol 40:1, 2015, p. 5.

²³ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, vol 40:1, 2015, p. 3.

²⁴ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, vol 40:1, 2015, p. 26, nota 114.

Conforme leciona César Rodríguez Garavito, estas ações se caracterizam por:

*Afectar a um gran número de personas que denuncian la violación de sus derechos, por sí mismas o mediante organizaciones que presentan demandas judiciales en su nombre; b) involucrar a vários organismos y departamentos del Estado, que se consideran responsables de las persistentes fallas de política pública que contribuyen a la violación de esos derechos, y c) llevar aparejadas medidas estructurales, por ejemplo, órdenes de cumplimiento inmediato em las que se instruye a diversos organismos administrativos para que tomen acciones coordinadas a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los denunciantes específicos del caso.*²⁵

Esse tipo de litigância foi, pioneiramente, identificado e descrito em 1979, por Owen M. Fiss, que a partir da análise do provimento mandamental (*injunction*) proferido em 1955, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Brown versus Board of Education*, apontou uma nova forma de *Civil Rights Injunction*, a por ele denominada de *structural injunction*²⁶. No bojo dessa emblemática ação, diante do persistente descumprimento da sentença de 1954, que punha fim à segregação racial nas escolas públicas da região sul, foi proferida nova decisão (*Brown II*), contendo ordens estruturais para a reforma em larga escala de instituições cujo funcionamento contrariava o preceito constitucional da igualdade. Essa nova forma de adjudicação²⁷ – que foi nomeada de *structural reform litigation* por Fiss –, se propagou e passou a abarcar a reforma de outras

²⁵ GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 213.

²⁶ FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 9-10.

²⁷ Termo aqui utilizado no sentido genérico de atividade judicial, conforme seu emprego na linguagem de origem. Como explica Fiss, *adjudication* é o processo social por meio do qual os juízes dão sentido aos valores públicos do povo estadunidense (FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 2). Na prática forense brasileira, o termo adjudicação geralmente faz referência à decisão judicial que determina que algo pertence ou deve ser transferido a alguém, como no caso de expropriação de bens do devedor, para satisfazer o direito do credor. Já o termo “judicação”, que talvez seja mais próximo, mas é de uso incomum, significa atividade judicial durante um processo. Da mesma forma “judicatura”, refere-se ao poder de julgar e ao exercício da função de juiz (GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). *Dicionário Técnico Jurídico*, São Paulo: Riddel, p. 44 e p. 378)

instituições públicas estadunidenses, como prisões e hospitais psiquiátricos, tendo sido também exportada para outras Cortes constitucionais nacionais ao redor do mundo, juntamente com a expansão da prática do *judicial review*, nos anos de 1980 e 1990.²⁸

Ainda no âmbito da crise de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro, pode-se inferir que essa nova abordagem embasou a proposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/2015, perante o STF, como será exposto a seguir.

4 A ADPF 347 e a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro.

Especificamente a respeito da situação carcerária, percebe-se que não há deficiência de proteção normativa, haja vista que além da Constituição, a Lei de Execuções Penais e, em especial, os tratados internacionais de que é signatário o Brasil,²⁹ conferem, de maneira geral e abstrata, resguardo aos direitos dos presos. Todavia, o quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo. Verifica-se situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Neste sentido, pontua Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Por certo que, não se trata da inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, m conjunto, vêm se mantendo incapazes

²⁸ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, vol 40:1, 2015, p. 8-10.

²⁹ Mencione-se, além da já citada Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, e as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Prisioneiros.

e manifestado verdadeira falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa quanto ao tema da criminalização das drogas, razão maior das prisões. O próprio Judiciário tem contribuído com o excesso de prisões provisórias, mostrando falta de critérios adequados para tanto. Falta estrutura de apoio judiciário aos presos. Trata-se, em suma, de mal funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos.³⁰

Recentemente, no cenário de uma crescente prática ativista do Supremo Tribunal Federal (STF), restou declarado o “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) do sistema carcerário brasileiro, quando da análise da medida cautelar suscitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/2015. Referida ADPF foi protocolizada em 27/05/2015 pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), com base em representação elaborada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. O autor da ADPF, em síntese, busca que o STF reconheça e declare o ECI do sistema prisional brasileiro, e, diante disso, imponha a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia.

Essa arguição envolve questões atinentes ao dever de o Poder Público realizar reformas nos presídios já existentes ou construir novos, com a finalidade de reduzir o déficit de vagas prisionais, bem como à interpretação e à aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, à utilização eficiente dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e ao dever de elaboração, pela União, Estados e Distrito Federal, de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de superlotação carcerária, acomodações insalubres e falta de acesso a direitos básicos, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura.

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: *JusPodivm*, 2016, p. 40.

Em 09/09/2015, o STF, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu parcialmente a cautelar para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos³¹ e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos³², realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Além disso, determinou-se à União, que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realisar novos contingenciamentos.

Ademais, os Ministros reconheceram a existência de um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente da falência de políticas públicas e de falha estrutural, representada pela ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes, cuja modificação depende de um conjunto de soluções que envolva a atuação coordenada de entes públicos dos diferentes níveis federativos, declarando o ECI do sistema penitenciário nacional.³³

Esse mecanismo procedimental é criação da jurisprudência constitucional da Colômbia, onde passou a ser empregado a partir da constatação da existência de um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais (ações ou omissões persistentes

³¹ *In verbis*: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.”

³² *In verbis*: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

³³ Em 19/02/2016 houve a publicação do Acórdão proferido em sede de Medida Cautelar no Diário Oficial, sendo os autos conclusos ao relator em 29/02/2016. Em junho do mesmo ano o Procurador-Geral da República pediu vista dos autos, a fim de propor, se possível, medidas destinadas à concretização do julgamento do STF na cautelar, recebendo-a em 12/08/2016. Desde então o processo encontra-se em fase de admissão de terceiros interessados e a sua inclusão como *amicus curiae*, tendo como últimos andamentos relevantes, no ano de 2017, o deferimento de pedidos formulados para determinar à União a imediata liberação de recursos do Fundo Penitenciário relativos aos Estados da Bahia e do Ceará.

por parte do Poder Público), cuja superação somente é possível mediante a adoção de um conjunto coordenado de medidas governamentais de natureza legislativa, executiva, administrativa e orçamentária, ou seja, de políticas públicas que envolvam uma pluralidade de atores públicos. Consoante conceitua Luis Carlos Alzate Ríos:

*El Estado de Cosas Inconstitucional, es un conjunto de hechos, acciones u omisiones que dan como resultado una violación masiva de los derechos fundamentales. Estos hechos pueden emanar de una autoridad pública específica que vulnera de manera constante los derechos fundamentales, o de una problema estructural que no sólo compromete una autoridad en particular sino que incluye consigo la organización y funcionamiento del Estado, y que por tanto se puede calificar como una política pública, de donde nazca la violación generalizada de los derechos fundamentales.*³⁴

A sentença T-025 de 2004, proferida a partir da declaração do ECI dos deslocados internos em razão do conflito armado (*desplazados*), é tida como paradigmática em razão do sucesso na efetiva resolução do litígio estrutural. Nesta ação, a Corte Constitucional emitiu ordens flexíveis, deixando para os entes representativos do Estado a formulação das políticas públicas para amparo da população vulnerável, bem como reteve a jurisdição e determinou a realização de Audiências Públicas periódicas, com a participação dos atores governamentais, organismos da sociedade civil e cidadãos interessados sobre o tema, para o monitoramento e deliberação contínuos sobre as ações tomadas e o sucesso da sua implementação. Um ano após a decisão, o governo aprovou um Plano Nacional de Atenção Integral para a População Deslocada pela Violência.

Além disso, formaram-se organizações e coalisões da sociedade civil com o propósito de contribuir para a sua execução, culminando com a criação da Comissão de Seguimento da Política Pública sobre o Deslocamento Forçado, que teve a tarefa, reconhecida pela Corte, de supervisionar o cumprimento da sentença. No curso de sete anos foram convocadas vinte e

³⁴ RÍOS, Luis Carlos Alzate. El estado de cosas inconstitucional. *Revista internauta de práctica jurídica* n.º 13, 2004, p. 4.

uma audiências públicas de monitoramento, nas quais houve a participação de uma grande variedade de atores governamentais e não-governamentais, e a Corte tomou mais de cem decisões de monitoramento mediante as quais restaram ajustadas as suas ordens às necessidades esboçadas pelas informações recebidas sobre o avanço no cumprimento da sentença.³⁵

Ao que tudo indica, é este o modo de atuar que o STF pretende empregar para a superação do ECI do sistema carcerário brasileiro, consoante se extrai do Voto do Relator, Min Marco Aurélio, ao apreciar a medida cautelar suscitada na ADPF 347/2015:

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada (...).

E, tendo em conta essa expectativa, já existem 11 entidades incluídas como “amicus curiae” no processo, dentre as quais quatro Defensorias Públicas estaduais (PR, SP, RJ e RN), a Defensoria Pública da União, o Instituto Pro Bono, a Fundação de Apoio ao Egresso do sistema Penitenciário (FAESP), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e a ONG Conectas Direitos Humanos.³⁶

³⁵ GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 230-233.

³⁶ Sobre uma perspectiva de atuação do STF na superação do “Estado de Coisas Inconstitucional”, arguido e reconhecido na ADPF 347, mediante a adoção de meios processuais compatíveis com um modelo dialógico, em prol de um constitucionalismo democrático, ver: VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider; KOZICKI, Katya. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 53, p. 147-181, 2018.

5 Conclusão

Ao que se vê, levando-se em conta as feições emprestadas ao procedimento do ECI pela jurisprudência colombiana, incumbirá ao STF, na superação do quadro de inconstitucionalidade em que se encontra há muito o sistema penitenciário brasileiro, não apenas atuar em cooperação com os demais poderes estatais, mas também com representantes da sociedade, na formulação e consequente fiscalização da efetivação de medidas estruturais condizentes com a salvaguarda dos direitos fundamentais dos presos, violados. E, esse novo tipo de mecanismo procedimental, reflete e traz a lume um liame de continuidade em relação ao modelo de atuação já empregado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em matéria de violações de direitos em presídios estaduais país afora.

Seja como litígio estratégico, seja como litígio estrutural, a profunda reforma institucional que se faz necessária no contexto carcerário brasileiro, além de depositar nos Tribunais a esperança para uma transformação social de larga escala, reclama, de antemão, a existência de uma cultura jurídica de mobilização política do direito, a favor daqueles que, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, em recente palestra na UFPR, “por serem tidos como gente sub-humana e que não tem direitos, sofrem uma exclusão abissal da humanidade”.

Tanto no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como no contexto da jurisdição constitucional brasileira, em face das repetidas violações que esse quadro de inconstitucionalidade revela, os tribunais precisam se envolver mais profundamente no nível estrutural, orientando e pressionando os estados a empreender reformas cada vez mais específicas. O que começou como uma inovação procedimental, deve passar a ser aceito como um aspecto importante do trabalho da judicatura, a nível interno e internacional.

6 Referências

- CALDAS, Roberto de Figueiredo. Estructura y Funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: sus herramientas para um efectivo diálogo judicial. In: ARNAIZ, Alejandro Saiz; MULLOR, Joan Solanes; ROA, Jorge Ernesto Roa (Org.). *Diálogos Judiciales em el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia: Tirant to Blanch, 2017.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012
- FISS, Owen M. The Civil Rights Injunction. Bloomington: Indiana University Press, 1978.
- GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- GUIMARÃES, Deodéciano Torrieri (Org.). *Dicionário Técnico Jurídico*, São Paulo: Riddel, 1995.
- HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, vol 40:1, 2015.
- RÍOS, Luís Carlos Alzate. El estado de cosas inconstitucional. *Revista internauta de prática jurídica* n.º 13, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- SCHLANGER, Margo. Beyond The Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation, *Michigan Law Review*, vol. 97, mai/1999, p. 2003-2004.
- VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider; KOZICKI, Katya. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 53, p. 147-181, 2018.

O reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: reflexões críticas a partir do pensamento descolonial

*Raysa Antônia Alves Alves*¹

Introdução

Os processos de lutas e resistência históricos protagonizados pelos povos indígenas do continente americano provocou e continua a provocar a institucionalidade democrática dos Estados-nação nas Américas. Estes processos, ainda, concretizam a incessante luta destes sujeitos contra o empreendimento colonial sob suas vidas e territórios, tendo como produto importantes modificações nas estruturas institucionais dos Estados, a fim de que este ofereça mecanismos (legislações, políticas públicas, dentre outros...) os quais representem seus anseios e garantam acesso à justiça culturalmente adequado, sob um marco multicultural/pluriétnico.

Dentre suas pautas de reivindicação, está a direta participação na institucionalidade dos Estados que, por herança da colonialidade em todas as suas dimensões – poder, saber e ser-, colocou a organização social específica do colonizador como um objetivo a ser alcançado pelos povos sob os quais se empreendia um processo de dominação, com base na dicotômica lógica primitivo/civilizado.

¹ Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bolsista do programa de excelência acadêmica PROEX/CAPEL. Integrante do Núcleo de Direitos Humanos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - NDH/UNISINOS. E-mail: raysaantoniaalves@gmail.com.

Além, é possível constatar que os ganhos deste processo de lutas e resistências ultrapassam o ambiente doméstico dos Estados. O ambiente internacional também é palco de reivindicações e articulações políticas, voltadas à proteção de suas vidas, cosmovisões próprias, organizações sociais e territórios. Neste sentido, a busca por uma proteção multinível de Direitos Humanos levou inúmeros povos a articularem-se internacionalmente para litigância em organismos internacionais de Direitos Humanos, como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), na busca por reverter contextos de violações de Direitos Humanos que experimentaram no âmbito interno dos Estados.

Ressalta-se que tais debates ganham relevo, na medida em que o cenário imposto pela globalização em seu atual estágio, bem como os atores implicados neste processo, trazem desafios à proteção e garantia dos direitos dos povos originários nas Américas, colocando à prova não apenas a institucionalidade democrática erguida no plano interno dos Estados, bem como aquela vigente nos organismos internacionais de Direitos Humanos.

Sobre o tema, em 2014, a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), entidade vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), no relatório *“Los pueblos indígenas en américa latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos”*, constatou que a reprimarização da economia, sobretudo com o desenvolvimento de megaempreendimentos extrativistas nos países da América Latina e Caribe, tem ocasionado fortes pressões sobre os territórios dos povos originários e desencadeado numerosos conflitos socioambientais ainda não resolvidos.

A CEPAL revela, ainda, a dificuldade que os Estados latino-americanos enfrentam para equilibrar suas obrigações de respeitar e garantir os direitos dos povos indígenas, frente às demandas de não indígenas pelo manejo e utilização dos recursos naturais, que estão sobremaneira localizados nos territórios destes povos.

Em estudo mais recente, publicado em janeiro de 2018, por meio do relatório *“Los pueblos indígenas en América (Abya Yala): Desafíos para la*

igualdad en la diversidad”, a CEPAL não indica reversão no cenário de tensão ora descrito, que se desenha como um produto contemporâneo da globalização e do lugar que ocupa o Sul Global na Divisão Internacional do Trabalho.

Acrescentando importantes contribuições ao debate desde o âmbito do SIDH, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no ano de 2019, publicou o relatório “*Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la panamazonia*”, no qual identifica uma série de violações de direitos humanos cometida em prejuízo dos povos indígenas e comunidades de modo de vida tradicional que habitam essa região, apontando a sua exacerbação na atualidade. Dentre as violações identificadas, inclusive contra povos indígenas em condição de isolamento voluntário, destacam-se: à propriedade coletiva e garantias sobre terra, território e recursos naturais; autodeterminação e consulta prévia, livre e informada; o direito ambiente ecologicamente equilibrado conforme a cosmovisão indígena; acesso à água e comida; à identidade cultural e espiritual; à saúde; à vida; e integridade física, psíquica e sexual.

Diante deste contexto, este estudo pretende apresentar reflexões, através da aplicação do método dedutivo, acerca da seguinte problemática de pesquisa: se e em que medida a fundamentação eurocêntrica dos direitos humanos afetou o processo de reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas no sistema interamericano de direitos humanos. Para tanto, analisou-se o desenvolvido do *corpus iuris* interamericano de proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas, partir das premissas oferecidas pelo aporte de pensamento descolonial, em especial os aportes teóricos que corroboram para pensar criticamente os direitos humanos.

2 O pensamento descolonial como aporte crítico para (re)pensar os direitos humanos

O fim da guerra fria encerrou o colonialismo da modernidade, mas deixou como legado o que os autores do grupo *Modernidade/Colonialidade*

denominam de colonialidade (CASTRO-GÓMEZ; GROSFUGUEL, 2007). Para Aníbal Quijano (1998; 2000; 2007), a relação entre povos ocidentais e não ocidentais sempre esteve entrelaçada com o poder colonial.

Quijano utiliza a noção de colonialidade e não de colonialismo por duas razões principais: para chamar atenção às continuidades históricas entre os tempos coloniais e os chamados tempos pós-coloniais; para salientar que as relações coloniais de poder não se limitam ao domínio econômico-político e jurídico-administrativo dos centros sobre as periferias, mas também a uma dimensão epistêmica, cultural, racial/étnica (QUIJANO, 2007, p. 93-126; QUIJANO, 2000, p. 533-580; QUIJANO, 1998). Nesse sentido, há referência às estruturas de longa duração formadas durante os séculos XVI e XVII e que continuam desempenhando um papel importante no presente (CASTRO-GÓMEZ; GROSFUGUEL, 2007, p. 14) e que seguem operando sob a lógica da colonialidade.

Nesta esteira de pensamento, sustenta Bragato que a colonialidade desafia a afirmação dos Direitos Humanos como um ideal libertário para toda a humanidade (2015, p. 159), uma vez que a concepção hegemônica de Direitos Humanos e sua fundamentação deitam raízes em pressupostos teórico-filosóficos da modernidade europeia capturados por um discurso que define a humanidade a partir das características de racionalidade marcada estritamente por padrões europeus, assumindo desde sua gênese “uma ideia de que seu sujeito é o ser humano que se define como ser racional.” (BRAGATO, 2016, p. 1811). Esta noção, em seu contraponto, faz nascer a categoria dos irracionais, aqueles cuja missão civilizatória da colonização europeia viria resgatar desta inferior condição² (DUSSEL, 1993; MIGNOLO, 2013).

Para Walter Mignolo (2013), o discurso hegemônico dos Direitos Humanos traz em si mesmo sua contraditória pretensão de universalização

² Enrique Dussel descreve o tratamento dispensado aos povos indígenas pelos colonizadores espanhóis, merecendo destaque o seguinte trecho: “No melhor dos casos os índios eram considerados ‘rudes’, ‘crianças’, ‘imaturos’ (un-mündig) que necessitavam paciência evangelizadora. Eram bárbaros. José da Costa define que bárbaros são ‘os que rejeitam a reta razão e o modo comum homens, e assim se comportam com rudeza bárbara, com selvagerismo bárbaro.’ (1993, p. 63). Ver em: DUSSEL, Enrique. 1942: o encobrimento do outro (A origem do “mito da Modernidade”). Petrópolis: Vozes, 1993.

destes direitos sob a premissa de que todos os homens e mulheres nasceriam e cresceriam iguais em direitos, desconsiderando que, mesmo nascendo igual, estes não permanecem iguais no curso de suas vidas. O processo de construção dessa noção comum de humanidade remonta ao período do renascimento, no qual conceitos como “homem” e “humano” serviram a propósitos específicos, com o fim último de segregar cristãos dos ditos “bárbaros” e “pagãos” (MIGNOLO, 2013). Assim, esses termos funcionavam, para os humanistas da época, como forma de manutenção do controle da Igreja, já que antes ser cristão, e não apenas homem, era o que contava para o discurso clerical. Ao mesmo tempo, essa construção conferia ao ocidental o poder central de definir a essência universalizada do que é humano, impondo aos demais as suas definições.

A lógica eurocêntrica³ e colonial que orienta as formulações do discurso sobre os Direitos Humanos afetou o desenvolvimento da própria concepção das categorias “humano” e “sujeito de direito” (MIGNOLO, 2013; BRAGATO, 2016; MIGNOLO; WALSH, 2018). A matriz colonial de poder afastou destes debates as parcelas da humanidade que não se enquadravam no modelo ideal de “humano” anunciado pelo discurso teórico-filosófico moderno/eurocêntrico hegemônico, o qual elevava à condição de plenamente humano aquele sujeito que refletisse uma figura masculina, branca, cristã, heterossexual, detentora de bens que pudesse fruir como propriedade privada sua e racional nos termos inaugurados pelo discurso filosófico europeu sobre a ciência (DUSSEL, 1993; MIGNOLO, 2009; BRAGATO, 2015). Conforme Bragato (2009):

³ De acordo com as formulações teóricas de Mignolo e Walsh (2018), o eurocentrismo é um fenômeno epistêmico que recebe este nome pela localização territorial dos atores, da língua e das instituições nele implicados, qual seja: o continente europeu. Estes atores (circunscritos geográfica, linguística e institucionalmente) projetaram como universal seu próprio senso e visão de mundo. Esta projeção estabeleceu a ideia da modernidade e o seu lado mais sombrio e oculto: a colonialidade. O eurocentrismo se refere à anunciação, que constituiu os dominadores como os espelhos do mundo e o local de onde falam como a “verdadeira representação” do mundo. Em si mesma, esta visão não está equivocada. Todas as civilizações existentes se consideravam o centro do mundo, contretizando uma visão etnocêntrica. O problema, então, é a pretensão de ser o centro planetário e o desejo de homogeneizar o mundo à sua imagem. Neste sentido, o eurocentrismo merece relevo quando analisado nas relações de poder, saber e ser coloniais, as quais subalternizaram nações e povos ao largo dos territórios colonizados pelas nações européias. Ver em: MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine E. *On decoloniality: concepts, analytics, praxis*. Durham: Duke University Press, 2018.

[o]s povo latino-americanos começaram a sua história dos direitos humanos desde a posição de inferiorização dos povos colonizados [...]. Os direitos humanos nascem na América Latina não como decorrência da superioridade do ser humano portador de racionalidade, mas, ao contrário, como reivindicação do irracional, do imperfeitamente humano, do inferior que, apesar disso, autocompreendia-se como parte da humanidade e, portanto, merecedor de direitos mínimos (pp. 122-123).

Desse modo, há um engessamento histórico e geográfico das experiências sobre o ser e entender-se humano. O discurso hegemônico sobre os Direitos Humanos expõem, ao largo do curso histórico, sua incapacidade de atender demandas de grupos humanos diversos, posto que a lógica colonial afetou processos de titularidade de direitos de grupos humanos fora dos padrões acima identificado e instituiu um padrão que enseja violações seletivas de Direitos Humanos, baseadas em atitudes discriminatórias quando da instituição de oposições hierárquicas - como barbárie/civilização, superior/inferior, desenvolvimento/subdesenvolvimento (CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón, 2007) - e a “percepção das diferenças como a expressão de uma suposta superioridade de uns (colonizadores europeus) em relação aos outros [...]” (BRAGATO, 2015, p.166).

Em síntese, a empreitada dos teóricos e teóricas descoloniais está relacionada ao que José-Manuel Barreto (2013) situa nas seguintes palavras:

Mas o que queremos dizer quando decidimos abraçar a buscar pela descolonização dos direitos humanos? Aqui temos em mente uma forma particular de crítica, a Teoria Descolonial, que tem sido desenvolvida por pensadores Latino-americanos que pensam fora dos conceitos que ganhamos da filosofia da história, teoria social e epistemologia. A modernidade não pode ser concebida apenas como sinônimo de emancipação, o Renascimento e o Iluminismo, mas também é historicamente evidente que o colonialismo foi outras dentre as suas fundações centrais. O conceito convencional de modernidade precisa ser revisitado para a acomodar o legado do imperialismo moderno: a conquista e a colonização do mundo - um vasto empreendimento de dominação

conduzido por guerras caracterizadas pela agressão, genocídio, escravidão, pilhagem e exploração⁴. (tradução nossa) (pp. 2-3)

A mácula ao potencial emancipatório do discurso dos direitos humanos aos “irracionais”, conduz, em igual medida, à identificação de limitações decorrentes da fundamentação eurocêntrica na qual esta categoria deita sua fundamentação e reflete uma série de inadequações para a proteção de direitos de determinados grupos, os quais vivem dificuldades históricas para o reconhecimento e efetividade plena de seus direitos humanos (BRAGATO; BARRETO; SILVERIA FILHO, 2017).

Por tanto, entende-se como necessária “uma visão de direitos humanos que parta da realidade socio-histórica de América Latina, caminho imprescindível para a superação de um quadro de violações seletivas dos direitos humanos de sujeitos que experimentam um maior grau de vulnerabilidade de seus direitos humanos, em razão do discurso hegemônico eurocêntrico (marcado pelo racional-individualista liberal) que atualmente fundamenta os direitos humanos e suas práticas; o qual, por sua vez, “nega os traços do humano nestas pessoas – aos ditos “negros”, às mulheres, aos ditos “índios”, aos homossexuais” e aos ditos “pagãos” (BRAGATO; BARRETO; SILVERIA FILHO, 2017, p. 55).

Assim sendo, conclui-se que os aportes legados pelos teóricos e teóricas do pensamento descolonial nos oferecem aportes para pensarmos os direitos humanos desde as insuficiências que subjazem a esta categoria, as quais são uma herança da lógica colonial de dominação empreendida no seio da modernidade europeia, em prol da busca por seu caráter emancipatório para todos os seres humanos, o qual fora encoberto pela face oculta da modernidade – a colôniaidade (DUSSEL, 1993).

⁴ Esta citação é uma tradução da passagem: “But what do we mean when we decide to embrace the quest to decolonize human rights? We have here in mind a particular form of critique, Decolonial Theory, which has been developed by Latin American thinkers out of concepts gained in the fields of the philosophy of history, social theory and epistemology. Modernity cannot be identified exclusively with emancipation, the Renaissance and the Enlightenment, but it is also historically evident that colonialism was another of its central foundations. The conventional conception of modernity needs to be revisited to accommodate the legacy of modern imperialism: the conquest and colonization of the world—a vast enterprise of domination marshaled through wars of aggression, genocides, slavery, plunder and exploitation.”.

3 O processo de reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Dá-se relevo ao fato de que a lógica colonial afetou e tem afetado a institucionalidade dos Estados que, por herança desta, colocou a imagem e a organização social específica do colonizador como modelo a ser seguido pelos povos sob os quais se empreendia um processo de dominação, com base na lógica dicotômica primitivo/civilizado, com vistas a um fim prático de segregação e discriminação dos povos não-europeus nas Américas por meio da hierarquização entre seres humanos, utilizando-se inclusive de instrumentos normativos e aparatos institucionais para tanto (MIGNOLO, 2013; BRAGATO, 2016, pp. 1816-1818; ROSA, 2017, p. 40).

Como reflexo deste fenômeno, um dos maiores desafios regionais dos Estados americanos gira em torno da promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas da região sobre seus território e recursos naturais (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2009). Sobre a proteção dos povos indígenas nas américas, temos que nos casos envolvendo estes sujeitos, aumenta o dever do Estado de adotar medidas positivas com relação à proteção de vida digna, tendo em vista que, não raro, experimentam uma especial situação de vulnerabilidade e de risco nos contextos nacionais (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2005; 2009). Para estes Povos, a impossibilidade de gozarem de forma exclusiva e pacífica de seus territórios tem impactado negativamente o seu direito a terem uma vida digna, tanto na sua dimensão individual, quanto na sua dimensão coletiva (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010; 2009; 2005; 2001).

Destaca-se, então, a necessidade de proteção de algo que está além do território: a territorialidade. Para SACK (1986), a territorialidade consiste no “[...] esforço de um indivíduo ou grupo de afetar, influenciar, ou controlar pessoas, fenômenos, e relações sociais, delimitando e afirmando o

controle sobre uma área geográfica. Esta área será chamada de território.”⁵ (p.19). Portanto, o território deve ser entendido como um produto da territorialidade, pois para ser definido “o território conta com atores que se territorializam” (SANTOS; GAVRILOFF; FRAGA, 2012, pp. 69-84).

Little (2002), a seu turno, define territorialidade como “o esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, convertendo-a assim em seu território ou *homeland*” (p. 04). O referido autor utiliza o conceito de cosmografia para referir-se à “relação particular que um grupo social mantém com seu respectivo território” (LITTLE, 2002, pp. 04-07); este conceito engloba os saberes, ideologias e identidades utilizados no estabelecimento e manutenção do território e da relação com ele (LITTLE, 2002, pp. 04-07);

Constrói-se o entendimento de que território é muito mais que espaço habitado e que ele carrega consigo uma marca, a territorialidade. Esta marca desponta como elemento territorial cuja importância é essencial à existência de determinados grupos humanos, uma vez que a territorialidade não é composta apenas de territórios concretos (espaços físicos), mas também de territórios abstratos, traduzidos nas peculiaridades culturais de um grupo, tais como: o idioma, religião, a forma de vida, dentre outros aspectos (LITTLE, 2002, pp. 04-07; ALMEIDA, 2008).

Visto que o território não se trata apenas de espaço, mas da expressão de relações humanas, por meio do esforço coletivo, afirmar e aplicar o direito à territorialidade não significa apenas garantir direito aos espaços habitados, mas a um todo identitário complexo e particular (LITTLE, 2002, pp. 04-07; ALMEIDA, 2008). Significa proteger o direito de estar e o direito de ser, de existir, segundo costumes e tradições que foram tecidas ao longo do tempo, em grupo (LITTLE, 2002, pp. 04-07; ALMEIDA, 2008). É defender, portanto, o lugar onde se é plenamente alguém.

⁵ Tradução livre da passagem: “[...] as the attempt by an individual or group to affect, influence, or control people, phenomena, and relationships, by delimiting and asserting control over a geographic area. This area will be called the territory”. Ver em: SACK, Robert David. *Human territoriality: Its theory and history*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

Percebe-se, diante de tais características de apropriação e relação com o espaço habitado, que a lógica que rege a relação entre povos indígenas e seus territórios é diferenciada da lógica capitalista, segundo a qual fatores étnicos, laços de parentesco, redes de vizinhança e identidades coletivas são formas de mobilização de recursos, que impedem que as terras sejam transacionadas como mercadoria (ALMEIDA, 2008, P. 18).

A relação que os povos tradicionais estabelecem com seu território, de acordo com Bonnemaison e Cambrezy (1996), “é um construtor de identidade, talvez o mais eficaz de todos” (pp. 43-68). Discutir a territorialidade de povos indígenas, portanto, é falar acerca do poder que tem o laço territorial, poder este que é o de exprimir dos valores éticos, afetivos, materiais, espirituais e simbólicos de um povo ou comunidade edificados ao longo da sua história e do fato de que esta noção deve pautar as discussões sobre direitos territoriais dos povos indígenas, desde seu processo de reconhecimento, até o momento da aplicação dos instrumentos normativos.

Na ordem internacional, apenas uma norma do *corpus iuris* internacional aborda de forma mais literal a proteção do direito ao território e da territorialidade: a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Trata-se do documento mais importante e de conteúdo mais avançado, para a proteção internacional dos direitos humanos dos povos indígenas. A afirmação acima justifica-se, pois neste documento a territorialidade é abordada como direito fundamental para a promoção da dignidade e integridade dos povos indígenas, cabendo aos governos signatários cumprirem com o dever de desenvolverem ações protetivas deste direito, no sentido de preservarem a especial relação dos sujeitos com seus territórios⁶.

⁶ “Artigo 13 - 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. 2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.”. Ver em: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 - Sobre povos indígenas e tribais de 1989. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236247/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

Além deste instrumento, a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada na Organização das Nações Unidas (ONU), de 2007, representa outro importante documento sobre a matéria, ressaltando o papel central dos direitos territoriais dos povos indígenas para a proteção de suas noções de vida digna. No marco do SIDH, até o ano de 2016, não havia nenhum tratado, convenção ou declaração com conteúdo semelhante ao da Convenção nº 169 da OIT ou da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU.

É necessário registrar que os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos deveriam, ao menos em tese, dar tratamento a assuntos que se caracterizam como peculiaridades da região (PIOVESAN, 2017, p. 107), todavia, o tratamento dado à questão indígena tardaria até 2001 para ser abordado pela via jurisprudencial e, até 2016, para que ganhasse contornos em um documento, a saber, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Assim, os magistrados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) deparavam-se, até 2016, com um silêncio normativo do SIDH sobre normas e critérios a serem aplicados para a proteção específica dos povos indígenas que habitam o americano. Diante disso, a jurisprudência da CorteIDH significou, desde 2001, no primeiro caso julgado sobre direitos territoriais dos povos indígenas (Caso da Comunidade Mayagna [Sumo] Awas Tingni Vs. Nicaragua, sentença de 31 de agosto de 2001), o grau máximo de consolidação da proteção do direito a territorialidade destes povos indígenas no SIDH.

Foi “à luz desta interpretação evolutiva e dinâmica” (PIOVESAN, 2017, p. 192), cujos parâmetros de interpretação das obrigações decorrente da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) necessitaram do teor da Convenção nº 169 da OIT como parâmetro interpretativo (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001), que a CorteIDH desenvolveu o conceito de propriedade comunal para a defesa dos direitos territoriais indígenas nas américas, atrelando as obrigações de garantir e

respeitar este direito ao artigo 21 da CADH⁷, cujo condão é a proteção do direito à propriedade privada.

Isto releva que o SIDH realizou uma proteção do direito ao território e proteção das territorialidades dos povos indígenas nas américas tomando como ponto de fundamentação a proteção a uma categoria (propriedade privada). O art. 21 da CADH tutela a propriedade privada, que é o direito ao uso e gozo de bens dos indivíduos. O conceito de bens tem sentido amplo, abrangendo coisas materiais móveis e imóveis, elementos corporais e incorporais, assim como itens imateriais, que tenham algum valor (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2005).

A CIDH, ao remeter-se ao entendimento construído pela CorteIDH, afirma que o direito à propriedade protegido pelo art. 21 da CADH tem, por fim, uma importância singular para os povos indígenas, pois a garantia da propriedade dos territórios é uma base fundamental para o desenvolvimento da cultura, da vida espiritual, da integridade e da sobrevivência econômica das comunidades indígenas. Resume, que se trata a proteção anunciada pela CorteIDH, de uma proteção conferida ao território, o qual inclui o gozo dos recursos naturais nele contido (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2009, p. 01)

O conceito de propriedade comunal foi desenvolvido, de forma mais substancial, nos seguintes casos paradigmáticos, julgados pela CorteIDH: *Awás Tingni* e *Yakye Axa*. Em cada um destes casos, foi sublinhada a relação especial existente entre cada comunidade e seu território; e mais, a responsabilidade dos Estados por não terem oferecido mecanismos de proteção eficazes para manter viva esta relação, o que significou colocar as comunidades vítimas em especial situação de vulnerabilidade.

⁷ “Artigo 21. Direito à propriedade privada - 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.”. Ver em: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

Em *Awás Tingni*, na sentença emitida em 2001, a Corte reconheceu não apenas o direito dos povos indígenas sobre seu território, como também entendeu que sobrevivência da comunidade e de seu legado cultural dependem da manutenção dos indivíduos no território que tradicionalmente ocupam:

Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a titularidade desta não se centra em um indivíduo, mas sim no grupo e sua comunidade. Os indígenas [...] têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a estreita relação que o indígena mantém com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas, a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, senão um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, parágrafo 149).

Seguindo esta linha, em sentença de 2005, determinou a Corte no caso *Yakye Axa* que:

A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e agir no mundo; constituída a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não só por ser este seu principal meio de subsistência, mas, também porque constitui um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, por conseguinte, de sua identidade cultural. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2005, parágrafos 124 e 131).

No marco da propriedade comunal, as terras ancestrais possuem um significado diferenciado para os povos indígenas, pois possuem a finalidade de preservar sua identidade cultural; e, ainda, o devido gozo destas terras para as futuras gerações. Constata-se, também, um reconhecimento de que a terra representa a essência da comunidade, portanto, confirmando que a relação entre o coletivo e a terra é um forte construtor de identidades, intimamente relacionado com a noção de vida digna destes povos. Ainda, tem sublinhado que a titularidade dos direitos territoriais é

centrada na coletividade do grupo e não na individualidade de seus integrantes, conforme entendeu a CorteIDH no caso *Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano* (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2014).

Diante desta perspectiva, cumpre ressaltar que, em que pese a territorialidade não tenha sido declarada como uma dimensão dos direitos humanos dos povos indígenas no âmbito do SIDH, estas noções, que são trazidas pelo texto da Convenção 169 da OIT, influenciaram sobremaneira a atividade interpretativa dos magistrados da CorteIDH, proporcionando, mesmo no período em que o SIDH não possui seus próprios parâmetros, um avançada interpretação a respeito dos direitos territoriais dos povos indígenas na região, olhando para as especificidades da região.

Por fim, cumpre pontuar, por meio da análise documental empreendida, que, atualmente no SIDH, os parâmetros de proteção específicos sobre a temática indígena vêm sendo amplamente afirmados por meio de documentos *soft law*. Isto significa dizer, que o cumprimento do seu conteúdo decorre de um exercício de boa-fé dos Estados signatários do documento, ou seja, neste caso não é possível falar na possibilidade de responsabilização internacional dos Estados por seu descumprimento (BOGDANDY; GOLDMANN; Venzke, 2016, pp. 23-25).

4 Considerações finais

As bases que oferecem os teóricos e teóricas do pensamento descolonial para pensarmos criticamente os direitos humanos permitem reflexões sobre o tema partindo das insuficiências que subjazem a esta categoria para a emancipação e proteção dos sujeitos classificados hierarquicamente como irracionais pelo discurso da modernidade. Estas insuficiências são consequência direta da lógica colonial, a qual ainda permeia as práticas sociais até a atualidade e é responsável por contextos de violações seletivas de determinados sujeitos.

A partir dos aportes do pensamento descolonial, a tarefa da busca pelo potencial emancipatório dos direitos humanos apresenta-se como condição a ser perseguida, com vistas a identificação e denúncia da reprodução da lógica colonial de dominação que ainda persiste a hierarquizar e subjugar os sujeitos atingidos em sua condição de humanidade pelo discurso eurocêntrico/moderno.

Sobre este ponto, o referencial descolonial contribui para o dos horizontes sobre o que é ser humano e o que é gozar plenamente desta condição, a partir das experiências latino-americanas inferiorizadas pela colonialidade – como a dos povos indígenas-, incorporando-as aos debates sobre a titularidade de direitos no plano internacional e transformando-as em instrumentos concretos de prevenção e reparação de violações de direitos humanos, que se somam às conquistas logradas pelas lutas protagonizadas pelos povos originários.

O catálogo de direitos humanos, bem como seu processo de afirmação, aplicação e garantia devem representar um perfil muito mais amplo de seres humanos, os quais reclamam proteção em meio às consequências das insuficiências da pretensão universal do discurso hegemônico. Portanto, o esforço proposto move-se em direção a um processo de reconhecimento de humanidades e dignidade outrora capturadas e inferiorizadas pela dicotomia primitivo/civilizado, por meio da qual se hierarquizou para dominar. Ou seja, é preciso pensar uma cartela de direitos a qual reflita todos e todas que fora encobertos e encobertas pela face oculta da modernidade – a colôniaidade.

O problema de pesquisa inicialmente proposto foi analisado a partir do prisma destas premissas, as quais permitem concluir que a fundamentação eurocêntrica dos direitos impactou o processo de reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas, na medida em este processo deu-se de forma tardia, enquanto a propriedade privada fora consolidada como um direito humanos pelo art. 21 da CADH, uma vez que é uma categoria que integrante da noção de boa vida do sujeito colonizador.

A positivação da propriedade privada como um direito humano no âmbito interamericano deu-se em 1969, mesmo contratada e coexistindo com processos de territorialização tecidos pelos diversos povos indígenas habitantes das américas, que por meio de seus processos de luta e resistências expuseram os limites e as insuficiências da categoria “propriedade privada” como um direito humano, relevando as insuficiências da normativa do SIDH à seus pleitos por direitos.

A análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), que nos casos envolvendo a proteção dos direitos territoriais de povos indígenas e comunidades afrodescendentes, constatou a inadequação da categoria “propriedade privada” para a proteção da forma como estes sujeitos relacionam-se com seus territórios, (re)pensando a sua proteção ao cunha a categoria “propriedade comunal”. Esta categoria, por sua vez, não é mencionada no texto da CADH, que é o principal tratado interamericano sobre direitos humanos.

Até 2001, todas as demais formas de relacionar-se no espaço distintas da lógica Ocidental/moderna representada pela propriedade privada, não possuíam diretrizes para sua proteção. Após mais de dez anos adstrita a via jurisprudencial, dando seguimento ao processo de reconhecimento, em 2016 é aprovado o primeiro instrumento normativo – *soft law*- específico sobre a questão indígena nas américas, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Cumprindo mencionar que seu conteúdo, especificamente no art. XXV, traz em seu bojo o dever de proteção diferenciado destes territórios.

5 Referências

BARRETO, José-Manuel. *Introduction* - Decolonial strategies and dialogue in the human rights field In: BARRETO, José-Manuel (Org.). **Human Rights from a Third World Perspective: critique, history and international law**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013.

BOGDANDY, Armin von; GOLDMANN, Matthias; Venzke, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating Word Public Opinion into International Public Authority, MPIL Research Paper Series, n. 2, 2016.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, 2009.

_____. Aportes do pensamento descolonial para pensar criticamente os Direitos Humanos in: BRAGATO, Fernanda Frizzo; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Pós-colonialismo, Pensamento Descolonial e Direitos Humanos na América Latina**. Santo Ângelo: Editora FuRI, 2015.

_____. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. **Quaestio Iuris**, vol. 09, n. 04, Rio de Janeiro, 2016.

_____; BARRETTO, Vicente de Paulo; SILVEIRA FILHO, Alex Sandro da. A interculturalidade como possibilidade para a construção de uma visão de direitos humanos a partir das realidades plurais da América Latina. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 33 – 59. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47133>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

_____. Para além do discurso eurocêntrico dos Direitos Humanos: Contribuições da Descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos** (Online) v. 19, 2014, pp. 201-230. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>>. Acesso em 17 dez. 2019.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón. Prólogo - Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón (Org.). **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos e Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

DUSSEL, Enrique. **1942: o encobrimento do outro** (A origem do “mito da Modernidade”). Petrópolis: Vozes, 1993.

GROSGOUEL, Ramón. **The Implications of Subaltern Epistemologies for Global Capitalism: Transmodernity, Border Thinking and Global Coloniality** in: Richard P. Appelbaum and William I. Robinson (eds.). *Critical Globalization Studies*. New York /London: Routledge, 2005.

LITTLE, Paul E. **Territórios sociais e povos tradicionais no brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Série Antropologia: Brasília, 2002, p. 04.

MIGNOLO, Walter. Who Speaks for the “Human” in Human Rights? In: BARRETO, José-Manuel. **Human Rights from a Third World Perspective: critique, history and international law**. pp. 44-64. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013.

_____.; WALSH, Catherine E.. **On decoloniality: concepts, analytics, praxis**. Durham: Duke University Press, 2018.

QUIJANO, Aníbal. **Coloniality of Power, Ethnocentrism and Latin America**. Nепantla: Views from South, 2000, pp. 533-580. 1998

_____. **La colonialidad del poder y la experiencia cultural latinoamericana** in: Roberto Briceño-León e Heinz R. Sonntag (eds.). *Pueblo, época y desarrollo: la sociología de América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad, 1998.

_____. Colonialidad del poder y clasificación social. In: CASTRO-GÓMEZ, S.; GROSGOUEL, R. (Ed.). **El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). **Los pueblos indígenas en américa latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos**. Impreso nas Nações Unidas: Santiago do Chile, 2014, Documento em PDF.

_____. **Los pueblos indígenas en América (Abya Yala): Desafios para la igualdad en la diversidad**. Impreso nas Nações Unidas: Santiago do Chile, 2018, Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/43187-pueblos-indigenas-america-abya-yala-desafios-la-igualdad-la-diversidad>. Acesso em: 17 abr. 2018

_____. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 - Sobre povos indígenas e tribais de 1989**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236247/lang--pt/index.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos**. 2009. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/informes/tematicos.asp>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia**. 2019. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**. Sentença de mérito, reparações e custas, de 31 de agosto de 2001.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de mérito, reparações e custas, de 17 de junho de 2005.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá**. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 14 de outubro de 2014.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 nov. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas internacionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; LYRIO, Caroline. **Racismo institucional e acesso à justiça**: uma análise da atuação do tribunal de justiça do estado do rio de janeiro nos anos de 1989-2011. [2019?]. Sem paginação. Documento em PDF. Disponível em: <https://www.academia.edu/25974653/RACISMO_INSTITUCIONAL_E_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_uma_an%C3%A1lise_da_atua%C3%A7%C3%A3o_do_Tribunal_de_Justi%C3%A7a_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro_nos_anos_de_1989-2011>. Acesso em: 03 Nov. 2019.

ROSA, Marina de Almeida. A aplicação de padrões coloniais pela Corte Europeia: uma análise do caso Armani da Silva vs. Reino Unido. **Revista Interação**, Santa Maria, RS, v. 8, n. 2, jul./dez. 2017, pp. 36-61. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/interacao/article/view/29745>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

SACK, Robert David. **Human territoriality: Its theory and history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

SANTOS, Ana Paula de Pádua; GAVRILOFF, Ana Carolina Martins & FRAGA, Nilson Cesar. Entre a teoria e a realidade: o conceito de território e territorialidade e sua aplicação no planejamento urbano – uma breve análise de aproximação. Curitiba, PR, **Revista Geografar**, v. 7, n.2, Pp.69-84, dez./2012.

Os Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e a responsabilidade do Estado no enfrentamento à violência doméstica e familiar

*Andreza Pantoja Smith*¹

*Luanna Tomaz de Souza*²

*Vida Evelyn Pina Bonfim Ferreira*³

Introdução

O presente artigo busca analisar, a partir da atuação dos sistemas internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, o alcance da responsabilidade do Estado no enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres.

Para Gianpaolo Smanio (2013, p.11), “a qualidade da democracia implica na qualidade das políticas públicas efetivadas e, portanto, na garantia dos Direitos Fundamentais e da Cidadania”. Assim analisar a atuação do Estado, em especial por meio das políticas públicas, é essencial para verificar a concretização dos direitos fundamentais. As políticas públicas, de outro lado, se legitimam na concretização da cidadania.

¹ Pós-doutoranda em Direito (Universidade de Coimbra). Doutora em Direito (UFPA). Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará- UFPA. Pesquisadora do NEIVA (Núcleo de Estudos Interdisciplinares da Amazônia).

² Pós-Doutora em Direito (PUC-RIO). Doutora em Direito (Universidade de Coimbra). Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará- UFPA. Coordenadora do NEIVA (Núcleo de Estudos Interdisciplinares da Amazônia), da Clínica de Atenção à Violência e do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia.

³ Bacharelada em Direito (UFPA). Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia.

No atual contexto, em que precisam ser efetivados inúmeros direitos e os recursos são finitos, é, muitas vezes, preciso tomar decisões sobre prioridades. Em um Estado social e democrático, espera-se que as políticas foquem prioritariamente em grupos vulnerabilizados diante do objetivo de redução das desigualdades (DUARTE, 2013). É, deste modo, fundamental que o Estado atue frente ao cenário de violência vivido pelas mulheres. No Brasil, mais de 500 mulheres são agredidas a cada hora⁴.

A atuação do Estado diante dos problemas sociais pode ocorrer de diferentes maneiras e envolve, em especial, ações de planejamento, financiamento, regulação e execução direta de políticas e serviços (MACHADO, 2013). É possível ainda falar na responsabilidade civil do Estado por ato omissivo ou comissivo o que pode gerar indenização mediante previsão constitucional⁵ (MELLO, 2012).

Assim, o objetivo do artigo é verificar de que modo o sistema global e interamericano de proteção de Direitos Humanos tem compreendido a atuação do Estado nas situações de violência doméstica e familiar. Realiza-se uma metodologia de base feminista pautada na perspectiva de transformação das instituições, reconhecendo limites e também apresentando potencialidades na defesa e promoção dos direitos das mulheres (SOUZA et al, 2019). A pesquisa é de base bibliográfica e documental sendo analisados os documentos internacionais e nacionais de reconhecimento dos direitos das mulheres e as decisões da Corte Interamericana de direitos humanos acerca da temática.

⁴ JORNAL NACIONAL. **Mais de 500 mulheres são agredidas a cada hora no Brasil, diz pesquisa**. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/02/26/mais-de-500-mulheres-sao-agredidas-a-cada-hora-no-brasil-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 31 mar. 2019.

⁵ Artigo 37, §6º CF: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

2 Violência cometida contra a mulher como uma violação aos direitos humanos

A noção de violência cometida contra as mulheres foi, ao longo do tempo, se ampliando partir das inúmeras conferências e da incorporação da linguagem dos direitos humanos pelos movimentos feministas. Esta passa a ser percebida como uma violação aos direitos humanos e não mais em uma dimensão individual ou reservada ao sagrado convívio da família (SAFFIOTI, 1999). A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) reconhece este avanço ao nomear a violência doméstica e familiar enquanto uma violação dos direitos humanos (art. 6º).

Em verdade, a Lei reconhece confere grande importância aos direitos humanos das mulheres. Em seu artigo primeiro reconhece a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (de 1979)⁶ e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994)⁷. Isso torna-se relevante para compreender que a Lei Maria da Penha é fruto da pressão dos movimentos de mulheres e feministas e dos tratados internacionais, por isso repercute um avançar internacional.

Em 2001, o Relatório 54 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que atuou no Caso Maria da Penha⁸ reafirmou que os delitos incluídos no conceito de violência contra a mulher constituem uma violação dos direitos humanos.

O artigo segundo da Lei reitera que toda mulher, “independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à

⁶ Promulgada, no Brasil, por meio do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. A Lei chama erroneamente de Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher

⁷ Promulgada, no Brasil, por meio do Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

⁸ Denúncia apresentada pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) sobre a tolerância do país nos casos de violência contra mulheres que levou o ex-marido da Maria da Penha há esperar mais de 18 anos por uma prisão depois de tê-la tentado matar por duas vezes. Relatório disponível em: https://cidh.oas.org/annual-rep/2000port/12051.htm#_ftnref6. Acesso em: 23 mar 2019.

pessoa humana” e que deve ser assegurado a ela o direito de “viver sem violência”.

No artigo terceiro, a Lei ainda afirma que devem ser reconhecidos os direitos humanos das mulheres, devendo ser a elas asseguradas as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, seja pelo poder público, pela família e pela sociedade.

Percebe-se que a Lei Maria da Penha é assim um marco teórico não apenas do enfrentamento às violências cometidas contra às mulheres, mas do reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos. Ao reconhecer o problema enquanto uma violação aos direitos humanos possibilita também, para além do recurso ao sistema de justiça criminal, aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos.

A própria noção de igualdade entre homens e mulheres foi tardiamente contemplada pelo Direito Internacional, mais ainda a noção de que os direitos das mulheres seriam parte integrantes daquilo que se convencionou chamar de direitos humanos o que ocorrerá com a partir da Conferência Mundial dos Direitos Humanos, da ONU, que, em 1993, no seu art. 18, pela primeira vez, afirma que:

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais e que a violência e todas as formas de abuso e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e, portanto, devem ser eliminadas.

Pautar o enfrentamento à situação de violência no marco dos direitos humanos significa analisar toda sua extensão, fortalecendo uma perspectiva de emancipação e promoção social, a partir do reconhecimento de sujeitos de direito e da dignidade humana.

O lema “os direitos das mulheres são direitos humanos” vai emergir na Conferência do Quênia, de 1985. Na verdade, trata-se de uma disputa

intensa dos movimentos feministas para alargar o próprio conceito de direitos humanos diante do individualismo e do discurso ocidental presente em sua construção. Discutia-se assim como essa categoria poderia abarcar crianças, indígenas, mulheres, negros e outros sujeitos, assim como de que forma poderia incluir grupos para além de indivíduos (DAVIS, 2018).

Para Herrera Flores (2009), é fundamental pensar os direitos humanos como resultados provisórios de lutas sociais. Não se tratam de direitos concedidos pelos Estados ou pela ordem internacional, mas conquistados por pessoas que buscavam acesso a determinado bem jurídico e encontraram barreiras aparentemente intransponíveis.

No âmbito das violências cometidas contra as mulheres, desde a década de 80, os movimentos feministas trouxeram uma série de reivindicações que vão desde a própria visibilidade do tema a mecanismos de controle social (conselhos da mulher) e serviços (como as casas-abrigos). Algumas dessas reivindicações foram sendo incorporadas. A própria Constituição de 1988 impôs ao Estado a obrigação de agir diante do cenário de violência doméstica e familiar⁹.

A Lei Maria da Penha segue essa perspectiva ao trazer um foco amplo, não apenas no viés de responsabilização, mas de prevenção e assistência. A referida Lei aponta a necessidade de estruturação de uma série de serviços¹⁰, como os centros de referência e as casas-abrigos, e ações de prevenção¹¹, como o destaque da temática de gênero nos currículos escolares.

⁹ Art. 226, § 8º: O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹⁰ Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências: I - centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar; II - casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar; III - delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar; IV - programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar; V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

¹¹ Art. 8º. A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes: I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação; II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a

Percebe-se assim como é complexa a relação entre o Estado e as demandas dos movimentos, muitas vezes passando por processos de tradução em que demandas por políticas públicas são traduzidas como demandas punitivas (SOUZA e LOPES, 2018). É necessário olhar esses processos duplamente constitutivos em que o estado produz os sujeitos que governa e também vários processos de constituição desses sujeitos como parte de um fluxo contínuo de produção do próprio estado (AGUIÃO, 2016).

Segundo Vianna e Lowenkron (2017), é assim impossível pensar as relações de gênero “fora do Estado”, do mesmo modo que não há processos de Estado que não sejam atravessados por dinâmicas, gramáticas e/ou dispositivos generificados.

Dentro dessa perspectiva é interessante observar de que modo o sistema interamericano e internacional de direitos humanos tem compreendido a relação entre as situações de violência doméstica e os processos de Estado, em especial verificando as formas de responsabilização traçadas e se essas tem ido além da esfera penal.

3 O Estado no enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres nos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos

A consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos se dá com a adoção da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945,

sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas; III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal; IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher; V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres; VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher; VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia; VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia; IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

oportunidade em que as Nações buscavam construir formas de cooperação para a construção da paz e da segurança internacional, gerando a consolidação da ideia de que violações de Direitos Humanos são preocupações da sociedade internacional e do sistema global de proteção dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2016).

Posteriormente, observa-se um movimento de criação e expansão de Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos, especialmente com a adoção da Carta da Organização dos Estados Americanos, em 1967. Abaixo, analisa-se a constituição desses sistemas e as previsões específicas sobre a responsabilidade dos Estados na proteção dos Direitos Humanos das Mulheres.

É importante, contudo, destacar que esse movimento de responsabilização dos Estados se relaciona particularmente com o avançar de três dimensões: a) o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres e das violências cometidas contra elas, já abordado anteriormente; b) o reconhecimento das vítimas enquanto sujeitos de direitos; c) o reconhecimento das indenizações por parte do Estado como meio de reparação do dano.

O reconhecimento dos Direitos Humanos das Mulheres tem como grande marco a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher (realizada em 1995, em Pequim), na qual é firmado o compromisso com “A plena implementação dos direitos humanos das mulheres e meninas, como parte inalienável, integral e indivisível de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais” (Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, n. 9).

O reconhecimento das vítimas enquanto sujeitos de direitos tem como marco a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, das Nações Unidas, adotada por meio da Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985 (SOUZA, 2013).

A Declaração trouxe uma direção importante acerca dos direitos das vítimas destacando questões como: garantia de acesso à justiça e tratamento justo; tratamento com compaixão e respeito; informação sobre seu

papel e alcance; assistência apropriada (legal, médica, psicológica); informação sobre a tramitação processual; ressarcimento dos danos.

No caso da reparação do dano por parte do autor, surgem cada vez mais mecanismos que possibilitam isso no âmbito criminal e cível. O próprio Código de Processo Penal, em 2008, sofreu uma reforma¹² que determina, em seu art. 387, IV, que a sentença penal condenatória dedicará um capítulo para fixar o valor indenizatório civil mínimo para a vítima, sem que esta necessita ingressar com uma ação de conhecimento no juízo cível, bastando iniciar a fase de cumprimento de sentença no juízo cível. Recentemente o STJ - Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Repetitivo (REsp) n. 1675874/MS, reconhece o instituto do dano moral no contexto específico da violência doméstica.

A responsabilidade civil observada nesses casos fomenta a proteção da dignidade da mulher em situação de violência. A vítima sofre para além do dano direto (patrimonial, físico, psicológico) um trauma emocional que é potencializado pelos aborrecimentos relativos ao processo (DELMAS-MARTY, 2004). Por meio da fixação de valor indenizatório se compensa danos morais e materiais eventualmente sofridos, inibe-se condutas com alto grau de censurabilidade, e possibilita-se a reconstrução da vida dessas mulheres (BONNA, SOUZA e LEAL, 2019).

Mesmo com esses mecanismos, contudo, em alguns casos é um grande desafio conseguir a reparação porque o agressor é ignorado, não pode ser processado por questões formais (como a prescrição) ou, mesmo processado, é insolvente. Por isso é fundamental pensarmos os mecanismos de indenização ou de responsabilização do Estado.

Segundo Mireille Delmas-Marty (2004), o princípio da indenização pelo Estado surge na Nova Zelândia, em 1963, e na Inglaterra, em 1964. Desenvolve-se, a partir de 1965, nos EUA e no Canadá e, nos anos 70, nos países europeus de família romano-germânica. O sistema de indenização por meios públicos foi proposto, em 1974, no XI Congresso Internacional

¹² Lei nº 11.719, de 2008.

de Direito Penal sob justificativa da solidariedade social, imperativo da modernidade. A indenização por meio do Estado também contribui para o apaziguamento da relação, necessário para sua reinserção.

Na União Europeia, destaca-se a Resolução 77 (27), de 28 de setembro de 1977, tratando da indenização às vítimas dos processos criminais. Em 1983, a Convenção Europeia, de 24 de novembro de 1983, aborda a indenização pelo Estado às vítimas de crimes violentos.

Para Severo (2009), deve haver compatibilização da obrigação de indenizar como com o plano das tendências de responsabilidade. A responsabilidade pública é visualizada como elemento de garantia das relações privadas. Ganham força assim internacionalmente mecanismos de custeio que envolvem seguros e fundos de indenização.

Em que pese ser importante pensar em formas de reparação que sejam fundamentais para garantir a reconstrução da vida dessas mulheres, esta não pode ser a única responsabilidade do Estado no enfrentamento das violências.

3.1 A Responsabilidade do Estado No Sistema Global

No Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos é possível encontrar, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW (ONU, 1979)¹³, o regramento acerca da responsabilidade do Estado no que tange à garantia dos direitos humanos das mulheres e conseqüente prevenção e enfrentamento das violências domésticas e familiares que possa afetá-las.

Em todos os seus dispositivos, a CEDAW prescreve que os Estados-parte irão adotar todas as medidas necessárias (inclusive legislativas), em todas as esferas, para assegurar que as mulheres possam usufruir

¹³ Promulgada no país por meio do Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984, fazendo-se ressalvas quanto aos artigos que impunham igualdade de direitos entre homens e mulheres (artigos 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º, alíneas a, c, g e h). Este Decreto foi depois revogado pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

dos direitos humanos com liberdade (art. 3º). Especificamente acerca do ambiente doméstico e familiar, no art. 16 da CEDAW está disposto que:

Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres.

Em 1993, a Assembleia Geral da ONU proclamou a Resolução n. 48/104, instituindo a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, na qual define que:

(...) violência contra as mulheres significa qualquer ato de violência baseado no gênero do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais atos, a coação ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada. (art. 1º)

Em seus demais dispositivos estão previstas diversas ações que os Estados devem tomar para prevenir e enfrentar a violência contra a mulher, em variadas perspectivas e âmbitos, desde a promoção das mudanças culturais e legislativas, até a produção de estudos e diagnósticos que se debruçam sobre a questão da violência doméstica.

Em 1995, com o advento da Declaração e a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, surge o compromisso dos Estados participantes da Conferência com (a) prevenir e eliminar todas as formas de violência contra as mulheres e meninas e (b) estudar as causas, natureza, gravidade e consequências da violência contra as mulheres, bem como as aplicadas para preveni-la ou repará-la, especialmente acerca da violência doméstica.

No entanto, apesar desse esforço de adoção de compromissos internacionais para modificar a situação das mulheres a fim de garantir-lhes igualdade de direitos e uma vida sem violência, é possível identificar em muitos contextos a ocorrência de muitas formas de violências contra mulheres, especialmente a doméstica e familiar.

Assim, o Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher, no exercício de sua competência e atento às realidades vividas por mulheres em todo o mundo, tem expedido recomendações aos Estados-Parte da CEDAW reiterando a necessidade da adoção de medidas para prevenção e enfrentamento às situações específicas de violência contra a mulher, abaixo analisadas.

Em 1989, o Comitê expediu a Recomendação nº 12, recomendando que os Estados Partes incluíssem em seus informes periódicos dados sobre legislação de proteção à mulher contra violências; outras medidas adotadas para erradicar a violência contra a mulher; medidas de apoio a mulheres vítimas de violência e dados estatísticos sobre a situação.

Em 1992, durante do 11º período de sessões, o Comitê expediu a Recomendação geral nº 19, a qual afirma que a discriminação contra as mulheres inclui a violência de gênero e ressalta que a Convenção se aplica à violência praticada pelas autoridades públicas, o que também constitui violação das obrigações do Estado perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ademais, são apontadas recomendações concretas aos Estados, para que, entre outras coisas, adotem medidas eficazes de enfrentamento dos atos públicos ou privados de violência por razões de sexo, incluindo a adequada proteção da integridade e dignidade da mulher nas leis protetivas, concedendo o apoio devido às vítimas.

É recomendado, também, que os/as agentes do sistema de justiça e segurança sejam capacitados/as para aplicar a Convenção e que sejam produzidas estatísticas e pesquisas sobre a amplitude e efeitos da violência, bem como sobre a eficácia das medidas preventivas e repressivas adotadas.

Acerca das atitudes, costumes e práticas que perpetuam a violência contra a mulher e o tipo de violência que engendram, os Estados devem individualizar a índole e o alcance, apresentando as medidas tomadas para superá-las, bem como os resultados obtidos quanto à superação da desigualdade que atende as mulheres.

Outra preocupação diz respeito ao tráfico de mulheres e exploração sexual, pelo que os Estados devem apontar as medidas preventivas e repressivas adotadas, informando os dados sobre o problema, as disposições penais e as medidas de prevenção adotadas, assim como as medidas protetivas para as mulheres que se prostituem ou sejam vítimas de tráfico ou outras formas de exploração sexual, inclusive prevendo procedimentos eficazes de denúncia, reparação e indenização.

Os Estados também devem informar dados sobre assédio sexual ou outras formas de coação nos espaços de trabalho, incluindo a preocupação com o trabalho doméstico, bem como as ações construídas para prevenir e enfrentar violações de direitos das mulheres nesses espaços.

Quanto à proteção destinadas às mulheres nas zonas rurais, os Estados devem apontar quais serviços possuem, inclusive nas comunidades isoladas, informando também quais riscos atingem as mulheres nesse contexto.

Entre as medidas recomendadas para resolver o problema da violência na família, estão: previsão de sanções penais e recursos civis, criação de legislação que elimine a defesa da honra como justificação para atacar as mulheres ou matá-las; construção de serviços como abrigos, assessoramento e programas de reabilitação para proteção das vítimas de violências; e a criação de programas de reabilitação para os culpados de violência doméstica; além da estipulação de serviços de apoio para as famílias em que ocorreram incesto ou abusos.

Em 2010, o Comitê expediu a Recomendação Geral n. 28 relativa às obrigações básicas dos Estados Partes em virtude do artigo 2 da Convenção para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

No documento foi assignado, entre outras coisas, que os Estados partes devem garantir que as mulheres invoquem o princípio da igualdade nas casos de denúncias de atos discriminatórios cometidos com violação da Convenção por agentes públicos ou privados, pelo que os Estados partes devem garantir o acesso delas a recursos acessíveis e oportunos, como assistência e apoio jurídico, que esses recursos sejam determinados em uma audiência justa por um juiz ou tribunal competente e independente.

No caso da discriminação contra a mulher violar outros direitos humanos, como a vida e a integridade física, como nos casos de violência doméstica, os Estados partes estão obrigados a proceder ações penais, levando os infratores à juízo, para a imposição das sanções penais correspondentes.

Em 2017, o Comitê CEDAW expediu a Recomendação n^o 35, atualizando a Recomendação n. 19, na qual fica determinado que os Estados partes devem reconhecer a violência de gênero que atinge mulheres como equivalente à tortura, aos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, incluindo os casos de estupro e violência domésticas, e que, em alguns casos, violência de gênero contra mulheres pode constituir crimes internacionais.

Assim, o documento passa a expor as obrigações gerais dos Estados partes acerca da violência de gênero contra mulheres, inicialmente afirmando que tal violência constitui discriminação contra as mulheres, pelo que se aplicam todas as obrigações da Convenção, especialmente aquela referente ao dever imediato dos Estados partes de buscar, por todos os meios, a eliminação de tais situações que afligem mulheres, sem qualquer possibilidade de justificativa de atrasos nas medidas necessárias.

Tal obrigação compreende ao menos dois aspectos de responsabilidades dos Estados partes conforme a Convenção e o Direito Internacional: quando resulte de ação ou omissão do Estado-parte ou de seus agentes, ou de agentes não estatais.

No primeiro caso, a responsabilidade do Estado parte é identificada a partir de atos ou omissões de seus órgãos e agentes que compõem o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, o que inclui as leis, políticas, programas e procedimentos, sendo necessária a existência de um corpo normativo e de serviços jurídicos eficazes e acessíveis para o enfrentamento de todas as formas de violência de gênero contra mulheres cometidas por agentes do Estado, em seu território ou extraterritorialmente, incluindo a necessidade de prevenir tais atos e omissões com treinamento,

acompanhamentos, investigações disciplinares, assim como fornecer reparações nos casos de violência de gênero contra as mulheres, inclusive nos casos de crimes internacionais, considerando a diversidade das mulheres e os riscos de discriminação interseccional.

Quanto ao segundo caso, identifica-se a atribuição de responsabilidade aos Estados partes por atos e omissões de agentes não estatais quando tais agentes foram responsáveis por exercer competências governamentais, incluindo órgãos privados que prestem serviços públicos, ou agentes privados atuando sob instrução, direção ou controle do Estado, inclusive no exterior. A segunda possibilidade se dá em face das obrigações de devida diligência, pois os Estados partes tem a obrigação de adotar medidas (legislativas e institucionais) para eliminar a discriminação contra mulheres praticadas por qualquer pessoa, organização ou empresa. Assim, os Estados partes serão responsabilizados quando não tomarem as medidas adequadas para impedir, e ainda para investigar, processar, punir e reparar atos e omissões de agentes não estatais que resultem em violência de gênero contra mulheres.

De um modo geral, essas obrigações incluem todas as áreas de atuação do Estado (legislativo, executivo e judicial) em todos os níveis (federal, estadual e municipal), especialmente para: a) adotar legislação que proíba todas as formas de violência de gênero contra as mulheres e meninas, harmonizando o Direito interno com a Convenção, prevendo sanções aos praticantes dos atos e reparações a vítimas/sobreviventes; b) prever recursos orçamentários adequados para execução de políticas públicas voltadas à prevenção e enfrentamento da violência de gênero contra mulheres, bem com eliminar atitudes institucionais ou dos agentes públicos que impliquem em tais violências; c) aplicar rigorosamente todas as disposições de Direito Penal que punam essa violência, garantindo que todos os procedimentos legais em casos envolvendo alegações de violência de gênero contra as mulheres sejam imparciais e justos; d) implementar medidas de reparação efetiva às vítimas sobreviventes de violência de gênero,

em diferentes medidas, desde monetárias até atendimentos de saúde física e mental.

Especificamente acerca das medidas legislativas, destaca-se o dever dos Estados partes de garantir que todas as formas de violência de gênero contra as mulheres, em todas as esferas, que constituam violação da sua integridade física, sexual ou psicológica, sejam criminalizadas e prevejam sanções legais proporcionais à gravidade da ofensa, mecanismos de reparação civil, bem como revoguem previsões legais que impeçam ou desencorajem mulheres a denunciar as violências sofridas.

Diante dos dados acima apresentados, resta evidente que o Direito Internacional dos Direitos Humanos está em consonância com o Direito Internacional para prever, no sistema global de proteção dos Direitos Humanos, as responsabilidades dos Estados partes dos tratados específicos no caso de violência contra a mulher.

3.2 A Responsabilidade do Estado no Sistema Interamericano

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o documento normativo basilar para o enfrentamento da violência contra a mulher é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, de 1994.

O referido documento prevê, em seu artigo 7, que os Estados partes, ao condenar todas as formas de violência contra a mulher, devem adotar medidas adequadas para prevenir, punir e erradicar tal violência, especialmente: a) abstendo-se de praticar atos de violência contra a mulher por seus agentes e instituições públicas; b) investigar e punir a violência contra a mulher; c) adotar medidas legislativas e administrativas adequadas; d) impor juridicamente aos agressores que se abstenham de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher, proibindo-lhe de colocar a integridade física ou patrimonial dela em perigo; e) modificar e abolir práticas e regulamentos que respaldem a tolerância e a persistência da violência contra a mulher;

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para as mulheres vítimas de violência, garantindo que elas obtenham as reparações devidas.

Além disso, é responsabilidade dos Estados partes da Convenção de Belém do Pará adotar medidas específicas para promover o direito da mulher a uma vida sem violência, o que implica em desenvolver programas educacionais para combater costumes e preconceitos que legitimem a violência contra mulheres e realizar treinamentos para todos os agentes públicos que compõem o sistema de segurança e justiça, bem como campanhas de conscientização do público em geral.

De outra banda, cabe aos Estados partes prestar serviços especializados à mulher em situação de violência, incluindo abrigos, orientação familiar, atendimento e custódia das crianças e adolescentes afetados, reabilitação e treinamento para participar plenamente da vida pública e social.

Na perspectiva da necessária produção de informações sobre o problema, cabe aos Estados partes assegurar a realização de pesquisas e produção de dados estatísticos sobre as causas, consequências e frequência da violência contra a mulher, para melhor avaliar a eficiência das medidas tomadas. Deve, ainda, promover a cooperação internacional para o intercâmbio de ideias e experiências, bem como a execução de programas destinados à proteção da mulher sujeitada a violência.

Além da identificação da responsabilidade do Estado na prevenção e enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher na normativa do sistema interamericano de Direitos Humanos, é possível observar conteúdos correlatos em recomendações e decisões da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em 2001, em seu Relatório n. 54, a Comissão Interamericana manifestou-se acerca da denúncia promovida pela senhora Maria da Penha Maia Fernandes contra o Estado Brasileiro, alegando a tolerância da República Federativa do Brasil para com a violência sofrida por parte de seu marido Marco Antônio Heredia durante os anos de convivência matrimonial, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em

maio e junho de 1983, em decorrência do que sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades. A tolerância do Estado se configura por não haver efetivamente tomado por mais de 15 anos as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias efetuadas.

Após os procedimentos devidos, e sem que o Estado brasileiro tivesse enviado qualquer manifestação no prazo que lhe fora concedido, a Comissão concluiu que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida.

Assim, recomendou que o Estado Brasileiro continuasse as reformas para impedir a tolerância estatal e o tratamento discriminatório da violência doméstica contra mulheres no Brasil, adotando como medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados; simplificação dos procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo; estabelecimento de formas alternativas às judiciais, mais rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares; multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais; incluir, em seus planos pedagógicos, unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

Em 2018, a Corte Interamericana expediu a sentença do *caso López Soto Y Otros vs. Venezuela*, no qual é alegada a responsabilidade internacional do Estado de Venezuela pelo descumprimento do dever de prevenção em razão da privação da liberdade a que foi submetida Linda Loaiza López Soto, de então 18 anos de idade, entre 27 de março a 19 de

julho de 2001, por um particular, e outros atos de violência sofridos durante quase quatro meses, o que incluiu mutilações, severas lesões físicas e consequências psicológicas cometidas com muita crueldade, assim como repetidas formas de violência sexual, tudo com um impacto profundo e irreversível na sua vida.

Foi alegada a responsabilidade do Estado pelo descumprimento da proibição absoluta da tortura e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, além do descumprimento das obrigações de investigar num prazo razoável e de oferecer à vítima acesso à justiça em condições de igualdade e sem discriminação.

Assim, a Corte entendeu que o Estado da Venezuela possui responsabilidade quanto ao descumprimento da obrigação de devida diligência para prevenir e proteger direitos de uma pessoa ou grupos frente a particulares, devido ter conhecimento dos riscos a partir do momento em que a situação da vítima foi denunciada pela sua irmã, o que, para a Corte, gerou para a Venezuela a obrigação de atuar com a devida diligência, uma vez que se tratava de desaparecimento ou sequestro de uma mulher, o que poderia levar a diversos tipos de violência, especialmente de natureza sexual.

A devida diligência se caracteriza pelo dever do Estado de agir para impedir violações de Direitos Humanos sempre que alguma autoridade tome conhecimento das denúncias, nascendo aí o dever de investigar, processar e responsabilizar. Também há o dever de prever na legislação, que deve prever de modo adequado os diferentes tipos de violência (sexual, física, tortura, maus tratos); bem como existe o dever de reparação e garantias de não repetição.

A Corte afirma que no caso sob análise restou comprovado que o agressor submeteu a vítima à escravidão sexual, exercendo atributos de direito de propriedade sobre ela, o que significa uma dimensão específica de discriminação contra a mulher, pelo que conclui que o Estado é responsável em face da sua “grosseira omissão” que possibilitou a escravização sexual da vítima e a submissão dela à tortura.

a projeção anterior de aumento da taxa de homicídios domésticos, desde 2006, quando a legislação entrou em vigor.

Percebe-se, contudo, que essas políticas não têm alcançado todas as mulheres. Nos últimos dez anos a taxa de homicídios de mulheres não negras diminuiu 8% e, no mesmo período, a taxa de homicídio de mulheres negras aumentou 15%¹⁶. A violência contra as mulheres negras tem suas especificidades e está inscrita com a forma brutal com que essas mulheres têm sido tratadas em nossa sociedade. Infelizmente estudos sobre a Lei Maria da Penha não tem abordado isso o que contribui para o silenciamento dessas dimensões de abusos a partir da conjunção da lógica racista e sexista (FLAUZINA, 2015).

A partir da análise dos dados fica inegável o crescimento dos casos de violência contra as mulheres o que pode levar a hipóteses como o recrudescimento de algumas políticas. Nos últimos dois anos, houve um crescimento de 51% dos processos por feminicídio em 13 estados do Brasil¹⁷.

Para o Secretário Geral das Nações Unidas, Antonio Guterres¹⁸, ao redor do mundo crescem ações contra os direitos das mulheres. Para ele, essa reação é "profunda" e "implacável" e está tendo consequências em muitos âmbitos, começando por um aumento da violência contra as mulheres e, sobretudo, contra as ativistas e as envolvidas na política. Diante dessa situação, a Comissão sobre a Condição da Mulher tem atuado no sentido de garantir o papel dos sistemas de proteção social, do acesso a serviços públicos e das infraestruturas na luta pela igualdade.

[5052a23b057ecb09dcadacbb61de55a7081acdbdf20a280095b6eb127df3do64249d7e54bc7c1dc864514ed1b1682e4028bfd7f42c3f8e7c8feadb64389f07f2b](https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/em-10-anos-assassinatos-de-mulheres-negras-aumentaram-154). Acesso em: 01 abril 2019.

¹⁶ AGÊNCIA BRASIL. **Em 10 anos, assassinatos de mulheres negras aumentaram 15,4%**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/em-10-anos-assassinatos-de-mulheres-negras-aumentaram-154>. Acesso em: 1 abr. 2019.

¹⁷ O GLOBO. **Em dois anos, processos por feminicídio crescem 51% em 13 estados do Brasil**. Disponível: <https://oglobo.globo.com/sociedade/em-dois-anos-processos-por-feminicidio-crescem-51-em-13-estados-do-brasil-23373064>. Acesso em: 1 abr. 2019.

¹⁸ UOL. **Comissão da ONU debate medidas para combater atual reação contra feminismo**. Disponível em: <https://universa.uol.com.br/noticias/efe/2019/03/11/comissao-da-onu-debate-medidas-para-combater-atual-reacao-contra-feminismo.htm>. Acesso em: 1 abr. 2019.

Esses recuos têm se expressado no país de diversas formas. Cresce, em especial, um discurso “antifeminista” avesso ao que se chama de “ideologia de gênero”, acusada de subverter as famílias. A gramática política que envolve a noção “ideologia de gênero” opera na lógica de “pânico moral”, acobertando interesses políticos. Segundo Stanley Cohen (1972), esse pânico é gerado por uma ideia dita perigosa apresentada de uma forma estilizada e estereotipada pela mídia de massa. Para Richard Miskolci e Maximiliano Campana (2017), esse pânico aos movimentos feministas foi ampliado no Brasil pela presença de uma mulher na Presidência com claro discurso em defesa dos direitos das mulheres.

Um marco desses ataques começou com a retirada do Plano Nacional de Educação (PNE) e da Base Nacional Comum Curricular (BNCC) de frases como "superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção de igualdade racial, regional, de gênero e de orientação sexual". Isso traz um grande valor simbólico ao enfraquecer a visibilidade do enfrentamento às discriminações de gênero e raciais. Em 2015, os planos municipais e estaduais de Educação, que deveriam prever o que seria da área nos próximos dez anos, acompanharam o movimento, inclusive proibindo debates de gênero e sexualidade nas escolas¹⁹.

De acordo com Pinheiro-Machado e Scalco (2018), boa parte do movimento que levou a eleição do governo Bolsonaro, que sustenta uma gramática contra o feminismo, envolve homens que desejam reafirmar um modelo de masculinidade e se ressentem da maior autonomia das mulheres e da reação às práticas de violência.

Em verdade, após o golpe parlamentar que retirou do governo a primeira presidenta do país seguiu-se uma grande agenda de retrocessos (MIGUEL, 2017). Em primeiro lugar, houve corte de 40% dos programas voltados para mulheres²⁰. Além dos cortes, foi desarticulada a secretaria

¹⁹ NOVA ESCOLA. "Gênero" e "orientação sexual" têm saído dos documentos sobre Educação no Brasil. Por que isso é ruim? Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/4900/os-terminos-genero-e-orientacao-sexual-tem-sido-retirados-dos-documentos-oficiais-sobre-educacao-no-brasil-por-que-isso-e-ruim>. Acesso em: 19 mar. 2019.

²⁰ THE INTERCEPT. **Temer pede corte médio de 30% em programas sociais, mas verba para militares e agronegócio aumenta.** Disponível em: <https://theintercept.com/2016/09/02/temer-pede-corte-medio-de-30-em-programas-sociais-mas-verba-para-militares-e-agronegocio-aumenta/>. Acesso em: 19 mar. 2019.

que advogava essa pauta no governo: a Secretaria de Política para as Mulheres (SPM). Essa secretaria passou a compor, no governo Michel Temer, uma pasta genérica de Direitos Humanos.

No governo Bolsonaro, a pauta passou a ser assumida pelo Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, recolocando a mulher no contorno do discurso da família com um viés conservador e que esfacela de vez a força dessa secretaria como articuladora de políticas públicas. De outro lado, a Secretaria de Políticas para a Igualdade Racial (SEPPIR) foi também desarticulada, o que inibiu as políticas focadas na proteção das mulheres negras.

Desde que assumiu o *status* ministerial no governo Lula, a Secretaria de Políticas para as Mulheres havia realizado um grande trabalho de estruturação das políticas as mulheres, desde o investimento direto até a realização de conferências de discussão com os movimentos, planos nacionais e diretrizes de funcionamento. Boa parte dessa documentação sequer está mais a disposição nos canais do governo, como o Relatório Balanço Disque 180²¹, e muitos serviços e políticas estão sendo esfacelados com profundos cortes^{22 23}.

Por outro lado, há um reforço do discurso focado nas ações de responsabilização²⁴²⁵, sem que isso repercuta para a vida das mulheres. Isso vai de encontro ao modelo de enfrentamento que geria as políticas. De acordo com a Secretaria de Políticas para Mulheres - SPM (2011b, p. 12), o

²¹ INESC. **Contingenciamento: quais setores sofreram cortes de orçamento?** Disponível em: <https://www.inesc.org.br/contingenciamento-quais-setores-sofreram-cortes-de-orcamento/>. Acesso em: 19 set. 2019.

²² EXAME. **Após 7 meses, Damares não gastou um centavo com Casa da Mulher Brasileira.** Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/apos-7-meses-damares-nao-gastou-um-centavo-com-casa-da-mulher-brasileira/>. Acesso em: 19 set. 2019.

²³FOLHA DE SÃO PAULO. **Damares extingue comitês de enfrentamento à violência contra mulher e minorias.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/08/damares-extingue-comites-de-enfrentamento-a-violencia-contra-mulher-e-minorias.shtml>. Acesso em: 19 set. 2019.

²⁴ UOL. **Bolsonaro sanciona lei e agressores de mulheres têm de pagar custos do SUS.** Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/09/17/bolsonaro-altera-lei-e-agressores-de-mulheres-tem-de-pagar-custos-do-sus.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

²⁵ CAMARA. **Projeto aumenta pena mínima para crime de violência doméstica.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/552988-projeto-aumenta-pena-minima-para-crime-de-violencia-domestica/>. Acesso em: 20 set. 2019.

enfrentamento não se restringe ao combate, “mas compreende também as dimensões da prevenção, da assistência e da garantia de direitos das mulheres”. O conceito de combate envolveria apenas os aspectos punitivos como “o estabelecimento e o cumprimento de normas penais que garantam a punição e a responsabilização dos agressores/autores de violência” (SPM, 2011b, p. 12).

O reforço feito no sistema punitivo impede que se construam alternativas mais potentes para politizar as edificações de gênero cristalizadas. Em que pese o inegável avanço da Lei Maria da Penha, ela não é por si só suficiente para a “desarticulação das hierarquizações de gênero que estruturam as relações sociais e as práticas institucionais” (FLAUZINA, 2015, p. 128). É necessário a implementação de medidas mais amplas e complexas.

5 Considerações finais

Diante do que foi exposto, pode-se concluir que o Estado brasileiro tem descumprido obrigações internacionais no que concerne ao enfrentamento às violências perpetradas contra as mulheres, devendo-se discutir os limites de sua ação/omissão.

É importante reconhecer os avanços advindos com a promulgação da Lei Maria da Penha e a reorganização do Estado brasileiro para efetivá-la, especialmente no âmbito dos sistemas de justiça e segurança pública. Todavia, a Lei Maria da Penha impôs uma agenda para além da responsabilização penal, pautada na estruturação de serviços e em ações de prevenção. A antiga Secretaria de Políticas para as Mulheres iniciou um amplo processo de implementação da lei.

Salta aos olhos, porém, alguns retrocessos. Há denúncia de aumento nas violências sofridas por mulheres em diversos níveis e contextos, principalmente o feminicídio, e a desarticulação e serviços. Isto nos leva a questionar a responsabilidade do estado brasileiro no adequado cumprimento dos compromissos internacionais assumidos. Chama atenção, em

especial, o necessário enfrentamento às discriminações de gênero estruturais que perpassam a sociedade e suas dimensões regionais, de raça e de classe que precisam ser enfrentadas.

Conforme estudado nos casos concretos, o dever de devida diligência não tem sido observado pelo Estado brasileiro, que tem se omitido de investir em políticas públicas de enfrentamento às desigualdades vividas por mulheres, seja no campo da vida privada ou na vida pública, e em ações de enfrentamento à violência. Centrar a atuação no sistema penal é reduzir em muito a sua responsabilidade, apesar de ser importante, é apenas um dos mecanismos existentes.

Em um momento em que se discute a responsabilização dos autores, seja com aumento de pena ou com indenização ao Estado pelos custos com o atendimento às mulheres, é fundamental discutirmos também os limites de responsabilização do Estado no enfrentamento às diversas formas de violências. Os diversos documentos aqui elencados impõem a necessidade de ações prevenção, de assistência e de reparação às mulheres. A omissão do Estado reflete violação a estes compromissos e uma posição que termina corroborando com o atual cenário.

6 Referências

AGUIÃO, Silvia. “Não somos um simples conjunto de letrinhas”: disputas internas e (re)arranjos da política “LGBT”. **Cadernos Pagu** (46), janeiro-abril de 2016.

BONNA, Alexandre Pereira; SOUZA, Luanna Tomaz de; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Reflexões sobre o dano moral em casos de violência doméstica cometida contra a mulher a partir do recurso especial repetitivo n. 1.675.874/ms. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v.1, n.1, p. 01-28, nov.-fev./2019

COHEN, S. **Folk devils and moral panics: the creation of mods and rockers**. London: MacGibbon & Kee, 1972.

DAVIS, Angela. **A liberdade é uma luta constante**. São Paulo: Boitempo, 2018.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Barueri: Manoele, 2004.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **O Direito e as políticas públicas**. São Paulo: atlas, 2013. p.16-43.

FLAUZINA, Ana. Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância. FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. **Discursos negros: Legislação penal, política criminal e racismo**. Brasília: Brado Negro, 2015, p.121-151.

FLORES, Joaquin Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

MACHADO, CV. O papel federal no sistema de saúde brasileiro. In FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**: organização e gestão do sistema de saúde [online]. Rio de Janeiro: Fio-cruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Vol. 3. 35-70 pp. ISBN 978-85-8110-017-3.

MACHADO-PINHEIRO, Rosana; SCALCO, Lucia Mury. Da esperança ao ódio: Juventude, política e pobreza do lulismo ao bolsonarismo. **Revista ihu on-line**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/583354-da-esperanca-ao-odio-juventude-politica-e-pobreza-do-lulismo-ao-bolsonarismo>. Acesso em: 01 abr. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**, 30^a ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

MIGUEL, Luis Felipe. Resgatar a participação: democracia participativa e representação política no debate contemporâneo. In: **Lua Nova**, São Paulo, 100: 83-118, 2017.

MISKOLCI, Richard; CAMPANA, Maximiliano. “Ideologia de gênero”: notas para a genealogia de um pânico moral contemporâneo. **Revista Sociedade e Estado** – Volume 32, Número 3, setembro/dezembro 2017.

ONU. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher** – CEDAW. 1979. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf000019389>. Acesso em: 03 jun. 2019.

ONU. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher.**

1995. Disponível em: http://onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em: 03 jun. 2019.

ONU. **Recomendação 28.** Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/63/PDF/G1047263.pdf?OpenElement>. Acesso em 18 ago. 2019.

ONU. **Recomendação 35.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em 18 ago. 2019.

ONU. **Recomendação 12.** Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom12>. Acesso em 18 ago. 2019.

ONU. **Recomendação 19.** Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom12>. Acesso em 18 ago. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Já se mete a colher em briga de marido e mulher.** São Paulo: 1999. Mimeo.

SALES, Camila Maria Risso. Direitos humanos das mulheres: cidadania e emancipação. **Revista Direito e Política.** Vol.13. N.3. Itajaí: 2018. p.1169-1200. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 14 jul. 2019.

SEVERO, Sérgio Viana. **Tratado de Responsabilidade Pública.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **O Direito e as políticas públicas.** São Paulo: atlas, 2013. p.3-15.

SOUZA, Luanna Tomaz de. Vitimologia e gênero no processo penal brasileiro. **Cadernos de gênero e tecnologia.** N. 27 e 28 Ano:10 jul. a dez/2013. p.39-66.

SOUZA, Luanna Tomaz; LOPES, Flávia Haydée Almeida. O direito penal na luta dos movimentos de mulheres contra a violência no brasil. In: **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos.** e-ISSN: 2525-9830 | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 01 – 21 | Jan/jun. 2018.

SOUZA, Luanna Tomaz; SILVA, Ana Beatriz Freitas; YOSANO, Yasmim Nagat. Fios e furos nos entrelaçamentos teóricos e metodológicos nas pesquisas criminológicas sobre mulheres. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 153. Ano 27. São Paulo: RT, 2019. p. 243-264.

SPM. **Rede de enfrentamento à violência contra as mulheres**. Brasília: SPM, 2011.

SPM. **Política nacional de enfrentamento à violência contra a mulher**. Brasília: SPM, 2011b.

VIANNA, Adriana; LOWENKRON, Laura. O duplo fazer do gênero e do Estado: interconexões, materialidades e linguagens. **Cadernos Pagu** (51), 2017.

Sobre os autores

Adalberto Fernandes Sa Junior

Professor de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direitos Humanos e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Foi Professor Substituto da Universidade Federal do Pará (UFPA). Foi Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisas das Políticas Públicas para a Inclusão Social (GEPPIS), vinculado à Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (EACH/USP). Foi membro dos seguintes Grupos de Pesquisa (CNPq): Direitos Humanos, Ética e Hermenêutica (2013-2015); Teoria Política; Direitos Humanos e Poder Judiciário na Amazônia (2011-2013). Foi Pesquisador do Observatório do Judiciário na Amazônia vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Pará (OJA/PPGCP/UFPA) (2011-13).

Ana Cattarina Dias Rique

Acadêmica de Direito pela Universidade Federal do Pará. Bolsista PIBICT.

Andreza Pantoja Smith

Pós-doutoranda em Direito (Universidade de Coimbra). Doutora em Direito (UFPA). Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará- UFPA. Pesquisadora do NEIVA (Núcleo de Estudos Interdisciplinares da Amazônia).

Arthur Laércio Homci

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Mestre em Direito pela UFPA. Coordenador do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Coordenador da Especialização em Direito Processual Civil e do Trabalho do CESUPA/ESA. Professor Convitado da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará e da Escola Superior de Advocacia do Estado do Pará. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP.

Bianca M. Schneider van der Broocke

Doutoranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes – RJ. Bacharel em Direito pela UNICURITIBA. Bolsista CAPES/PROEX. Advogada inscrita na OAB/PR.

Breno Baía Magalhães

Possui graduação (2008), mestrado (2011) e doutorado (2015) em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Foi Visiting Scholar na Washington College of Law, American University (2015). Pesquisador Visitante na Universidade Nacional de Lanús (2018). Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA). Menção Honrosa no Prêmio CAPES de Tese 2016. Suas principais áreas de atuação são: Direito Constitucional, Direito Internacional, Direitos Humanos e Teoria do Direito. Advogado.

Cássius Guimarães Chai

Mestre e Doutor em Direito Constitucional UFMG/Cardozo School of Law/Capes. Estudos pos doutorado the Hague Academy of International Law (Holanda), Universidad de Salamanca (Espanha), European University Institute (Itália), Central European University (Hungria), Visiting Law Professor the Normal University of Political Science and Law Shanghai, China, Visiting Law Research and Professor Normal University of Political Science and Law Beijing (Research Center on International Cooperation G20). Pos doutorando Universidade do Porto (Portugal). Membro da International Association of Prosecutors, International Association of Constitutional Law e da European Society of International Law. Membro do Conselho Científico da ABDI. Professor Associado UFMA. Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão, Diplomado Escola Superior de Guerra, Ministério da Defesa, Brasil, Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia 2019.

Danielly Thays Campos

Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

Flávia do Amaral Vieira

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPA). Visiting student da Birkbeck School of Law, University of London, com bolsa do Programa de Doutorado Sanduíche da CAPES. Mestre em Direito pela Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC).

Gabriela Teixeira Cunha

Mestra em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/Rio. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do

Pará – CESUPA. Participou como membro dos grupos de pesquisa Acesso à Justiça e Democracia e Estudo de Autoras. Advogada.

João Daniel Daibes Resque

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/Rio. Visiting scholar at Columbia University e Wisconsin University. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Professor e Advogado.

José Claudio Monteiro de Brito Filho

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Editor-Chefe da Revista Jurídica do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Titular da Cadeira nº 26, da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, e titular da Cadeira nº 22, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica da Presidência.

Laércio Dias Franco Neto

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (2010) e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará (2014). Atualmente é advogado, membro da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia da UFPA e professor do curso de Direito da Faculdade Metropolitana da Amazônia, responsável pelas disciplinas Direitos Humanos e Direito Internacional. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional Público e Direitos Humanos.

Luanna Tomaz de Souza

Pós-Doutora em Direito (PUC-RIO). Doutora em Direito (Universidade de Coimbra). Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará- UFPA. Coordenadora do NEIVA (Núcleo de Estudos Interdisciplinares da Amazônia), da Clínica de Atenção à Violência e do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia.

Mônica Teresa Costa Sousa

Doutora em Direito pela UFSC. Professora Associada na Universidade Federal do Maranhão. Professora Vistante na Universidade de Valencia (Espanha). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA). Professora dos cursos de mestrado em Direito (PPGDir/UFMA) e Cultura e Sociedade (PGCult/UFMA).

Natalia Mascarenhas Simões Bentes

Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal.

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora do Centro Universitário do Estado do Pará e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Advogada.

Rafaela Araújo Rodrigues

Doutoranda em Direito pela American University Washington College of Law. Possui LL.M pela American University Washington College of Law com especialização em Direitos Humanos e Gênero & Direito (2017) e Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2014). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (2011). Recebeu a Alumni Fund Scholarship oferecida aos alunos com dedicação acadêmica rigorosa ao avanço das questões no direito internacional. Foi Chefe de Gabinete da Secretaria Nacional de Juventude da Presidência da República (2015) e da Secretaria Executiva do Ministério do Trabalho e Previdência Social (2016). Em 2014 foi Assessora Especial de Juventude no Ministério do Desenvolvimento Agrário. Atualmente é Policy Fellow no National Immigrant Women's Advocacy Project (NIWAP).

Rafaela Teixeira Sena Neves

Doutoranda em Direito pela UFPA e bolsista CAPES. Visiting scholar at Human Rights Institute of Columbia University in the City of New York (2019); Global Legal Studies of Wisconsin University (2018-2019); Forsythe Family Program on Human Rights and Humanitarian Affairs of University of Nebraska/Lincoln (2019); Universidad Iberoamericana Ciudad de México (2018); PUC RIO (2017) e na FGV SP (2017). Mestre em Direito pela UFPA (2016). Pesquisadora Visitante da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2015). Bacharela em Direito pelo CESUPA (2014). Professora e Advogada.

Raysa Antônia Alves Alves

Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bolsista do programa de excelência acadêmica PROEX/CAPES. Integrante do Núcleo de Direitos Humanos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - NDH/UNISINOS.

Ricardo Araújo Dib Taxi

Professor adjunto de Direito Civil e Consumidor da Universidade Federal do Pará (2016). Professor de Introdução ao Estudo de Direito e Filosofia de Direito da graduação em Direito e do Curso Especialização em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Doutor em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal (2015). Visiting Researcher da Birkbeck College - University of London (Orientador: Peter Fitzpatrick). Mestre em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da UFPA (2011) com

período sanduíche na Unisinos (Procad). Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (2009). Membro do Grupo de Pesquisa (CNPQ) Direitos Humanos, Ética e Hermenêutica.

Sílvia Gabriele Corrêa Tavares

Doutora em Direito (Direito do Trabalho e da Seguridade Social) pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP - 2019). Mestre em Direitos Humanos (Direito do Trabalho e Meio Ambiente) pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFGA - 2014). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (2010). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Material e Processual do Trabalho e Responsabilidade Civil. Professora de Direito da Universidade do Mato Grosso do Sul (UFMS), Advogada e Consultora jurídica.

Thiago Augusto Galeão de Azevedo

Doutorando em Direito (Direito, Estado e Constituição) pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Especialista em Direito Civil - PUC MG. Professor da Universidade Federal de Mato Grosso. Advogado (OAB/MT).

Twig Santos Lopes

Doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFGA). Pesquisa temas relacionados à Direitos Humanos, Criminologia Crítica e Violência contra as mulheres. Email: twiglopes@gmail.com

Vanessa Rocha Ferreira

Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (Ucam/RJ). Professora do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA).

Verena Holanda de Mendonça Alves

Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde foi bolsista por colocação, frente aprovação em primeiro lugar na seleção de 02/2016. Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Pará - CESUPA. Professora da Faculdade Metropolitana da Amazônia - FAMAZ, onde leciona Direito Penal, Processo Penal, Prática Penal e Ética Profissional. Professora do Centro Universitário do

Pará - CESUPA, onde leciona Direito Penal. Pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia. Membro do grupo de pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos. Inscrita na OAB/PA sob o nº 19043.

Vitória Barros Esteves

Mestranda em Ciência Política do Programa de Pós-graduação em Ciência Política da UFPA. Pós-Graduanda em Direito Digital pela Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Vida Evelyn Pina Bonfim Ferreira

Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Pará. Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia.

Yasmim Santa Brígida

Mestranda em Direito e Desenvolvimento pelo CESUPA. Bacharel em Direito pelo CESUPA. Advogada.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org