Polifoni Academia Paulist de Direito

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N. 4 Nova Série

2019 PRIMAVERA/VERÃO

Semestral

ISSN da versão impressa: 2236.5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

São Paulo

2019

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

EQUIPE EDITORIAL

EDITOR CHEFE
ALFREDO ATTIÉ JUNIOR

EDITORA ADJUNTA
ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTIÉ

DIRETORIA EDITORIAL
ALFREDO ATTIÉ JUNIOR
ROGÉRIO DONNINI
ROQUE CARRAZZA
WAGNER BALERA

DIRETORA EXECUTIVA
ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTIÉ

ASSISTENTES DE EDIÇÃO
ANDREA MORAES
CELSO DE OLIVEIRA SANTOS
JULIÁN CUASPA ROPAÍN

GERENTE DE PRODUÇÃO EDITORIAL/ DIAGRAMAÇÃO E ARTE
ALESSANDRO DA SILVA

Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236.5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com

presidencia@apd.org.br

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

CONSELHO EDITORIAL:

ALFREDO ATTIÉ JUNIOR - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
ANTONIO CARLOS MORATO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCALT - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA - UNESP
CELSO FERNANDES CAMPILONGO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
EDUARDO PELEGRINI DE ARRUDA ALVIM - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
ELZA ANTONIA PEREIRA CUNHA BOITEUX - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
ENEIDA HADDAD - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA - UNESP
FLÁVIA PIOVESAN – HARVARD LAW SCHOOL, HARVARD UNIVERSITY - ESTADOS UNIDOS
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
FRANCESCO SIDOTI – UNIVERSITÀ DI AQUILA - ITÁLIA
FAUZI HASSAN CHOUKR - FACULDADES DE CAMPINAS - FACAMP
GISELDA M. F. NOVAES HIRONAKA - FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO – FADISP
HELENO TAVEIRA TORRES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
ILTON GARCIA DA COSTA - UNIVERSIDADE ESTADUAL NORTE DO PARANÁ - UENP
JOÃO DÁCIO ROLIM – QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON - REINO UNIDO
JOSÉ REINALDO LIMA LOPES- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
JORGE LUÍS MIALHE - UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA - UNIMEP
JULIO ROBERTO DE SOUZA PINTO – PÓS-GRADUAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS - BRASÍLIA
KAZUO WATANABE - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
LUIS EDUARDO SCHOUERI - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
LUIS RENATO VEDOVATO - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP
MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUCSP
MARCOS AUGUSTO PERES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
MARIA CRISTINA DE CICCO – UNIVERSITÀ DI CAMERINO - ITÁLIA
MARIA PEREZ PEREIRA – UNIVERSIDAD FRANCISCO DE VITORIA - ESPANHA
MICHAEL J. FLOYD – CUMBERLAND SCHOOL OF LAW, SAMFORD UNIVERSITY - ESTADOS UNIDOS
RAPHAEL DE CARVALHO VASCONCELOS - UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO -UERJ
RICARDO HASSON SAYEG - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI – SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI - ITÁLIA
ROQUE ANTONIO CARRAZZA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
WAGNER BALERA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
WLADIMIR CERVEIRA DE ALENCAR – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ

CONSELHO CIENTÍFICO:

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS
ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
ARNOLDO WALD
CANDIDO RANGEL DINAMARCO
ESTEVÃO MALLET
HAMILTON DIAS DE SOUZA
JOÃO GRANDINO RODAS
KATIA MARIA ABUD
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
NEWTON DE LUCCA
SERGIO SEIJI SHIMURA
WAGNER MENEZES
ANTONIO CARLOS MARCATO
ANTONIO HERMANN DE V. BENJAMIN
ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO
EDUARDO REALE FERRARI
GEORGETTE NACARATO NAZO
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ
LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES
NELSON NERY JUNIOR
PAULO DE BARROS CARVALHO
VICENTE PLÁ Y TREVAS

CONSELHO CONSULTIVO:

ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
ANTONIO JOSÉ DA COSTA
CÁSSIO DE MESQUITA BARROS JUNIOR
CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO
DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI
FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETO
MANOEL ALCEU AFFONSO FERREIRA
MILTON PAULO DE CARVALHO
ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO
REGINALDO FERREIRA LIMA
SÉRGIO SALOMÃO SCHECAIRA
TERESA CELINA ARRUDA ALVIM
WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO
ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL
ANTONIO CARLOS MATHIAS COLTRO
CARLOS ROBERTO HUSSEK
DANIEL WILLIAN GRANADO
DOMINGOS SAVIO ZAINAGHI
JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO
LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO
MARIA CRISTINA ZUCCHI
NELSON MANNRICH
PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO
RITA GIANESINI
THEREZA CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM
VANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI
YOSHIAKI ICHIHARA

REVISORES DESTA EDIÇÃO:

ALFREDO ATTIÉ JUNIOR
ANTONIO CARLOS MARCATO
BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI
ERNESTO ESTEVES
JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ
MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA
WAGNER MENEZES
ANGELO DEL VECCHIO
ANTONIO CARLOS MORATO
EDUARDO REALE FERRARI
FAUZI HASSAN CHOUKR
LUÍS RENATO VEDOVATO
RICARDO HASSON SAYEG

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N. 4 Nova Série

2019 PRIMAVERA/VERÃO

Semestral

ISSN da versão impressa: 2236.5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

Todos os artigos científicos aqui publicados foram apreciados por membros do Conselho Editorial, Conselho Científico e/ou Conselho Consultivo da **Academia Paulista de Direito (APD)**, ou ainda, por Revisores especialmente convidados para a edição, com sistema de avaliação D*ouble Blind Peer Review*, preservando a identidade de autores e avaliadores e garantindo a impessoalidade e o rigor científico necessários para a avaliação de um artigo.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** é uma revista empenhada em assegurar os mais elevados padrões de ética e boas práticas na publicação, baseando-se no Código de Conduta e Normas de Boas Práticas para Editores de Revistas do Comitê sobre Ética na Publicação – COPE (http://publicationethics.org).

Todos os colaboradores desta edição da **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**: concordam que a publicação de seu artigo é feita em caráter exclusivo, em meio eletrônico; cedem seus direitos autorais de publicação; autorizam a indexação de seu artigo em bases de dados nacionais e internacionais, diretórios, bibliotecas digitais e bases bibliométricas em que a **Polifonia** estiver e vier a ser inserida.

Os nomes e endereços informados na **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** são usados unicamente para serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou à terceiros.

Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236.5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com

presidencia@apd.org.br

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N. 4 Nova Série

2019 PRIMAVERA/VERÃO

Semestral

ISSN da versão impressa: 2236.5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO:

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO
BRIEUC PONT
CAIO PRATA
CARLOS VINICIUS SILVA PINHEIRO
CLAUDIA LOUREIRO
DANIELA BUCCI
FÁBIO KONDER COMPARATO
FLÁVIO AUGUSTO SARAIVA STRAUSS
GABRIEL COIMBRA RODRIGUES ABBOUD
GABRIEL SANJULIANO TOZATO
GEORGHIO TOMELIN
JULIÁN CUASPA ROPAÍN
LIZ HELENA S. DO AMARAL RODRIGUES
MARCOS ANTONIO DO CARMO JR.
MATHEUS PRESOTTO E SILVA
NAIARA ALVES DA SILVA
NELSON FARIA DE OLIVEIRA
PAOLA BETTAMIO MENDES
RODOLFO MILHOMEN SOUSA
TERESA CRISTINA D. MONICA KODAMA
VICTOR SIQUEIRA SERRA
VITÓRIA LOMBELLO

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

NOTA DO EDITOR – EDITOR'S NOTE:

A realização do Primeiro Congresso Internacional da **Academia Paulista de Direito (APD)**, nos dias 03, 04 e 05 de Dezembro de 2018, cujo tema foi a "Declaração Universal de Direitos Humanos em seus setenta anos," constituiu um marco na história da Academia Paulista de Direito, bem como o coroamento do projeto relativo a seu protagonismo jurídico-político, iniciado em agosto de 2017, em continuidade aos anseios de seus fundadores e fundadoras.

Na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na sala Ruy Barbosa Nogueira, com a participação da Universidade de São Paulo, da Faculdade de Direito da mesma Universidade, dos Consulados Gerais da Espanha, da França, de Portugal, e o apoio dos Consulados Gerais da Grécia e da Suíça, bem como com a participação da Universidade de Campinas, da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, das Faculdades de Campinas, do Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, da Comunidade dos Juristas de Língua Portuguesa e da Editora Tirant lo Blanch, da Faculdade de Educação da USP, realizaram-se nove Mesas de Trabalho, com a presença de alguns dos mais ilustres juristas brasileiros e internacionais, assim como de cientistas sociais de relevância internacional.

Foram realizadas trinta e seis palestras e dezessete exposições de submissões de trabalhos de pesquisa aprovadas.

O Congresso contou ainda com a participação do Professor Enrique Ricardo Lewandowski, Ministro do Supremo Tribunal Federal e da Doutora Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União, Professores e Professoras, Pesquisadores e Pesquisadoras da USP, Mackenzie, PUCSP, PUCCAMP, FACAMP, UNICAMP, FESPSP, London University, Universidad Fancisco de Vitória, do CEDES, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia-Geral da União, do Tribunal de Justiça de São Paulo, da CJLP, da UNESP, da AMSUR, da

University of Columbia Law School, da Trevisan Escola de Negócios, da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, da Procuradoria do Município de Araraquara, da Sociedade Internacional de Criminologia, da Universidade Toledo, do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, da Comissão de Justiça e Paz, da Faculdade de Educação da USP, de Acadêmicos e Acadêmicas, de Pesquisadoras e Pesquisadores da **Academia Paulista de Direito (APD)**.

No curso do Congresso, a Academia homenageou com o título de Acadêmico Emérito o Professor Fábio Konder Comparato e o Ministro José Gregori, salientando a importância de seus trabalhos dedicados à causa dos Direitos Humanos.

O programa do Congresso pode ser consultado no link: **https://apd.org.br/congresso-2018-programa/**

O número 4 da **Polifonia Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, além do artigo relativo à Seção Memória, publica importantes contribuições apresentadas no Congresso, bem como as pesquisas submetidas a julgamento pela Comissão de Juristas encarregada de apreciar os trabalhos enviados para o evento.

Os temas giram em torno não apenas do assunto principal do Congresso, mas igualmente, aprofundam a análise das contribuições francesa à Declaração Universal e espanhola e portuguesa à Constituição Brasileira de 1988, que completava trinta anos de promulgação.

Com o presente número, que realiza o primeiro ciclo de dois anos de edição da Nova Série da revista da **Academia Paulista de Direito (APD)**, o projeto e a missão desta que se põe como uma das mais importantes instituições jurídicas e comunidade de juristas do Hemisfério Sul, indicando claramente a organicidade de sua constituição e dos trabalhos que desenvolve, não apenas por seus Acadêmicos e Acadêmicas Titulares, mas sobretudo, pelas pesquisas realizadas pelos mais de 50 pesquisadores e pesquisadoras ligados aos ACADEMIA PESQUISA, Centros, Núcleos e Institutos de Pesquisa, Estudos, Participação e Extensão à Sociedade, criados a partir de 2017.

O movimento que anima a **Academia Paulista de Direito (APD)** diz respeito não apenas à revivescência dos ideais acadêmicos, num processo civilizacional iniciado na Antiguidade e que percorre a história da construção dos ideais de educação presentes nas mais importantes instituições de ensino internacionais e brasileiras, mas sobretudo, o renascimento do ideal universitário, inaugurado na Europa dos séculos XI a XV, processo cultural de que Academia participa

ativamente, de modo individual e por meio de parcerias importantes que empreende, no âmbito nacional e internacional.

Assim o movimento universitário no Brasil e em São Paulo iniciou-se em 1827, com a criação dos cursos de Ciências Jurídicas e Sociais em São Paulo e Olinda, passando, no século XX pela criação de importantes universidades, entre as quais se destaca a Universidade de São Paulo, em 1934, que hoje se constitui na mais importante instituição universitária da América Latina, tendo sido o berço em que se constituiu a Academia Paulista de Direito, em 1972.

A realização do Congresso Internacional na Faculdade de Direito da USP revestiu-se, portanto, de simbolismo importante, no encadeamento desse projeto de retorno às fontes e de renovação, que é o processo civilizacional de expansão e aprofundamento da dignidade do direito e de sua conjunção com as demais áreas da ciência e das artes.

As Universidades que se fundaram no Brasil, e em São Paulo, sobretudo, participam e fazem desenvolver a chama inicial de tal processo civilizacional, principalmente aquelas que participaram da fundação da **Academia Paulista de Direito (APD)** e das que, por intermédio de seus Acadêmicos e Acadêmicas, vêm participando do desenvolvimento dos propósitos iniciais.

A proposta original da **Academia Paulista de Direito (APD)**, que se encaminha desde agosto de 2017, implica-se radicalmente em reconstruir e reavivar os ideais que levaram estudantes e mestres a criar o movimento universitário, a partir do final do século XI, na Europa. Nesse aspecto, na própria constituição dos ACADEMIA PESQUISA, estão referidas as artes liberais, como modo de garantir a independência e autonomia da missão acadêmica, bem como o comprometimento de relação estreita com a sociedade, seus movimentos e suas instituições, no sentido de criar clima educacional e de pesquisa que permita a virtuosa evolução da formação das futuras gerações, em um projeto nacional e internacional de valorização da paz, da justiça e da democracia.

A construção histórica dos direitos humanos representa esse processo civilizacional e comunga dos ideais que a **Academia Paulista de Direito (APD)** tem buscado constantemente salientar e valorizar.

O leitor e leitora de Polifonia tem nos 4 números publicados a evidência da riqueza do processo de construção referido, bem como da produção acadêmica.

Em 2020 e 2021, a par da continuidade dos ACADEMIA PESQUISA, renovados com a chegada de mais Núcleos e Centros, dentre os quais se destaca o Centro Internacional da Paz, Justiça, Solidariedade e Transformação de Conflitos de São Paulo, o ACADEMIA DA PAZ, a Academia também iniciará a realização, em parceria com outras instituições, de seus cursos de especialização e extensão, voltados ao fechamento desse ciclo sistêmico e virtuoso revelado por seu protagonismo jurídico e político, marcado pelos princípios que regem a ordem internacional dos Direitos Humanos, o Rule of Law e a Democracia, bem como por seu compromisso com a formação das gerações futuras.

A **Academia Paulista de Direito (APD)** deseja enraizar sua missão inovadora, que se consubstancia no processo de criação de ambiente e de material para o aprimoramento dos juristas brasileiros, em nível de excelência, que se possa emparelhar e mesmo superar as expectativas brasileiras, americanas e internacionais. O número expressivo de juristas brasileiros, mormente em exercício na advocacia, e de alunos e alunas dos cursos jurídicos, cujo número supera os existentes em todo o mundo, não deve significar o abandono a projetos fáceis de mera informação e sujeição a relações de ordem comercial ou de consumo. Pelo contrário, é necessário empreender um projeto ousado de alto nível, que permita aos profissionais das várias áreas a realização profissional e pessoal, mas ainda o entendimento da missão civilizacional do direito, portanto o cumprimento das expectativas da sociedade brasileira e internacional, na construção de uma ordem de igualdade, liberdade e solidariedade.

É o desafio aceito, e compartilhado pela **Academia Paulista de Direito (APD)**, missão criada pela própria Academia, de modo pioneiro, para cujo processo de engenharia e execução convida toda a sociedade, seus movimentos e suas instituições, no acolhimento e compartilhamento de seus sonhos de invenção e efetivação da democracia.

ALFREDO ATTIÉ JR
TITULAR DA CADEIRA SAN TIAGO DANTAS
PRESIDENTE DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

ORAÇÃO NA CERIMÔNIA DE RECEBIMENTO DO TÍTULO DE ACADÊMICO EMÉRITO DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

ORATION AT THE SÃO PAULO LAW ACADEMY'S EMERITUS FELLOW TITLE GRANTING CEREMONY

Fabio Konder Comparato[1]

Excelentíssimo Senhor Doutor Alfredo Attié Jr., DD Presidente da Academia Paulista de Direito,
Excelentíssimos Senhores Acadêmicos,
Minhas Senhoras e meus Senhores,

Permitam-me iniciar esta oração, prestando uma homenagem de profundo respeito e saudade à memória do Eminente Professor Goffredo Telles Júnior, Fundador desta Academia, e primeiro titular da Cadeira que Vossa Excelência ocupa, Senhor Presidente. Tive a honra de ter sido discípulo do Professor Goffredo, e com ele aprendi que a dignidade da pessoa humna não se limita à qualidade de ente racional, mas compreende também – e eu diria sobretudo – a capacidade de amar e buscar a felicidade alheia.

Justamente neste evento, em que se comemoram os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os 40 anos da promulgação da Constituição do Reino da Espanha, os 42 anos da promulgação da Constituição da República Portuguesa e os 30 anos da promulgação da nossa Constituição, parece-me indispensável frisar que o Direito não é um simples sistema de técnica normativa, por meio do qual se realizam quaisquer objetivos, mas sim a forma de se regular a vida humana em função dos grandes valores éticos, expressos em princípios fundamentais.

Na dogmática jurídica, denominam-se princípios as normas fundamentais, das quais derivam normas particulares para situações determinadas. Os princípios jurídicos

[1] Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor da Universidade de Paris. Doutor Honoris Causa da Universidade de Coimbra.

correspondem pois, perfeitamente, no mundo contemporâneo, àquelas leis "não escritas, inabaláveis, divinas", de que falou Antígona no famoso diálogo com Creonte.

Em se tratando de Constituições, os princípios formam, or conseguinte, a sua essência normativa. A Constituição Brasileira vigente declara, aliás, logo em seu primeiro Título, os **princípios fundamentais** sobre os quais se assenta todo o nosso ordenamento jurídico, a saber, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político.

No passado, nem todos os princípios constitucionais vinham expressos na *Carta Magna*, mas eram considerados como seus pressupostos lógicos. Nos Estados Unidos, por exemplo, o princípio da necessária adequação de todas as normas legais à Constituição não foi expresso no texto original desta, publicado em 1787, mas declarado pela Suprema Corte ao julgar em 1803 o caso *Marbury v. Madison*.

Em matéria de organização das instituições propriamente políticas, o Direito moderno fixou três grandes princípios: a República, a Democracia e o Estado de Direito. Na Constituição Federal de 1988, eles vêm expressos logo no primeiro artigo, a saber:

> *Art. 1º. – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...).*

Em nossa vida política, porém, nenhum desses princípios tem vigência efetiva, como se passa a ver.

A expressõ *res publica*, no direito romano, significava justamente o que é comum ao povo romano. O substantivo neutro *publicum* designava o domínio público, ou seja, o que era propriedade do povo romano; e o substantivo *publicus*, - *a*, -*um* indicava o que concerne ao povo romano. Com a habitual concisão latina, Cícero põe na boca de Cipião, o Africano, a definição precisa: *"bem público é o bem do povo"* (*res publica, res populi*)[2]. Na época moderna, porém, o conceito de república passou a significar, simplesmente, o regime político oposto à monarquia. Por outro lado, com o advento da civilização capitalista, estabeleceu-se a supremacia do interesse privado sobre o bem público.

[2] De re publica, livro primeiro, XXV-39.

Ora, a colonização europeia do continente americano estabeleceu-se sob a influência decisiva do espírito capitalista, ou seja, com o predomínio absoluto do interesse privado sobre o bem público.

No Brasil, já em 1627 Frei Vicente do Salvador anotava: "Nem um homem nesta terra é repúblico, nem zela e trata do bem comum, mas cada um do bem particular". Em 1654, na famosa prédica de Santo Antônio aos Peixes, pronunciada na igreja matriz do Maranhão, o Padre Antônio Vieira fez questão de lançar aos potentados locais a seguinte advertência:

> *"Importa que daqui por diante sejais mais repúblicos e zelosos do bem comum, e que este prevaleça contra o apetite particular de cada um".*[3]

Acontece que essa supremacia do interesse privado sobre o bem público permanece até hoje, em flagrante desrespeito à normatividade constitucional.

O segundo grande princípio político expresso na Constituição Federal é o da Democracia.

Conceitualmente, segundo a tradição grega, trata-se do regime da soberania do povo. Na época moderna, porém, essa soberania efetiva nunca foi aceita pela buguesia, a partir da Idade Moderna, quando ela se tornou a classe dominante. Mas, por outro lado, seguindo a sua tradição particular de dissimulação, a partir das primeiras revoluções da época moderna, a burguesia sempre procurou esconder essa realidade e apresentar-se como fazendo parte do povo soberano.

A Constituição Federal de 1988, ao repetir o princípio tradicional de que *"todo poder emana do povo"*, acrescenta que este o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, *"nos termos desta Constituição"*. Esta última expressão não é de pura forma, pois apesar de haver introduzido em nosso odenamento constitucional os institutos do plesbicito, do referendo e da iniciativa popular legislativa (art. 14), os quais somente foram regulamentados 10 anos depois pela Lei n. 9709, de 18 de novemro de 1998, a Constituiçao acrescentou sorrateiramente, em seu art. 49, inciso XV: *"é da competêcia exclusiva do Congresso Nacional, autorizar o referendo e convocar plesbicito"*. Ou seja, reafirmamos o

[3] Obras Completas do Padre Antônio Vieira – Sermões, vol. VII, Lello & Irmao, Editores, Porto, 1951, pp. 268/269.

princípio da soberania exclusivamente representantiva. Tudo continua, pois, como dantes, no quartel de Abrantes.

Na verdade, a democracia como regime político sofre hoje , no mundo todo, uma crescente desconsideração. No Brasil, segundo pesquisa que acaba de ser realizada em toda a Américc Latina, apenas 34% dos entrevistados declararam apoiar esse regime político, uma das percentagens mais baixas de todo o continente.

Já a teoria Rechtsstaat, elaborada pela doutrina jurídica germânica no final do século XIX em reação aos abusos Reich Imperial, designa uma organização política na qual todo os poderes estatais são controlados, segundo o princípio de que a todo poder corresponde uma responsabilidade do mesmo grau (keine Herrschaft ohne Haftung); ou seja, quanto mais estensa e profunda a competência, maior a responsabilidade do agente.

Mas já quando da elaboração do conceito moderno de Constituição, ao final do século XVIII, entendia-se que finalidade última desse corpo superior de normas jurídicas consistia em limitar os dpoderes de todos os agentes públicos. Assim é que, na abertura da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispôs peremptoriamete, em seu artigo 16:

> *"Toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".*

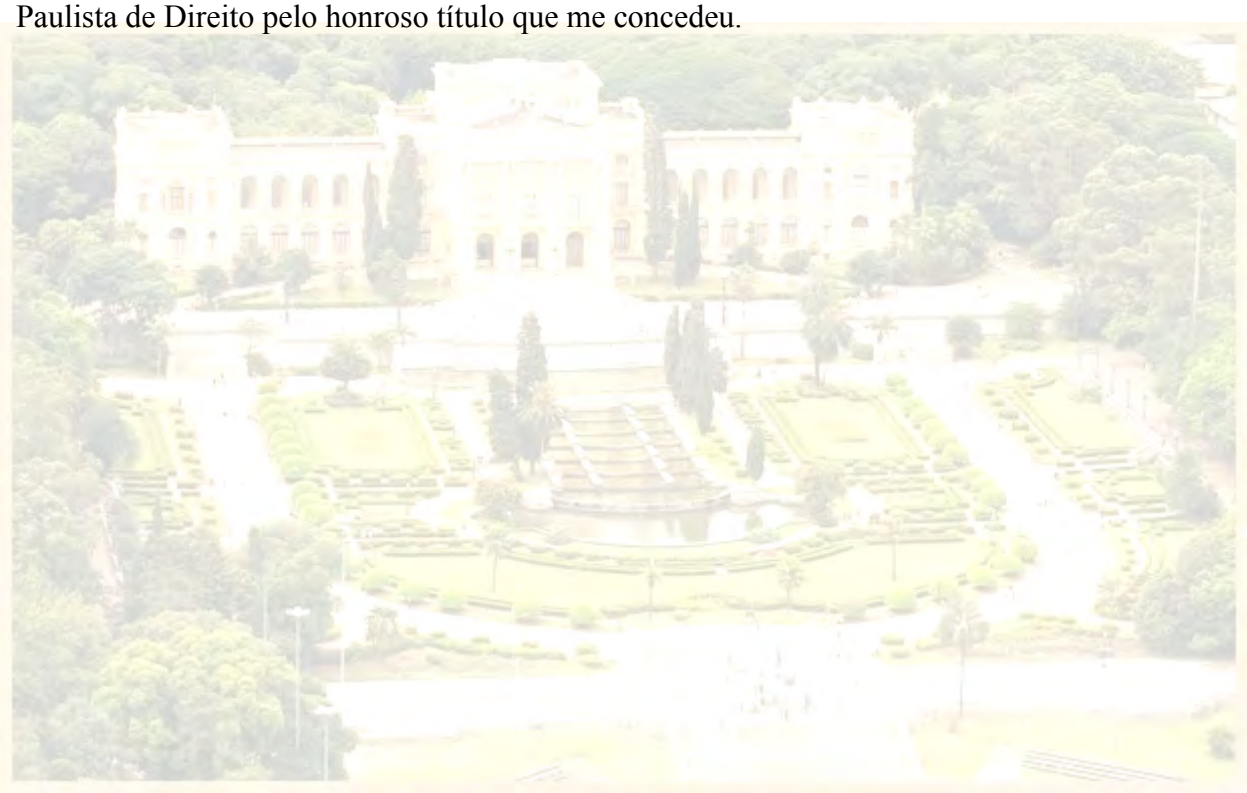
Ninguém ignora, no entanto, que o nosso sistema de garantia dos direitos e de separação de poderes deixa muito a desejar. E a razão é simples: tais sistemas fundam-se no princípio da igualdade de todos perante o direito (ou, como sempre disseram os franceses, perante a lei). Mas tal princípio nunca foi aceito neste País, pois as instituições da escravidão e do latifúndio deixaram profundas marcas em nossa sociedade.

Tomemos a esse respeito um só exemplo, referente ao Poder Judiciário que é, oficialmente, a insituição estatal tradicionalmente encarregada de fiscalizar a aplicação do princípio do Estado de Direito.

Em 2009, a Emenda Constitucional n. 61 criou o Conselho Nacional de Justiça, cabendo-lhe, além de outras atriuições, "zelar pela autonomia do Poder Judciário e pelo cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura" (Consituição Federal artigo 103 – B).

É perfeitamente escusado afirmar que o Supremo Triunal Federal faz parte do Poder Judiciário e que os Ministros que o integram estão submetidos às regras do Estatuto da Magistratura. Surpreendentemente, porém, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade 3.367, do Distrito Federal, o Supremo Tribunal decidiu taxativamente que "o Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros". Ou seja, o mais elevado Tribunal do nosso país não est´sujeito a controle algum, dentro ou fora do Poder Judiciário. Os magistrados que o integram podem, por conseguinte, ser classificados, sob esse aspecto, como perfeitamente irresponsáveis.

Ao concluir esta oração, desejo manifestar minha gratidão a ilustre Academia Paulista de Direito pelo honroso título que me concedeu.



DIREITOS HUMANOS

HUMAN RIGHTS

Artur Marques da Silva Filho[1]

A doutrina dos direitos humanos estabelece que eles constituem um plexo de direitos básicos de todo e qualquer ser humano.

Os direitos humanos em espécie podem ser divididos em algumas categorias, como os direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, e direitos difusos e coletivos. Dentre esses, podem ser enumerados os direitos à vida, à propriedade privada, às liberdades de pensamento, de expressão e de crença, à igualdade formal e material. Incluem-se também os direitos ao trabalho, à educação, à saúde, à previdência social, à moradia, à distribuição de renda, à paz, ao progresso, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como os direitos de consumidor, o direito à inclusão digital, dentre outros.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas dispõe em seu primeiro artigo que "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

Muitas declarações de direitos humanos emitidas por organizações internacionais regionais põem um acento maior ou menor no aspecto cultural e dão mais importância a determinados direitos de acordo com sua trajetória histórica.

Um dos documentos mais antigos que se vinculam aos direitos humanos é o Cilindro de Ciro, que contém uma declaração do rei persa Ciro II depois de sua conquista da Babilônia em 539 a.C. Foi descoberto em 1879 e a Organização das Nações Unidas o traduziu em 1971 a todos os seus idiomas oficiais. Pode ser resultado de uma tradição mesopotâmica centrada na figura do "rei justo", cujo primeiro exemplo conhecido é o rei Urukagina, de Lagash, que reinou durante o século XXIV a.C. O Cilindro de Ciro apresentou características inovadoras, declarando a liberdade de religião e a abolição da escravatura. Assim, tem sido

[1] Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

valorizado positivamente por seu sentido humanista, sendo descrito inclusive como a primeira declaração de direitos humanos.

Nessa tradição também se destaca Hamurábi da Babilônia e seu famoso Código de Hamurábi, que data do século XVIII a.C.

Os direitos humanos foram também positivados na Carta Magna da Inglaterra, de 1215, e na Carta de Mandén, de 1222, conforme as visões e paradigmas de seu tempo.

Portanto, os direitos humanos foram forjados ao longo da história, através de debates realizados por filósofos e juristas.

A conquista da América no século XVI pelos espanhóis resultou em um debate sobre direitos humanos na Espanha, marcando a primeira vez em que se discutiu o assunto na Europa.

Com a Idade Moderna, os racionalistas dos séculos XVII e XVIII reformularam as teorias do direito natural, deixando este de estar submetido a uma ordem divina. Para os racionalistas, todos os homens são, por natureza, livres, e têm certos direitos inatos de que não podem ser despojados quando passam a viver em sociedade. Foi esta corrente de pensamento que acabou por inspirar o atual sistema internacional de proteção dos direitos do homem. A evolução destas correntes veio a dar frutos pela primeira vez na Inglaterra, e depois nos Estados Unidos.

A Magna Carta (1215) deu garantias contra a arbitrariedade da Coroa, e influenciou diversos documentos, como o Habeas Corpus (1679), que foi a primeira tentativa de impedir as detenções ilegais.

Durante a Revolução Inglesa, a burguesia conseguiu satisfazer suas exigências de obter alguma segurança em face dos abusos da Coroa e limitou o poder dos reis sobre seus súditos, proclamando a Lei de Habeas corpus em 1679. E, em 1689, o Parlamento impôs, a Guilherme III de Inglaterra, na Carta de Direitos (ou Declaração de direitos), uma série de princípios sobre os quais os monarcas não poderiam legislar ou decidir.

A Declaração Americana da Independência surgiu em 4 de julho de 1776, na qualconstavam os direitos naturais do ser humano que o poder político deve respeitar. Esta declaração teve como base a Declaração de Virgínia proclamada em 12 de junho de 1776, onde estava expressa a noção de direitos individuais.

A primeira declaração dos direitos humanos da época moderna é a Declaração de Direitos de Virgínia de 12 de junho de 1776, escrita por George Mason e proclamada pela Convenção da Virgínia. Esta medida influenciou Thomas Jefferson na declaração dos direitos

humanos insculpida na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América de 4 de julho de 1776, assim como também influenciou a Assembleia Nacional francesa em sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual definia o direito individual.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 1789, e as reivindicações ao longo dos séculos XIV e XV em prol das liberdades, alargaram o campo dos direitos humanos e definiram os direitos econômicos e sociais.

A noção de direitos humanos não experimentou grandes mudanças até o século seguinte. Mas, com o início das lutas operárias, surgiram novos direitos que pretendiam dar solução a determinados problemas sociais através da intervenção do Estado. Neste processo, são importantes a Revolução Russa e a Revolução Mexicana.

Desde o nascimento da Organização das Nações Unidas em 1945, o conceito de direitos humanos se tem universalizado, alcançando uma grande importância na cultura jurídica internacional.

Porém, o momento mais importante na história dos Direitos do Homem, é o período de 1945 a 1948. Em 1945, os Estados tomaram consciência das tragédias e atrocidades vividas durante a 2ª Guerra Mundial, criando então a Organização das Nações Unidas (ONU) com a missão de estabelecer e manter a paz no mundo. Foi através da Carta das Nações Unidas, assinada em 20 de junho de 1945, que os povos exprimiram a sua determinação "em preservar as gerações futuras do flagelo da guerra; proclamar a fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres, assim como das nações, grande e pequenas; em promover o progresso social e instaurar melhores condições de vida numa maior liberdade". Dessa forma, a criação das Nações Unidas simboliza o esforço pela criação de um mundo de tolerância, de paz, de solidariedade entre as nações, e que faça avançar o progresso social e econômico de todos os povos.

Os principais objetivos das Nações Unidas passam por manter a paz, a segurança internacional, desenvolver relações amigáveis entre as nações, realizar a cooperação internacional resolvendo problemas internacionais econômicos, sociais, intelectuaais e humanitários, desenvolver e encorajar o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais sem qualquer tipo de distinção.

Assim, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento fundamental em nossa

sociedade, já que quase todos os documentos relativos aos direitos humanos a têm como referência, sendo também referida por alguns Estados em suas constituições.

No dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral da ONU adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Posteriormente, em 1950, o dia 10 de dezembro foi estabelecido pela ONU como Dia Internacional dos Direitos Humanos.

A Assembleia da República de Portugal, em reconhecimento à importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovou em 1998 uma resolução na qual instituiu o dia 10 de dezembro como o Dia Nacional dos Direitos Humanos.

Nada obstante tenha extraordinária importância, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não obriga juridicamente os Estados. Por esse motivo, após sua promulgação foi necessária a preparação de inúmeros outros documentos que especificassem os direitos presentes na declaração e, assim, forçassem os Estados a cumpri-la. Foi nesse contexto que, no período entre 1945-1966, nasceram vários documentos, dentre os quais se destacam os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966.

A Organização da Unidade Africana proclamou em 1981 a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que reconhecia princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e adicionava outros que tradicionalmente haviam sido negados na África, como o direito de livre determinação e o dever dos Estados de eliminar todas as formas de exploração econômica estrangeira.

Mais tarde, os Estados africanos que acordaram a Declaração de Túnez, em 6 de novembro de 1992, afirmaram não se poder prescrever um modelo determinado universal, já que não podem se desvincular as realidades históricas e culturais de cada nação e as tradições, normas e valores de cada povo. A Declaração de Bangkok, emitida por países asiáticos em 23 de abril de 1993, e a do Cairo, firmada pela Organização da Conferência Islâmica em 5 de agosto de 1990, seguem linha similar.

Durante a Guerra Fria, a visão ocidental-capitalista dos direitos humanos, centrada nos direitos civis e políticos, como a liberdade de opinião, de expressão e de voto, se opôs à visão do bloco socialista, que privilegiava a satisfação das necessidades elementares, mas suprimia a propriedade privada e as possibilidades de discordar e de eleger representantes em eleições livres.

Assim, a Carta Internacional dos Direitos do Homem constitui-se da soma da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dos dois pactos efetuados em 1966 (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos,

Sociais e Culturais), bem como dos dois protocolos facultativos do Pacto dos Direitos Civis e Políticos (que, em 1989, aboliu a pena de morte).

Em 1979, em uma conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos, Karel Vasak propôs uma classificação dos direitos humanos em gerações, inspirado no lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade).

Em tal classificação, os direitos humanos de primeira geração seriam os direitos de liberdade, compreendendo os direitos civis, políticos e as liberdades clássicas. Os direitos humanos de segunda geração ou direitos de igualdade constituiriam os direitos econômicos, sociais e culturais. E os direitos humanos de terceira geração, chamados direitos de fraternidade, seriam o direito ao meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos.

Posteriormente, com os avanços da tecnologia e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Genoma Humano aprovada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a doutrina estabeleceu a quarta geração de direitos como sendo os direitos tecnológicos, tais como o direito de informação e o biodireito.

O jurista brasileiro Paulo Bonavides defende que o direito à paz - que segundo Karel Vasak seria um direito de terceira geração -, merece uma maior visibilidade, motivo pelo qual constituiria a quinta geração de direitos humanos.

A eficiência do atual sistema de proteção dos direitos humanos no mundo foi questionada, em 2016, pelo então secretário-geral da Anistia Internacional, Salil Shetty. No relatório anual da organização, descreveu-se a ineficácia do sistema frente à crise migratória na Europa, à perseguição aos defensores dos direitos humanos, às violências sexual e de gênero, à impunidade, ao aliciamento de crianças por organizações criminosas, à tortura, à violência policial, à manutenção da pena de morte em alguns países e às remoções forçadas de populações.

DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: 30 ANOS DE VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os direitos humanos no Brasil foram amplamente garantidos pela Constituição Cidadã de 1988, a qual representou o restabelecimento do regime democrático no país e a ampliação dos instrumentos de defesa dos direitos civis e liberdades públicas.

A Constituição Federal consagra no artigo 1º o princípio da cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

No artigo 5º estão previstos o direito à vida, à privacidade, à igualdade, à liberdade, além de outros conhecidos como direitos fundamentais, que podem ser divididos em direitos individuais, coletivos, difusos e de grupos.

Os direitos individuais têm como sujeito ativo o indivíduo humano, enquanto os direitos coletivos envolvem a coletividade como um todo e os direitos difusos abarcam aqueles não passíveis de quantificação e nos quais não é possível identificar os beneficiários. Por sua vez, os direitos de grupos são, conforme o Código de Defesa do Consumidor, direitos individuais "homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

A história dos direitos humanos no Brasil está vinculada à história das constituições brasileiras.

A Constituição de 1824 garantia direitos liberais, nada obstante concentrasse o poder nas mãos do imperador. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos contidos na constituição tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Porém, devido à dissolução da constituinte, foi rejeitada em massa.

A Constituição de 1891 foi a primeira constituição republicana e garantiu sufrágio direto para a eleição dos deputados, senadores, presidente e vice-presidente da República, mas impediu que os mendigos, os analfabetos e os religiosos pudessem exercer direitos políticos.

Com a Revolução de 1930, houve desrespeito aos direitos humanos, quadro que só seria recuperado com a Constituição de 1934.

Em 1937, com o Estado Novo, a proteção aos direitos humanos era quase inexistente. Tal situação somente se modificou em 1946, com uma nova constituição, que vigeu até 1967. Registrou-se certo retrocesso na proteção dos direitos humanos, instituindo-se restrições ao direito de reunião, além de outras formas de violação das liberdades.

E, com a promulgação da Constituição de 1988, restaurou-se com ênfase os direitos fundamentais.

É de concluir, portanto, que além do sistema de proteção insculpido na Constituição Federal, que completa trinta anos de vigência, o Brasil, sendo membro da Organização dos Estados Americanos, ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, fazendo-a ingressar no ordenamento pátrio com status de norma supralegal, ou seja, de menor hierarquia que a Constituição Federal, mas de maior hierarquia em relação à legislação pátria infraconstitucional.

CONFERÊNCIA SOBRE A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS POR OCASIÃO DO CONGRESSO INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

CONFERENCE ABOUT THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS ON THE OCCASION OF THE INTERNATIONAL CONGRESS OF THE SÃO PAULO LAW ACADEMY

Brieuc Pont[1]

INTRODUÇÃO

O mundo celebra no dia 10 de dezembro o 70° aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos com um senso de responsabilidade por sua história. As raízes desta Declaração estão ligadas a momentos gloriosos e, por vezes, mais sombrios, do passado da França: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a abolição definitiva da escravatura em 1848, o caso Dreyfus e a criação da Liga dos Direitos Humanos em 1898, o preâmbulo da constituição de 1946. Logo após a Primeira Guerra Mundial, Paul Valéry advertiu a humanidade: "Nós, civilizações, sabemos agora que somos mortais." No entanto, será necessário um segundo conflito mundial para empurrar as Nações a superar seus antagonismos e se dotarem de uma arquitetura de direito multilateral mais eficaz que a muito falível Liga das Nações: a Organização das Nações Unidas, cujo secretário-geral Dag Hammarskjöld dirá mais tarde que ela não foi criada para levar a humanidade ao paraíso, mas sim para protegê-la do inferno.

No coração dos ideais que a ONU trouxe desde a sua fundação, 73 anos atrás, estão aqueles transmitidos pela filosofia iluminista e seus herdeiros universalistas. Era natural, neste contexto, que a abóbada desse templo se apoiasse em colunas sólidas, institucionais e filosóficas, destinadas a preservar tanto as nações como o indivíduo da híbris, por trás do escudo do direito, que protege os fracos contra os poderosos, a minoria contra a maioria. Este é o significado dos Direitos Humanos, que, para além de uma dimensão coletiva, protegem cada indivíduo desde o nascimento. Esses direitos são universais, não internacionais, porque fazem da proteção de cada um a pedra angular do sistema, para além mesmo do interesse

[1] Cônsul Geral da França em São Paulo.

nacional. Universais, sim, e não internacionais, os Direitos Humanos proíbem qualquer forma de relativismo cultural que poderia negar, em nome de interesses particulares, religiosos ou políticos, ou em prol de costumes, a igualdade entre os Homens, fundamento desta nova ordem humanista.

O compromisso da França com o multilateralismo e os Direitos Humanos nunca foi negado; este legado de valores universais foi levado adiante e também realizado por personalidades excepcionais como René Cassin, cujo idealismo e força de convicção conduziram as nações, na sequência de um terrível conflito mundial, em uma mesma linha universal.

Eis o forte vínculo que une a França e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Mas esse vínculo único, que é motivo de orgulho, também nos torna responsáveis, certamente mais do que outros, e permanentemente, pela ação de nosso país em termos de respeito aos Direitos Humanos — e não apenas por intermédio de nossa diplomacia. Proclamar-se "o país dos Direitos Humanos" é afirmar uma exigência muito grande e grande humildade, já que nosso texto fundador de 1789 foi enriquecido por fontes externas, da Carta Magna de 1215 à Declaração dos Treze Estados Unidos da América (Declaration of the Thirteen United States of America) de 1776, que é o fruto de uma maturação nas lojas e salões de ambos os lados do Atlântico e que lembra tanto aos Franceses quanto aos Americanos a memória de Thomas Jefferson, de Benjamin Franklin, do Marquês de Lafayette e do Conde de Rochambeau.

Os Direitos Humanos não foram totalmente ignorados no plano do direito internacional antes da Segunda Guerra Mundial; poderíamos falar de uma pré-história dos Direitos Humanos, começando com o Congresso de Viena em 1814-1815, cujas decisões embora pouco conhecidas são importantes: a condenação da escravidão, que é o ponto de partida do grande movimento abolicionista do século XIX; a garantia dos direitos obtidos pelos Judeus em alguns Estados alemães e a recomendação de estendê-los a outras regiões; a garantia das propriedades dos indivíduos, apesar das mudanças dos limites territoriais.

Por outro lado, no século XIX, observa-se o desenvolvimento da prática de verdadeiras intervenções humanitárias, particularmente em torno do Mediterrâneo, lideradas principalmente pelas marinhas britânica e francesa. A problemática dos direitos das minorias étnicas e religiosas (de natureza diferente, porque dizem respeito a grupos e não a indivíduos, mas ainda assim co-relacionadas) entrou no direito internacional com o ato final do Congresso de Paris em 1856, e o Tratado de Berlim em 1878, ambos contendo certas disposições nesta

área, proibindo as discriminações étnicas ou religiosas.

Nenhum desses dois tratados, no entanto, concedeu, no mínimo, um direito de intervenção a Estados estrangeiros para fazer cumprir efetivamente os compromissos assumidos, ou mesmo para instituir qualquer procedimento de apelação no exterior, por parte dos indivíduos ou de grupos alegando serem lesados pelo Estado do qual eram nacionais.

Essa questão, no entanto, conheceu um importante avanço com os tratados de minorias assinados pelos novos Estados criados em 1919. Esses tratados deram certo direito de inspeção à Liga das Nações para a proteção das minorias, colocando um freio nas tentações opressoras pela primeira vez.

O verdadeiro ponto de partida de nosso assunto, levando para o nível internacional os princípios codificados no século XVIII em um contexto nacional (embora já com uma afirmação universal) pelas declarações de direitos norte-americanas e, em seguida, francesa, foi a Carta do Atlântico proclamada por Roosevelt e Churchill em 12 de agosto de 1941. Ela tornou-se o programa de paz dos Aliados diante das potências do Eixo, e ela retomou as "quatro liberdades" definidas pelo presidente Roosevelt (liberdade individual, liberdade de pensamento e de religião, liberdade com relação às necessidades econômicas, liberdade com relação às ameaças à segurança). Desde o encontro Inter-Aliado realizado em Londres em 24 de setembro de 1941, René Cassin, então novo Comissário nacional da França Livre encarregado da Justiça e da Instrução Pública, declarou em nome do Comitê nacional Francês que "a consagração prática das liberdades essenciais do homem era indispensável para o estabelecimento de uma verdadeira paz internacional", o que trouxe a questão dos direitos humanos para o campo das relações internacionais.

Nos anos do pós-guerra, o significado dos direitos humanos no contexto da ONU era muito claro: tratava-se de afirmar e definir os valores em nome dos quais as Nações Unidas tinham lutado contra o nazismo e o fascismo. Um primeiro passo foi a definição do crime de genocídio pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 11 de dezembro de 1946. Tratava-se também, as autoridades francesas foram desde o início muito claras sobre este ponto, de evitar que violações sistemáticas dos direitos humanos por um determinado regime, sob a cobertura de sua soberania interna, implicassem um perigo de guerra internacional.

1. O PAPEL DETERMINANTE DE RENÉ CASSIN

René Cassin desempenhou um papel determinante na elaboração da declaração

de 1948 sucessivamente como membro da comissão de estudos estabelecida em Paris em dezembro de 1944 para preparar a posição da França sobre o projeto de Organização Mundial elaborado em Dumbarton Oaks, depois como delegado do governo francês como especialista das comissões ou conselhos competentes da ONU, e como presidente da comissão consultiva de direitos humanos junto ao Quai d'Orsay. Ele tinha uma concepção realmente exigente e intervencionista neste campo, afastando o biombo da soberania dos Estados. Ele achava, por exemplo, que o trabalho do Tribunal Internacional de Nuremberg era muito insuficiente em termos de princípios jurídicos: o tribunal não havia qualificado o crime de genocídio, contentando-se com "crime contra a humanidade". Cassin lamentava que esse tribunal "não ousasse cravar a tela impenetrável" que o Estado interpõe entre o ser humano e a comunidade internacional que quer protegê-lo, recusando, em particular, levar em consideração os crimes contra a humanidade cometidos pelos nazistas desde 1933, em casa, e não apenas a partir da entrada na guerra em 1939, em território alheio. Ao mesmo tempo, René Cassin foi um grande estrategista e notável articulador, tanto na França quanto internacionalmente. Ele mesmo explicou: era necessário levar em conta "ao mesmo tempo a meta a ser perseguida sem qualquer concessão, ou capitulação, no interesse da humanidade, e a necessidade de prosseguir em etapas para levar em conta as resistências a superar em realidades presentes ou futuras".

René Cassin estava ciente da necessidade de progredir com prudência e estabeleceu ele mesmo a filiação da declaração de 1948 no longo prazo: a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, a supressão da escravidão em 1848, a criação, em 1898, na época do Caso Dreyfus, da Liga Francesa de Direitos Humanos, rapidamente imitada em outros países: "Assim se afirma, com uma continuidade impressionante, a ação de um povo em favor do reconhecimento e do respeito em todos os lugares dos direitos comuns a todos os seres humanos e de importância fundamental não só para o indivíduo, mas também para qualquer sociedade verdadeiramente democrática e para a Paz internacional". Essa continuidade foi reafirmada desde 1933: Hitler havia deixado a Liga das Nações para protestar contra uma resolução de origem francesa reafirmando o necessário respeito dos direitos humanos pelos Estados, mesmo quando não estivessem vinculados aos tratados sobre minorias celebrados em 1919.

Desde o inverno de 1940, franceses e britânicos tinham começado a imaginar uma futura "declaração internacional de direitos humanos". Em 1946, o preâmbulo da nova constituição expandiu a noção de direitos para incluir os direitos econômicos e sociais. E

desde o início de seus trabalhos, em dezembro de 1944, a comissão de estudos da futura organização internacional criada pelo Governo, da qual Cassin era membro, havia considerado muito insuficiente neste campo o projeto de uma organização internacional que acabara de ser estabelecido pelos Aliados em Dumbarton Oaks. A França propôs, portanto, uma emenda que incluía o respeito aos direitos humanos nos propósitos essenciais da ONU, bem como a introdução do conceito de "ameaça à paz", para permitir que a ONU contornasse o princípio da soberania dos Estados.

René Cassin, no entanto, sugeriu uma estratégia prudente e gradual. De fato, o princípio da soberania dos Estados foi reafirmado pela Carta das Nações Unidas. A ONU devia, portanto, priorizar a garantia de que os próprios Estados garantissem os direitos humanos em suas legislações internas. Em caso de violação, a ONU apelaria primeiro para a cooperação do Estado em questão. Seria apenas no caso de violações graves e sistemáticas dos direitos humanos que a ONU poderia considerar uma "pressão imperativa ou mesmo uma coerção". Para esta última, só poderia ser "uma jurisprudência progressiva a ser criada, em cada ocasião, até o momento em que se pudesse formular uma doutrina". Em termos imediatos, era necessário assegurar que a elaboração da declaração de direitos humanos fosse acompanhada de um estudo das medidas que possibilitariam garantir sua eficácia. Deve-se notar que a posição cautelosa e gradual de Cassin também lhe permitiu manter um mínimo de consenso na própria França, entre os juristas: nas reuniões da comissão de direitos humanos estabelecida no Ministério das Relações Exteriores, em particular as realizadas em novembro de 1947, ficou claro que alguns juristas gostariam desde o início de dotar a declaração de convenções vinculantes, enquanto outros queriam deixá-la como mera declaração de alcance puramente moral.

O que estava em jogo era obviamente o problema crucial: a relação entre a defesa dos direitos humanos pela ONU e o respeito à soberania dos Estados. É certo que René Cassin, ainda que muito consciente da necessidade de dotar a declaração de acordos de aplicação, não queria correr o risco de ver toda a empreitada entrar em colapso: a prioridade para ele era claramente o voto da Declaração, que tinha em si mesma um imenso valor a seus olhos, e que não era necessário arriscar, no ambiente internacional cada vez mais difícil desde 1947, ao comprometê-la por uma precipitação excessiva sobre os acordos de aplicação, que despertavam muito mais relutância. Como todos aqui sabem, as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, por mais difíceis que sejam de negociar, não possuem outro caráter vinculante além do da palavra dada. Elas têm, portanto, apenas valor moral. É essa prioridade

que explica em grande parte sua atitude e sua ação em todo esse assunto. Por outro lado, René Cassin ficou muito rapidamente ciente de que a Declaração poderia ser desviada para um propósito puramente político, especialmente pelos adversários das metrópoles coloniais.

2. O ANTEPROJETO DE CASSIN

A Carta das Nações Unidas, adotada em São Francisco em abril de 1945, refere-se frequentemente aos direitos humanos, mas seus autores não quiseram defini-los, limitando-se a estipular (artigo 68) que o Conselho Econômico e Social da Organização estabeleceria uma comissão "para o avanço dos direitos humanos". No início de 1946, o Conselho Econômico e Social criou uma "comissão preparatória" para a questão dos direitos humanos. O governo francês nomeou o professor René Cassin, que desde então se tornou vice-presidente do Conselho de Estado. O ponto essencial é que havia naquele momento um consenso completo entre René Cassin e os responsáveis do Quai d'Orsay para interpretar de maneira ampla o papel da ONU na questão dos direitos humanos e para ultrapassar o respeito absoluto pela soberania nacional, em consonância com a Carta, que estabelecia "o dever de ação e intervenção do Conselho de Segurança se uma violação grave, repetida ou sistemática dos direitos do homem dentro de um país, for susceptível de ameaçar a paz internacional". Com base no trabalho da Comissão Preparatória, o Conselho Econômico e Social decidiu estabelecer a Comissão de Direitos Humanos, composta por 18 membros, cada um representando um Estado membro das Nações Unidas. Realizou sua primeira sessão do dia 2 de janeiro até 10 de fevereiro de 1947 e criou um comitê de redação (que incluía René Cassin) para finalizar um projeto de declaração. Um grupo de trabalho restrito (Estados Unidos, Reino Unido, França, Líbano) foi encarregado de elaborar um anteprojeto; o mesmo foi redigido por René Cassin e apresentado ao comitê de redação em 16 de junho de 1947; ele continha um preâmbulo e 45 artigos, e foi adotado como base para o trabalho do comitê de redação. Este projeto foi apresentado por René Cassin a título pessoal, e não comprometia de modo algum o governo francês; no entanto, o registro mostra que houve uma certa consulta, é claro, com a secretaria das conferências encarregada junto ao Qual d'Orsay para acompanhar as questões relativas à ONU. Deve-se notar que a comissão estava inicialmente na apresentação de uma proposta britânica para uma verdadeira convenção com mais força legal do que uma mera declaração. Mas o representante soviético propôs que um texto base fosse redigido na forma de um manifesto de declaração; esta proposta foi adotada e foi realizada, como vimos, por

René Cassin. Deve-se notar também que seu anteprojeto reproduziu o conteúdo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, porém acrescentou nesta os direitos políticos, o direito à nacionalidade, à proteção dos estrangeiros e "direitos sociais, econômicos e culturais". Esta última questão seria subsequentemente objeto dos maiores debates e dificuldades na elaboração complexa da Declaração de 1948 e das convenções subsequentes. Mas esta extensão do conceito de direitos humanos, além da declaração de 1789, correspondia à evolução das concepções francesas neste campo, tais como haviam sido formuladas no programa do Conselho Nacional da Resistência e depois no preâmbulo da constituição de 1946. O próprio René Cassin citou este preâmbulo como o exemplo de um excelente ponto de passagem entre a sociedade universal que constitui as Nações Unidas e os direitos dos indivíduos de um determinado Estado.

3. A REDAÇÃO DA DECLARAÇÃO

A Comissão de Direitos Humanos da ONU discutiu o projeto estabelecido entre junho de 1947 e julho de 1948 em sua terceira sessão, culminando em um projeto de declaração com um preâmbulo e 28 artigos, que transmitiu ao Conselho Econômico e Social. O projeto retomava muitos pontos do projeto francês, mas foi um compromisso entre a concepção britânica de uma declaração sucinta, e a concepção soviética de um texto muito extenso.

De fato, René Cassin estava apenas moderadamente satisfeito com os resultados dos trabalhos da Comissão de Direitos Humanos da ONU, que por sua lentidão, só teve tempo para redigir o projeto de declaração sem poder discutir sobre o projeto de pacto e nem as medidas de execução, que a França queria absolutamente que fossem abordadas e resolvidas em conjunto. Não seria melhor mesmo adiar tudo para 1949, dando-se tempo para uma solução global, como defendiam os britânicos? Ao mesmo tempo, havia um evidente interesse político e moral em proclamar a declaração na sessão de 1948 da Assembleia Geral, que seria realizada em Paris. Além disso, seria o centenário da abolição da escravatura pela Segunda República. Havia, evidentemente, também uma questão de prestígio, por isso era necessário que a Declaração fosse votada na sessão da Assembleia do outono de 1948, em Paris, mas, para mostrar que as Nações Unidas estavam planejando levar a um estatuto completo de direitos humanos, "a declaração deveria conter pelo menos em seu preâmbulo uma referência precisa à Convenção e às medidas de implementação que deveriam ser

adotadas a partir de então".

O Conselho Econômico e Social transmitiu o projeto de declaração à Assembleia Geral em 28 de agosto de 1948, foi então objeto de estudo aprofundado pela Terceira Comissão da Assembleia, que dedicou para este fim, nada menos que 83 reuniões (lembrando que esta sessão da Assembleia da ONU foi realizada em Paris). Estas últimas foram muito reveladoras das questões e debates levantados pelo projeto de declaração. Apenas um artigo do projeto inicial não foi modificado.

Primeiro problema: devia-se examinar imediatamente o projeto de declaração, sem esperar, como estava previsto desde o início, o estudo do pacto geral e das convenções especiais entre os Estados, o que fariam entrar com muito mais força no direito internacional, ou as medidas de implementação e de controle necessárias? Alguns países acharam que as três questões deviam ser resolvidas conjuntamente, outros, especialmente a França e os Estados Unidos, pensavam, em vez disso, que era necessário acelerar, para estabelecer uma base inicial. Foi este ponto de vista que prevaleceu, mas entendeu-se que o Pacto e as medidas de implementação seriam considerados em seguida (isto foi finalmente mencionado em uma resolução "relativa à preparação de um projeto de Pacto de Direitos Humanos e de medidas de implementação", anexo à declaração). De forma geral, os debates foram complexos, com centenas de propostas de emendas. O representante francês, René Cassin, desempenhou um papel considerável, apoiado particularmente pelos países da América Latina (que haviam proclamado sua própria Declaração de Direitos Humanos em Bogotá em 1947, enquanto Cuba e Panamá entregaram à ONU seu próprio projeto).

Mas para esses direitos individuais, a Declaração acrescentou direitos sociais, econômicos e culturais. As maiores dificuldades vieram dos países comunistas. Estes últimos, particularmente a URSS, queriam ir muito além na definição dos direitos econômicos e sociais e das minorias nacionais. Moscou também gostaria que o "fascismo" fosse excluído do benefício dos direitos proclamados. Por outro lado, a URSS opunha-se absolutamente à criação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos (proposta australiana) ou a qualquer órgão responsável pelo exame de petições dirigidas às Nações Unidas.

A França, por sua vez, adotou o título de Declaração "Universal" dos Direitos Humanos, opondo-se ao título de Declaração "Internacional", que foi favorecida pelos anglo-saxões e que obviamente tinha um alcance mais limitado. Incluiu na Declaração, em particular, o direito à nacionalidade e os direitos gerais dos intelectuais. No entanto, não conseguiu promulgar o direito de intervenção das Nações Unidas para pessoas apátridas e

requerentes de asilo.

4. O PAPEL DOS DIFERENTES PAÍSES

Houve muitas contribuições para as reflexões no âmbito da ONU, e não apenas da França: os países da América Latina (que haviam proclamado sua própria Declaração de Direitos Humanos em Bogotá em 1947), o Reino Unido, os Estados Unidos, o Líbano, a Austrália (que foi a mais importante para a criação de um verdadeiro tribunal internacional) mostraram-se particularmente ativos. O Líbano, em particular, mostrou-se muito ativo: esperava levar os países árabes vizinhos a reconhecer as liberdades essenciais do indivíduo e especialmente a liberdade das mulheres. A URSS e os países do Leste insistiram desde o início nos direitos econômicos e sociais, culpando os direitos e liberdades tradicionais pelo seu formalismo abstrato. Esta última questão seria subsequentemente objeto dos maiores debates e dificuldades na complexa elaboração da Declaração de 1948 e das convenções subsequentes. Mas essa extensão da noção de direitos humanos, além da declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, correspondia à evolução das concepções francesas neste campo, tais como haviam sido formuladas no programa do Conselho Nacional da Resistência, em seguida, no preâmbulo da Constituição de 1946. Surge a partir da correspondência de René Cassin, que ele colaborou constantemente com muitos homólogos (que haviam proclamado sua própria Declaração de Direitos Humanos em Bogotá em 1947), o Reino Unido, os Estados Unidos, o Líbano, a Austrália (que foi a mais importante para a criação de um verdadeiro tribunal internacional) mostraram-se particularmente ativos. O Líbano, em particular, mostrou-se muito ativo: esperava levar os países árabes vizinhos a reconhecer as liberdades essenciais do indivíduo e especialmente a liberdade das mulheres. A URSS e os países do Leste insistiram desde o início nos direitos econômicos e sociais, culpando os direitos e liberdades tradicionais pelo seu formalismo abstrato. Esta última questão seria subsequentemente objeto dos maiores debates e dificuldades na complexa elaboração da Declaração de 1948 e das convenções subsequentes. Mas essa extensão da noção de direitos humanos, além da declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, correspondia à evolução das concepções francesas neste campo, tais como haviam sido formuladas no programa do Conselho Nacional da Resistência, em seguida, no preâmbulo da Constituição de 1946. Surge a partir da correspondência de René Cassin, que ele colaborou constantemente com muitos homólogos estrangeiros para encontrar soluções de compromisso,

em particular com os representantes britânico, indiano, chinês, dinamarquês para a Comissão dos Direitos Humanos, bem como E. Roosevelt, a representante americana. Um debate subjacente fundamental foi o da defesa das liberdades individuais clássicas, face à ascensão (obviamente apoiada fortemente pela URSS e seus aliados) dos direitos coletivos, econômicos e sociais. Neste âmbito, o trabalho do primeiro relator da Comissão de Direitos Humanos da ONU, Charles Malik, ex-professor de filosofia na Universidade Americana de Beirute e Ministro do Líbano em Washington, foi particularmente vigoroso. Mas foi evidentemente com as representações latino-americanas que René Cassin teve maior afinidade e colaborou de maneira mais constante. Ele mesmo enfatizou esta convergência em um artigo publicado no Le Monde em 23 de outubro de 1948. A América Latina e a França permaneciam fiéis ao lema Liberdade – Igualdade – Fraternidade e "às antigas liberdades clássicas, de expressão e credo". Mas, ao mesmo tempo, os países da América Latina entendiam, como a França com a constituição de 1946, que "o individualismo excessivo do século XVIII e do início do século XIX havia perdido terreno", e países como o Chile, Cuba, Uruguai, México, insistiram na inclusão na Declaração dos Direitos Econômicos e Sociais. O novo equilíbrio dos direitos humanos, do ponto de vista de René Cassin, encontrava sua melhor expressão nessa convergência franco-latino-americana.

5. A VOTAÇÃO DE 10 DE DEZEMBRO DE 1948

Quando o projeto revisto pela Terceira Comissão foi discutido na Assembleia Geral, esta última rejeitou uma série de alterações de origem soviética já rejeitadas pela Terceira Comissão (sobre os direitos econômicos, os povos coloniais, o fascismo). As clivagens políticas e ideológicas introduzidas pela Guerra Fria já estavam bastante aparentes. Em 10 de dezembro de 1948 finalmente, a Assembleia aprovou a Declaração, todos os membros da Organização que votaram a seu favor, com exceção da URSS, de países da Europa Oriental, da África do Sul e da Arábia Saudita que se abstiveram. Além disso, a Assembleia aprovou quatro resoluções: uma sobre o direito de petição, cuja consideração foi encaminhada ao Conselho Econômico e Social; a segunda sobre o problema das minorias, também referida ao Conselho Econômico e Social; uma terceira, de origem francesa, relativa às medidas publicitárias a serem tomadas para assegurar a divulgação da Declaração; e a quarta pedindo ao Conselho Económico e Social que examinasse urgentemente o pacto e convenções internacionais considerados e, em geral todas as medidas necessárias para a

implementação dos termos da Declaração. Paris obtinha neste ponto importante uma satisfação parcial: não havia nenhum indício na própria Declaração de um futuro Pacto, como Paris gostaria que tivesse, mas a Assembleia Geral havia, no entanto, começado a se comprometer com este assunto.

CONCLUSÃO

Obviamente, temia-se em Paris, no clima de uma Guerra Fria bem encaminhada, e com as dificuldades crescentes da União Francesa, a aplicação excessivamente ampla da Declaração dos Direitos Humanos que colocou a França em dificuldades diante de regimes totalitários com meios consideráveis de propaganda e ação externa. A França não estava isolada, como vimos, em sua relutância. Um acordo unânime sobre um pacto de direitos humanos parecia impossível, em parte por causa da divisão ideológica do mundo no contexto do conflito Leste-Oeste, e porque a minoria comunista, não quis aceitar nenhum direito de visão externa; em segundo lugar porque as antigas potências colonizadas – maioria na ONU, se incluídos os Estados Unidos e os países da América Latina –, queriam fazer do Pacto um instrumento para acelerar a descolonização, recusada é claro pelas potências coloniais.

A atmosfera de conflito gerada pela Guerra Fria também incitou cada Estado a guardar zelosamente sua liberdade de ação em relação às pessoas, nacionais ou estrangeiras, sob sua autoridade. Vemos, somente então em 16 de dezembro de 1966, que foram adotados pela Assembleia Geral o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Qual é o futuro? Quais são as perspectivas? Como sabemos, nem a Declaração nem os Pactos aos quais deu origem têm algum efeito nas ordens jurídicas internas das Nações. As do Velho Continente dotaram-se de uma jurisdição supranacional eficaz, que pode ser apresentada como último recurso pelos indivíduos. O Tribunal Penal Internacional com o Estatuto de Roma continua sendo uma ferramenta promissora a serviço do Estado de Direito, mas contestada por muitos Estados. É, no entanto, inegavelmente o caminho a seguir e a França o segue com determinação. Mencionei na introdução desta apresentação um dever, uma exigência para a França, que lhe confere o peso simbólico de país dos direitos humanos, tão bem reconhecido que o ideograma Fa-guo em chinês, significa lafois França e "País da Lei". Esta exigência é também mensurar com lucidez tudo o que resta a ser feito hoje para promover a causa dos direitos humanos. A França continua na vanguarda desta luta, de modo

que tudo o que a Declaração Universal dos Direitos Humanos possibilitou, estes direitos agora incluídos nos textos internacionais fundadores, são universalmente respeitados. O trabalho é imenso. Ele é nobre. Permanece inacabado. Enquanto esses direitos não beneficiarem a todos e a cada um, a França continuará seu compromisso inabalável a seu favor.

A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976 E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 - ASPECTOS HISTÓRICOS, COMPARADO E JURÍDICO

THE 1976 PORTUGUESE CONSTITUTION AND THE 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION - HISTORICAL, COMPARATIVE AND LEGAL ASPECTS

Nelson Faria de Oliveira[1]

Falar das Constituições destes dois países, é um desafio enorme, considerando-se que esta temática e análise comportaria diversos livros e capítulos a respeito, sendo este apenas algumas considerações.

As mesmas estão ligadas a um período histórico e de períodos de governos autoritários, Portugal governado pelo regime de António de Oliveira Salazar, regime este que sucumbiu depois de 48 anos, á determinação dos capitães de Abril, através da Revolução de 25 de Abril, conhecida como Revolução dos Cravos, e no caso do Brasil, governado pelos militares brasileiros, que em um período importante da vida brasileira retomaram a vida democrática e por força disso, foram outorgadas as respectivas constituições, Portuguesa e Brasileira, em Portugal a Constituição de 1976 e no Brasil a Constituição de 1988, a denominada a Cidadã.

A Constituição Portuguesa de 1976, foi consequência da Revolução de Abril, onde os primeiros atos do Movimento das Forças Armadas (MFA) teve essa conotação de ruptura com o regime anterior: implementação do feriado 1 de Maio (dia dos trabalhadores), regresso dos exilados, eliminação da censura, libertação dos presos políticos, etc. enfim, constituir uma verdadeira democracia e com isso a liberdade almejada.

Importante jamais olvidar a figura histórica do Capitão Salgueiro Maia, que conduziu no dia 25 de Abril de 1974 a Revolução dos Cravos, evidentemente auxiliado por outras lideranças e por outros Capitães, os denominados "Capitães de Abril".

Inexplicavelmente, foi injustamente afastado e penalizado pelos governos que se sucederam, morrendo de câncer alguns anos depois, totalmente esquecido.

---

[1] Advogado. Secretário Geral da CJLP - Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa – www.cjlp.org
Presidente do CIC – Centro Internacional de Cultura – www.cic.com.pt

Portugal, com a revolução do 25 de Abril, não teve de imediato um período de estabilidade e de crescimento, ao revés, as divergências surgiram e com isso as diversas crises com a criação dos *PREC – Processo Revolucionário em Curso*, no período denominado *Verão Quente*, que gerava uma nova Constituição outorgada em 25 de Abril de 1976, marcada por uma forte orientação Socialista, na verdade era um pais dividido, entre as forças politicas de centro, direita e esquerda, um caldeirão a ferver.

Fato é que com divergências e lutas pelo poder e tentativas de golpe, como o de 11 de Março de 1975, liderado pelo General António de Spínola, sendo certo que assisti pessoalmente a esse momento histórico, pois estava lá e pude acompanhar de perto e assistir a radicalização da esquerda, com os bancos sendo nacionalizados as propriedades rurais sendo estatizadas, com o agravamento da vinda dos "Retornados" , denominação que foi dada aos portugueses e descendentes que viviam nas ex-colónias, que com a revolução e a independência, tiveram que abandonar tudo e chegavam a Portugal sem qualquer recurso, onde encontraram um Portugal pobre, em crise, com forte desemprego e os recursos do país se exaurindo.

Fato é que este radicalismo de esquerda, gerou de outro lado uma reação muito forte por parte da sociedade mais conservadora, que se insurgiu e reagiu as investidas da esquerda radical, que percebendo a perca da força politica, acabou gerando uma reação dos militares ligados a esquerda, que organizaram uma nova tentativa de Golpe . No dia 25 de Novembro de 1975, os paraquedistas ocuparam o Aeroporto de Lisboa e com isso esperavam a adesão dos militares de todo o pais, mas isso não aconteceu e o golpe falhou e os golpistas foram presos.

Com isso, Portugal seguiu o seu caminho para a democracia e a estabilidade politica e Social, uma nova Constituição ainda com uma ideologia socializante, que veio posteriormente a ser alterada , sendo certo que a Constituição Portuguesa , teve pouco mais que sete alterações até hoje , cumpriu e cumpre a sua missão Constitucional.

O MFA – Movimento das Forças Armadas, substituiu o PREC - Programa Revolucionário em Curso, pelo Processo Constitucional em Curso, as liberdades foram garantidas e a democracia se fortaleceu.

O Golpe de 25 de Abril, a Revolução dos Cravos, teve como consequência principalmente na Europa, a queda das ditaduras, quer seja pela força, quer seja pela abertura, quer seja pela vontade e pressão popular, abriu uma conscientização das demais nações da necessidade da mudança e pouco a pouco, as ditaduras Europeias foram caindo.

BRASIL

No que tange ao Brasil, reinicia uma nova fase a **"Abertura Política"** , no período de 1974 à 1979 pelo Presidente General Ernesto Geisel, e de 1979 à 1985 pelo sucessor Presidente General João Batista de Oliveira Figueiredo, redundando na Constituição de 1988.

As Constituições Brasileira e Portuguesa, apresentam algumas características e uma história que as aproximam, mas ao mesmo tempo as diferenciam quanto a sua eficiência e eficácia, o que nos traz um aprendizado e um alerta para que possamos superar as dificuldades do presente, na busca das soluções para o futuro.

Com efeito a Constituição Portuguesa de autoria do Professor Doutor Jorge Miranda, consequência do processo revolucionário de 25 de Abril de 1974, uma Constituição de 1976 que com sete a alterações, fizeram um Portugal moderno, onde a educação, a segurança e saúde, foram uma bandeira e onde a democracia vingou, as desigualdades passaram a um segundo plano, sendo certo que o povo vive com qualidade de vida, valendo considerar as últimas pesquisas que atribuíram a Portugal o terceiro país mais seguro do mundo. Onde pessoas do mundo inteiro se dirigem para férias, especializações profissionais e também para constituir residência, com a mais ampla segurança, onde os três poderes atuam de forma democrática e harmónica.

A Constituição Brasileira de 1988, fruto da abertura política com uma constituição, que na época, se previu que o Brasil se tornaria um país ingovernável.

Na verdade com a Constituição de 1988, tivemos um caminho para a democracia, mas importante notar que a mesma não trouxe a eficiência necessária para superar as deficiências do país.

Passados mais de 30 anos, o anseio das "*Direitas Já"* movimento da sociedade que exigia a volta da democracia, o Brasil não conseguiu atingir o desejo da população, sendo superado no âmbito internacional por diversas outras nações, que despontam no cenário internacional.

Com efeito, a Constituição que embora tenha amplas liberdades, não conseguiu consolidar e desenvolver o país, promulgada no dia 05 de Outubro de 1988, pela Assembleia Constituinte cujo presidente era Ulisses Guimarães e o Presidente da República era José Sarney.

Curiosamente, importante abrir um parenteses e retornar ao ano de 1985, como todos sabem a tão esperada posse de Tancredo Neves, nunca ocorreu. No dia 14 de

março, véspera de assumir o cargo, o ex-governador de Minas Gerais teve de ser operado às pressas no Hospital de Base, em Brasília. Era o início de um pesadelo que exigiria outras seis intervenções cirúrgicas e se estenderia até sua morte anunciada em 21 de abril de 1985

Embora não tenha tomado posse de fato, no seu lugar a posse foi exercida por José Sarney, o que deixou uma dúvida quanto a este fato jurídico.

Com isso, veio a era Sarney, a nova constituição e o amargo e triste futuro que nos esperava, mas isso é para uma outra discussão.

CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA - 05 DE OUTUBRO DE 1988 – AUTOR: ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

A Constituição Brasileira de 1988, tem um caráter social e amplamente democrático na proteção e bem estar da Sociedade, que vigora até hoje, embora as suas mais de 100 (cem) emendas constitucionais, não tenham conseguido tornar efetiva e realidade no que dispõe.

Uma Constituição com medidas progressistas, onde tem um caráter social marcante, em benefício das classes populares, senão vejamos:

- Redução da jornada de trabalho de 48 horas para 44 horas semanais;
- Direito de greve e de associação sindical;
- 13 º Salário para aposentados e seguro desemprego;
- Fim de Censura – Habeas Data (Acesso a toda a documentação que fale a respeito da pessoa);
- Aumento do período prescricional nas reclamações trabalhistas, que passou de 1 ano para 2 anos, favorecendo as reclamações trabalhistas;
- Respeito a dignidade da pessoa humana;
- Pluralidade política,

Entre outras.

Com a democracia, tivemos o retorno de diversos exilados políticos, gerados na Revolução de 1964, que vieram participar novamente da política nacional, assim como a participação de sindicalistas dos mais diversos, sendo que a influência nos três poderes foi evidente e muito forte, com interesses particulares, onde se olvidou o interesse nacional, alterando o real objetivo da "Cidadã "

A Constituição Federal de 1988, assim o disciplina, nos seus princípios Fundamentais:

> *"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"*

DOS PRINICIPIOS FUNDAMENTAIS

> ***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.*

A Constituição Brasileira, respeitadas a boa vontade dos Congressistas da Assembleia Constituinte, notadamente do Presidente da mesma Dr. Ulisses Guimarães, não conseguiu trazer a esperança para os Brasileiros e as conquistas da nova Constituição Brasileira de 1988 não trouxeram o progresso social almejado, ao revés.

Com isto, a conclusão que se obtém é quanto a eficiência e eficácia de uma constituição utópica e surrealista para a realidade brasileira, que não conseguiu criar instrumentos sólidos para cumprir com os anseios dos brasileiros e dar a segurança necessária que o país precisa, o que a diferenciou da Constituição Portuguesa.

Certo ainda, que temos hoje um país dividido e um risco maior para a democracia, risco este ironicamente gerado pela própria Constituição Democrática de 1988, conhecida como a "Cidadã "

Os fatos que assistimos hoje, com os desdobramentos da Lava – Jato, perpetrados pelas maiores lideranças políticas do país, constituem um verdadeiro atentado a Democracia, ao Mercado, ao livre-comércio, onde podemos questionar a Democracia que temos, onde as maiores lideranças políticas e os grandes empresários, definiam os seus interesses, os seus negócios ao seu bel-prazer, deixando ao largo, ou seja excluindo toda a sociedade e os interesses nacionais, sem olvidar o atentado aos cofres públicos, com prejuízos de bilhões, dizem alguns "o maior roubo de toda a história da humanidade."

Estas foram as palavras do esperançoso Ulisses Guimarães quando da aprovação da Constituição de 1988:

> ***"Declaro promulgado o documento da liberdade, da democracia e da justiça social do Brasil, que Deus nos Ajude e isto se cumpra" -*** Ulisses Guimarães 06/10/1916 – 12/10/1992

O EXERCÍCIO DA CIDADANIA E DOS DIREITOS HUMANOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

THE EXERCISE OF CITIZENSHIP AND HUMAN RIGHTS IN ACCORDANCE TO THE FEDERAL CONSTITUTION

Teresa Cristina Della Monica Kodama[1]

RESUMO:
Este artigo tem como tema o exercício da cidadania e dos direitos humanos à luz da Constituição Federal, demonstrando a importância da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o entendimento prevalente na Constituição Federativa de 1988, a garantia do exercício da cidadania, os direitos humanos e a cidadania, as garantias dos direitos humanos e os instrumentos jurídicos de garantia dos direitos humanos para o pleno exercício da cidadania. Faz-se menção a Espanha e o estado de direito e sobre Portugal e os direitos humanos. Também serão mencionados os princípios constitucionais fundamentais, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e a conclusão sobre a temática.
PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Exercício da cidadania. Direitos humanos.

ABSTRACT: This article has as its theme the exercise of citizenship and human rights in the light of the Federal Constitution, demonstrating the importance of approving the Universal Declaration of Human Rights and the prevailing understanding in the Federal Constitution of 1988, the guarantee of the exercise of citizenship, human rights and citizenship, the guarantees of human rights and the legal instruments guaranteeing human rights for the full exercise of citizenship. Mention is made of Spain and the rule of law and of Portugal and human rights. It will also mention the fundamental constitutional principles, the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil and the conclusion on the theme.
KEYWORDS: Constitutional principles. Fundamental Guarantees. Citizenship.

[1] Procuradora do Estado de São Paulo

1. INTRODUÇÃO

A sociedade almejava e clamava por um Estado Democrático de Direito em que os cidadãos poderiam exercer os seus direitos, tendo os deveres, direitos e obrigações, culminando na construção de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária, com o exercício pleno da cidadania.

Foram elencados os Direitos e Garantias Individuais, restabelecendo-se a inviolabilidade e a liberdade dos cidadãos, com a instituição de inúmeros preceitos e foram especificados alguns temas de grande relevância para a efetivação do Estado Democrático, como as Organizações do Estado e dos Poderes, a Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, a Tributação e do Orçamento, a Ordem Econômica e Financeira, a Política Agrícola e Fundiária e a Reforma Agrária, o Sistema Financeiro Nacional, a Ordem Social, as Disposições Constitucionais Gerais e as Diversas Emendas Constitucionais.

Foram obtidos muitos avanços com a promulgação da Magna Carta, com a instituição de preceitos progressistas, destacando-se a igualdade de gêneros, com a discriminação e criminalização do racismo, vedação a prática da tortura, a prevalência dos direitos sociais dos cidadãos como a saúde, a segurança, a educação e o trabalho.

A Constituição "Cidadã", como foi apelidada, deverá buscar meios para atingir os fins perseguidos.

Todas as pessoas têm o direito ao exercício dos direitos civis, políticos, socioeconômicos, participação e contribuição para o bem-estar de toda a coletividade. Os direitos como cidadãos devem ser exercidos de modo contínuo, por toda a coletividade, resultando na concretização dos direitos humanos. Para se alcançar a plenitude da cidadania, deve ser respeitado o sagrado princípio da igualdade, sem qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, credo, cor ou estado civil, e da viabilidade de todos os integrantes da convivência social, objetivando a liberdade e a justiça.

O exercício da cidadania deve ser exercido de forma plena por todos os cidadãos, sem qualquer opressão, subjugação, devendo enfrentar todos os obstáculos para a defesa e à implementação de seus direitos.

O conceito de cidadania foi ampliado e constitui um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, podendo ser traduzido por um conjunto de liberdades e obrigações políticas, sociais e econômicas.

Ser cidadão hodiernamente implica em exercer seu direito à vida, à liberdade , ao trabalho, à moradia, à educação, à saúde, à cobrança de ética por parte dos governantes.

Todos os cidadãos devem participar, colaborar ou argumentar como deve exercer seus direitos e deveres, sem se deixar oprimir, tampouco subjugar, enfrentando todos os obstáculos para defender e implementar seus direitos.

O direito à cidadania está previsto no Artigo 1º da Constituição Federal, sendo que este artigo define democracia como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político.

Ser cidadão e exercer plenamente a cidadania resulta no respeito e na participação das decisões da sociedade para melhorar suas vidas e a vida de outras pessoas da coletividade.

Exercer a cidadania é, também, pensar no próximo, nas pessoas necessitadas, fazendo com que elas tenham direito à moradia, ao voto, ao vestuário, à educação, à saúde e à segurança em igualdade de condições com todos os cidadãos. Sem essa conscientização e sem a tomada de providências, os direitos dos cidadãos não serão exercidos em sua plenitude e o objetivo almejado não será atingido.

Todos devem pensar na sua condição como cidadão em uma sociedade e devem pensar como um todo.

Este trabalho tem por objetivo dar algumas diretrizes de como os cidadãos podem exercer a cidadania e fazer com que prevalecem os direitos humanos de todos os cidadãos, fazendo com que a sociedade seja soberana, justa, fraterna, mais solidária e mais humana, para que haja um desenvolvimento efetivo de nosso país.

Se cada pessoa olhasse cada ser humano com os olhos do coração, tudo seria diferente, as divergências inexistiriam ou seriam amenizadas.

A luta para o exercício e para o exercício da cidadania e para o cumprimento dos direitos humanos deve ser diária e ser vivida incessantemente, para que haja uma sociedade fraterna e igualitária para todos os cidadãos.

Devemos lutar contra qualquer tipo de injustiças, iniquidades, opressão que insistem em obstar as ações humanas em favor de uma sociedade mais humana, com maior igualdade e justa.

A cidadania confunde-se com os direitos humanos.

Na cidadania existe a busca de mais direitos, maior liberdade, melhores garantias individuais e coletivas. Os direitos humanos são os direitos e liberdades de todos os seres humanos, como a liberdade de pensamento, de expressão e a igualdade perante a Lei.

Não há o conformismo com atitudes estatais, institucionais ou de pessoas que querem obtenção de privilégios, que oprimem e são injustas, contra uma maioria sofrida e desassistida que não tem o direito à liberdade de expressão, que não podem exercer a cidadania conquistada com muita luta, luta esta feita dia a dia e de modo vibrante e latente e que ainda está longe de estar sendo exercida plenamente.

Toda a sociedade deve estar unida para que haja um fortalecimento, para que a condição da pessoa humana seja dignificada e todos os direitos à cidadania sejam cumpridos em sua plenitude, sem qualquer discriminação, além de ser cultivada a riqueza da alma, com a vivência das Leis.

Nesse singelo estudo, iremos trazer algumas questões de grande relevância para a predominância dos direitos da coletividade, associado ao fato de que a cidadania deve ser ensinada a todos os brasileiros desde a tenra idade, com o intuito de formar grandes cidadãos, para que o respeito seja habitual, onde a liberdade de uma pessoa não seja atingida por interferência de outra pessoa, onde o respeito prevalência em sua essência, independente de raça, credo, opção sexual ou visão política.

2. CIDADANIA

Um dos princípios fundamentais que constituem o Estado democrático é a cidadania, conforme preceitua o Artigo 1º, da Constituição Federal.

O cidadão deve estar consciente de que para o exercício da cidadania, deve se considerar um sujeito de direito, onde tem direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, aos direitos civis, políticos e sociais. Devem ser concedidos todos os direitos políticos a todos os cidadãos para pleno exercício, sendo que o Estado tem a obrigação de dar acesso ao conhecimento necessário para que haja uma participação democrática.

Para o exercício da cidadania e para que a democracia seja exercida em sua plenitude, os cidadãos devem se conscientizar de que devem exercer o seu direito de escolher os seus governantes e participem da vida democrática do Estado. Devem vivenciar a vida política de seu país.

Votar é um ato de cidadania e os cidadãos são coadjuvantes desse processo democrático. Um eleitor de dezesseis anos e um de oitenta nos tem o mesmo direito de votar em igualdade de condições, pois são cidadãos.

Todos devem exercer o seu direito de cidadania com embasamento no princípio da igualdade, sem qualquer discriminação de idade, sexo, raça, credo ou estado civil ou de opção sexual.

Também existem deveres que devem ser cumpridos, onde o cidadão deve ter ciência de suas responsabilidades, por fazer parte de uma sociedade, de uma coletividade, de uma nação e do Estado.

Todos devem colaborar para o engrandecimento do país, com a concretização da justiça social, para que o objetivo almejado seja atingido de modo pleno.

Com a participação de todos da sociedade no exercício da cidadania, pode-se chegar ao objetivo de se ter uma convivência social, resultando na paz social e um regime democrático com autenticidade.

A liberdade e justiça devem estar presentes para a plenitude da cidadania, fazendo com que a sociedade se sinta segura, com liberdade e em paz.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

Desde o antigo Egito e a Mesopotâmia existiam instrumentos de proteção das pessoas.

O primeiro código a consagrar os direitos humanos foi o Código de Hamurabi. Podemos citar as ideias de Buda e o surgimento dos direitos humanos diverso do entendimento atual, na Grécia.

O Cristianismo, que prega a igualdade entre os homens, teve muita força para a consagração dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana.

A Igreja católica teve um papel preponderante na viabilidade desses princípios fundamentais.

Antes da promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos, tivemos várias declarações de direitos, sendo o ápice dessa grande conquista para todos os cidadãos em 1948.

Cumpre-nos mencionar que há antecedentes históricos importantes nas declarações de direitos humanos como os da Inglaterra (*Magna Charta Libertatum)*, a *Petition of Right*, (1628); o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689), o *Act of Seattlement (*1701) e a Revolução dos Estados Unidos da América.

A França promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

Durante do constitucionalismo liberal de XIX, tornou permanente os direitos humanos fundamentais, e pode-se destacar, como exemplos, a Constituição Espanhola (1812), a Constituição Portuguesa (1822), a Constituição Belga (1831) e a Declaração Francesa (1848).

4. A APROVAÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal de Direitos Humanos foi aprovada em 1948 na Assembleia Geral das Nações Unidas e é um documento que marca a luta contra a opressão e a discriminação de qualquer espécie, que defende a igualdade de todos e que dignifica os cidadãos, reconhecendo que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser considerados para todas as pessoas.

São direitos essenciais de todas as pessoas, sem qualquer tipo de discriminação de raça, gênero, religião, podem ser civis ou políticos.

São os direitos à vida, à igualdade de tratamento de todos pela Lei, de liberdade de expressão, e podem ser econômicos, sociais e culturais, resultando no direito ao trabalho, à educação e ao desenvolvimento.

Muitos documentos já haviam sido elaborados em defesa dos Direitos Humanos, coibindo atos cruéis, desumanos e injustos, após a Segunda Guerra Mundial que teve seu término em 1945. Documentos como a Declaração de Direitos Inglesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Após a Segunda Guerra Mundial, foi criada a Organização das Nações Unidas, com a finalidade de que a comunidade internacional não aceitasse atos desumanos que ocorreram durante anos em período da guerra.

Houve a participação de cinquenta países para que fosse redigido um rascunho da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, após dois anos, foi elaborado o texto final.

5. DOS DIREITOS HUMANOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DE 1988. A GARANTIA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA.

Direitos humanos são direitos valores, princípios e normas que se referem ao respeito à vida e à dignidade. Podem-se referir a organizações, grupos e pessoas que atuam na defesa desse ideal.

Os direitos humanos são mencionados em declarações, convenções e pactos internacionais, sendo a de maior importância a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Constituição Federal cita no Artigo sobre a preponderância dos direitos humanos nas relações e nos Artigos 5º e seguintes, faz a definição dos direitos e garantias fundamentais. O gozo dos direitos da cidadania é assegurado, resultando na democracia ou no governo do povo.

Só podemos falar em democracia com a existência de igualdade de todos os cidadãos perante a Lei, tendo embasamento nos princípios da participação coletiva e igualdade para todos, frente ao sistema de representação política e de igualdade perante a lei.

Os fundamentos da democracia encontram-se no Artigo 1º, da Magna Carta, e repercutem na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político. A Constituição de 1988, ao mencionar o princípio da prevalência dos direitos humanos, acaba por admitir que esses direitos são de interesse internacional.

Na Declaração Universal de Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, há a definição de direitos humanos e liberdades fundamentais e traça uma ordem política mundial no respeito à dignidade humana ao dar exaltação aos valores básicos universais, passando a tratar de Direito Internacional dos Direitos Humanos. A proteção internacional dos direitos humanos consta em inúmeros textos internacionais.

6. OS DIREITOS HUMANOS E A CIDADANIA.

Os direitos humanos são considerados universais e naturais, se referem à pessoa humana na sua universalidade e são chamados de direitos naturais, que existem antes da Lei, porque se referem à dignidade humana. Os direitos que são naturais e universais são diferentes de direito que fazem parte de um conjunto de direito e deveres ligados ao cidadão de à cidadania. Os direitos dos cidadãos são direitos criados e devem ser especificados em um determinado ordenamento jurídico.

Os direitos universais são direitos comuns a todos os seres humanos, sem distinção alguma de nacionalidade, sexo e opção sexual, cidadania política, cor, religião, classe social, etnia, nível de instrução e etnia.

Os direitos humanos são preservados em sua essência e todos têm esses direitos preservados e merecem ser reconhecidos a todos os cidadãos.

7. DAS GARANTIAS DOS DIREITOS HUMANOS

Existem instrumentos que preservam a garantia dos direitos humanos.

O acesso ao conhecimento, de seu papel de grande importância perante a sociedade, de seu direito como cidadão, maior será a sua integração na sociedade e o pleno exercício da cidadania, podendo lutar pelo cumprimento de seus direitos e de seus deveres.

A conscientização de todos os cidadãos de seus direitos e obrigações, como exercício da cidadania, com a organização e o interesse comum visando à luta pelo bem comum é de grande importância e concede a todos o conhecimento para a plenitude da cidadania.

O respeito ao exercício da democracia e da cidadania tem embasamento na liberdade, a igualdade, na justiça e na paz, sendo que os instrumentos da negociação do diálogo e do debate não atingirão a dignidade e os direitos de cada indivíduo.

8. OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS PARA O PLENO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

A garantia dos direitos humanos está prevista na Constituição Maior e para que os cidadãos possam reivindicar seus direitos precisam saber os principais instrumentos jurídicos contidos na Lei Maior para sua defesa.

O Artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 trata das Garantias e dos Direitos Fundamentais do Cidadão, trata dos direitos e deveres coletivos dos cidadãos.

Apesar de terem sido mencionados alguns instrumentos jurídicos de garantia dos direitos dos cidadãos, alguns instrumentos jurídicos de garantia dos direitos humanos para o pleno exercício da cidadania merecem destaque especial.

O mandado de segurança é um instrumento de garantia dos direitos humanos para a proteção de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Pode ser impetrado o mandado de segurança coletivo por partido político com representação no Congresso Nacional e por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O mandado de injunção é um remédio constitucional é um remédio constitucional onde qualquer pessoa física ou jurídica que se sentir lesada por falta de amparo legal pode impetrar e tem por objetivo suprir uma lacuna da Lei. Em caso de ação coletiva o remédio constitucional cabível será o mandado de segurança.

O *habeas corpus* será concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

A ação popular está regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. A ação popular é um instrumento do exercício da cidadania, sendo que todos os cidadãos têm o direito de se valer desse remédio constitucional com o intuito de controlar os atos e contratos administrativos contrários à Lei e que causam prejuízo ao erário público federal, estadual e municipal e, também, se estendem às autarquias, pessoas jurídicas ou entidades paraestatais que são auxiliadas pelo Poder Público.

O habeas data é um remédio jurídico que pode ser utilizado por pessoa física ou jurídica assegurando o conhecimento de informações relativas a quem impetra esse instrumento, que constam em bancos de dados no Governo ou para a retificação de dados, quando não houver a pretensão de que isso ocorra de forma sigilosa.

A ação civil pública é um instrumento processual utilizado para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais.

O direito de petição se refere a um requerimento, um pedido, ou uma ação onde se solicita ao Poder Judiciário ou à autoridade administrativa, alguma questão relevante de interesse do próprio requerente, de um grupo ou de toda a coletividade, em existência de formalismos. Tem como objetivo a defesa e a prevenção dos direitos e a efetivar uma denúncia por ilegalidade ou abuso de poder.

9. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

Para que seja assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais dos cidadãos, a liberdade, o bem-estar, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores grandiosos de uma sociedade soberana, justa, fraterna, pluralista, livre de

preconceitos, baseada na harmonia social e visando sempre a soluções pacíficas, foram editados pelos legisladores, na elaboração da Lei Maior, os princípios fundamentais que norteiam a sociedade como um todo.

Os princípios fundamentais que constituem o Estado Democrático são: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, conforme consta do artigo 1º, incisos I a V, da Constituição Federal.

Entende-se por soberania o poder político caracterizado pela independência e pela supremacia. O poder político, a independência e a supremacia, respectivamente, significam a possibilidade do uso da força legítima, a independência perante a comunidade internacional e o reconhecimento interno como o maior.

A soberania e autonomia têm conceitos diferenciados. A soberania é caracterizada pelo poder político independente e superior. A autonomia é uma margem de liberdade ou de escolha conferida aos demais entes que não à União. Existe a cidadania quando são concedidos direitos políticos à população, acrescidos da possibilidade do efetivo exercício desse direito pelo povo, sem prejuízo do exercício dos demais direitos, pelo acesso ao conhecimento necessário para que haja a participação democrática.

A dignidade da pessoa humana é o direito assegurado na Constituição Federal dada aos cidadãos para que tenham uma vida mais digna, concedendo direitos à saúde, alimentação, educação, transporte, moradia, dentre outros direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

O fundamento valor social do trabalho e o fundamento livre iniciativa refletem a ordem econômica instituída na República. Disso resulta que a intervenção do Estado na economia se opera de forma mínima e somente em casos especialíssimos, afastando qualquer ligação com o comunismo.

Ao trabalhador é garantido o direito de receber remuneração condizente e digna por seu trabalho.

Por derradeiro, o pilar representado pelo pluralismo político assegura a existência de vários partidos políticos, garantindo a liberdade de associação, manifestação e discussão de vários modos.

A menção esclarecedora e objetiva aos princípios fundamentais que dignificam a condição humana certamente facilitará aos leitores ora o entendimento sobre o exercício de seus direitos.

10. OS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Os objetivos são normas programáticas, que dependem de regulamentação futura. Sua eficácia é limitada, por depender da edição de uma lei regulamentadora de determinado assunto. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a fim de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e outras formas de discriminação.

Para a construção de uma sociedade igualitária, livre de preconceitos e de discriminações, deve haver a conscientização por parte de todos que seus direitos de cidadãos precisam ser exercidos plenamente, combatendo o preconceito, a discriminação e a desigualdade de tratamento.

11. ESPANHA E O ESTADO DE DIREITO

A Constituição Espanhola, que entrou em vigor em 29 de dezembro de 1978, delimita a organização a que devem se submeter os cidadãos e os poderes públicos, tendo sido ratificada em 06 de dezembro de 1976, sendo sancionada pelo Rei em 27 de dezembro de 1978.

Advém da transição espanhola que modifica o regime franquista de 1975, com a morte do ditador Francisco Franco, resultando em uma monarquia constitucional e em um Estado Social e Democrático de Direito sob a forma de monarquia parlamentar, prevalecendo no ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político.

Estabelece-se, assim a monarquia parlamentar, onde o Rei é o Chefe de Estado, como forma de governo, com autonomia dos municípios, províncias e comunidades autônomas.

O Chefe de Estado tem poderes limitados, devendo ser referendado pelo Presidente do Governo, pelo Presidente do Congresso dos Deputados ou por um Ministro.

A escolha dos representantes do povo nas Cortes, por sufrágio universal, por cidadãos acima dos dezoito anos, se baseia no bicameralismo que tem a constituição pelo Congresso dos Deputados e pelo Senado.

A obra *O espírito das Leis*, de Montesquieu, que foi publicada na França em 1748, foi uma fonte de inspiração para a Revolução Francesa e para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão;

A Inglaterra demonstrou que o estado democrático de direito atua em conformidade com as Leis, sendo os direitos humanos o alicerce da sua ação, o que culminou com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.

Em 1948 foi publicada a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em 1949 foi criado o Conselho da Europa que assumiu a Declaração Universal do Direitos Humanos.

Em 1950 houve a criação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, depois com a criação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1986, com alcance limitado.

O estado espanhol é um estado de direito, pois desde 1812, não tiveram significativas divisões de poder5es, sendo que a Constituição de 1931 confere o estado de direito, embasada nos modelos do continente.

Não há estado de direito na era de ditadura de Francisco Franco, sendo que no final de 1977 o estado espanhol foi admitido no Conselho da Europa, acatando plenamente a Resoluções do Tribunal Europeu dos Direito Humanos.

A configuração do estado de direito está prevista nos Artigos 9, 10, 96 e 117 da Constituição Espanhola.

12. PORTUGAL E OS DIREITOS HUMANOS

Em virtude da institucionalização da democracia, da Convenção Universal, bem como dos direitos de liberdade de pensamento, de opinião, de expressão, de reunião e de associação pacífica, e ainda da obrigação para os Estados de organizarem periodicamente eleições livres por escrutínio secreto, da descolonização e a afirmação e prática do respeito dos principais direitos do homem, Portugal passou a ter funções importantes em dois órgãos empenhados na defesa e promoção dos direitos humanos: o Conselho da Europa, que criou a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e a Comissão dos Direitos do Homem da ONU.

A Constituição da República Portuguesa foi decretada e aprovada a 2 de Abril de 1976, em que a "Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os

princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno" (Preâmbulo da Constituição Portuguesa).

Este é um marco importante na defesa dos Direitos Humanos em Portugal, pois há a proibição da discriminação no exercício de direitos, o direito à vida, o direito à liberdade e segurança, direito à liberdade religiosa e de ensino, o direito de reunião e a liberdade de associação. Termina, assim, a censura.

As mulheres tiveram acesso a novas profissões e acesso mais facilitado ao emprego.

A Constituição Portuguesa teve sete revisões constitucionais, em 1982, em 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005, não tendo sido retirada a sua essência no que tange aos Direitos Humanos.

Com o fim da ditadura de quarenta anos por meio de uma revolução, Portugal passa a ser a segunda República, com o término de censura e exílios, com a libertação de presos políticos, e estabelecendo a liberdade e igualdade entre todos, com o respeito pelos Direitos Humanos.

13. O EXERCÍCIO DA CIDADANIA EM SUA PLENITUDE E OS DIREITOS HUMANOS. CONCLUSÃO.

O exercício dos direitos civis, políticos, socioeconômicos, de participação e contribuição para o bem-estar de toda a coletividade, é um direito de todos os cidadãos e dever contínuo, por toda a coletividade, resultando na concretização dos direitos humanos.

O princípio da igualdade deve ser respeitado em sua plenitude para se alcançar a cidadania, sem discriminação de qualquer espécie por motivo de sexo, idade, credo, cor ou estado civil, e da viabilidade de todos os integrantes da convivência social, objetivando a liberdade e a justiça.

Os cidadãos não podem se deixar oprimir e nem se subjugar, devendo defender todos os seus direitos que emanam da Carta Maior, podendo colaborar participar e argumentar como devem exercer os seus direitos e deveres.

O direito à cidadania está estampado no Artigo 1º da Constituição Federal, sendo que este artigo define democracia como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a

dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político.

Ser cidadão e exercer plenamente a cidadania resulta no respeito e na participação das decisões da sociedade para melhorar suas vidas e a vida de outras pessoas da coletividade.

O exercício da cidadania também resulta em pensar em seu semelhante, no próximo, nas pessoas necessitadas, fazendo com que todas tenham os seus direitos preservados e tenham moradia, a vestuário, à saúde, à segurança. à educação, ao voto, em igualdade de condições com todos que convivem na coletividade.

Todos devem se conscientizar para que o exercício da cidadania seja exercido inteiramente.

Os cidadãos devem saber e se apoderar da condição de cidadãos, da importância na sociedade, da condição, da respeitabilidade e da dignificação da condição de seres humanos que merecem viverem em sua sociedade igualitária, livre de sem discriminações e de preconceitos, mais harmônica, mais solidária, soberana, justa, fraterna e mais humana, para que haja um desenvolvimento de nosso país.

A luta para fazer prevalecer o exercício da cidadania em um Estado Democrático, deve diária e duradoura.

Os cidadãos devem exigir que a democracia prevaleça sobre todas as coisas,, pois todos podem ser os autores na construção de uma sociedade com igualdade de condições para todos.

A existência de tratados internacionais de direitos humanos é de extrema importância, porque exigem do Estado o reconhecimento, a proteção e a proteção desses direitos.

14. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**, 1ª ed., 2008;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, Malheiros Editores, 24ª edição, 2009;

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição Federal**, Associação dos Advogados de São Paulo, 2ª ed., 2009;

BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente**, Vade Mecum Saraiva, 10 ª ed., 2016, pág. 1027-1061;

BRASIL, **Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003, Estatuto do Idoso**, Vade Mecum Saraiva, 10 ª ed., 2016, pág. 1117-1126;

CAHALI, Yussef Said, **Dano Moral**, 3 ª ed. Revista dos Tribunais, 2005;

CAPEZ, Fernando, **Direito Constitucional**, 16 ª ed., Damásio de Jesus, 2008;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. Ed., Editora Almedia, 2003;

CENEVIVA, Walter, **Direito Constitucional Brasileiro**, 3. ed., Saraiva, 2003;

CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Maria Ferreira dos; ROSA, Márcio Elias Rosa; CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Constitucional**, 5ª ed., revista e atualizada, Editora Saraiva, 2008;

DINIZ, Maria Helena, **Norma Constitucional e seus Efeitos**, Editora Saraiva, 7ª ed., atualizada, 2006;

FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno Talavera, **Comentários ao Código Civil**, 3ª. ed., revista e atualizada, ed. Revista dos Tribunais, 2014;

GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 13ª ed. revista e atualizada, 2008;

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 11. ed., Revista dos Tribunais, 1985;

GOMES, Orlando, **Introdução ao Direito Civil**, 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983;

NAÇÃO JURÍDICA, **Os 12 Direitos das Mulheres**, Disponível em: http://www.nacaojuridica.com.br/2013/07/os-12-direitos-das-mulheres.html. Acesso em 19 de abr. 2018;

REVISTA DO ADVOGADO, Associação dos Advogados de São Paulo, **Princípios Constitucionais**, Ano XXXII, Outubro de 2012, nº 117

O RESSARCIMENTO NA IMPROBIDADE PRESCRITA: A QUESTÃO DO DOLO "GENERALIZANTE" SEM ENRIQUECIMENTO OU DESVIOS INTENCIONAIS

DAMAGES IN THE CASE OF CRIMINAL ADMINISTRATIVE MISCONDUCT AND THE LIMITATION PERIOD: THE ISSUE OF EXTENSIVELY INTERPRETING THE INTENTION OF THE AGENT IN THE CASE OF ABSENCE OF ENRICHMENT AND MALICE

Georghio Alessandro Tomelin[1]

Roberta de Bragança Freitas Attié[2]

RESUMO:

O presente trabalho propõe a observação do instituto da prescrição como garantia processual enraizada na Constituição Brasileira. Abordando a sua incidência nas acusações de improbidade, demonstra-se a necessidade não de alegar com acrobacias hermenêuticas a imprescritibilidade de tais atos, erodidndo os direitos defensivos, mas sim de pressionar as autoridades pelo aprimoramento da estrutura institucional para que o Judiciário e o Ministério Público não permitam a passagem do prazo quinquenal, nem aguardem a deterioração das provas para agir.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Direito de Defesa. Prescrição.

ABSTRACT:

The paper proposes to understand the legal category of limitation period as a procedural guarantee rooted in the Brazilian Constitution. Addressing its impact on accusations of misconduct, the study emphasizes on the necessity of improving the knowledge and the use of the category as well as the judicial awareness to recognize it.

KEY WORDS: Administrative Misconduct. Defense Law. Limitation Period.

[1] Doutor em Direito do Estado pela USP. Professor de Pós-Graduação stricto sensu. Advogado, consultor e parecerista em direito público. Avocat-conseil auprès du Consulat Général de France à São Paulo.

[2] Advogada Especialista em Direito Privado, foi Diretora da Revista Forense, é Coordenadora do Centro Internacional da Paz, Justiça, Solidariedade e Transformação de Conflitos de São Paulo, vinculado à Cadeira San Tiago Dantas, da Academia Paulista de Direito – PAZ/APD.

O ideia de prescrição[3] está tradicionalmente vinculada, do ponto de vista filosófico, a uma das motivações radicais, que levam o homem a estabelecer regras de direito: "*la urgencia de crear um orden cierto (em las relaciones sociales más importantes) y de seguro cumplimiento.*"[4] Muito embora a segurança, como princípio ou valor estruturante do direito, esteja subordinada a outras valores mais importantes, como a justiça, por exemplo, é inegável que, como diz Recaséns Siches, ela se mostra imprescindível para a realização de tais valores, que lhe são, aparentemente, hierarquicamente superiores: "*para que haya Derecho, és preciso que se dé um orden cierto y de seguro cumplimiento.*"[5]

A segurança jurídica é uma determinação, circunscrita por circunstâncias fáticas, valores, ações, mas sobretudo por um quadro normativo, no qual ela aparece como uma norma-princípio, voltada a proteger o cidadão e a instrumentalizar a ordem jurídica mesma.[6]

Em matéria de direito patrimonial, um dos modos mediante os quais a segurança se expressa é pela garantia da prescrição. Direitos patrimoniais prescrevem. Não fosse assim, o cidadão não saberia nem mesmo por quanto tempo terá que guardar memória sobre a comprovação de seus atos e palavras. Não existe sistema de composição jurídica de conflitos, públicos ou privados, que sobreviva sem uma regra de encerramento das relações jurídicas por decurso de prazo.

Estamos, todavia, em um tempo histórico no qual a inversão da presunção de inocência criou a regra do "defenda-se quem puder e se conseguir". A Constituição é clara no sentido de que apenas após o trânsito em julgado inicia-se o cumprimento da pena condenatória. Claro que cautelarmente situações de risco sempre puderam ser dirimidas pela força das decisões judiciais. Mas a regra de que as penas não-cautelares somente começam a impactar na vida do indivíduo após o trânsito em julgado parece não estar com muito prestígio depois de 30 anos de Constituição "Cidadã".

Em matéria de ressarcimento na improbidade prescrita, foi dada repercussão geral pelo STF no RE 852.475, que ficou assim afetado ao Plenário da Corte Suprema como processo objetivo de discussão da interpretação constitucional sobre as regras legais envolvidas. A tese de fundo que o STF julgou é a da existência ou não de um prazo de prescrição das ações de ressarcimento ao erário público, fundadas em ações de improbidade

[3] Limitation period, em inglês.
[4] Siches, L. Recasens. Tratado General de Filosofia del Derecho. Mexico: Editorial Porrua, 9ª ed., 1986, p. 618.
[5] *op. cit. loc. it.*
[6] Veja–se, a propósito o estudo exauriente de Ávila, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. São Paulo: Malheiros Editores, 5ª ed., 2019, p. 119 e seguintes.

designadamente prescritas, posto ajuizadas após o prazo de cinco anos.

A Constituição de 88 é clara ao dizer que as ações de improbidade sim prescrevem, pois sempre que se desejou imprescritibilidade esta veio explicitamente lançada no texto constitucional. Isto é assim, ainda que os parágrafos 4º e 5º do art. 37 não refiram em qual prazo, deixando o tema para a lei ordinária (e a doutrina mais autorizada tem aplicado o prazo quinquenal, até que outro seja fixado pelo legislador). Não há dúvidas nisso, e a maior parte dos doutrinadores de peso estão de acordo, sejam eles diretamente da área de direito administrativo, ou de direito processual adjetivo ou de direito criminal substantivo, estas duas últimas atingidas reflexamente pelo tema (assim pensam Celso Antônio Bandeira de Mello, Cassio Scarpinella Bueno, Romeu Felipe Bacellar Filho, Fernando Dias Menezes de Almeida, André Ramos Tavares, Pedro Estevam Serrano, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Emerson Gabardo, Nelson Nery Junior, Alamiro Velludo Salvador Netto, Miguel Reale Junior, entre outros).

Pois bem. O que o STF julgou então em agosto de 2018 foi a possibilidade de (a) ajuizar-se uma ação de improbidade fundada em direito prescrito após o quinquênio legal; (b) tramitar tal ação por 20 ou 30 anos na justiça brasileira; para ao final (c) decidir que a ação que já se sabia prescrita, no concernente ao direito material alegado (o que é unânime entre os Ministros), serviria agora como título judicial para fins de executar-se o ressarcimento da obrigação prescrita, isto é claro, acaso o processo comprove algum dano causado dolosamente por alguém que se tenha enriquecido pessoalmente (e aqui a votação foi por tênue maioria entre os Ministros no RE 852.475 em 08.08.2018).

Imagine-se um exemplo. Um dado caso concreto não era grave, as alegações iniciais eram frágeis e o diligente promotor cuidou de outros temas mais importantes. Na vida real é assim que ocorre na maioria das vezes, pois o promotor ficaria assoberbado se todas as representações tivessem necessariamente que gerar ações de improbidade. Anos depois, algum outro promotor ajuíza ação de improbidade já prescrita em relação ao caso não-grave que ficou parado, ao fundamento de que poderiam subsistir prejuízos ao erário, os quais, se provados, ainda poderão vir a ser ressarcidos mesmo após o prazo prescricional.

É nesse tipo de ação, fundada em direito prescrito (por ação culposa ou dolosa), que agora a Suprema Corte decide que poderá haver cobrança, desde que comprovada a intenção dolosa do agente (com enriquecimento ilícito de seu patrimônio pessoal).

Diga-se, de início, que tal prejuízo por improbidade prescrita dolosa sequer

ocorreu no caso do RE 852.475: seja porque não houve prejuízo (o TCE/SP julgou o caso e ali demonstrou-se a inexistência de qualquer prejuízo ao erário), seja porque não houve sequer alegação de dolo (nem o MP em primeiro grau, nem a sentença, nem o acórdão do TJSP tratam de dolo). E sequer foi ali adotado o rito da ação de improbidade (mas sim o rito da LACP, fundado o direito material no art. 10 da LIA e o ressarcimento no art. 159 do antigo CCB/16). Desse referido Recurso Extraordinário julgado em agosto de 2018, conhecido como Kombigate, não se poderá tirar qualquer indenização. A tese foi fixada no sentido da possibilidade de ressarcimento por improbidade dolosa prescrita. Ocorre que tal possibilidade não existe no caso, pois nenhuma conduta dolosa é imputada aos réus, que não se enriqueceram ilicitamente (até porque o TCE/SP disse que não houve prejuízos para os cofres públicos). E este caso paradigma é relevante pois é a realidade material da maioria das ações de improbidade.

Ademais disso tudo, a Lei de Improbidade foi alterada em 2009, em seu artigo 21, inc. I, para deixar claro que no concernente à pena de ressarcimento este só pode ser pleiteado nas ações não-prescritas, e se houver comprovação individualizada do dano efetivo. Assim, dolosa ou culposa a improbidade, somente haverá ressarcimento contra quem causou efetivamente prejuízo (e nunca por dano ou dolo presumido). Do ponto de vista civilista isto significa que a responsabilidade pelo pagamento é matéria de prova individualizada, e não mais tema que se trate no regime da responsabilidade solidária genérica.

O Ministério Público tem, portanto, a responsabilidade de comprovar os prejuízos efetivos, e não de ajuizar ações genéricas enquadrando as condutas em todos os incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade. É importante ressaltar (e qualquer pessoa que trabalha com tais ações o sabe) que o Ministério Público tem ajuizado ações generalíssimas, empurrando nas costas do magistrado toda a atividade investigativa que deveria ter sido feita na fase de inquérito civil.

No caso julgado pelo STF, em agosto de 2018, com repercussão geral, se discute a redução do valor de dois carros de 1980 e 1984 vendidos em 1995, após mais de uma década de uso em estrada de barro. Com base em uma variação de 25 a 30% no valor dos carros, o autor da ação pede a devolução de todo o preço de venda dos veículos, pois o procedimento de alienação não seria aquele que o Ministério Público julga mais adequado (ainda que a Lei de Licitação não seja peremptória neste sentido).

O STF em verdade decidiu: “senhores prefeitos, quando houver algum bem em vias de se tornar inservível, joguem no lixo, esperem pela força do sol e da chuva, pois o

tempo resolve o assunto". Seria esta, talvez, uma reinterpretação da famosa frase do Juiz Louis Brandeis: "o melhor desinfetante é a luz do sol"? Se fosse adotada a modalidade leilão ou concorrência para venda de bens tão módicos (como pretendeu o autor da ação de improbidade a partir de uma visão desconectada da realidade), o custo das publicações em jornais de grande circulação seria superior ao valor dos veículos alienados.

Não por outra razão, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi alterada em abril de 2018 para inserir em seu art. 22 o princípio do consequencialismo. Estamos em um tempo histórico no qual o óbvio precisa ser escrito com negritos no texto legal. Ninguém pode interpretar as normas de gestão pública sem levar em consideração os obstáculos e dificuldades reais do gestor público. Até porque, a ser assim, qualquer conclusão abstrata é possível, e ninguém mais administra nada em lugar nenhum. Desde a Roma antiga sabemos que "na impossibilidade ninguém está obrigado" ("ad impossibilia nemo tenetur").

Em relação à interpretação da parte final do parágrafo 5º do art. 37 da CF, foi fixada pelo Supremo Tribunal Federal em agosto de 2018 a tese de que: "São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa". Perceba-se que o STF, em sua erudita composição de agosto de 2018, inexplicavelmente parou no plano normativo e se desconectou da realidade jurídica nacional. Se Miguel Reale (1910-2006) ainda estivesse entre nós, ele diria: a "Weltanschauung" (visão de mundo) aniquilou o "Lebenswelt" (mundo da vida). Como tantas vezes ouvimos dele nos saudosos Congressos do IBF (Instituto Brasileiro de Filosofia), quando sempre enfatizava que no tridimensionalismo concreto a famosa tríade deve ser lida sempre em sua imersão na conjuntura.

A tese de que são imprescritíveis os atos de ressarcimento decorrentes de alegada improbidade dolosa prescrita é um contrassenso. Vai contra a Lei, contra a Constituição, e cria um poder, para os mal-intencionados, de utilizarem o dolo como palavra mágica ("Abracadabra: alego que é doloso"). Ou seja, sem a comprovação do dolo específico poderemos ter ações de improbidade fundadas em direito material prescrito. E nestas ações seria de rigor o arquivamento de ofício conforme determina o CPC. Entretanto, tais ações poderão tramitar por 30 anos nas barras dos tribunais, para somente ao final decidir-se que não há o que ressarcir pois ou não há dolo, ou não há prejuízo, ou não há enriquecimento do agente (que pode até ter atuado com culpa). Depois que o Ministério Público ajuizar uma ação contra o um dado sujeito (com a ampla discricionariedade que possui para selecionar réus) onde está o magistrado que de plano determinará o arquivamento de uma ação "ictu oculi"

incabível?

Teremos ações que, frise-se novamente, pelas regras do CPC, estariam destinadas ao arquivamento "de ofício", mas que irão tramitar por décadas consumindo a vida dos réus e o tempo do judiciário. Claro que o art. 18 da Lei de Improbidade obrigaria a que apenas os bens acrescidos ilicitamente sejam recuperados, quando for o caso. O tema é que o Ministério Público não tem ajuizado ações que respeitam este limite legal, sendo certo que a possibilidade de o Judiciário aplicar de plano a inépcia da inicial é praticamente zero. E mais: a baliza sobre o que causou ou não prejuízo, depende de perícia técnica, que muitas vezes se torna impossível em razão dos altíssimos valores de causa lançados a esmo a partir de números reais que refletem o valor total dos contratos e não o prejuízo efetivo ou potencial que seria de rigor.

Perceba-se o perigo de se aceitar que a improbidade está prescrita, mas que a mesma ação de ressarcimento pode, ainda assim, ser ajuizada quando haja mera alegação genérica de ato doloso de improbidade. O perigo está justamente em que os órgãos de controle não possuem estrutura para perscrutar, por antecipação, um mínimo de indícios que aponte para ato doloso de improbidade (pois se tivessem teriam ajuizado a ação a tempo e modo). Isso porque, nos casos em que haja ato doloso de improbidade com enriquecimento ilícito, parece inaceitável que o Ministério Público leve mais de 5 anos do início do prazo prescricional (que ainda conta com causas interruptivas do seu dia inicial) para aí sim começar a persecução judicial. E se havia ato doloso de improbidade, o responsável por deixar de instaurar a investigação a tempo e modo precisaria ser sindicado (como diria Juvenal: "quis custodiet ipsos custodes?").

Que dolo então é este que o STF visualiza e aprova agora, por tênue maioria, 30 anos depois da promulgação da Constituição? Um dolo genérico-em-tese no plano estritamente normativo? Um dolo "abracadabra" desconectado da realidade? Uma palavra mágica que basta ser alegada e assim qualquer ação de improbidade pode ser ajuizada, mesmo que prescrita, ao argumento de que o patrimônio público teria sido lesado em termos de responsabilidade objetiva?

Como compatibilizar essa nova forma de responsabilidade objetiva decorrente de ato prescrito com o texto claro do art. 37, §6º, da CF que assegura "o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"?

Uma tal compreensão facilitaria o mau uso da ação de improbidade, com petições iniciais genéricas que mais se aproximam de uma irregular ação de responsabilidade

objetiva. Em verdadeiros casos de responsabilidade objetiva, basta a comprovação do nexo de causalidade entre o fato e o ato, requerida a prova da intenção do agente em lesar (ou minimamente sua imperícia, negligência ou imprudência no caso de atuação culposa) apenas para fins de imputar responsabilidade pessoal ao agente. Mas aqui, na nova categoria das ações de improbidade prescritas, ditas dolosas (pois o ato culposo foi excluído pelo STF), parece que o Supremo teria criado uma nova forma de responsabilidade objetiva genérica (não categorizável nas fileiras do direito material).

As categorias do dolo e da culpa, pela própria natureza das coisas, não podem residir exclusivamente no plano normativo abstrato, mas sim no plano da realidade. A cosmovisão é importante, mas não pode se desconectar do mundo da vida. Até podemos admitir, como diagnóstico contemporâneo, um Estado Jurislador operando e condicionando a vida em sociedade, o que não significa aceitar a criação de institutos cuja eficácia real seja a de destruir o Estatuto do Cidadão em sua relação com os poderes constituídos (neste sentido ver o "O Estado Jurislador", Editora Forum, 2018).

Após ler e analisar centenas de ações de improbidade, estamos seguros em afirmar que ainda não encontramos uma única ação de improbidade, daquelas "bem estruturadas pelos bons promotores do MP" (e são muitos), que tenha levado mais de um ou dois anos até o ajuizamento (nestes tempos de informática fácil). Os temas sérios nunca passam do prazo quinquenal (e por isso ele foi escolhido por outras normas e recheado de causas interruptivas), até porque depois disso a prova se esfacela.

A porta da Justiça existe para todos. Só não vale matar o jurisdicionado, e depois oferecer à sua família um necrológio de absolvição tardia. Permitir eternamente o ajuizamento de ações de improbidade prescritas, pelo rito da ação de improbidade, destrói o direito de defesa, pois não será possível aos judicialmente sindicados instruírem o seu advogado para um patrocínio razoável da causa que leve a uma defesa eficaz (e pior ainda os herdeiros de o fazerem, se o inquinado já houver falecido após anos e anos passados).

Suporta a regra que tu mesmo fizeste STF. "Tu patere legem quam is fecisti" (aludindo aqui a ordem do general Manlius Torquato, que mandou executar o próprio filho por descumprimento de uma ordem sua). Atender ao reclamo da ineficiência não pode ser meta da justiça. O mesmo Tribunal, que é Corte de Garantias, não pode obliterar o acesso aos meios de prova e defesa, ao argumento de que resquícios de interesse público podem ser buscados por toda eternidade (contra o cidadão e não contra o promotor que deixou de ajuizar a ação a tempo e modo).

Os advogados querem trabalhar. Precisamos que o MP ajuíze as ações enquanto as provas ainda existem, sem o que não há direito de defesa nem segurança jurídica possíveis: "tempo que passa é verdade que foge". Prestigiar a inércia e a preguiça leva apenas à atuação tardia dos órgãos de controle e à impossibilidade de se identificar quem seria o responsável pela atuação vagarosa das competências públicas.

Algumas regras de ouro estão plasmadas em nosso regime constitucional, e se espalham pela legislação de direito material e de direito procedimental brasileiros. São elas.

1. Se até os crimes contra a vida prescrevem, o patrimônio não poderia ter regime infinito sem que isso seja texto expresso da Constituição ("ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus").

2. A Constituição Federal, impondo a prescrição da ação de ressarcimento, obriga os órgãos de controle a agirem com eficiência, e no tempo em que o cidadão ainda tenha condições de amealhar as provas da sua inocência.

3. A isonomia constitucional determina que o prazo quinquenal tenha duas mãos de direção, até que o legislador ordinário validamente aumente o prazo de prescrição das ações de ressarcimento, hipótese de alargamento contemplada no art. 37, §5º, da CF.

4. Tempo que passa é verdade que foge, e não há nada que justifique deixar de levar imediatamente fatos já conhecidos à apreciação do foro competente (perdendo tantos anos para se iniciar uma investigação que tenderá a se esfacelar em ações mal propostas).

5. Fatos novos podem sempre ser trazidos ao conhecimento das autoridades a qualquer tempo, sem esquecer das eventuais causas interruptivas ou suspensivas do prazo prescricional, que aumentam ainda mais o prazo de investigação.

6. Seria um contrassenso entender-se prescrita a ação de improbidade para em seguida obrigar o investigado a litigar em uma conexa ação de ressarcimento despida de fundamento jurídico e causal.

7. Mesmo para os que leem na Constituição a imprescritibilidade do

ressarcimento por improbidade, e para qualquer hipótese de lesão patrimonial pública, a comprovação do prejuízo, da conduta dolosa e do enriquecimento ilícito, condicionam a atuação dos órgãos de controle, sem o que caberia ressarcir e devolver até mesmo o que não se perdeu (e aí perdidos ficam os valores Constitucionais aos quais todos nos filiamos).

A Constituição é mais de dar do que de tirar. Permitir que a interpretação degluta direitos constitucionais representa uma inaceitável autofagia jurídica. O caminhar para a frente do direito e da eficiência não se coaduna com uma visão retrospectiva para uma eternidade pregressa e insindicável.

BIBLIOGRAFIA

AVILA, H. B. Princípios e Regras e a Segurança Jurídica. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, p. 313-330, 2011.

ÁVILA, H.B. Teoria da Segurança Jurídica. São Paulo: Malheiros Editores. 5ª ed. 2019.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. Improbidade administrativa. Prescrição e outros prazos extintivos, Atlas/Gen, 2ª ed., 2016, p. 119.

LISBÔA NEIVA, José Antônio. Improbidade Administrativa. 3ª edição. Niterói: Impetus, 2012, p. 336.

RÉCASENS-SICHES. L. Tratado General de Filosofia del Derecho. México: Purrua, 9ª ed, 1986.

TRINDADE, Reginaldo Pereira. Considerações sobre a prescrição da ação de improbidade administrativa. In: DOBROWLSKI, Samantha. Questões práticas sobre improbidade administrativa. Brasília: ESMPU, 2011, p. 265.

DIREITO AGRÁRIO-CONSTITUCIONAL: UMA CONTRIBUIÇÃO À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

AGRARIAN-CONSTITUTIONAL LAW: CONTRIBUTION TO EFFECTUATION OF HUMAN RIGHTS

Marcos Antonio do Carmo Júnior[1]

RESUMO:

O artigo considera o Direito Agrário inserido dentro do direito privado, de modo a ser necessária a revisitação, releitura ou reinterpretação dos seus institutos a partir das premissas metodológicas da constitucionalização do Direito (PERLINGIERI, 2008).

Para tanto, procura demonstrar, a partir dos influxos constitucionais, que a constitucionalização do Direito Agrário se encontra voltada aos valores essenciais à efetivação da dignidade da pessoa humana e, a reboque, à constituição de uma sociedade mais justa, livre e solidária, de sorte a construir ramo jurídico oxigenado pela desmaterialização (pressupõe repersonalização). Valoriza-se o viés existencialista em detrimento do aspecto patrimonialista (categorias do ser versus ter).

Por fim, conclui que a constitucionalização do Direito Agrário, embora gradual e lenta, traz consigo a efetivação interna das pretensões materiais e existenciais necessárias ao desenvolvimento duma vida humana digna (Direitos Humanos), cuja proteção assenta-se em documentos internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do Direito Agrário. Despatrimonialização. Repersonalização. Direitos Humanos

ABSTRACT:

This article considers the Agrarian Law as inserted in the private law, for this reason, it is necessary to revisit, re-read or re-interpretate its institutes by the methodological premises of the constitutionalisation of Law (PERLINGIERI, 2008).

Therefore, it aims to demonstrate, from constitutional inflows on, that the functionalization of Agrarian Law is focused on essential values for the effectuation of human being dignity and

[1] Mestrando em Direito Agrário pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Público pela UNB. Delegatário do Primeiro Tabelionato de Notas e Registro de Imóveis de Inhumas-GO. Ex-Procurador Federal. Ex-Procurador do Estado em Minas Gerais.

furthermore, the constitution of an equitable, free and solidary society, on the purpose of building a legal propagation oxygenated by the dematerialization (it presupposes repersonalization). The existentialist theory is appraised against patrimonialist aspect (categories of to be vs. to have).

Lastly, it concludes that the Agrarian Law Constituonalisation, although gradual and slow, can collaborate with internal affectivation of material and existential pretension necessary to worth human being development (Human Rights), which protection is registered in international documents.

KEY WORDS: Agrarian Law Constitucionalisation. De-patrimonialization. Re-personalization. Human Rights

1. INTRODUÇÃO

A grande dicotomia direito público e direito privado advém do Direito Romano, cuja base é o famoso trecho de Ulpiano (Digesto, 1.1.1.2): publicum jus est quod ad statum rei romana espectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem - O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à polis ou civitas, o privado à utilidade dos particulares - (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 101). E se arrasta anos a fio no estudo do Direito, alcançando seu ápice no reinado das concepções individualistas e liberais, principalmente no Século XIX e parte do Século XX (LÔBO, 2017, p. 21). Também, não raro, ora se pugna pela criação dum novo ramo (direito social), ora se pleiteia a extinção dos ramos dogmáticos, diante do amálgama das respectivas normas jurídicas.

O Direito Agrário, levando-se em consideração a dita dicotomia dos ramos dogmáticos, encontra-se, numa visão contemporânea, inserido dentro do direito privado. Nesse sentido, cita-se SCAFF (2012, p. 5):

> *Representa este Livro, portanto, nossa tentativa de demonstrar que o Direito Agrário se reafirma como um ramo do Direito Privado - donde provêm seus institutos jurídicos fundamentais -, mas que recebe influências peculiares de outros setores do conhecimento, o que justifica e reforça a sua existência como uma disciplina jurídica dotada de inegável especialidade.*

Pretende-se, destarte, analisar por meio de procedimento monográfico se o Direito Agrário, por se cuidar de ramo do direito privado[2], está a receber os influxos do Direito Constitucional, de sorte a se tornar ramo jurídico repersonalizado e despatrimonializado, oxigenado pelos valores constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, o solidarismo social e a cidadania. Quer dizer que a análise em tela se centra na constatação ou não de constante e permanente releitura constitucional dos institutos e das categorias do Direito Agrário, tendo como pano de fundo os fatos sociais. E, a partir dessa ressignificação *(se houver)*, demonstrar que o Direito Agrário-Constitucional vem ao encontro dos Direitos Humanos, inclusive a caracterizar como mecanismo de materialização e proteção destes.

Não há, tal como exposto outrora por BOBBIO (2007), ordenamento jurídico abstrato, e sim vários ordenamentos jurídicos concretos, concretude essa conduzida a partir da realidade social, porque *a teoria do ordenamento jurídico não pode ser abstrata e geral, válida para todos os tempos e lugares, ela deve corresponder ao momento histórico-jurídico e ao vigente princípio da legalidade* (PERLINGIERI, 2008, p.10).

A metodologia adotada por PERLINGIERI (2008) implica inexoravelmente considerar o caráter axiológico, racional e unitário da Constituição da República, de sorte a considerá-la como *centro* de todo o ordenamento jurídico. É a centralidade da Constituição da República. Centralidade essa que traz consigo a imperiosidade de realçar as categorias do *ser* e do *ter*, a partir da constitucionalização do Direito Agrário.

Mas não é só. O Direito Agrário, considerado, para fins do presente trabalho, como direito privado - *repita-se*, não pode ter seus institutos e categorias traduzidos e reduzidos a neutralidade e a a-historicidade, de modo a acarretar visão individualista, patrimonialista, voluntarista e liberal; excludente e egoística, portanto. O solidarismo humanista impõe-se; ao contrário do que se propunha nos Séculos XVIII e XIX, séculos nos quais o Estado Liberal e individualista norteava o ordenamento jurídico, impondo as Codificações europeias.

O Direito Agrário traz, a reboque, institutos e categorias jurídicas cunhados sob a ótica liberal e individualista, pela qual prevalece ainda a autonomia da vontade (leia-se atualmente: autonomia privada) e a livre-iniciativa, de sorte a imprimir colorido exacerbado

[2] Para fins do presente artigo, vale-se, a despeito das divergências, do Direito Agrário como ramo do direito privado. Tem-se a ideia de que o estudo do Direito Agrário deve ser levado a efeito a partir dos seus institutos jurídicos principais, os quais, como visto acima, advêm do direito privado, tais como propriedade, contratos, sociedade empresária etc.

aos *protagonistas* proprietário e contratante (por exemplo). O primeiro (proprietário) pode usar, fruir e dispor da coisa de modo exclusivo e pleno, respeitando apenas leis e regulamentos, não recebendo os influxos constitucionais nem se atentando aos fatores sociais, filosóficos e políticos que norteiam a sociedade em que vivemos. E mais, pode reivindicá-la de quem a injustamente a possua (atributo reaver), ainda que ele seja descumpridor do funcionalismo da posse ou da propriedade. Enquanto ao segundo (contratante) é dado aprisionar a parte contrária a partir da palavra avençada, ainda que a referida manifestação de vontade venha a reduzi-la à miséria ou a menoscabar os valores constitucionais (*pacta sunt servanda*[3]) ou a atingir um dos atributos da personalidade (privacidade, exemplificando).

Com isso, em meados do Século XX, especialmente pós-segunda Guerra, decorre a necessidade de revisitar os institutos e as categorias jurídicas de direito privado, considerando como pano de fundo os valores constitucionais e normas de ordem pública. Supera-se o liberalismo puro e a autonomia da vontade, individualista e excludente, pelo intervencionismo estatal (publicização do direito privado) e pelo recebimento dos influxos constitucionais (constitucionalização do direito privado). Daí advém esse desenvolvimento dogmático, que se denomina constitucionalização do direito privado, pelo que as reivindicações morais e políticas, que toda a pessoa humana deve possuir (PIOVESAN, 2012, p. 59), embasadas direta ou indiretamente na dignidade humana, na cidadania e na solidariedade social, constituem sua legítima colaboração. Isto é, parte dos *direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na liberdade* (RAMOS, 2005, p. 17) são efetivados, em nível interno, por meio da metodologia da constitucionalização do Direito Agrário.

Portanto, o Direito Agrário, agregado de valores e ideologias próprias, deverá ser norteado sob os influxos constitucionais, passando os seus institutos e suas categorias por revisitação permanente, diante da constitucionalização do Direito Agrário, e, por consequência, colaborando com a materialização e proteção dos Direitos Humanos.

2. DAS PREMISSAS DO PRESENTE TRABALHO

O Direito Agrário, a despeito de suas peculiaridades e de sua especificidade[4],

[3]Do latim: "os acordos devem ser mantidos".

[4]"Não mais se limita o direito agrário a simplesmente regulamentar ou disciplinar as relações que emergem do trato da terra e as atividades agrárias em geral, a posse e o uso da terra, os contratos a reforma agrária, a colonização. Diante de sua evolução, ampliado ficou o seu campo, abrangendo o seguro agrário, a regularização fundiária, a empresa rural, o crédito agrícola, o regime das águas, caça, a pesca (exceto a pesca marítima), a

volta-se, *em grande parte*, à análise, à interpretação e à aplicação de institutos e de categorias extraídas do direito privado, cuja regulamentação coube ao Direito Civil, tais como propriedade rural, parcelamento do solo rural, retificação administrativa de área rural, proteção possessória, contratos agrícolas, empresa agrária, agroindústria e agronegócio.

Institutos de Direito Agrário, como a propriedade, contrato e posse, foram cunhados e desenvolvidos essencialmente nos Séculos XVIII e XIX, no período das Codificações europeias[5], cuja realidade social, política e ideológica impunha concepções individualistas e liberais, de sorte a estremar o público do privado. O Estado (público, grosso modo) não intervinha nas relações civis, ainda que estas pudessem reduzir à miséria a parte contrária[6]. Não havia interferência estatal, seja no âmbito judicial, seja no aspecto executivo, seja no viés legislativo. Os campos eram bem delimitados.

Coube, então, à civilística o desenho de institutos e de categorias do Direito Agrário e, por se cuidar de desenhos levados a efeito sob a ótica individualista, voluntarista, patrimonialista e liberal, implicavam, e ainda implicam, a exclusão de direitos alheios, não raro conflitantes, e forma (modo) egoística de exercer os institutos e as categorias agraristas. Não foi diferente no Estado brasileiro, a reboque das Constituições europeias, especialmente o Código Napoleônico, editou-se o Código Civil de 1916, cuja hermética conduzia-o à pretensão de completude, de sorte a implicar contínua e permanente neutralidade, a-historicidade e liberalidade. Os seus protagonistas eram *o contratante*[7], *o proprietário*[8], *o chefe de família*[9] *e o testador*, cujos preceitos influenciaram os demais ramos do direito,

---

proteção e conservação dos recursos naturais, para os fins de execução da reforma agrária e promoção da Política Agrícola." (RIZZARDO, 2013, p. 23)

[5]"Os revolucionários franceses, que pretenderam instaurar nova sociedade, tendo como centro os direitos e liberdades individuais, rejeitaram o direito antigo e introduziram a codificação, como meio racional de sistematizar em um único corpo legal o direito civil que correspondesse aos novos valores. Portalis, um dos juristas que integraram a comissão que elaborou o Código Civil francês de 1804, disse que a codificação era o espírito do método aplicado à legislação. E o método, no pensamento moderno, inaugurado entre outros por Descartes, era a capacidade de conhecer a verdade somente por meio de certos princípios lógicos e o exercício da liberdade diante de todas as opiniões anteriormente recebidas como verdadeiras. O sentimento emancipador que o racionalismo emprestará ao individualismo será marcante em todos os teóricos liberais e iluministas, que formaram o marco inspirador da codificação liberal." (LÔBO, 2017, p. 27)

[6]Ainda que fira o conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana, exposto da seguinte maneira: "[...] Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)". (BARROSO, 2016, p. 72)

[7]Aos contratos agrários aplicava-se, de modo irrestrito, o princípio da intangibilidade, não havia mitigação ao princípio do *pacta sunt servanda* por valores não expostos na legislação.

[8]Os atributos da propriedade rural, quais sejam, *usar, fruir/gozar, dispor e reaver* eram exercidos e aplicados de modo absoluto e irrestrito.

[9]O Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, instituído pela Lei Complementar n. 11, de 25 de maio de 1971, fez remissão, para fins de fruição dos benefícios de aposentadoria por velhice ou auxílio-funeral, apenas ao chefe da unidade familiar, a desconsiderar as peculiaridades dos caso concreto, advinda da sociedade complexa

inclusive o Direito Agrário[10], de sorte *a pessoa humana ser valorizada pelo que tem e não por sua dignidade como tal* (MEIRELLES, 2000, p. 95).

O Direito Agrário clama pelo redesenho dos respectivos institutos[11] e das categorias pertinentes à especificidade que lhe é inerente a partir duma visão constitucional, como pano de fundo a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a cidadania. Consiste na constitucionalização do Direito Agrário a partir da centralidade da Constituição da República e, a reboque, caracterizará método de proteção dos Direitos Humanos cujo protetor seja, primordialmente, o Estado.

2.1. DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO AGRÁRIO-CONSTITUCIONAL

O Direito Agrário, para fins do presente artigo, consiste num dos ramos do direito privado. Este perpassa pela (re)leitura permanente e constante de seus institutos e categorias à luz da Constituição da República. Não consiste na interpretação pura e simples dos referidos institutos (legislação infraconstitucional) levando em consideração a lupa constitucional ou a *filtragem constitucional, em que toda a ordem jurídica deve ser lida e aprendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados* (BARROSO, 2017, p. 405) nem na existência em nível constitucional de institutos e de categorias do Direito Agrário[12], mas, sim, na incidência direta dos disposição constitucionais, sejam as regras, sejam os princípios, nas relações privadas. PERLINGIERI (2008, p. 35)

---

em que vivemos (homem e mulher, desde então, colaborando com a mantença e o desenvolvimento da entidade familiar). Não considerou homem e mulher iguais, tal como advindo dos preceitos civis.

[10]"Uma das características do direito privado contemporâneo é a abertura para interlocução entre as diversas matérias. Essa interpenetração hermenêutica impõe, em várias situações, a combinação das incidências do CC, dos Estatutos e das legislações especiais. Assim, um assunto que se enquadre no direito civil pode ter a aplicação deste e de outro ramo do direito privado, conjuntamente, quando se impuser a melhor realização dos valores consagrados nos princípios constitucionais. Essas distinções, portanto, não constituem divisões herméticas." (LÔBO, 2017, pp. 25/26)

[11] Reforçando: *(i)* aos contratos agrários aplicam-se à função social (CC, art. 421), assim como à boa-fé objetiva em todas as suas funções, quais sejam: *i) interpretativa* (CC, art. 113), *ii) de controle* (CC, art. 187) e *ii) integrativa* (CC, art. 422); em relação à última, inclusive com a criação de deveres anexos (*supressio, surrecio, proibição do venire contra factum proprium, tu quoque* e *duty to mitigate the loss*); *(ii)* à propriedade rural reconhece-se a função social (CR/88, art. 186), de modo a, ao lado dos atributos da propriedade (usar, fruir e dispor – atributos econômicos; reaver – atributo externo), surgir o atributo funcional (função social – elemento interno na nossa concepção); e *(iii)* diante da igualdade constitucional entre homem e mulher e perante a pluralidade de entidades familiares (CR/88, art. 226, § 5.º), o ordenamento jurídico reconhece a democratização no exercício da chefia familiar, como ocorre com a distribuição de títulos de domínio, concessão de uso ou concessão de direito real de uso de imóveis rurais para reforma agrária para o homem e para a mulher (obrigatoriamente) se houver casamento ou união estável (pluralidade de entidades familiares), conforme art. 18, § 13, da Lei n. 8.629/93.

[12]Exemplificando: propriedade, função social, impenhorabilidade da pequena propriedade rural, ITR, repartição da receita do ITR e da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária (CR/88, arts. 5.º, incisos XXII, XXIII e XXVI; art. 153, inciso VI; art. 157, inciso II; arts. 184 a 191, respectivamente).

esclarece:

A tarefa hoje é contribuir para realizar, mediante uma renovada teoria da interpretação, axiologicamente orientada, uma justiça civil na legalidade constitucional e comunitária, utilizando os conteúdos e valores característicos de tal legalidade não apenas na <<releitura>> de velhas e novas normas em nível ordinário, mas também na aplicação direta dos enunciados constitucionais.

Para tanto, os direitos fundamentais vinculam todos os particulares nas relações entre si, não se restringindo às relações que envolvam grandes corporações. A constitucionalização do direito, inclusive do Agrário, liga-se com a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas (SILVA, 2011, p. 53).

Nesse contexto, o Direito Agrário clama pela sua constitucionalização em níveis práticos e com irradiação de efeitos sobre todos os Poderes estatais[13], pois *ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição* (BARROSO, 2017, p. 406). A ressignificação se faz presente dos institutos e das categorias seculares e indiferentes ao contexto social em que se encontram inseridos, os quais demonstram a impregnação dos valores expostos na Revolução Francesa; excessivo liberalismo, individualismo e patrimonialismo.

Propriedade, contrato, posse etc. caracterizam-se como institutos jurídicos construídos a partir do ideal de uma sociedade jurídica universal, o que os conduziram à verdade absoluta, dogmas, como se o direito fosse autossuficiente (BOBBIO, 2007, p. 33), descurado dos problemas concretos trazidos pela experiência jurídica. A ressignificação proposta visa adequar os institutos jurídicos do Direito Agrário às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado Social ou do Estado Democrático de Direito, o que implica, direta ou indiretamente, a mitigação dos preceitos do Estado Liberal. O ponto de partida será conduzir a interpretações e, consequentemente, aplicações das normas (regras e princípios) dotadas de valores morais, políticos, ideológicos, probos e éticos. Não se coaduna com operadores do direito acríticos, neutros ou a-históricos. Desimportante para esse fim, ou num grau abaixo de relevância, a estrutura do direito (que é o direito), o que sobressai

[13]"A constitucionalização do Direito, como já antecipado, repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por todos os juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal. Essa realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas [...]" (BARROSO, 2017, p. 406)

na interpretação e na aplicação do direito é o "para que serve", "para que está voltado" o direito, porquanto essa função recebe os influxos da sociedade em que o direito encontra-se inserido. Cria-se o ordenamento jurídico concreto, atendendo aos anseios ideológicos, políticos e morais da sociedade em certo e em determinado momento.

BOBBIO (2007, pp. 37/38) assim traça a distinção entre os juristas que recebem os influxos da sociedade contemporânea (portanto, complexa, aberta, transformadora e fluida) e os que são inaptos a tanto (sociedade hermética, autossuficiente e permanente):

> *No que diz respeito à ciência jurídica, creio ser possível distinguir duas imagens típico-ideias da função do jurista, as quais influenciam os diversos modos de conceber a própria ciência jurídica: o jurista como conservador e transmissor de um corpo de regras já dadas, de que é o depositário e guardião; e o jurista como criador, ele mesmo, de regras que transformam - a ele integrando-se e inovando-o - o sistema dado, do qual não é mais apenas receptor, mas também colaborador ativo e, quando necessário, crítico. A atividade principal pela qual se executa a primeira função é a interpretação do direito; a atividade principal pela qual se exerce a segunda é a pesquisa do direito.*
>
> *Essas duas imagens da função do jurista na sociedade podem depender: a) do diferente tipo de sistema jurídico dentro do qual o jurista trabalha (variável institucional); b) da diferente situação social em que o jurista desenvolve o próprio trabalho (variável social); c) da diferente concepção do direito e da relação direito-sociedade que forma a ideologia do jurista em um dado momento histórico (variável cultural).*

Estabelecidas essas premissas, a de um sistema jurídico aberto[14], a de uma

[14]"Sistema aberto é aquele em que a maioria das regras estão, ou são consideradas, em estado fluido e em contínua transformação; é o sistema no qual não está estabelecida uma linha de demarcação clara entre fontes

sociedade em transformação[15]e a da concepção de subsistema de um sistema global[16], enquadráveis ao ordenamento jurídico brasileiro, a metodologia a ser desenvolvida caracteriza-se pelo viés de um direito livre, inovador e realista. A abordagem aqui proposta seria a funcionalização do direito como instrumento útil para atingir os mais variados fins, o que conduz à constitucionalização do direito.

Para tanto, *atingimento dos mais variados fins*, considerar-se-ão os valores constitucionais expressos na Constituição da República, especialmente os valores caracterizadores duma ótica existencialista (categoria do *ser*) em detrimento (ou mitigação) dos valores reveladores do viés patrimonialista (categoria do *ter*), ambos com assento constitucional.

A construção do Direito Agrário sob a ótica constitucionalista pressupõe, na visão de PERLINGIERI (2008), *i)* a natureza normativa da Constituição, *ii)* a complexidade e a unidade do ordenamento jurídico e o pluralismo de fontes do direito e *iii)* desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação com fins aplicativos. Vejamo-los.

Não resta dúvida de que a ora Constituição da República brasileira possuem normatividade. Ela é dotada de eficácia, inclusive as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata (art. 5.º, § 1.º). Não se fala de *"carta de intenções"*[17], pelo que se fazia necessária a edição de legislação infraconstitucional para efetivar, dar operabilidade ou aplicabilidade a todo o corpo de normas constitucionais. Existia, na verdade, subversão do sistema, vez que é da Constituição República que se irradiam os efeitos normativos para a legislação infraconstitucional, e não o contrário. Portanto, incontroverso que a Constituição da República brasileira é dotada de normatividade, independentemente se assumam a natureza de regras ou de princípios.

A complexidade do ordenamento jurídico advém de aspectos sociais, culturais,

---

materiais e fontes formais; é aquele em que ao jurista é atribuída a tarefa de colaborar, com o legislador e com o juiz, no trabalho de criação do novo direito." (BOBBIO, 2007, p. 38)

[15]"Por 'diferente situação social' pretende-se fazer referência à distinção entre uma sociedade estável e uma sociedade em transformação, entre uma sociedade que tende a perpetuar os próprios modelos culturais e uma em que irrompem fatores de transformação que rapidamente tornam inadequados os modelos culturais tradicionais, entre os quais está o conjunto de regras jurídicas transmitidas." (*Ibidem*, p. 38)

[16]"Chama-se a atenção para a distinção entre a concepção do direito como sistema autônomo ou auto-suficiente em relação ao sistema social, de modo que o trabalho do jurista desenvolve-se inteiramente dentro dele, e sua concepção como subsistema de um sistema global ou, então, como superestrutura social (segunda a versão marxista da relação direito-sociedade), de modo que cabe ao jurista a tarefa de adaptar o direito vigente à realidade social jacente ou subjacente." (*Ibidem,* pp. 38/39)

[17]"Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição." (BARROSO, 2017, p. 298)

jurídicos, políticos e filosóficos. Há, em nossa sociedade, uma gama de interesses contrapostos, tais como os das bancadas[18] que se formam no Congresso Nacional, os dos movimentos sociais[19], os das classes dos trabalhadores e os das categorias dos empregadores. E, a reboque dessa pluralidade de valores presentes, ativos e visíveis na complexidade do tecido social, surge o pluralismo de fontes do direito, de sorte a regulamentar ou regular (ou tentar) o mais completo o possível (pretensão do legislador), ainda que contrariamente, os interesses contrapostos[20]. Pode parecer contraditório, mas não o é, o ordenamento é complexo (diante dos fatos sociais, culturais, políticos, filosóficos e morais subjacentes) e, ao mesmo tempo, unitário[21]. A unitariedade do ordenamento jurídico centra-se nos valores constitucionais. A Constituição da República consiste no centro do ordenamento, donde irradia os efeitos jurídicos para as demais fontes jurídico-normativas.

Por fim, a interpretação com fins aplicativos, e não mera subsunção dos fatos à norma jurídica, enseja a releitura, a revisitação ou o redesenho dos institutos e das categorias do Direito Agrário a partir duma axiologia constitucional. Os valores constitucionais deverão ser efetivados ao máximo ao estudar/analisar o caso concreto. O ordenamento jurídico será concretizado com vistas às peculiaridades do caso concreto. Não se fala em ordenamento jurídico abstrato, onde as regras e os princípios permanecem adormecidos no mundo das ideias. Aqui a conduta do operador jurídico é incompatível com a neutralidade. Inconcebível, pois, uma abordagem avalorativa do direito. Ele não é mera boca da lei. A sua função é a busca incessante pela concretização dos valores constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a cidadania.

---

[18]Evangélica, Da Bala, Ruralista, Direitos Humanos, Empresarial etc.

[19]Movimento Mulheres Camponesas, Movimento Mulheres em Luta, Instituto da Mulher Negra, Movimento LGBT, APAE, Movimento Superação etc.

[20]Diante da complexidade da sociedade e do pluralismo de fontes, possam surgir duas ou mais legislações aplicáveis ao caso concreto (contrato agrário em que há idoso como uma das partes e relação de consumo, por exemplo). Qual a legislação aplicável? Estatuto da Terra, Código de Defesa do Consumidor ou Estatuto do Idoso? Pode-se valer do critério tradicional de resolução de antinomias proposto por BOBBIO, qual seja: *i)* critério cronológico; *ii)* critério da especialidade; *iii)* critério hierárquico (2006, pp. 203/207) ou do método contemporâneo denominado Diálogo das Fontes, que pugna pela aplicação simultânea e coordenada de dois ou mais diplomas legislativos a partir da análise do caso concreto (MARQUES, 2009, p. 90)

[21]"A complexidade do ordenamento, no momento de sua efetiva realização, isto é, no momento hermenêutico voltado a se realizar como ordenamento do caso concreto, só pode resultar unitária: um conjunto de princípios e regras individualizadas pelo juiz que, na totalidade do sistema sócio-normativo, devidamente dispõe a aplicar. Sob este perfil, que é o que realmente conta, em uma ciência jurídica que é ciência prática, o ordenamento, por mais complexo que seja, independentemente do tipo de complexidade que o caracterize, só pode ser uno, embora resultante de uma pluralidade de fontes e componentes. [...] Não se deve absolutamente confundir a unidade do ordenamento com a pluralidade das suas fontes, sejam elas organizadas em interior, sejam elas também individualizadas externamente com referência a outros ordenamentos." (PERLINGIERI, 2008, pp. 200/201)

Portanto, institutos e categorias essenciais do Direito Agrário[22] foram cunhados no período do ápice do Estado Liberal, onde vigia a ótica patrimonialista, individualista, voluntarista e liberal, e interpretados e aplicados indiscriminadamente sem atender as peculiaridades do caso concreto e da sociedade na qual eles estavam inseridos. Clama-se pela revisitação dos institutos e das categorias do Direito Agrário a partir do funcionalismo do direito expressado pela sua constitucionalização, com base nas premissas expostas, de sorte a realçar as categorias do *ser* e do *ter*, alimentando um ramo jurídico mais personalizado e menos patrimonial.

3. CASOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS DE DEMONSTRAÇÃO DA TENDÊNCIA DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AGRÁRIO E DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Pretende-se, neste prumo, demonstrar casos pontuais em que a doutrina e/ou a jurisprudência vêm a demonstrar a releitura, o redesenho ou a revisitação de institutos e categorias agrárias, com vistas à (re)personalização do Direito Agrário. Ou seja, a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico recebendo os influxos dos valores constitucionais, especialmente os existenciais (valorização do *ser* em detrimento do *ter*). Com isso, a proteção dos Direitos Humanos encontra-se, embora em passos aquém do desejado pela sociedade, materializada pelo Estado.

Primeiro caso (doutrinário): relação entre a tutela conferida aos direitos indígenas e a função socioambiental sob a ótica da sociologia do direito. O estudo demonstra que *o direito de propriedade passa a vincular-se a interesses diversos e maiores, que acabam por não corresponder exatamente aos do proprietário* (GOMES, 2016, pp. 17/32). Demonstra um direito (de propriedade) não mais essencialmente privado, e sim "privado com interesses públicos". O estudo vai além. Para o autor, a tutela dos direitos indígenas relaciona-se com a função socioambiental da propriedade, porquanto a proteção do meio ambiente (bem considerado em si mesmo) condiz com a preservação da história, da cultura, do estilo de vida

[22]Dissemos acima que os protagonistas dos Códigos europeus dos Séculos XVIII e XIX e do Código Civil de 1916 foram o proprietário, o contratante, o chefe de família e o testador. A propriedade e o contrato cunhados sob a ótica liberal ensejaram o exercício abusivo, dentre outras circunstâncias. A maioria do objeto de estudo do Direito Agrário deriva desses dois institutos (tais como parcelamento do solo rural, georreferenciamento, posse agrária, função social da propriedade rural, retificação administrativa de área, reforma agrária, desapropriação, estabelecimento agrário, 'empresa' agrária, usucapião agrária e crédito rural), o que implicaria também a necessidade da revisitação geral ou pontual ora proposta. Muitos desses institutos trazem consigo o ranço liberal do contrato ou da propriedade.

e com as terras ocupadas por essas populações (territorialidade). O artigo demonstra claramente a releitura de instituto secularmente cunhado sob o viés liberalista e individualista, qual seja, a propriedade. Esta não possui seus atributos plenos e ilimitados, porquanto o exercício deles encontra-se funcionalizado. Agrega-se ainda a necessidade de reforçar a identidade (um dos atributos da personalidade – identidade como povo) de grupos tidos como da minoria (no caso, indígenas), respeitando o seu modo de ser e a sua forma de viver (dignidade da pessoa humana). Essa análise, a despeito de todos possuírem o direito de acesso à terra (art. XVII, Declaração Universal dos Direitos Humanos), faz distinção entre *terra-mercadoria*, cujo fim seria a negociação, da *terra-valor*, cujo fim seria o desenvolvimento da própria personalidade, o direito à identidade, aos valores culturais e históricos e à própria fixação. Ressignifica o instituto, sem descurar do aspecto patrimonial, mas estabelece a prevalência de valores existenciais, mormente se houver grupos vulneráveis. PIOVESAN (2015, pp. 300/301) destaca violações de Direitos Humanos de Grupos Vulneráveis, tais como os povos indígenas, as crianças, os migrantes e os presos, ressaltando, quanto os povos indígenas, que lhes são assegurados o direito de propriedade ancestral, diante da identidade cultural. Terra como valor cultural, e não meramente como valor mercadológico.

Segundo caso (doutrinário) (CESARE; OLIVEIRA, 2016, pp. 45/71): as autoras ultrapassam o enfoque meramente biológico do direito à saúde para imiscuir nas variáveis relacionadas ao meio ambiente social, econômico e cultural, assim como as variáveis que permeiam o acesso à educação e à alimentação adequada. Quanto à alimentação adequada, não me resta dúvida que condiz com o objeto do estudo do Direito Agrário, especialmente o direito agroalimentar; caracteriza-se como especificidade desse ramo jurídico. Para as autoras (2016, p. 55), com base na Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, art. 25, o direito à alimentação adequada pressupõe:

> *[...] melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.*

Vão além, o direito à alimentação adequada encontra-se funcionalizado a proporcionalizar vida munida de saúde e, consequentemente, uma vida digna. Portanto, o direito à alimentação adequada não se restringe a um limite mínimo, ou seja, *não passar fome* (manter-se vivo - própria existência); ele é mais: consiste no adequado nível de vida compatível com a dignidade da pessoa humana (CESARE; OLIVEIRA, 2016, p. 56). Noutros termos, a revisitação do direito à alimentação adequada perpassa pela alimentação saudável, com a origem, qualidade e quantidade dos alimentos informadas e consentidas, pelo que não resta dúvida de sua caracterização como Direito Humano.

Terceiro caso (doutrinário) (DANTAS, 2016): o autor procura, ao tratar das especificidades da posse civil, posse agrária e posse agroecológica (ele as distingue), funcionalizar a posse agrária e a posse agroecológica. A construção ou o redesenho de novos conceitos de posse (*in casu*, agrária e agroecológica) visa ao desenvolvimento de uma ossatura conceitual que conceda maior proteção aos trabalhadores no campo e às populações tradicionais, tidas, nos dias atuais, como vulneráveis em relação ao reconhecimento de seus direitos. Busca-se, alfim, a expansão do conceito de função social para além da lógica produtivista, e representativo da diversidade social e cultural brasileira (DANTAS, 2016, pp. 19-44). O aspecto existencialista prevalecendo sobre o aspecto patrimonialista, diante da constitucionalização do Direito Agrário.

Quarto caso (doutrinário) (MATTOS NETO, 2016): o autor conclui que a política legislativa dos contratos agrários se encontra voltada essencialmente à produção e à produtividade agrícolas (aspecto econômico), com um pouco de preocupação com os recursos naturais. Contudo, com os novos valores constitucionais advindos da ora vigente Constituição da República, a produção de alimentos saudáveis se impõe (MATTOS NETO, 2016, p. 59). Em verdade, a normatividade de nossa Constituição da República imprimiu color de ética à atividade agrária, que não mais se restringe ao aspecto econômico ou ele prepondera. Para o exercício da atividade agrária, há de se observar interesses metaindividuais, coletivos ou difusos[23] subjacentes ao seu exercício, tais como respeito ao meio ambiente, às minorias (comunidades tradicionais, por exemplo), à saúde dos consumidores dos alimentos e aos recursos hídricos, tudo isso voltado à dignidade da pessoa humana, ao solidarismo social e à cidadania.

Quinto caso (jurisprudencial[24]): o assunto, a despeito de cuidar de meio

[23]Para uma classificação legal: ver art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

[24] MEIO AMBIENTE – Compensação ambiental – Aplicação dos recursos financeiros em local diverso ao afetado – Inadmissibilidade – Valores que devem ser destinados à região diretamente influenciada pelo

ambiente, é de grande relevo para o Direito Agrário, seja pelo fato da interdisciplinaridade, seja pelo compenetração das normas de ambos os ramos jurídicos, seja pela existência de cota de reserva ambiental (Lei n. 12.727/12, art. 44 e ss.). A cota de reserva ambiental (CRA), título nominativo representativo de área com vegetação nativa - *ex vi legis* -, é passível, desde que atendidos os requisitos legais, de transferência onerosa ou gratuitamente, inclusive, no caso primeiro, no mercado de valores, o que, direta ou indiretamente, implica mercantilização do meio ambiente. A dicção legal transmite a ideia de a proteção ambiental assumir caráter econômico (patrimonial), quando, em rigor, deveria assumir aspecto existencialista (vida digna, meio ambiente saudável, pacto intergeracional, por exemplo). O legislador, ao prever tal categoria ambiental (CRA), veio de encontro à metodologia da constitucionalização do direito, ou seja, um direito oxigenado pelos valores constitucionais existenciais, em que prepondera a categoria do *ser*. O julgado citado, ao contrário, veio a prestigiar os valores existenciais, porquanto os recursos oriundos de compensação ambiental (e as CRA são, direta ou indiretamente, uma forma de compensação) devem ser aplicados, exclusivamente, na área diretamente afetada pelo empreendimento, sob pena de esvaziar os objetivos almejados pela lei ambiental. Destacou ser incoerente a destinação de uma compensação por dano à unidade/localidade que não foi impactada pelo empreendimento. Manifestações dos Poderes estatais, com panos-de-fundo similares, díspares.

Sexto caso (jurisprudencial[25]): o artigo questionado (Lei n. 12.651/12, art. 67) retrata o aspecto liberal, individualista e voluntarista do direito de propriedade cunhado nos Séculos XVIII e XIX. *In casu*, o proprietário veio inclusive a causar dano ambiental na área que estaria alcançada pela Reserva Legal se não fosse o dispositivo em questão. O Tribunal, antenado aos valores constitucionais (eficácia normativa da Constituição), veio a corrigir a distorção legislativa, por meio de arguição de inconstitucionalidade, vez que o dispositivo citado não se encontra em harmonia com o plano normativo constitucional, especialmente o princípio da isonomia, o da dignidade humana e o da função social da propriedade. Agregue-se também o dispositivo constitucional que trata do meio ambiente (art. 225), que não podem ser diminuídos ou malversados pela legislação infraconstitucional.

---

empreendimento – Conduta que se amolda aos objetivos almejados pela legislação ambiental. (TRF-1.ª Região. Ap/Reexame Necessário 0000338-51.2006.4.01.3701 – 5.ª T. – j. 03.02.2016 – v.u. – rel. juiz federal convocado Evaldo de Oliveira Fernandes.

[25] INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei federal que isenta proprietários de imóveis rurais de até quatro módulos fiscais de recompor a área de reserva legal – Inadmissibilidade – Norma que viola o direito ao meio ambiente equilibrado e à função social da propriedade – Inobservância, ademais, dos princípios da vedação do retrocessão ambiental, da isonomia e da dignidade humana – Inteligência dos arts. 186, I e II, 225, *caput*, § 1.º, I e III e § 3.º, da CF/1988. (TJMT – Arguição de Inconstitucionalidade 166802/2015 – Plenário – j. 10.03.2016. v.u. – rel. Des. Gilberto Giraldelli).

Os casos demonstrados, sejam doutrinários, sejam jurisprudenciais, espelham a constitucionalização do Direito Agrário a partir das premissas acima tratadas. Retratam, é necessário ressaltar, um *lugar de fala* mais personalizado, em que a categoria do *ser*, em que os valores existenciais sobressaem. Direito Agrário funcionalizado ao desenvolvimento da personalidade do ser humano, à busca de sua felicidade, voltando-se à interpretação e à aplicação de seus institutos e de suas categorias com base na dignidade humana, na cidadania e na solidariedade social, valores esses também nucleares da ossatura dos Direitos Humanos.

Ao constitucionalizar o Direito Agrário, não restam dúvidas de que parte dos Direitos Humanos estão a receber proteção no nível interno.

4. CONCLUSÃO

O Direito Agrário, cuja estruturação deu-se à luz dos preceitos liberais, fundou-se em institutos e categorias jurídicas individualistas, patrimonialistas e, portanto, excludentes de direitos de terceiros. Atendia, outrora, aos paradigmas do Estado liberal, o que implicava visão egoística.

Não obstante o redesenho do Estado, perpassando de liberal ao democrático (social) de direito, os institutos e as categorias agraristas mantiveram o ranço individualista. As respectivas interpretações e aplicações não observavam os anseios sociais, os quais, como óbvio, não eram os dantes.

Por essa razão, os institutos e as categorias do Direito Agrário devem ser ressignificados com fundamento na legalidade constitucional do direito privado. O Direito Agrário há de ser ramo jurídico apto a materializar os direitos existenciais, especialmente os decorrentes da dignidade da pessoa humana, cidadania e solidariedade social. Ele consiste, em verdade, num meio para a materialização dos direitos existenciais, e não um fim em si mesmo, no qual o aspecto patrimonialista prepondera.

Ora nenhuma, *destaca-se*, que o viés patrimonialista está sendo abandonado. Ele apenas não é um fim em sim mesmo. A metodologia adotada é o meio para efetivação dos princípios constitucionais acima citados, dentre outros.

Portanto, embora lento e gradual[26] o surgimento de decisões que, direta ou

[26] Trata-se como lento e gradual pois, a título de exemplificação, *(i)* no Direito Penal há caracterização do crime de esbulho possessório (CP, art. 161, § 1.º, inciso II) em relação aos integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), mas não há infração penal alguma em relação ao proprietário que não cumpre a função social da propriedade (ou da terra), de sorte que a razão existencial do Direito Penal (tutela dos bens jurídicos considerados mais importantes pela sociedade) é posta em xeque; *(ii) n*o âmbito processual, - há

indiretamente, demonstrem a metodologia da constitucionalização do Direito Agrário, a sua constitucionalização traz, a reboque, a efetivação de direitos essenciais à condição digna do ser humano. Noutros termos, Direitos Humanos previstos em diplomas internacionais (declarações, tratados etc.), tais como a territorialidade, a saúde, direito à manifestação do pensamento e a alimentação adequada, são efetivados e, com isso, protegidos em nível interno, diante da metodologia do Direito Agrário Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, **Wellington Pacheco Barros. Curso de Direito Agrário.** 7.ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BAROSSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____ **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito.** Tradução de Daniela BeccacciaVersiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri-SP: Manole, 2007.

_____ **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. **Código Civil** (2002); **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). ***VadeMecum Saraiva.*** 15.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CESARE, Paula Paschoal Di; OLIVEIRA, Solange de. **Os direitos à educação e à alimentação adequada como determinantes sociais da saúde.** Revista de Direito Constitucional. Vol. 97. Ano 24. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, setembro/outubro, 2016.

---

claro desrespeito às normas processuais, tal como a citação por edital de requeridos inominados nas ações possessórias, sem o mínimo de elementos identificativos, o que implica infringência ao devido processual legal, com seus consectários legais (ampla defesa e contraditório); - nítido desconhecimento da funcionalização da posse, distinguindo-a em agrária e agroecológica, de sorte a conceder liminar considerando-a como civil fosse; - falta de implementação em grande parte dos Estados da Justiça agrária (CR/88, art. 126), para dirimir conflitos fundiários; *(iii)* no Direito Agrário-ambiental houve a edição do art. 44 e ss. da Lei n.12.651/12, que previu as cotas de reserva ambiental (CRA) que nos conduz, ao menos inicialmente, à mercantilização do meio ambiente Lei n.12.651/12.

DANTAS, Marcus Eduardo Carvalho. **Posse agrária, posse agroecológica e expansão do princípio da função social.** Revista de Direito Ambiental. Vol. 81. Ano 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro/março, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 10.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

GOMES, Gedham Medeiros. **Tutela de direitos indígenas como corolário da função socioambiental: uma abordagem pela ótica da sociologia do direito.** Revista de Direito Ambiental – RDA. Coordenação Eladio Lecey e Sílvia Cappelli. Ano 21 – 84. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 2016.

LARANJEIRA, Raymundo. **Direito Agrário.** São Paulo: LTr, 1984.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral.** 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 8.ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor.** 2.ª ed. rev., atul. e ampl. Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MATTOS NETO, Antonio José de. **A proteção do meio ambiente na legislação de contratos agrários, sob o olha ético da ordem constitucional brasileira.** Revista de Direito Ambiental. Vol. 83. Ano 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho/setembro, 2016.

MEIRELLES, Jussara. **O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à cláusula patrimonial**, *in* Luiz Edson Fachin, **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ **Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador.** Direito constitucional: direitos e garantias fundamentais. *In* Clèmerson Merlin Clève (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção doutrinas essenciais; v. 8)

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Curso de direito agrário.** 1.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito agrário: origens, evolução e biotecnologia.** São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 1.ª ed. 3.ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

TRENTINI, Flávia. **Teoria geral do direito agrário contemporâneo.** São Paulo: Atlas, 2012.

DECLARAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: MOVIMENTOS SOCIAIS INTERNACIONAIS E A MARGINALIZAÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DE TRAVESTIS EM SÃO PAULO

INTERNATIONAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL SOCIAL MOVEMENTS AND THE MARGINALIZATION AND CRIMINALIZATION OF TRANSVESTITES IN SÃO PAULO

Carlos Vinícius Silva Pinheiro[1]

Victor Siqueira Serra[2]

RESUMO:

Buscando um ponto de partida para este texto e para a construção deste problema de pesquisa, digitei "travesti" em um dos grandes portais de busca virtual. O resultado foi bastante representativo: muitas páginas de conteúdo pornográfico e notícias de homicídios – fiel retrato do país que mais consome pornografia envolvendo pessoas cujas identidades de gênero não se adequam a normatividade, principalmente pessoas trans e travestis. Apareceram também diversos vídeos de programas policiais televisivos que envolviam travestis e programas sexuais não pagos, estupros, espancamentos e roubos, retratados de forma a construir e reiterar a travestilidade em condições de marginalização social. Dessa forma, pensar quais conflitos envolvendo travestis chegam ao Tribunal de Justiça de São Paulo e como elas são representadas nos discursos jurídicos exige que se pense também sobre o funcionamento de todo o sistema de justiça criminal, sobre as condições concretas em que tais discursos são construídos e sobre os seus efeitos sociais. Pretende-se, partir deste universo apresentado para contextualizar as formas hostis de funcionamento dos sistema de justiça acerca de pessoas trans e travestis no cenário internacional, por fim, pensar criticamente como a Declaração Universal dos Direitos Humanos apresenta limitações frente as categorias de

[1] Carlos Vinícius Silva Pinheiro, mestrando em Ciências humanas e Sociais (UFABC) nas temáticas de gênero, sexualidade, educação popular, bacharel em Relações Internacionais (UNESP), coordenador da UNEAfro Brasil e Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo da Academia Paulista de Direito (CIDHSP/APD).

[2] Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" (UNESP). Pesquisador do DIVERGENTES (Grupo de Pesquisa em Gênero, Direito, Poder e Resistência) e do NEPAL (Núcleo de Estudo e Pesquisa em Aprisionamentos e Liberdades). Membro do Grupo de Extensão Cárcere, Expressão e Liberdade (C.E.L) e do Grupo de Trabalho "Mulher e Diversidade" da Pastoral Carcerária da Arquidiocese de São Paulo. Associado à Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED). Tem experiência e interesse em criminologia, direito penal e processual penal, sistema de justiça criminal, prisão, violência, gênero e sexualidade, movimentos sociais e educação popular.

humanidade de pessoas cujas identidade de gênero não se adequem a categoria "sexo" do artigo 2º no que tange sua não-discriminação, e muitos menos a normatividade binária de homens e mulheres, centralizando como ferramentas sociais operam partindo da crítica ou em diálogo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos oriundo de questionamentos vindos como respostas de movimentos sociais e outros atores sociais de proteção.

PALAVRAS-CHAVE: Relações Internacionais. Direitos Humanos. Teoria *Queer.* Sociologia. Antropologia do Direito. Identidade de Gênero. Sexualidades

ABSTRACT:

Searching for a starting point for this text and for the construction of this research problem, it was typed "travesti" in one of the great virtual search portals. The result was quite representative: many pages of pornographic content and homicide news - a faithful portrait of the country that most consumes pornography involving non-confirming gender people, mainly transgender and transsexual people. There were also several videos of television police programs involving transvestites and unpaid sexual programs, rapes, beatings and robberies, portrayed in order to build and reiterate the transvestibility in conditions of social marginalization. Thus, to think about which conflicts involving transvestites arrive at the Court of Justice of São Paulo and how they are represented in legal discourses requires that we also think about the functioning of the entire criminal justice system, about the concrete conditions in which such speeches are constructed and its social effects. It is intended, starting from this universe presented to contextualize the hostile ways of functioning of the justice system about trans people and transvestites in the international scenario, finally, to think critically about how the Universal Declaration of Human Rights presents limitations against the categories of humanity of people whose gender identity does not fit into the "sex" category of article 2 in relation to their non-discrimination, and many less the binary normativity of "men" and "women", centralizing as social tools operate from the critique or in dialogue with the Universal Declaration of Human rights arising from questions raised as responses from social movements and other social protection actors.

KEY WORDS: International Relations. Human Rights. Queer Theory. Sociology. Anthropology of Law. Gender Identity. Sexuality

INTRODUÇÃO:

O desrespeito com a identidade de gênero e de orientações sexuais diversas revela a histórica e estrutural negação de diversidades quanto a subjetividade que compões infinitos grupos identitários sociais diferentes e que não são reconhecidas pelas normatividades de gênero que se orientam somente na possibilidade de existências nos binômios pênis-masculino e o vagina-feminina. Para embasar o transbordamento destas duas categorias ditas como "sexo biológico" ou natural, deparamos com as nomenclaturas de pessoas como "Cisgênero" e "Transgênero" se deu pela definição e ordenamento linguístico de quem é "alinhado" e quem "transgride". A regra ditada pela normatividade binária dos pares genitais e as respectivas configurações sexos entre macho-homem-masculino-pênis e fêmea-mulher-feminino-vagina/vulva. Enquanto quem é lido como um pessoa "inadequada" com seu "sexo", que é designado anteriormente ao nascer pelo saber médico e pelas necessidades sociais simbólicas de definição de gênero dentro deste binarismo, e que seria melhor considerar o peso e configuração social simbólica sobre a genitália para orquestrar e manter um ordenamento social em detrimento dos processos de desenvolvimento e subjetivação de outras pessoas.[3]

Não há, no Brasil, grandes estudos e dados sistematizados acerca destas populações, as pesquisas sobre pessoas trans e travestis são relativamente recentes e dependem em grande medida dos esforços e investimentos da própria população LGBT e aliados[4], ainda mais quando se pensa em narrativas e auto-declarações, conhecimento crítico e real sobre a vida e os fenômenos sociais acerca destas populações. Nos censos e relatórios federais, desde a contagem geral da população até representação nos índices de empregabilidade e encarceramento, não há dados específicos sobre essas pessoas. Os debates midiáticos, projetos de lei e formulações de políticas públicas, portanto, nem sempre consideram as experiências de vida e narrativas dessas pessoas – o que abre ainda mais espaço para reforço de estereótipos, estigmas e preconceitos.

De maneiras diferentes, tanto as reportagens insensíveis que abrem reflexões sobre gênero e poder quanto o *corpus* desta pesquisa indicam que existe um processo

---

[3] As críticas sobre os dispositivos de controle sexual, de identidades, e, portanto, da subjetividade são oriundos de uma pesquisa interdisciplinar e filosófica dos autores Michael Foucault no livro "História da sexualidade I: Vontade de Saber" e da BUTLER, J. **Regulações de gênero**. Cad. Pagu [online]. 2014, n.42, pp.249-274.

[4] Ao longo deste trabalho cito diversas autoras trans e travestis que discutem e fazem parte deste processo. Para análises mais específicas sobre o estado da arte da produção de conhecimento sobre transexualidades e travestilidades, além da já citada dissertação de Bruno Carvalho, também AMARAL, M. (et all). "Do travestismo às travestilidades": uma revisão do discurso acadêmico no Brasil entre 2001-2010. **Psicologia e Sociedade**, Florianópolis, v. 26, n. 2, p.301-311, dez. 2014.

profundo e generalizado de marginalização social de travestis, ao mesmo tempo em que se constrói em torno delas estereótipos de desvio, violência, doença, perigo e ilegalidade. Analisa-se as táticas políticas e simbólicas discursivas amplamente praticadas na sociedade revelam total naturalização da violência sobre estereótipos de pessoas trans[5] e que contribuem para mais as matar e deixa morrer.[6]

Grande parte destes vídeos foram gravados nas delegacias durante lavramento de boletins de ocorrência e colhimento de depoimentos, antes de qualquer investigação, e ridicularizam as pessoas envolvidas – as travestis por serem quem são e os homens com quem se desentenderam por se envolverem com elas. Elas foram representadas como loucas, promíscuas, "viciadas", agressivas, criminosas, e suas narrativas quase nunca consideradas válidas. Essa representação dos conflitos produz e reproduz sobre elas estigmas que as torna sempre, de alguma forma, "culpadas". Histórias como a de "Vanessão 20 reais"[7] permitem pensar criticamente o papel do sistema de justiça criminal nestas trágicas trajetórias, pequenos fragmentos de um poder punitivo cujos enquadramentos jurídicos (como a construção dos lugares de vítima e autor, a legitimidade das teses de acusação e defesa, os tipos penais, as garantias processuais, a produção e valoração de provas) são deformados por estereótipos e presunções de desvio e perigo.

Ao analisar os acórdãos, fica evidente que prostituição, uso e tráfico de drogas, roubos, evasão escolar, violências e abandonos afetivos e parentais permeiam grande parte das trajetórias de vida das travestis capturadas pelo sistema de justiça criminal – e também que, salvo raras exceções, todo esse contexto social é desconsiderado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em suas tomadas de decisão.

Esses processos só podem ser compreendidos a partir de uma leitura interdisciplinar, e são aqui tratados como entrelaçamentos entre a construção política das identidades travestis e os espaços de prostituição, que revelam a vulnerabilidade em que vivem no Brasil – em decorrência de diversos processos sociais de exclusão e violência a que

---

[5] "Brasileiros também têm 89% mais chances de visitar a categoria "shemale", comparado ao resto do mundo Redtube" (Tradução nossa). In: PORNHUB INSIGHTS. **Redtube & Brazil**, 2 fev. 2016. Disponível em: <https://www.pornhub.com/insights/redtube-brazil>. Acesso em: 06 ago. 2018. Traduzir o termo "shemale" e definir diferenças conceituais entre travestis, transexuais e transgêneros exige complexos debates que não cabem neste texto. O termo "pessoas trans", aqui, pretende englobar travestis e transexuais. Para uma reflexão sobre a construção histórica destas identidades entre as ciências e as ruas, cf. LEITE JÚNIOR, J. **Nossos corpos também mudam**: a invenção das categorias "travesti" e "transexual" no discurso científico. São Paulo: Annablume, FAPESP, 2011.

[6] TRANSGENDER EUROPE. **Trans murder monitoring results**. Disponível em: <https://tgeu.org/tmm/>. Acesso em: 06 ago. 2018.

[7] REDETV. **Plantão de polícia**. Vanessão 20 reais! [s. l.], [s. d.]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BwTiF1jyeDU&t=91s >. Acesso em 13 jul 2018.

estão submetidas cotidianamente. Pensando em respostas plurais, intersetoriais e completas no que tange o assalto da cidadania destas pessoas, e a naturalização da violência sobre elas. Nos discursos jurídicos, nas argumentações que fundamentam as decisões criminais, é possível visualizar fragmentos desses processos, os tipos de racionalidade utilizados e os rastros ideológicos de quem ocupa o lugar de decidir, de dizer o direito, portanto de julgar e conceder penalidades.

Para tanto, parte-se de investidas antropológicas que se debruçam do acompanhamento destas mídias e redes de proteção que não estão limitadas numa rede de atendimento social público. A relevância de marcadores sociais das diferenças como Raça/Classe, Gênero/Sexualidade, que não são novos para sociedade pelo menos no que tange a diferenciação negativa, a discriminação e desigualdades, revelam as *zonas de abjeção*[8]. Com a finalidade de trabalhar de forma complexa, tensiona-se outros valores que compõem o universo de vulnerabilidade como a regionalidade, geração, migração, a evasão escolar, entre outras.

Para tentar compreender o funcionamento do sistema penal em relação às travestis, utiliza-se a Análise Crítica do Discurso para leitura de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo que servirão de fonte bibliográfica das produções discursivas jurídicas. Os principais aspectos de análise se referem a quais conflitos envolvendo travestis chegam ao Judiciário e por quê; e, o que a linguagem utilizada nos textos dos acórdãos pode dizer sobre as travestis, sobre os desembargadores e sobre as ideologias que subjazem a linguagem e decisão jurídica. Nesse sentido, busco compreender "as formas através das quais a linguagem contribui para processos de controle e dominação social" e, nesse movimento, contribuir para um processo emancipatório, pois só se pode "resistir e modificar um sistema de opressão e dominação que opera através da linguagem se estivermos conscientes dos conceitos e noções naturalizadas, não-problematizadas, que se escondem por detrás da linguagem."[9] A escolha do campo e do método foi articulada e se funda na afirmação que os discursos jurídicos

> *refletem e ajudam a consolidar a estrutura social vigente, marcada por discriminações de gênero e relações de*

[8] CARVALHO, B. R. B. **"Tá pensando que travesti é bagunça?"**: repertórios sobre travestilidade, em contextos de criminalidade, por jornais de Pernambuco. 2014. 126 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. p. 29.

[9] FIGUEIREDO, D. Gênero e poder no discurso jurídico. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 37-52, jan. 1997. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/23353>. Acesso em: 16 jul. 2017. p. 50.

> *poder. Através da investigação das ideologias que permeiam estes textos legais, assim como das relações sociais que os mesmos criam para seus produtores (juízes, advogados, etc.) e seus consumidores (réus, vítimas, etc.), a análise do discurso jurídico aqui proposta pretende encorajar uma leitura crítica, e consequentemente uma forma de resistência, à visão sexista do mundo transmitida por muitas sentenças legais.*[10]

No ordenamento jurídico brasileiro, os conflitos criminais são de competência predominantemente pela justiça estadual (denominada justiça comum na linguagem jurídica mais recorrente),[11] que se organiza por comarcas (microrregiões que correspondem a um ou alguns municípios) na primeira instância e pelos Tribunais de Justiça em segunda instância.[12] Isto significa que, de um ponto de vista institucional, os acórdãos (nome dado às decisões dos Tribunais, que podem ser monocráticas - proferidas por apenas um desembargador,[13] ou colegiadas - proferidas por três desembargadores) são decisões hierarquicamente superiores, que podem inclusive estabelecer precedentes e jurisprudências. O funcionamento do direito brasileiro em sua realidade cotidiana mostra que a aplicação das leis – necessariamente resultado de um processo interpretativo – dá a juízes e juízas certo poder discricionário ao decidir, pois é em sua aplicação que se constrói o sentido das leis e é nos Tribunais que se

[10] Ibid. p. 44.

[11] Segundo as legislações vigentes (CP e CPP), certos crimes correm em justiças chamadas "especiais", como a eleitoral, a militar e a federal. O Tribunal de Justiça de São Paulo só julga os chamados "crimes comuns", ou seja, os que não são de competência das justiças especiais. Seria preciso investigar se há ocorrência de crimes envolvendo travestis nestes outros contextos.

[12] Os termos "primeira" e "segunda" instância se referem à regra do processo penal brasileiro, pela qual os conflitos são originariamente julgados por juízes e juízas comuns e os recursos, *habeas corpus* e outras ações possíveis de contestação dessas decisões são julgados na instância superior. Algumas exceções previstas em lei embaralham essa ordem, como por exemplo quando existe foro privilegiado. Nos acórdãos que analisei neste trabalho, nenhum foge à regra, o que também demonstra o afastamento de travestis dos espaços de poder político, especialmente os que proporcionam tais exceções processuais.

[13] Em diversos trabalhos científicos e debates públicos em geral tem-se defendido a desnaturalização do masculino universal. A proposta de uma linguagem que não reforce a hierarquização das diferenças sexuais passa por adotar o feminino universal (em relação a "pessoas" ao invés de "homens" para se referir à humanidade) ou pelo uso de masculino e feminino. Neste trabalho, uso flexões no masculino para referir aos magistrados do Tribunal de Justiça de São Paulo para reforçar que poucas mulheres fazem parte do órgão. Não pretendo com isso invisibilizar as desembargadoras, mas mostrar que as pessoas responsáveis pelas decisões aqui analisadas são majoritariamente homens (brancos, heterossexuais e cisgêneros). Se a presença de mulheres altera o funcionamento de órgãos jurisdicionais, de um ponto de vista feminista, é ainda uma questão em aberto, que pode ser vista, por exemplo, em KAHWAGE, T. L. **Mulheres na magistratura paraense**: uma análise das percepções das desembargadoras do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA) sobre trajetória profissional e atuação jurisdicional voltara à efetivação dos direitos humanos das mulheres. 2017. 181 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. Ribeirão Preto, 2017.

tenta uniformizar diferentes interpretações jurídicas possíveis.

Até que chegue às mãos do(a) desembargador(a), o conflito criminalizado deve ser denunciado, investigado pela polícia (que pode arquivar o caso), analisado pelo Ministério Público (que também pode decidir arquivar ou alternativamente instaurar um processo judicial), contestado pela defesa (que pode ser particular, a Defensoria Pública ou advogados dativos dos convênios entre Defensorias e OAB), julgado pelo(a) juiz(a) de primeira instância e então novamente contestado por uma ou ambas as partes.

Por isso, analisar acórdãos por meio do site do Tribunal de Justiça de São Paulo representa também uma desvantagem, pois 1) nem todos os crimes que envolvem travestis chegam a esse ponto do processo de criminalização, como também observou Carrara em sua pesquisa no Rio de Janeiro;[14] 2) a própria disponibilização e categorização dos acórdãos no site do Tribunal de Justiça é mediada por funcionários que operacionalizam; 3) o texto disponível nos acórdãos pode ter poucas ou muitas páginas, sendo que tal variação depende da complexidade do caso, da produção de provas e das convicções pessoais de atores e atrizes do sistema de justiça; 4) as informações que constam nos acórdãos não necessariamente correspondem a todas as informações importantes do processo, e na maior parte das vezes só são discutidos os pontos mais controversos levantados pelas partes no recurso, fazendo com que muitos dados importantes para minha análise não apareçam explicitamente em todo o meu campo.

Nomeia-se de discurso jurídico todos os textos e argumentos trazidos por desembargadores(as) em seus votos, transcritos na forma de acórdão. Nesse sentido, é importante afirmar que "o discurso que se apresenta nos acórdãos é indireto, filtrado e recontado pelo Estado", em um exercício de produção de verdade institucional que seleciona quais depoimentos, questionamentos e argumentações merecem destaque e desenvolvimento, mas "apesar da mediação dos discursos pelos magistrados, não é possível apagar completamente da narrativa os modos como determinadas pessoas vivenciam a realidade."[15]

A escolha pela análise de acórdãos se deu porque estas decisões de segunda instância exercem o duplo poder de legitimar (ou não) as práticas do sistema formal de controle e de consolidar entendimentos em determinadas matérias. Por um lado, no julgamento dos recursos, o Tribunal decide sobre o funcionamento do sistema de justiça

[14] CARRARA, S; VIANNA, A. R. B. "Tá lá o corpo estendido no chão...": a violência letal contra travestis no município do Rio de Janeiro. **PHYSIS**: Revista Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, 2006. p. 233-249.

[15] COACCI, T. A pesquisa com acórdãos nas ciências sociais: algumas reflexões metodológicas. **Revista Mediações**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 86-109, dez. 2013. p. 102.

criminal como um todo, estabelecendo legalidades e proibições, e consolidando uma narrativa sobre o conflito criminalizado e acerca das personagens envolvidas. Por outro lado, acórdãos "são instrumentos importantes para fundar e consolidar paradigmas jurídicos", pois devido à sua função processual e posição hierárquica, são utilizados na prática para indicar aos juízes não apenas "a possibilidade de julgar da forma desejada, mas, também, indica a chance do tribunal, em sede de recurso, reformar a decisão caso não decida da forma requerida."[16]

TRIBUNAIS DE (IN)JUSTIÇA: DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988, E CADÊ AS TRAVESTIS?

Narrou que, como travesti, já era muito discriminada. Para não sofrer retaliações, inclusive, com ameaças até de morte, assumiu a propriedade da droga. Disse, também, que lava roupas do pavilhão inteiro para ganhar, em troca, um sabonete, cigarros etc. e que o balde de roupas era seu. E afirmou não ter condições de adquirir tamanha quantidade de droga. Não recebe visitas, não tem família, não recebe sedex, sendo que havia, na cela, à época, cerca de mais cinco ou seis pessoas.

Mas as versões não vingam. Pouco verossímeis à luz das regras da experiência comum, acham-se carentes de apoio denso no manancial probatório formado.[17]

Foi assim que três desembargadores decidiram, no dia 28 de novembro de 2014, condenar uma travesti – que já cumpria pena privativa de liberdade – a mais sete anos, onze meses e oito dias de reclusão e ao pagamento de 793 dias-multa. Decidiram, "à luz das regras da experiência comum", que o sistema de justiça não precisa avaliar cautelosamente as diferentes narrativas apresentadas sobre os fatos, a produção de provas e o contexto social em que se deu o conflito. Decidiram que suas experiências comuns, tão distantes da experiência

[16] Ibid. p. 106.

[17] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 0003042-44.2011.8.26.0205, da 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 28 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 01 dez 2017.

comum da maior parte da população do país[18] – e especialmente distantes da experiência daquela travesti encarcerada –, são a régua correta para medir o direito que se deve aplicar naquelas circunstâncias. Decidiram que as afirmações daquela travesti são "pouco verossímeis", ainda que grande parte da literatura especializada as corrobore como experiência generalizada, e que eles pouco conheçam da realidade da prisão. Para esses desembargadores, não era importante ouvir as outras pessoas que viviam na mesma cela, pensar como a droga entrou na prisão e tampouco as condições de vida da acusada. Bastava que ela fosse responsável pela lavagem de roupa de todo o pavilhão e que fosse seu o balde onde se encontrou a droga, na cela em que vivia. *Verossímil* é aquilo "1. Que parece verdadeiro; 2. Que é possível ou provável por não contrariar a verdade; plausível."[19] A narrativa da travesti, portanto, considerada tão pouco verossímil que sequer foi investigada, contrapõe-se a uma verdade instituída pelo sistema de justiça criminal, que então precisa se legitimar como um todo. Assim, "[...] a circunstância de serem agentes de segurança não os torna suspeitos, mostrando-se inadmissível estabelecer-se um juízo antecipado e genérico sobre o depoimento de agentes públicos."[20]

Delimitam também limites e legitimidades que envolvem todas as instituições, atores e atrizes do sistema de justiça criminal. Em um sentido mais amplo, delimitar o que cabe ao Judiciário versa sobre a "judicialização da política" ou "ativismo judicial",[21] e

---

[18] Segundo o IBGE, o 1% mais rico da população brasileira ganha de R$27.085,00 acima, em contraste com o 50% mais pobre, que ganha menos de um salário mínimo, que correspondia a R$880,00 no ano de aferição. Não é minha intenção neste texto explorar especificamente aspectos econômicos das dinâmicas do poder punitivo e não posso afirmar que existe uma ligação direta entre estes dados e as decisões que analisei. Mas me parece relevante que os desembargadores do TJSP estejam em sua grande maioria no 1% mais rico do país, julgando casos que envolvem majoritariamente pessoas pobres e vulneráveis, pertencentes ao 50% mais pobre, e que desde realidades tão diferentes fundamentem decisões sobre uma suposta "experiência comum". Outras pesquisas talvez possam investigar estes dados e seus significados na construção – ideológica – de "lados" nas decisões criminais. Cf. IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)** 2017. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 15 mar. 2017.

[19] AULETE, Caldas. **Novissimo Aulete**: dicionário contemporâneo da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011, p. 798.

[20] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 0003042-44.2011.8.26.0205, da 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 28 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 01 dez 2017.

[21] José Rodrigo Rodriguez explora os debates sobre "judicialização da política" e "ativismo judicial" como inerentes ao próprio direito, pois todas as práticas e teorizações do sistema de justiça se apoiam em configurações específicas de Estado e sociedade. "É claro que a discussão sobre o problema da aplicação, isoladamente, é extremamente relevante e tem atingido alto grau de sofisticação na comunidade de pesquisa em direito em todo o mundo. No entanto, ainda não há notícia de que estes resultados tenham tido impacto sobre o senso comum sobre a separação de poderes e instituições correlatas, conceito que, como vimos ao longo deste texto, é o principal entrave para superar o formalismo no campo da teoria e prática. [...] para tornar compatíveis a racionalidade jurisdicional e seus pressupostos institucionais, é preciso tocar no problema da separação dos poderes." RODRIGUEZ, J. R. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 145.

atravessa tribunais, teorias, mídia de massas e grande parte dos debates públicos. Em um sentido mais específico, versa sobre a inclusão ou exclusão de teses defensivas ou acusatórias, sobre a produção de provas documentais e testemunhais, sobre os institutos jurídicos acionados, sobre prazos e irregularidades – ou seja, sobre consequências imediatas para o processo em andamento.

Desde esse ponto de vista, o sistema de justiça (especialmente o criminal) é um terreno de disputa política constante, no qual o poder capitalista – branco, patriarcal e masculino – acumula historicamente muitas vitórias[22]. No entanto, está ainda em disputa, como sempre esteve. Seja em defesa ou em contraposição à divisão clássica dos Três Poderes, desembargadores definem em seus votos suas concepções do papel do Judiciário e constroem assim o funcionamento do aparato estatal, das investigações, dos processos criminais. Disputam a legitimidade das práticas policiais, dos depoimentos das pessoas envolvidas no conflito criminalizado, das políticas criminais, do sistema carcerário e do poder punitivo de modo geral. O Tribunal de Justiça, desde seu lugar institucional hierárquico, com seu poder de dizer o direito, não apenas cria precedentes jurídicos, mas constrói politicamente (i)legitimidades e (i)legalidades – ainda que se pretenda neutro e isento.

Para uma análise crítica do discurso, como já dito, é importante pensar não apenas *o que* é dito, mas *por quem, de que forma* e *para quê*. Nesse sentido, a constante e incondicional legitimação de práticas e discursos de agentes policiais e do Ministério Público, mesmo quando insuficientes, irregulares ou ilegais, é parte do processo de produção da verdade. Desembargadores utilizam a fé pública dos cargos policiais como fundamentos de prova processual, por si só, e também como blindagem jurídica.

Tais modos de produção da verdade se sustentam em concepções ideológicas punitivistas, que atribuem ao sistema de justiça criminal a função de lidar, por meio da pena, com os problemas considerados mais graves. Esse posicionamento sistematizado de defender incondicionalmente os agentes do sistema penal, mesmo quando as atitudes analisadas são reconhecidamente abusivas, deve ser desnaturalizado e problematizado. Mesmo considerando a tripartição dos Poderes e certas limitações ao poder de decidir de juízes e tribunais, e que existe uma sobrecarga do sistema de justiça criminal que o faz lidar com muito mais conflitos do que sua estrutura permitiria, a argumentação encontrada nos acórdãos analisados nesta pesquisa indica que o Tribunal de Justiça se coloca "do mesmo lado" que os agentes policiais chefiados pelo poder executivo estadual, e para isso legitima suas ações e deslegitima as

[22] SAFIOTTI, Heleith. **O Poder do Macho**. São Paulo: Ed. Moderna, 1987.

críticas ao seu funcionamento que vem "do outro lado", da base ou das populações diretamente interpeladas pela criminologia. Os agentes do sistema de justiça criminal são representados como "agentes estatais incumbidos da repressão ao crime."[23] Esta dicotomia coloca "bandidos" contra "a sociedade" e se faz presente em grande parte dos debates públicos e dos acórdãos analisados nesta pesquisa – e em toda a história da criminologia.

Mobilizando argumentos como "os policiais não conheciam o réu e não teriam motivos para gratuitamente imputar a prática de tão grave crime a uma pessoa que eventualmente soubessem ser inocente",[24] os desembargadores distorcem eventuais denúncias sobre abusos de agentes do poder punitivo e eximem o sistema de justiça tanto de investigar com o mesmo afinco todas as possibilidades levantadas para explicar o conflito quanto de justificar suas escolhas e ações.

Em julgamento de recurso sobre um caso de roubo, a travesti colocada no lugar de ré – tratada sempre no masculino, pelo nome de registro – afirma que o homem colocado no lugar de vítima lhe entregou espontaneamente o celular, como garantia, até que buscasse dinheiro em um caixa eletrônico, porque "já se conheciam de outros programas sexuais. Ao ser abordado, afirmou-se como soro positivo, razão pela qual foi agredido pelo miliciano, que passou a lhe imputar o emprego de uma faca e também a subtração da carteira."[25] Esta acusação de violência policial foi completamente ignorada pelos desembargadores. Não há menção a investigações, esclarecimentos, nem mesmo indagações sobre um eventual exame de corpo de delito. A resposta do Tribunal, na verdade, foi de que "os autos não revelam elementos, minimamente concretos, aptos a depreciar a palavra do agente policial e a regra, ao contrário do sustentado defensivamente, é de que age nos termos e limites legais."[26]

Considerando que, segundo recente pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, entre 24 de fevereiro de 2015 e 30 de abril de 2017 – período parcialmente coincidente com o da amostra de acórdãos aqui analisada –, 3049 (três mil e quarenta e nove) réus de audiências de custódia alegaram ter sofrido violência policial no ato de prisão em São

[23] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 0001214-43.2009.8.26.0638, da 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 4 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 01 dez 2017.

[24] Id. Apelação n. 0000178-96.2014.8.26.0635, da 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 01 dez 2017.

[25] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 0005114-52.2015.8.26.0564, da 14ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 31 de março de 2016. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 02 dez 2017.

[26] Ibid.

Paulo,[27] além de vasta literatura criminológica sobre os abusos da força policial,[28] é bastante problemático – e sintomático – que denúncias sejam simplesmente ignoradas pelo Judiciário.

Em julgamento de apelação em processo por tráfico de drogas, os agentes policiais afirmam ter se apresentado como usuários para comprar drogas e que "permitida a entrada na residência, encontraram uma caixa de remédio contendo porções de "crack" e cocaína, além de R$ 170,00 (cento e setenta reais) em dinheiro".[29] Ainda que a travesti indicada como autora tenha afirmado que foi abordada pelos policiais em seu quintal, "que era uma rota de fuga para os meninos que vendem drogas na rua", que as drogas apreendidas não eram suas e foram encontradas em uma caixa de luz e que o dinheiro encontrado provinha de trabalho sexual, o que nos importa neste momento é a justificação dada pelo Tribunal à essa ação dos policiais. Embora o Supremo Tribunal Federal, pela Súmula 145 (em vigor desde 13 de dezembro de 1963),[30] proíba expressamente o flagrante preparado, ele foi aceito neste caso por não haver "qualquer notícia" de que os policiais pretendessem "acusar falsamente", e foi usado como fundamento para a condenação.

> *Cumpre frisar que não ocorreu, no caso em exame, o chamado flagrante preparado, pois o acusado não só vendia substância entorpecente, como também* ***guardava e tinha em depósito*** *porções de "crack" e cocaína, condutas essas – descritas na denúncia – que independiam da ação do policial civil que simulou a condição de usuário e comprador de droga.*
>
> *Não se está, portanto, diante de um crime artificialmente criado, mas de situação preexistente que a lei define como crime, conduta esta de caráter permanente e devidamente*

[27] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2017, ano 11. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.

[28] Ver, por exemplo, FERREIRA, P. S. A inércia judicial como governança: o tratamento dos homicídios dolosos praticados por policiais na justiça de São Paulo. In: **Sociology of law**, 2017, Canoas (RS). Anais Sociology of law 2017: Perspectivas das relações entre direito e sociedade em um sistema social global. Canoas: Unilasalle, 2017. p. 523-533.

[29] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 0005119-46.2009.8.26.0609, da 14ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 31 de março de 2016. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 18 jan. 2018.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n 145. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 fev. 2018.

prevista [...].[31]

A argumentação, como se vê, desvia da conceituação de *flagrante preparado*, ignorando que o suposto crime não teria se consumado não fosse a participação dos policiais. Foca na natureza do crime e em uma suposta inevitabilidade, desobrigando os agentes do sistema de justiça de responder pela forma como as provas foram colhidas e apresentadas. De um ponto de vista discursivo, o Tribunal dá voltas ao redor da proibição para não enfrentá-la, fazendo com que as regras jurídicas sejam aplicadas diferencialmente: valem estritamente para quem é construído como criminoso, mas relativamente para quem "combate o crime".

Estes exemplos são trazidos apenas para ilustrar algumas das formas pelas quais o discurso jurídico é atravessado por ideologias ao manipular significados necessariamente produzidos na aplicação da letra da lei.[32] Seria necessária uma pesquisa específica para investigar a fundo estes processos e não pretendo aqui afirmar se as decisões analisadas estão corretas ou equivocadas. O que interessa aqui, para uma análise discursiva, é entender a necessidade de o sistema de justiça criminal legitimar suas próprias ações, ainda que para isso seja necessário estabelecer um "lado" que se pretende defensor da sociedade e outro que, independente do crime em questão e das circunstâncias e consequências que o envolvem, fere toda a sociedade. Nesse sentido, é possível visualizar uma preocupação dos desembargadores com a realidade dos agentes policiais, sua sobrecarga de trabalho, os perigos de sua função, mas os contextos específicos das pessoas que cometem crimes não são analisados com tanto cuidado. As circunstâncias em que elas se encontram, suas condições de vida, as possibilidades levantadas em suas narrativas, parecem não ser relevantes para a formação dos discursos nos acórdãos.

Contudo, a perspectiva de gênero de forma isolada não dá conta de pensar as experiências da maior parte das travestis, que se tornam especialmente vulneráveis ao sistema de justiça criminal devido à pouca escolaridade,[33] à baixa renda, ao exercício da prostituição,[34] à constante e generalizada violência a que estão submetidas.[35] Nesse sentido, o

[31] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 0005119-46.2009.8.26.0609, da 14ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 31 de março de 2016. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 18 jan. 2018. Grifo original.

[32] "Letra da lei" é uma expressão muito comum no direito, tanto na produção acadêmica quanto no funcionamento do sistema de justiça, e se refere a uma suposta neutralidade dos textos legais.

[33] ANDRADE, L. N. **Travestis na escola:** assujeitamento e resistência à ordem normativa. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

[34] PELUCIO, L. Na noite nem todos os gatos são pardos: notas sobre a prostituição travesti. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 25, p. 217-248, dez. 2005.

marco interseccional se mostra fundamental para aprofundar as reflexões aqui iniciadas.

Para Carmen Hein de Campos, a palavra "mulher" não deve ser considerada como tendo um sentido único, pois toda pessoa se constitui de muitas características – uma teia de diferenças que compõe um "lugar" social.[36] O "lugar da mulher" – e também o dos homens, das travestis, de todas as pessoas – não se constrói em um espaço alheio, antes ou fora da cultura, mas dentro da existência social. Gênero, assim, se torna "uma forma de conceitualizar, de entender, de explicar certos processos e não as mulheres"[37] – ou, em outras palavras, como se dá o *engendramento*, como se constituem socialmente masculinidades e feminilidades e seus efeitos nos corpos. Por isso, pensar esses processos exige que se pense também em raça, classe, idade, regionalidade, escolaridade e deficiência. Minha proposta, portanto, é partir desta compreensão de gênero enquanto um conjunto de processos sociais para incorporar à criminologia feminista outros olhares possíveis. Do estudo das mulheres para os estudos de gênero; da criminologia sobre mulheres para uma criminologia sobre processos de *engendramento*[38] do discurso jurídico.

A representação de travestis pelos discursos do Tribunal de Justiça de São Paulo é marcada por fantasmas que, sistematicamente invocados, materializam-se. A periculosidade, a afeição ao crime, o vínculo quase necessário com a prostituição e o tráfico de drogas, a "mentira" do "homem" atrás ou dentro da travesti, são estereótipos, construções sociais, que ao surgirem no discurso jurídico assombram ações policiais, lavraturas de boletins de ocorrência, produção de provas, tipificação de condutas, fixação de penas e regimes de cumprimento.

Para Butler, "discursos, na verdade, habitam corpos. Eles se acomodam em

---

35 TRANSGENDER EUROPE. **Trans murder monitoring results**. Disponível em: <http://www.transrespecttransphobia.org/uploads/downloads/2013/TDOR2013english/TvT-TMM-TDOR2013-Tables_2008-2013_EN.pdf>. Acesso em 15 nov. 2017.

36 CAMPOS, C. H. Violência de gênero e o novo sujeito do feminismo criminológico. In: **Seminário Internacional Fazendo Gênero 9: Diásporas, Diversidades, Deslocamentos**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. p. 17.

37 LAURETIS, T. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, H. B. **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 206-242. p. 215.

38 Aqui me refiro à expressão de Carmem Hein de Campos, que "na falta de uma melhor tradução para *gendered*, utilizo a expressão 'engendrado' para referir que são marcadas pelo gênero, isto é, construídas a partir do gênero" – o que significa que "estabelecidos como um conjunto de referências, os conceitos estruturam a percepção e a organização simbólica de toda a vida social" e "na medida em que estas referências estabelecem distribuições de poder o gênero torna-se envolvido na concepção e na construção do poder em si mesmo". Para maiores detalhes, cf. CAMPOS, Carmen Hein de. "Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha". In: _____. (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-12. p. 3.

corpos; os corpos na verdade carregam discursos como parte de seu próprio sangue."[39] Para mim, o funcionamento do Tribunal de Justiça parece consolidar juridicamente expectativas sociais, criminalizando corpos travestis por meio de fantasmas discursivos, relacionados à ambiguidade que habita o corpo travesti, que desconcerta o binarismo social e os limites das categorias jurídicas, muitas vezes, à custa de suas vidas e sangue. As disputas políticas entre as correntes feministas, e entre movimentos sociais e o direito, tornam imprescindível analisar as articulações entre diferentes marcadores sociais da diferença e o poder punitivo. Não basta isolarmos um conjunto de processos – questões de gênero e sexualidade ou violência contra mulheres, pessoas trans e travestis, por exemplo – de todo o contexto social. É preciso construir análises e alternativas políticas que considerem aspectos econômicos, político-institucionais, culturais. Os fantasmas discursivos a que me refiro, portanto, entrelaçam discursos e práticas sobre corpos, sobre o sistema de justiça criminal e sobre toda a sociedade.

Por fim, concluísse que a Constituição de 1988 e a Declaração Universal de Direitos Humanos também compreendem limitações simbólicas que revelam um descuidado normativo e interpretativo ao não encarar a marginalização de pessoas trans e travestis. A identidade de gênero, que transborda ditos "sexos biológicos" masculinos e femininos orientados pela genitália, assim como a orientação sexual são categorias que inicialmente não foram citadas, ou ainda se mantém excluídas, até mesmo "subentendidas". As pautas de Direitos Humanos são arenas de enfrentamento no nível jurídico e político, local e internacional, pelos movimentos homossexuais, e que posteriormente passam a ser conhecidos como movimentos LGBT+, impulsionadas pela luta pela vida e combate a epidemia de HIV/AIDS, e que junto da Teoria Queer contemporânea e teorias interdisciplinares decoloniais passam a ponderar ditas verdades absolutas. Recomendações oriundas de Organizações Internacionais, mesmo as de proteção social e humana, passam a ser alvos de disputa de discursos e saberes no que tange as recomendações que revelam o caráter centralizador de categorias de humanidade, cidadania e cidadania global para diversos grupos sociais, mas não contribuindo para crítica da produção e reprodução de *status* minoritários de cidadania universalista, que ignoram os efeitos reais e empíricos da discriminação, violência e marginalização sobre pessoas trans e travestis ao não encararem de frente a estrutura simbólica e de violência totalitária que envolvem estas pessoas, nos espaços

[39] PRINS, B.; MEIJER, I. C. Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 155-167, jan. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2002000100009&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 22 fev 2018. p. 163.

metropolitanos, regionais nacionais e internacionais, principalmente quando se visa refletir sobre os fluxosmigracionais e o tráfico sexual internacional.[40]

DISRUPÇÃO DA SUJEIÇÃO: LUTAS POR RECONHECIMENTO E CIDADANIA

- A vítima Josué, descreveu os fatos com segurança, afirmando que, durante a ação criminosa, fora abordado pelo réu, que estava vestido de mulher [...].[41]
- o acusado, então, colocou a faca no seu pescoço e passou a exigir que chamasse policiais, pois queria ajuda para que a mulher dele fosse lá perdoá-lo, dizendo depois que, na verdade, não era esposa, e sim um "travesti" [...].[42]
- afirmou em juízo que, no momento dos fatos, o Réu estava vestido de mulher.[43]

Estes são alguns exemplos escolhidos por levarem a extremos construções que subjazem grande parte do *corpus* desta pesquisa. A ambiguidade da figura travesti – que não é uma ambiguidade inerente, "natural", nem produzida por elas, mas pela reação da sociedade a elas – desafia diversas normas sociais. Desafiam o que se entende como homens e mulheres; o que se entende como trabalho legítimo (são predominantemente trabalhadoras sexuais); o que se entende como saúde (utilizam hormônios e intervenções corporais de forma bastante

[40] A exemplo da contemporaneidade das tentativas de reparação e reconhecimento, pode-se citar a retirada da disforia de gênero do CID-11 em 18 de Junho de 2018 pela OMS revela uma tentativa internacional de tentar atenuar as violações embasadas pelas interpretações ambíguas ou efetivamente discriminatórias como antes se configurou o CID-10, onde a identidade de gênero ainda era debatido num nível de disforia e transtorno psicológico, assim como antes a homossexualidade e a bissexualidade foram violentamente definidos. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2018/06/oms-tira-transexualidade-de-nova-versao-de-lista-de-doencas-mentais.shtml>. Acessado em 25 out. de 2018

[41] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 0002311-62.2010.8.26.0050, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 6 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 08 fev 2018.

[42] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 0005140-50.2012.8.26.0210, da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 5 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 08 fev. 2018.

[43] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 0002790-29.2010.8.26.0091, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 26 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 08 fev. 2018.

diversa das pessoas cisgêneras[44]). Tudo isso está vinculado ao que se entende como *humanidade*, aos critérios que constituem as pessoas reconhecidas como *sujeitos de direito*, no linguajar jurídico mais comum.

> *A pergunta sobre quem e o que é considerado real e verdadeiro é aparentemente uma pergunta de conhecimento. Mas é também, como Michel Foucault afirma, uma questão de poder. Ter ou portar a "verdade" e a "realidade" é uma prerrogativa enormemente poderosa no mundo social, um meio pelo qual o poder se dissimula em ontologia.*[45]

O reconhecimento, nesse sentido, não é apenas uma questão de visibilidade, mas de produção de sentidos ao tornar visível ou invisível. O processo de desumanização que faz das travestis corpos *abjetos* não apenas as descreve como ambíguas, mas funciona, ele próprio, ambiguamente. Saber que alguém é travesti e decidir ressaltar ou omitir tal informação em processos criminais faz parte de uma operação linguística de valoração. Os discursos presentes nos acórdãos, tanto de desembargadores e outros agentes do sistema de justiça criminal quanto das pessoas envolvidas nos conflitos e consequentes partes no processo, reconhecem a travestilidade segundo interesses processuais e variam, portanto, pelo contexto.

Muitos homens apresentados como clientes de trabalhos sexuais remunerados afirmam em suas narrativas que *descobriram* se tratar de travestis somente após a contratação. Na maior parte dos casos, é uma tentativa de negar o programa sexual e qualquer possibilidade de que o conflito fosse uma cobrança justa.

> *Deixou o local rumo a um motel. No caminho passaram a conversar, acertaram os valores que seriam pagos pelos 'serviços', oportunidade em que Pedro teria percebido*

---

[44] *Cisgênero*, ou *cis*, se refere a pessoas que se identificam e são identificadas pelo sexo/gênero que lhes foi atribuído ao nascer. Ou seja, é um conceito que as contrapõem a *transgênero*, *transexuais* ou *trans*.

[45] "The question of who and what is considered real and true is apparently a question of knowledge. But it is also, as Michel Foucault makes plain, a question of power. Having or bearing "truth" and "reality" is an enormously powerful prerogative within the social world, one way that power dissimulates as ontology". BUTLER, J. **Undoing Gender**. New York: Routledge, 2004. p. 27. Tradução nossa.

> *que se tratava de um 'travesti' e, por isso, acabou desistindo.*[46]

Ao ressaltar que só soube se tratar de uma travesti depois de deixa-la entrar no carro[47] ou chegar ao motel,[48] traz-se implícita uma ideia de farsa, de enganação, que ao mesmo tempo deslegitima a identidade travesti como um todo e a narrativa daquelas travestis especificamente implicadas no conflito.[49]

O sistema de justiça criminal, desde as polícias até o Tribunal de Justiça, parece ressaltar a travestilidade sempre que possível. Reconhece o desvio, a marca da ambiguidade, da androginia, da feminilidade construída com esparsos recursos sobre corpos tidos como masculinos e que, por isso, é tida como falsa ou incompleta.[50] Reconhece que se trata de uma travesti, torna visível a marca, mas trata-se de um reconhecimento bastante enviesado sobre o que ser travesti significa e carrega.

As situações de vulnerabilidade em que se encontra grande parte das travestis capturadas pelo sistema de justiça criminal não são consideradas como obstáculos para produção de provas, muito embora exames periciais e gravações de áudio e vídeo, por exemplo, custem valores elevados para serem produzidos pelas partes quando o Judiciário se recusa a produzi-las. Tais vulnerabilidades também não são consideradas quando se trata, por exemplo, da aplicação de medidas protetivas por meio da Lei n. 11.340/06.[51] Em 8 de outubro de 2015, o Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu algumas proteções previstas nesta lei

---

[46] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Recurso em Sentido Estrito n. 0002801-15.2009.8.26.0052, da 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 9 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 08 fev. 2018.

[47] Id. Apelação n. 0000038-94.2014.8.26.0301, da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 29 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 08 fev. 2018.

[48] Id. Recurso Em Sentido Estrito n. 0005187-81.2010.8.26.0052, da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 14 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 08 fev. 2018.

[49] Na seção 3.1, "Travesti de ofício": prostituição e enquadramentos jurídicos, discuto com maior profundidade os conflitos envolvendo cobranças por trabalhos sexuais realizados, que em geral se transformam em processos criminais de roubo.

[50] Praticamente todas as pesquisas sobre prostituição travesti que cito ao longo deste trabalho discutem, em diferentes graus e formas, o acesso às modificações corporais e os efeitos disso na colocação das no mercado sexual. Para pensar especificamente o processo de produção da feminilidade travesti, cf., por exemplo, GARCIA, M. R. V. Alguns aspectos da construção de gênero entre travestis de baixa renda. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 4, n. 20, out/dez. 2009. p. 597-618.

[51] BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei n. 11.340/06, de 7 de agosto de 2006. Diário Oficial de União, Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

para uma mulher transexual[52] e tal decisão teve certa repercussão, gerando debates que ainda não se esgotaram. Até o encerramento deste texto, não havia jurisprudência consolidada sobre tal aplicação, especialmente em relação a travestis. No cerne desses debates está a disputa sobre o corpo das travestis, supostamente masculino e que, portanto, por não ser "mulher de verdade", tampouco pode ser "vítima de verdade" da violência de gênero.

A construção social de que corpos travestis são corpos masculinos ganha contornos específicos no discurso judicial criminal, que se utiliza das categorias de homem e mulher, masculino e feminino, para conceder ou não direitos. Quando condenadas, travestis são enviadas a prisões masculinas, e até muito recentemente não havia precedentes que permitissem a elas, se quisessem, ir para prisões femininas. O fantasma do macho, colocado pelo poder jurídico nos corpos travestis, dificulta também que consigam visitas íntimas com seus companheiros presos no mesmo dia de visita das mulheres dos outros presos.

> *tendo o funcionário público aceitado a promessa, recebido dinheiro e inserido os celulares na cadeia, assim como viabilizada a anexação de pessoa no rol de visitas [...] Cerca de quinze dias depois, William telefonou para um travesti, chamado Carlos, namorado do corréu Cleiton, dizendo que Marcos já havia conseguido inserir seu nome no rol de visitas de outro preso [...].*[53]

Não trago tais reflexões para definir o que é violência de gênero ou quem deve ser protegido pela Lei Maria da Penha, nem para justificar esquemas de corrupção, mas para demonstrar como o processo de reconhecimento da travestilidade é bastante seletivo e permeado por estereótipos. Por um lado, ainda que travestis sejam assim identificadas e descritas pelos discursos jurídicos – diferenciadas, portanto, dos "homens de verdade", pois são travestis –, não se garante a elas a aplicação de eventuais proteções previstas na LMP nem o direito a visitar seus companheiros presos.[54] Por outro lado, ela é bastante recorrente mesmo

---

[52] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Mandado de Segurança n. 2097361-61.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, São Paulo, SP, 8 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 08 fev. 2018.

[53] Id. Apelação n. 0002444-10.2009.8.26.0028, da 15ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 6 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 08 fev. 2018.

[54] Não quero dizer com isso que o acesso de mulheres às medidas protetivas da Lei Maria da Penha ou às visitas íntimas a seus companheiros em prisões sejam satisfatórias. O que a crítica feminista vem demonstrando, pelo contrário, é que ambos fenômenos são atravessados por seletividades de classe, raça e sexualidade em todo o

quando parece não ter qualquer relação com o conflito julgado. Em um dos acórdãos,

> O réu, nas duas fases da persecução penal, negou a prática do delito, entretanto apresentando versões conflitantes.
> Na primeira oportunidade em que ouvido afirmou ter visto a vítima [...] na rua se desentendendo com um travesti. Afirmou que, ao ver a discussão, foi embora do local, se dirigindo à residência do ofendido, onde contou o ocorrido para a esposa desta.
> Em juízo mudou o relato dos fatos. Negou a prática de roubo, dizendo que a vítima o estava acusando injustamente porque ele, quando trabalhava na borracharia do seu pai, teria furado o pneu do carro do ofendido.[55]

Para construir uma defesa que tivesse credibilidade, o réu suspeito de ter cometido o crime de roubo afirma ter visto a vítima discutindo com uma travesti. Tal afirmação, quando considerado o contexto geral de funcionamento do sistema de justiça criminal, indica que a imagem social de travestis é de que sejam perigosas e frequentemente criminosas. Não importa quem seja essa travesti específica, as roupas que usava, altura ou cor do cabelo. Nada que a identificasse pareceu necessário. O fato de ser uma travesti, por si só, a tornaria mais "provável" de ter cometido o crime do que o réu. Reforço o contexto geral de funcionamento do sistema de justiça criminal porque, embora o fantasma da travesti criminosa raramente absolva os réus que o invocam,[56] ele é reforçado e legitimado a cada vez que aparece nessas narrativas. Existem múltiplos discursos e, portanto, efeitos jurídicos

---

sistema de justiça criminal. Para debates mais aprofundados sobre a aplicação da LMP e das visitas íntimas em prisões no estado de São Paulo, cf. SEVERI, F. C. **Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha:** elementos do projeto jurídico feminista no Brasil. 2017. 240 p. Tese (Livre Docência em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo; e PADOVANI, N. C. **Sobre casos e casamentos:** afetos e "amores" através de penitenciárias femininas em São Paulo e Barcelona. 2015. 367 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas.

[55] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 0000872-61.2007.8.26.0457, da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 6 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 08 fev. 2018.

[56] Como demonstrado no Gráfico 2, quantidade significativa de acórdãos apresentam a figura do "bode expiatório" e "mencionada"; Tais categorias são discutidas com mais profundidade no terceiro capítulo, mas aqui já indicam que é recorrente a evocação de travestis como forma de defesa, produzindo sentidos de criminalidade. Este ainda é um dado importante, embora a maior parte do *corpus* desta pesquisa tenha terminado em condenações.

concretos, que constroem reconhecimentos e visibilidades ambivalentes. Quando repetida sistematicamente, mesmo que supostamente de forma neutra e isenta, a informação de que se trata de uma travesti produz sentidos de acordo com o contexto – e, em seu extremo, é usado pelo sistema como fundamento para condenações.

É importante, aqui, pensar por que o delegado e os desembargadores consideraram essa informação relevante a ponto de faze-la presente na plenária do júri e no voto final do acórdão. A aglomeração de travestis em frente ao distrito policial ganha novos sentidos quando trazida desta forma, pois se fossem homens "de verdade" ou "normais", dificilmente o fato de serem homens seria destacado. O delegado, ao se referir às pessoas que tinham acabado de presenciar uma amiga ser morta a tiros na avenida em que trabalhavam quase todos os dias, preferiu qualificar quem eram essas pessoas. Porque considerava aquela aglomeração diferente de tantas outras, comuns em casos de homicídio cometidos em locais públicos e movimentados. Eram travestis, desviantes, e seu rótulo tinha que ser reforçado.

Em um outro acórdão, que julgava um recurso contra decisão de primeiro grau que condenava uma travesti a um ano de reclusão, desclassificando um crime de roubo para furto, por ter subtraído para si uma bolsa contendo maquiagem e R$300,00 em dinheiro. Segundo os desembargadores,

> *Pelo que se infere dos autos, o réu e a vítima se conheciam, os dois eram 'garotas de programa' – ele como travesti. No dia dos fatos, ambos se desentenderam e a suposta vítima o agrediu com uma cadeira – fato este presenciado por testemunha. Após a desinteligência, ela acabou saindo do local, esquecendo sua bolsa. O acusado, então, com perceptível intuito de vingança pegou a bolsa e a destruiu, assim como a maquiagem que se encontrava em seu interior; depois abandonou os bens no local. A suposta vítima, obviamente, em contrapartida, tomada pelo sentimento de ira, chamou a polícia, acusando o recorrente de roubo [...].*[57]

[57] Id. Apelação n. 0002310-14.2008.8.26.0320, da 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 01 dez 2017.

As aspas sobre a expressão "garotas de programa" parece indicar, ao mesmo tempo, que o Tribunal não reconhece a travesti como uma identidade feminina e que a prostituição não é legítima ou precisa ser descrita com eufemismos, em especial quando considerado que em quase nenhum outro acórdão envolvendo crimes de roubo a ocupação profissional da parte colocada como vítima aparece. Indica, também, que a travesti, mesmo tendo sua identidade vinculada necessária e diretamente à prostituição, não é bem uma garota de programa, porque não é uma mulher. O desfecho processual foi a absolvição por atipicidade, dois anos depois da condenação em primeira instância, por estar "ausente o dolo específico (vontade do agente de subtrair e apoderar-se definitivamente de coisa alheia móvel)."[58]

Os exemplos trazidos até aqui não esgotam as possibilidades analíticas, servem para ilustrar padrões de argumentação e usos da linguagem que encontrei nos discursos dos acórdãos. A marginalização experimentada por travestis não decorre de ignorância no sentido de desconhecimento, como algumas vezes se reivindica nos debates públicos. As pessoas sabem quem são travestis e as identificam mesmo quando esta identificação não parece ter qualquer relevância. Sobre o corpo travesti, reconhecido em sua ambivalência, "nem homem nem mulher", é produzido e reproduzido constantemente o fantasma do macho. E é por este processo de reconhecimento seletivo que se impede travestis de acessar certos direitos, que se faz delas vidas desviantes, *abjetas*.

Mais do que a experiência dessas travestis, a análise do discurso judicial criminal permite desvendar as decisões políticas de proteger, reconhecer ou criminalizar determinadas subjetividades. Permite compreender a construção narrativa que juízes e desembargadores fazem delas, os juízos de valor reatualizados, desvelando, dessa forma, os mecanismos de seletividade permeados por processos profundos de revitimização e criminalização.

Da análise dos discursos dos acórdãos, depreende-se uma série de falas nas quais o Tribunal de Justiça de São Paulo constrói a travestilidade como um sinônimo de prostituição, violência e crime. E é essa mesma representação das travestis como desajustadas e perigosas, (re)produzida pelo sistema de justiça, que fundamentará seu ajuste ao papel de acusada, criminosa, desajustada. O sistema de justiça criminal concretiza as expectativas sociais que ele mesmo produz, em um processo que se mantém por meio da vulnerabilização

[58] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 0002310-14.2008.8.26.0320, da 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 01 dez 2017. p. 7.

e criminalização de grupos específicos – no que se denominou chamar na criminologia de "profecias que se autocumprem", *self-fulfilling prophecy.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A sigla LGBT adotada na I Conferência Nacional sobre populações LGBT em 2008 designa uma pluralidade de expressões da diversidade sexual: lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Porém, acrescenta-se a está sigla algumas atualizações ainda em discussão no Brasil, visto que desde quando aconteceu esta primeira conferência a sigla passou por mudanças, principalmente aquelas que pautam os movimentos internacionais LGBT+, incorporando as siglas "Q"-"I"-"A"-"+", ficando LGBTQIA+(*Queer*, Intersexual, e Assexual/Simpatizante, Soropositivos além deste "+" que representa a possibilidade de novas identidades). Esta atualização está em um debate sobre indagações do pós-colonialismo e da linguagem, graças ao fato da categoria *Queer,* no Brasil ter equivalências no que tange a violência com as pessoas transgêneros não-binárias, estas pessoas não estariam dentro da sigla "T" por não serem nem homens, nem mulheres Transsexuais, nem Travestis. As pessoas Interssexuais seriam aquelas que possuem genitálias ambíguas, produções de hormônios em taxas diferentes e que revelariam diferenças no que tange suas características sexuais primárias e secundárias, por esta questão desde ao nascer passam por procedimentos médicos/cirúrgicos e fármacos para que a medicina e família possam definir o "sexo". O "+" seria para possibilidades ainda não identificadas de outras orientações e formas sexuais e identidades de gênero, e também poder ser pensada a questão da HIV+/AIDS, no que tange o quanto que esta e outras Infecções Sexualmente Transmissível marcaram a história destas comunidades principalmente pelo que tange a violência institucional, negligência e estigma. Por fim, a opção LGBT+ é priorizada em virtude da facilidade para pesquisa da palavra-chave, pelo reconhecimento acadêmico da sigla, e pela popularidade, mas não será abandonada a necessidade do "+" com foco de minimizar a supressão de siglas e encarar com respeito a inerência desta vasta e diversa expressão sexual e de identidades.

A Transfobia Institucional é um conceito que se define pelos relatos e vivência dos enfrentamentos de pessoas trans e travestis em relação às instituições, ou seja, das configurações normativas que se desdobram em atos de discriminação estruturalmente dispostos nas convivências destas populações em relação ao todo social. Ela recaí sobre corpos individuais por causa da naturalização da violência, assim como a desconsideração das

pautas dos movimentos sociais LGBT, principalmente as pautas Trans que são historicamente colocadas em segundo plano ou negligenciadas. Esta realidade resultou na enorme evasão escolar e do lar; a patologização médica/psicológica[59]; abandono e violência familiar; abusos sexuais; cárcere; violência policial entre outros fenômenos devastadores e frequentes na vida social de pessoas Trans.

Portanto, é possível identificar que foram apontados diversas arestas ignoradas e naturalizadas como insolúveis pela sociedade e instituições que contribuíram ativamente na produção e reprodução da sujeição, exploração, violência e exclusão das pessoas trans e travestis, principalmente, tendo em vista a vulnerabilidade iniciada muitas vezes nas etapas de puberdade e de construção/afirmação/descobrimento da subjetividade, gerando expulsões, abandonos parentais, migração forçada, exposição a fome e pobreza, atém de extrema precariedade oriunda pela violência verbal e física. Agora, com o advento de novos meios de comunicação, de organização social associativa, e de divulgação, novos expoentes se tornam fundamentais nas pautas dos Direitos Humanos, onde localiza-se a contemporaneidade do combate ou empenho, porém é inegável a negligência estrutural que impossibilitou que estes debates fossem feitos antes devido ao enrijecimento e falta de meios e recursos de constrangimento e mobilização direta, de pressão, e que hoje as resposta plurais adiantam novas prática e projetos sociais mais complexos para as sociedades globais, principalmente. As Organizações Internacionais ainda estão fadadas a algumas limitações em contraste com as pressões sociais oriundas da rede de comunicação online, redes sociais, e que configuram atores que atuam diretamente sobre a soberania e as tomadas de decisão de como se fazer política por alguns Estados, obviamente se ancorando pelo acionamento das redes de proteções humanas, como as Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

O Brasil revela-se como um país repleto de idiossincrasias acerca dos debates de direitos trans e travestis, principalmente por ser ainda considerado o que mais mata pessoas trans e travestis do mundo, tendo em vista também o contexto que o país também revela-se como foco migracional e de expressiva concentração populacional de LGB em massiva, e grande contingente populacional de travestis e pessoas trans. Neste descompasso, também revela-se a carência de dados e de interesse acadêmico e da construção do conhecimento nacional sobre como estas populações estão dispostas, operando socialmente, quais as

[59] O *status* de condição de doença ainda é mantido pelos 302 Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV), e código F64.0 do Código Internacional de Doenças (CID-10 de 2008), vigentes ainda nestas configurações até este ano, 2017. Lembrando que a condição subalterna de pessoas Trans e Travestis se mantém, mesmo após a retirada da homossexualidade desta condição de patologia psicológica.

necessidades, passando a ser implementada políticas diretamente a partir de 2015, especificamente na cidade de São Paulo o programa Transcidadania, cuja tentativa estava em trabalhar a cidadania de pessoas trans e travestis, ocasionando na nacionalização do movimento social e da relevância de combate a LGBTfobia por parte de iniciativas públicas, muitas vezes tendo de enfrentar retaliações intensas da opinião pública. Com isso, esta reflexão acerca das problemáticas dogmáticas e de práticas de justiça revelam a sistematização e reprodução de normatividades que definem lugares sociais especificamente na margem para pessoas T, principalmente quando se centraliza que não há uma tendência natural ao crime, somente há o transbordamento da categorias de homens e mulheres pelas respectivas genitálias, gerindo aqui a genealogia da sujeição e desigualdade destas populações.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, L. N. **Travestis na escola:** assujeitamento e resistência à ordem normativa. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

BUTLER, J. **Undoing Gender**. New York: Routledge, 2004. p. 27.

_____. **Regulações de gênero**. Cad. Pagu [online]. 2014, n.42, pp.249-274.

CAMPOS, C. H. Violência de gênero e o novo sujeito do feminismo criminológico. In: **Seminário Internacional Fazendo Gênero 9: Diásporas, Diversidades, Deslocamentos**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. p. 17.

CARRARA, S; VIANNA, A. R. B. **"Tá lá o corpo estendido no chão..."**: a violência letal contra travestis no município do Rio de Janeiro. PHYSIS: Revista Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, 2006. p. 233-249.

CARVALHO, B. R. B. **"Tá pensando que travesti é bagunça?"**: repertórios sobre travestilidade, em contextos de criminalidade, por jornais de Pernambuco. 2014. 126 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. p. 29.

COACCI, T. A pesquisa com acórdãos nas ciências sociais: algumas reflexões metodológicas. **Revista Mediações**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 86-109, dez. 2013. p. 102.

SAFIOTTI, Heleith. **O Poder do Macho**. São Paulo: Ed. Moderna, 1987.

FIGUEIREDO, D. **Gênero e poder no discurso jurídico**. Florianópolis: Revista de Ciências

Humanas, v. 15, n. 21, p. 37-52, jan. 1997. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/23353>. Acesso em: 16 jul. 2017. p. 50.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade I: Vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1988.

GARCIA, M. R. V. **Alguns aspectos da construção de gênero entre travestis de baixa renda**. São Paulo: Psicologia USP, v. 4, n. 20, out/dez. 2009. p. 597-618.

LAURETIS, T. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, H. B. **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 206-242. p. 215.

PELUCIO, L. **Na noite nem todos os gatos são pardos: notas sobre a prostituição travesti**. Campinas:Cadernos Pagu, n. 25, p. 217-248, dez. 2005.

WEEKS, Jeffrey. "O corpo e a Sexualidade". In: LOPES, Guacira Louro. **O corpo Educado**, Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

TRANSGENDER EUROPE. **Trans murder monitoring results**. Disponível em: <http://www.transrespecttransphobia. org/uploads/downloads/2013/TDOR2013english/TvT-TMM-TDOR2013-Tables_2008-2013_EN.pdf>. Acesso em 15 nov. 2017.

LAUDO N.º 1/12 DO TPR: EVIDENCIAÇÃO DA TRÍPLICE PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA DO SUL

ARBITRAL AWARD N. º 01/2012 TPR: EVIDENCE OF THE TRIPLE PROTECTION OF DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS IN SOUTH AMERICA

Matheus Presotto e Silva[1]

RESUMO:

O presente trabalho é um estudo de caso referente à decisão estampada no Laudo n.º 01/2012 do Tribunal Permanente de Revisão ("TPR") do MERCOSUL. De forma sucinta, a presente pesquisa busca demonstrar o que é o MERCOSUL e o TPR, seus marcos normativos e o funcionamento do seu sistema de solução de controvérsias, a fim de garantir a compreensão do Laudo e de seus fundamentos. Ainda, o trabalho se presta a analisar a ratio decidendi do TPR demonstrando a importância desta decisão e seu significado, evidenciando a existência de um tríplice sistema de proteção da democracia e dos Direitos Humanos na América do Sul. Esse sistema, compõe-se do TPR/MERCOSUL, Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos/OEA e as ordens constitucionais internas dos países. Esses organismos, por sua vez, são ainda complementados pelo sistema universal de proteção dos Direitos Humanos franqueados pela ONU, nesse sentido o trabalho explora estes aspectos, trazendo também as suas implicações para o Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: MERCOSUL – TPR. Direitos Humanos. Democracia. Brasil

ABSTRACT:

The present case study referring to the decision issued in Arbitration Award Nº. 01/2012 of the Permanent Review Court ("TPR") of MERCOSUR. Briefly, this research seeks to demonstrate what is MERCOSUR and TPR, its regulatory frameworks and the functioning of its system of dispute settlement, in order to guarantee the understanding of the Award and its foundations. The paper also analyzes the TPR ratio decidendi demonstrating the importance of this decision and its meaning, evidencing the existence of a triple system of protection of democracy and human rights in the South America. This system is composed of the

[1] Coordenador do Núcleo de Pesquisa III: Dogmáticas dos Direitos Humanos no Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo da Academia Paulista de Direito (CIDHSP/APD). Advogado.

TPR/MERCOSUR, Inter-American Commission and Court of Human Rights, and the internal constitutional orders of the countries. These organisms, in turn, are further complemented by the universal system of protection of Human Rights franchised by the UN, in this sense the work explores these aspects, also bringing their implications to Brazil.

KEY WORDS: MERCOSUR. TPR. Human rights. Democracy. Brazil

1. INTRODUÇÃO

Sob a égide do Tratado de Assunção ("TA")[2], surge no cone sul um novo projeto de Integração Regional: o Mercado Comum do Sul ("MERCOSUL"). Sua gênese ocorreu em um momento de convergências de interesses e ambiente socioeconômico propício, buscando implementar-se como um modelo de integração regional com alicerces mais firmes para lograr o êxito não alcançado pelas tentativas anteriores de estabelecer uma organização regional que integrasse economicamente, socialmente e politicamente os seus membros[3]. Dessa forma, esclarece Wagner Menezes:

> *"el objetivo claro del Tratado de Asunción es efectivamente establecer un mercado común a través de un proceso gradual de integración económica que envuelve en su proceso de estructuración la consecución de etapas pasando inicialmente por una zona de libre comercio y una unión aduanera para entonces llegar a ser un mercado común con la consolidación de las llamadas "cinco libertades"*[4 / 5].

[2] Tratado firmado na capital paraguaia, da qual recebeu o nome, assinado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, doravante denominados 'membros-fundadores'. Atualmente são cinco Estados membros, contando a Venezuela, que se encontra suspensa do bloco por ofensa à cláusula democrática. A Bolívia, Estado associado, encontra-se atualmente em processo de adesão para se tornar membro efetivo. BRASIL. Decreto 350, de 21 de novembro de 1991. Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (TRATADO MERCOSUL). DF, novembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm>. Acesso em 25 de agosto de 2018.

[3] MENEZES, Wagner. *Derecho internacional en América Latina*. Brasília: FUNAG, 2010. p. 184-185.

[4] *Ibidem.* p. 187.

[5] As "cinco liberdades" se referem a: livre circulação de serviços, livre circulação de capitais, livre circulação de mão-de-obra, liberdade de estabelecimento e liberdade de circulação de pessoas.

Saliente-se, no entanto, que para o êxito deste ambicioso projeto, foi - e ainda é - necessário que se desenvolvesse um arcabouço normativo próprio, com a criação de instituições que solidificassem as iniciativas dos Estados Partes, a fim de garantir a sua efetividade. Nesta vereda, desde 1991 até os dias atuais, foram elaborados uma série de protocolos ao Tratado de Assunção, que culminaram na criação de diversos órgãos dotados das competências basilares para tal empreitada.

Em 17 de dezembro de 1994, no Brasil, os membros fundadores do MERCOSUL assinaram o Protocolo de Ouro Preto ("POP"), um dos principais instrumentos que cria os órgãos do organismo regional. No decorrer de seus 53 artigos, é positivada a estrutura institucional do Mercado Comum do Sul, composta por 8 órgãos principais[6] que foram, posteriormente, aprimorados por outros instrumentos normativos.

Tendo em vista o objetivo do presente trabalho - a análise de uma das decisões emitidas pelo Tribunal Permanente de Revisão ("TPR") do MERCOSUL - não serão pormenorizadas as demais instituições que compõe o organismo. Dessa forma, nos interessa, especificamente, compreender a inserção do TPR na estrutura de institucional do Mercado Comum do Sul, entender seu funcionamento e analisar o seu papel no processo de integração.

Para tanto, serão analisados os tratados atinentes ao Tribunal Permanente de Revisão, que determinam sua criação, funcionamento e competência. Em seguida, será visto o caso que culminou na decisão estampada no Laudo 01/2012. Nesta toada, por se tratar de um estudo de caso, se analisará os argumentos do tribunal, bem como os efeitos do referido Laudo e sua importância na enunciação das competências da corte internacional em comento, especialmente no que tange à defesa do Estado de Direito no âmbito do MERCOSUL.

2. O TRIBUNAL PERMAMENTE DE REVISÃO ("TPR")

Originalmente, o sistema de solução de controvérsias entre os Estados Partes do MERCOSUL estava sob a égide normativa do Protocolo de Brasília ("PB"), de 1991 e do Protocolo de Ouro Preto. No entanto, depois de alguns anos de sua implementação, foram percebidas algumas deficiências na sistemática existente, motivo pelo qual, em 29.05.2000,

[6] Os 8 principais órgãos do MERCOSUL foram criados pelo Protocolo de Ouro Preto, ou tiveram a previsão de sua criação por um protocolo específico posterior e são eles: o Conselho do Mercado Comum (CMC); o Grupo do Mercado Comum (GMC); a Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM); a Comissão Permanente Conjunta do MERCOSUL (CPC); o Foro Consultivo Econômico Social (FCES); a Secretaria Administrativa do MERCOSUL (SAM); o Tribunal Permanente de Revisão (TPR); e o Tribunal Administrativo-Laboral do MERCOSUL (TAL).

por intermédio da Decisão 25/00, os membros do MERCOSUL delegaram ao Grupo *Ad Hoc* de Aspectos Institucionais ("GAHAI") poderes para a elaboração de uma nova proposta de aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias existente.

Dessa forma, após uma série de encontros e debates, em 18.02.2002, foi assinado o Protocolo de Olivos ("PO")[7], cujo objetivo primordial era reformar a sistemática até então vigente para conferir maior juridicidade e segurança jurídica às decisões oriundas do sistema de solução de controvérsias no âmbito do MERCOSUL[8].

Desta nova estruturação, oriunda do PO, surgiu o Tribunal Permanente de Revisão[9], como órgão permanente da estrutura institucional do Mercado Comum do Sul, responsável pela estabilidade e confiabilidade das decisões proferidas pelo sistema de solução de controvérsias, com competências consultiva[10] e contenciosa.

No âmbito da competência contenciosa, o TPR pode revisar as decisões oriundas do Tribunal Arbitral *Ad Hoc*[11] e, também, pode conhecer e decidir originariamente as causas levadas à sua jurisdição[12], nos termos dos capítulos VII e VIII do Protocolo de Olivos.

Cumpre salientar, neste momento, que os Estados Partes do MERCOSUL reconhecem como obrigatória a jurisdição dos tribunais que compõem o sistema de solução de controvérsias, nos termos do artigo 33 do PO:

Artigo 33 - Jurisdição dos Tribunais

---

[7] BRASIL. Decreto 4.982, de 09 de fevereiro de 2004. *Promulga o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul*. Brasília, DF, fevereiro de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4982.htm>. Acesso em 25 de agosto de 2018.

[8] MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Sistemática de solução de controvérsias no Mercosul: Protocolo de Brasília e Protocolo de Olivos*. p. 24. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1298/764>.

[9] O TPR se encontra instalado na cidade de Assunção, capital do Paraguai e iniciou seu funcionamento em 13.08.2004. MENEZES, Wagner. *Derecho internacional en América Latina*. Brasília: FUNAG, 2010. p. 195.

[10] Protocolo de Olivos "Artigo 3 - **(Opiniões Consultivas) Regime de Solicitação**: O Conselho do Mercado Comum poderá estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão definindo seu alcance e seus procedimentos".

[11] Protocolo de Olivos "Artigo 17 - **Recurso de Revisão**: 1. Qualquer das partes na controvérsia poderá apresentar um recurso de revisão do laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc ao Tribunal Permanente de Revisão, em prazo não superior a quinze (15) dias a partir da notificação do mesmo".

[12] Protocolo de Olivos "Artigo 23 - **Acesso direto ao Tribunal Permanente de Revisão**: 1. As partes na controvérsia, culminado o procedimento estabelecido nos artigos 4 e 5 deste Protocolo, poderão acordar expressamente submeter-se diretamente e em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão, caso em que este terá as mesmas competências que um Tribunal Arbitral Ad Hoc, aplicando-se, no que corresponda, os Artigos 9, 12, 13, 14, 15 e 16 do presente Protocolo".

2. Nessas condições, os laudos do Tribunal Permanente de Revisão serão obrigatórios para os Estados partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação, não estarão sujeitos a recursos de revisão e terão, com relação às partes, força de coisa julgada.

> *Os Estados Partes declaram reconhecer como obrigatória, ipso facto e sem necessidade de acordo especial, a jurisdição dos Tribunais Arbitrais Ad Hoc que em cada caso se constituam para conhecer e resolver as controvérsias a que se refere o presente Protocolo, bem como a jurisdição do Tribunal Permanente de Revisão para conhecer e resolver as controvérsias conforme as competências que lhe confere o presente Protocolo.*

Ainda do que tange à competência do TPR, sua jurisdição se estende *ratione personae* aos Estados membros do bloco mercosulino e, *ratione materiae,* às controvérsias entre os Estados Partes, no que se referem à interpretação ou não cumprimento da normativa do MERCOSUL. Quanto ao direito aplicável, o artigo 34 do PO esclarece:

> ***Artigo 34 - Direito Aplicável***
>
> *1. Os Tribunais Arbitrais Ad Hoc e o Tribunal Permanente de Revisão decidirão a controvérsia com base no Tratado de Assunção, no Protocolo de Ouro Preto, nos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, nas Decisões do Conselho do Mercado Comum, nas Resoluções do Grupo Mercado Comum e nas Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL, bem como nos princípios e disposições de Direito Internacional aplicáveis à matéria.*
>
> *2. A presente disposição não restringe a faculdade dos Tribunais Arbitrais Ad Hoc ou a do Tribunal Permanente de Revisão, quando atue como instância direta e única conforme o disposto no artigo 23, de decidir a controvérsia ex aequo et bono, se as partes assim acordarem.*

Em linhas gerais, esta é uma breve síntese acerca da gênese, das competências e do direito aplicável pelo Tribunal Permanente de Revisão no desempenho de suas funções

institucionais. A seguir, se adentrará ao caso que originou a decisão estampada no Laudo n.º 01/2012 proferido pelo TPR e, posteriormente, será feita a análise da *ratio decidendi* desta Corte no que tange à sua competência e seu papel no processo de integração regional.

3. PARAGUAI *v.* ARGENTINA, BRASIL E URUGUAI (Caso do *impeachment* do Presidente Lugo)

Como anteriormente dito, neste momento será analisado o caso que originou a decisão estampada no Laudo n.º 01/2012 do TPR. Os fatos dizem respeito ao processo de *impeachment* e destituição do Presidente Lugo (2012), no Paraguai. Os Estados do MERCOSUL (Brasil, Argentina e Uruguai), consideraram que o processo de destituição do Presidente do Paraguai, Fernando Lugo Méndez, fora realizado mediante procedimento sumaríssimo, desrespeitando o devido processo legal e com restrições à ampla defesa e ao contraditório, motivo pelo qual se produziu a ruptura da ordem democrática no Paraguai[13].

A ordem democrática, a saber, permeia a normativa do MERCOSUL em suas diversas fontes. Desde a Declaração Presidencial de Las Leñas, de julho de 1992, da Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL[14], firmada em 25.06.1996, do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático ("PU")[15] em vigor desde 17 de janeiro de 2002, até o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL, datado de 19 de junho de 2005, que ampliou o escopo normativo da cláusula democrática, determinando que, além da plena vigência das instituições democráticas, o respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais são condições *sine qua non* para a vigência e a evolução do processo de integração[16].

---

[13] TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO. *Laudo no procedimento excepcional de urgência solicitado pela República do Paraguai em relação à suspensão de sua participação nos órgãos do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e à Incorporação da Venezuela como membro pleno*. Laudo n.º 01/2012, de 21 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/440/1/laudo_01_2012_pt.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2018.

[14] DECLARAÇÃO PRESIDENCIAL SOBRE COMPROMISSO DEMOCRÁTICO NO MERCOSUL. 25 de junho de 1996, Potrero de Los Funes, Província de San Luís, Argentina. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4677/1/cmc_1996_acta01_declara-presiden_pt_compdemocratico.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2018.

[15] BRASIL. Decreto 4.210, de 24 de abril de 2002. Promulga o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile. Brasília, DF, abril de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4210.htm>. Acesso em 25 de agosto de 2018.

[16] Ratificando as disposições presentes no artigo 1º do Protocolo de Ushuaia e nos artigos 1 e 2 da Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL.

Dessa forma, tendo em vista os acontecimentos políticos no âmbito da República do Paraguai, que culminaram na destituição do Presidente Lugo, em uma Reunião de Cúpula dos Presidentes dos Estados Partes - no dia 29.6.2012 - o Paraguai foi suspenso do direito de participar dos órgãos do MERCOSUL e de suas deliberações até que restabelecida a ordem democrática do país[17]. Na mesma ocasião, os Presidentes decidiram pela incorporação da Venezuela como membro pleno da organização regional.

Sendo assim, em 9 de julho de 2012, o Paraguai, irresignado com a deliberação acerca de sua suspensão, acionou os Estados que o suspenderam perante o Tribunal Permanente de Revisão, requerendo que fossem inaplicáveis as decisões referentes à sua suspensão e a incorporação da Venezuela como membro pleno do MERCOSUL.

O Paraguai defendeu que não houve a ruptura da ordem democrática, bem como alegou a ocorrência de vícios formais no procedimento de suspensão, pelo fato de os Presidentes dos Estados Partes não terem legitimidade para adotarem as referidas decisões e por não terem satisfeito o requisito presente no artigo 4 do Protocolo de Ushuaia[18].

Os Estados demandados (Argentina, Brasil e Uruguai), se defenderam alegando que o TPR não possuía competência *ratione materiae* para apreciar a demanda, por se tratar de um litígio de natureza política não alcançado pela jurisdição da Corte e pelo sistema de solução de controvérsias previsto no PO, afirmando que a jurisdição se presta somente a matérias comerciais. Por fim, sustentaram os demandados que o Protocolo de Olivos não seria aplicável para solucionar disputas oriundas da aplicação do Protocolo de Ushuaia.

Assim sendo, de forma sucinta, estas foram as razões de fato e direito que levaram o TPR a proferir a decisão estampada no Laudo 01/2012. A seguir, passa-se à análise da decisão do tribunal e seus fundamentos. Cumpre salientar, que tal decisão não resolveu o mérito do caso, no entanto, foi de salutar importância no contexto do processo de integração regional, pois enunciou - por unanimidade - as competências da Corte no que tange à apreciação de causas atinentes à matéria de Direitos Humanos, bem como indicou o rito para que fosse levada à sua apreciação o controle da ação política dos Estados do MERCOSUL, ao

[17] O Restabelecimento da ordem democrática no Paraguai foi reconhecido por intermédio da "Decisão Sobre o Fim da Suspensão do Paraguai no Mercosul em Aplicação do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático", de 12 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4677/1/declaracao_paraguai_pt.pdf>. Acessado em 25 de agosto de 2018.

[18] Protocolo de Ushuaia | Artigo 4: No caso de ruptura da ordem democrática em um Estado Parte do presente Protocolo, os demais Estados Partes promoverão as consultas pertinentes entre si e com o Estado afetado.

deliberarem acerca das condições democráticas e de Direitos Humanos em situações de crise institucional de outros Estados membros da organização[19].

4. A *RATIO DECIDENDI* DO TPR NO LAUDO 01/2012

Neste momento, serão analisados os fundamentos determinantes da decisão do TPR, no Laudo 01/2012. Para tanto, verificou-se a aplicação dos métodos de interpretação sistemática e teleológica da normativa do MERCOSUL, bem como a determinação dos fatos admitidos como fundamentais para encontrar o fundamento de sua decisão[20], tal como preconizado por Goodhart.

Neste caminho, portanto, ao receber as manifestações do demandante e dos demandados, o TPR de forma unânime decidiu, em sede preliminar, que era competente para apreciar controvérsias acerca da legalidade da aplicação dos procedimentos previstos no Protocolo de Ushuaia, como se pode inferir da leitura dos parágrafos 36 e 37 da fundamentação do Laudo n.º 01/2012 e no parágrafo 1 de sua parte dispositiva (*decisum*):

> *36. A jurisdição do sistema de solução de controvérsias, dessa forma, se estende ratione personae aos Estados membros do MERCOSUL. Ratione materiae, esta jurisdição se conforma sobre controvérsias entre os Estados Partes referidas à interpretação ou não cumprimento da normativa do MERCOSUL.* ***Não há, de forma implícita ou explícita no texto do PO, exclusão de jurisdição com base na matéria objeto da controvérsia****.*

> *37. Nessa ótica,* ***não se pode falar de "falta de vocação" do sistema para solucionar controvérsias que ultrapassam a esfera comercial. A legitimidade do sistema se fundamenta na contribuição à estabilidade, na medida em que avança o processo de integração, em suas diversas esferas****. Esta legitimidade deve ser apreciada*

[19] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 422.
[20] GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*, in Essays in Jurisprudence and the Common Law.Cambridge: Cambridge, University Press, 1931. p. 15

> *conforme o texto acordado no PO pelos Estados Parte, o qual não exclui a priori a análise de qualquer tipo de controvérsia no marco normativo do MERCOSUL*
>
> *[...]*
>
> *DECISÃO*
>
> *1. **Por unanimidade**, em conformidade com as considerações anteriores, o Tribunal Permanente de Revisão decide, em relação ao requerimento dos demandados relacionado à incompetência ratione materiae, que **a jurisdição do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL abarca o exame de legalidade da aplicação do Protocolo de Ushuaia**[21]. (grifos acrescidos ao original)*

Quanto ao mérito, o TPR entendeu que não seria possível se pronunciar diretamente sobre o tema, tendo em vista que o Paraguai não satisfez o requisito das consultas prévias para que as partes concordem expressamente em submeter a demanda, de forma originária - em única instância - ao TPR, nos termos do artigo 23 do PO[22].

Porém, como bem pontuado por André de Carvalho Ramos, apesar de o TPR não ter analisado o mérito da matéria levada ao seu conhecimento, a Corte enunciou, também, os passos a serem seguidos para que se leve à sua apreciação o controle das ações dos Estados Partes em matéria de ruptura da ordem democrática e Direitos Humanos:

---

[21] TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO. *Laudo no procedimento excepcional de urgência solicitado pela República do Paraguai em relação à suspensão de sua participação nos órgãos do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e à Incorporação da Venezuela como membro pleno*. Laudo n.º 01/2012, de 21 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/440/1/laudo_01_2012_pt.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2018.

[22] Protocolo de Olivos "Artigo 23 - **Acesso direto ao Tribunal Permanente de Revisão**: 1. As partes na controvérsia, culminado o procedimento estabelecido nos artigos 4 e 5 deste Protocolo, poderão acordar expressamente submeter-se diretamente e em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão, caso em que este terá as mesmas competências que um Tribunal Arbitral Ad Hoc, aplicando-se, no que corresponda, os Artigos 9, 12, 13, 14, 15 e 16 do presente Protocolo".
2. Nessas condições, os laudos do Tribunal Permanente de Revisão serão obrigatórios para os Estados partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação, não estarão sujeitos a recursos de revisão e terão, com relação às partes, força de coisa julgada.

> *O Laudo n. 01/2012 do TPR, indica, então, alguns passos para o controle da ação dos Estados contra a ruptura democrática ou mesmo, graves e sistemáticas violações de Direitos Humanos em situações de crise institucional: (i) exigência de comprovação de negociações infrutíferas, (ii) demanda de criação de tribunal ad hoc ou (iii) consenso para que a demanda arbitral seja instaurada diretamente no TPR*[23].

Assim sendo, neste caso, o TPR afirmou sua competência para analisar todas as questões atinentes ao processo de integração regional no âmbito do MERCOSUL - assim previstos na normativa aprovada pelos Estados -, com especial enfoque nas matérias atinentes ao Estado de Direito e Direitos Humanos, valores reconhecidos como essenciais e sem os quais não é possível haver integração entre os povos e nações.

Resta clara tal afirmativa, tendo em vista que a Corte afirmou não haver margem interpretativa para que sua competência deixasse de se estender a todo o arcabouço normativo do MERCOSUL, que é permeado por dispositivos garantidores da ordem democrática e do respeito aos Direitos Humanos, como aqueles enumerados no item 3 deste trabalho.

À luz dessas considerações, o TPR concluiu que a observância da legalidade dos procedimentos previstos no Tratado de Assunção, Protocolo de Olivos, Protocolo de Ushuaia e todas as demais normas editadas sob a égide - e em complementação aos princípios e objetivos - do TA, estão sob sua competência e jurisdição, na medida em que, no caso concreto, seja demandado a fazer um exame de legalidade dos atos, bem como dirimir questionamentos relacionados à aplicação e interpretação das normas do MERCOSUL.

5. OS EFEITOS E A IMPORTÂNCIA DO LAUDO 01/2012

Nos termos do Capítulo VIII do Protocolo de Olivos, mais especificamente previsto em seu artigo 27, "2", os Laudos do TPR são inapeláveis e obrigatórios para os Estados partes na controvérsia e terão, com relação a eles, força de coisa julgada. Cumpre

[23] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 422.

pontuar, ainda, que os laudos arbitrais emanados do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL não criam jurisprudência, mas podem servir aos árbitros em futuras causas, como referência interpretativa[24].

Assim, por fazer coisa julgada entre os Estados Partes que compuseram a demanda (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), a enunciação das competências do TPR para fazer o controle de legalidade e dirimir questões sobre a interpretação e aplicação de toda a normativa do MERCOSUL, obriga estes Estados a admitir a competência da Corte para analisar questões que fogem da temática comercial.

Ainda, ao prever a competência do Tribunal para apreciar a legalidade dos atos políticos dos Estados, no que tange ao reconhecimento da ofensa ao compromisso democrático ou mesmo sobre violações de Direitos Humanos, o TPR garante maior segurança jurídica e confiabilidade às decisões dos Estados partes, conferindo, simultaneamente, juridicidade aos atos, em prestígio ao Direito Internacional.

Neste sentido, também, a decisão é importante, pois reforça a tendência contemporânea de humanização do Direito Internacional. O papel das cortes internacionais no controle de legalidade dos atos políticos, tal como o feito pelo TPR, auxilia a edificar e pavimentar o caminho a ser seguido pelos Estados, rumo a este novo Direito Internacional, cujo escopo é bem delineado por Cançado Trindade, que o considera o "novo *jus gentium* em que a centralidade é da pessoa humana, e não dos Estados"[25].

Tal constatação fica mais nítida, quando se analisa a existência de todo um arcabouço normativo permeado por normas que buscam como fim, a consecução de um objetivo em comum com a garantia da proteção aos Direitos Humanos, cuja efetivação está condicionada a existência de uma ordem democrática, sob os controles institucionais e normativos nacionais e internacionais[26].

Dessa forma, o TPR demonstrou que a preocupação com a garantia da ordem democrática e, consequentemente, com Direitos Humanos, efetuada através do controle de legalidade dos atos dos agentes políticos, faz parte do MERCOSUL, que busca proteger tanto

---

[24] VASCONCELOS, Raphael Carvalho. *O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL, as Negociações Diretas e a Política.* In: GOMES, Eduardo Biacchi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (organizadores). *Direito da Integração Regional: Diálogo entre Jurisdições na América Latina.* São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 177-199.

[25] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 20.

[26] Nesta toada, a ordem democrática, como garantidora da dignidade da pessoa humana, é condição *sine qua non* para a existência do sujeito moderno, que influencia as condições concretas da política em relação à governança e à participação na comunidade internacional dos Estados. DELLA PORTA, Donatella. *The global justice movement: cross-national and transnational perspectives*. Colorado: Paradigm Publishers, 2007.

os povos que compõem as nações, quanto com a própria figura do Estado, que necessita do elemento humano para lhe conferir a sua legitimidade[27].

Neste sentido, a partir da decisão positivada no Laudo n.º 01/2012, é possível verificar uma complementariedade entre o sistema regional de proteção aos Direitos Humanos, encabeçado pelo Pacto de San José da Costa Rica e pelas instituições por ele edificadas, e o MERCOSUL, organização regional cujo objetivo é a constituição de uma maior unidade política, econômica e social entre seus membros, o que pressupõe a estrita submissão à Democracia e aos Direitos Humanos.

Lassa Oppenheim, ao falar sobre a então recém-criada Corte Permanente de Arbitragem, acertadamente frisou:

> *[...] o desenvolvimento está diante dos nossos olhos. [...] aqui nós temos uma instituição que não pertence particularmente a nenhum dos Estados contratantes, mas sim a toda a Sociedade Internacional, e está aberta para servir a todos aos seus membros[28]. (tradução nossa)*

Este é o papel das cortes internacionais na atualidade, e o TPR confirmou que é guiado por este matiz, de abertura aos seus membros, com o intento de servi-los nas múltiplas facetas dos polos envolvidos em uma disputa arbitral sob sua jurisdição. Não somente garantindo um foro para que sejam apreciadas as questões de legalidade, mas também servindo como um dos baluartes do Estado de Direito - e dos Direitos Humanos - no âmbito do MERCOSUL.

5.1. EVIDENCIAÇÃO DO TRÍPLICE SISTEMA REGIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA DO SUL

[27] Declaração Universal dos Direitos Humanos "artigo 21º (3): A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos; e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto".

[28] OPPENHEIM, Lassa. *The Future of International Law*. BATE, John Pawley (trad.). London: Oxford University Press, 1921. p. 14.

Apesar de ser notória e pioneira a atuação da Organização das Nações Unidas ("ONU") na defesa dos Direitos Humanos e da Democracia, especialmente por intermédio de seu Comitê de Direitos Humanos, que possui inúmeras atribuições de extrema relevância para a humanidade, não é o objetivo do presente trabalho tratar deste tão caro assunto.

A presente pesquisa, foca na evidenciação de um sistema regional, sul-americano, de tríplice proteção dos Direitos Humanos e da Democracia, consubstanciado em: (i) Ordens jurídico-constitucionais dos Estados sul-americanos; (ii) Sistema Interamericano de Direitos Humanos, criado sob os auspícios da Organização dos Estados Americanos ("OEA"), representado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos[29]; e (iii) agora, o MERCOSUL, por intermédio da possibilidade de levar à jurisdição de seu Tribunal Permanente de Revisão, o exame da legalidade dos atos dos Estados membros, bem como controvérsias envolvendo a interpretação dos tratados mercosulinos de Direitos Humanos.

A decisão do Laudo 01/12 do TPR, teve o condão de elevar o status da Corte mercosulina, de mero ambiente arbitral de disputas comerciais, para um *locus* de apreciação da legalidade e interpretação da normativa do MERCOSUL sobre Democracia e Direitos Humanos. Tal evolução, decorre da própria natureza do órgão de solução de controvérsias, cuja função - mediata ou imediata - é o fortalecimento da integração regional entre os Estados membros do bloco, com o fortalecimento do desenvolvimento econômico e da justiça social, como preconizado pelo preâmbulo do Tratado de Assunção[30].

Neste sentido, outros órgãos do MERCOSUL abriram caminhos para que o TPR pudesse erigir-se como um baluarte da proteção e da interpretação da normativa mercosulina sobre Democracia e Direitos Humanos, efetivamente desenvolvendo os tratados e

[29] O Parte II da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cujo título é "Meios de Proteção", estabelece em seu artigo 33: "São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: (a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e (b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte. BRASIL. Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. *Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*. Brasília, DF, novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

[30] Preâmbulo do Tratado de Assunção: "Considerando que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social". BRASIL. Decreto 350, de 21 de novembro de 1991. *Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (TRATADO MERCOSUL).* Brasília, DF, novembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm>. Acesso em 25 de outubro de 2018

declarações do bloco regional, permeados por dispositivos que alargavam a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e do Estado de Democrático de Direito.

Como bem frisado por José Raúl Torres Kirmser, ex-presidente da Corte Suprema de Justiça do Paraguai, no Sexto Encontro das Supremas Cortes do MERCOSUL e Associados, realizado em Brasília no ano de 2008, ao falar sobre o desenvolvimento das normas do MERCOSUL:

> *[...] la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Parte. Así, desde la perspectiva de la democracia, se estaba defendiendo vehementemente los derechos humanos. Consolidar la democracia significa defender el trato igualitario entre los ciudadanos, proteger el estado de derecho y respetar las garantías individuales*[31].

Assim sendo evidenciada a existência do sistema sul-americano/mercosulino de proteção da Legalidade, da Ordem Democrática e dos Direitos Humanos, passa-se a uma breve análise das demais garantias, anteriormente citadas: (i) as Ordens jurídico-constitucionais e o (ii) Sistema Interamericano dos Direitos Humanos.

Após séculos de colonização, seguidos por décadas de regimes autoritários na região Sul-Americana, principalmente nos países de que compõe o MERCOSUL e seus membros associados, nos idos finais da década de 80 e início da década de 90, uma onda de redemocratização atingiu a região latino-americana e com isso, os países buscaram apagar de seus ordenamentos jurídicos os resquícios ditatoriais, com a humanização de seu direito interno, pautando-o na em pressupostos democráticos, como soberania do povo e da Constituição e Direitos Humanos[32].

Neste espírito, diversos desses países, como o Brasil e o Paraguai, providenciaram uma nova Constituição para reger seus Estados, ou realizaram profundas

[31] A transcrição do discurso do ex-presidente da Corte Suprema de Justiça do Paraguai, no Sexto Encontro das Supremas Cortes do MERCOSUL e Associados, pode ser vista na íntegra aqui: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Paraguai.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

[32] MAINWARING, Scott; BRINKS, Daniel; PÉREZ-LINAN, Aníbal. *Classificando regimes políticos na América Latina, 1945-1999*, v. 44, n.º 4. Rio de Janeiro: Dados, 2001, p. 650.

reformas em seus ordenamentos jurídicos, a fim de que fossem estabelecidos mecanismos de controle das arbitrariedades estatais e da garantia e efetivação dos Direitos Humanos, garantias fundamentais e Estado de Direito.

No entanto, ainda há muito a ser feito para que se alcance o pleno gozo da Democracia e dos Direitos Humanos na região, em que pese as novas estruturas jurídico-políticas dos Estados sul-americanos e o esforço de seus poderes, especialmente o judiciário, na efetivação das garantias fundamentais e na limitação do poder do Estado, como bem acentuou o ex-presidente da Suprema Corte de Justiça do Paraguai, em seu discurso outrora citado:

> *"No podemos mantener la ingenua percepción de que los Derechos Humanos se agotan con las violaciones cometidas en regímenes totalitarios y dictaduras – que por otro lado constituye un pasado común para nuestras naciones-. Surgen cada día, nuevos capítulos concernientes a los derechos y a la dignidad humana, como son los derechos de los migrantes, de los indígenas, el tema de la pobreza extrema, lo atinente al derecho a la vida y la genética; la misma globalización acarrea efectos desfavorables que le son inherentes y que es necesario identificar a tiempo. Todo esto sin mencionar los atropellos al medio ambiente y a otros tantos derechos denominados de "tercera generación"*[33].

Por fim, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cujos meios de garantia se concretizam por intermédio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ("CIDH") e da Corte Interamericana de Direitos Humanos ("Corte IDH"). Ambos órgãos são detentores de independência e autonomia, em relação aos Estados que compõem a OEA e a Convenção Americana, dessa forma, exercem seus misteres de controle da sujeição destes entes ao regime de Direitos Humanos estabelecido pelo Pacto de San José da Costa Rica.

[33] A transcrição do discurso do ex-presidente da Corte Suprema de Justiça do Paraguai, no Sexto Encontro das Supremas Cortes do MERCOSUL e Associados, pode ser vista na íntegra aqui: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Paraguai.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

A CIDH, é um órgão integrante da OEA e do Pacto de San José (ou Convenção Americana de Direitos Humanos), possui função consultiva, perante a OEA, e pode realizar a observância das ações estatais, frente ao cumprimento dos deveres internacionais assumidos em matéria de Direitos Humanos. Dessa forma, a CIDH tem poderes de solicitar informações dos Estados, formular recomendações (não vinculativas), preparar estudos e relatórios, solicitar permissão de observação *in loco* em um Estado.

Da mesma forma, a CIDH pode representar os Estados que violarem as normativas de Direitos Humanos perante: (i) a Assembleia Geral da OEA, para que esta tome as medidas sancionatórias contra o ente violador; e (ii) perante a Corte IDH, deflagrando ações de responsabilidade internacional do Estado-membro da OEA, por violação de Direitos Humanos[34].

Por sua vez, a Corte IDH, órgão de natureza jurisdicional e intérprete última do Pacto de San José da Costa Rica, possui atribuições Consultivas e Contenciosas, nos termos dos artigos 61 a 65 do Pacto de San José da Costa Rica. Somente os Estados, a OEA e a CIDH podem comparecer perante a Corte, como demandantes ou demandados, no caso dos Estados, é necessária, ainda, a sua anuência em se submeter à jurisdição deste tribunal, conforme estabelecido no artigo 62 do Pacto de San José.

A Corte IDH, dessa forma, pode analisar os casos de violação de Direitos Humanos levados à sua jurisdição, absolvendo ou condenando o Estado violador, por meio de uma sentença definitiva e inapelável, que deve ser cumprida pelo Estado, tal como preconizado nos artigos 67 e 68 do Pacto. No uso de suas atribuições consultivas, a Corte pode interpretar o Pacto, ou outros tratados e leis internas dos países da OEA - se houver pertinência temática e se referir à esfera de competência da Corte, emanando um parecer acerca de sua interpretação das referidas normas, no âmbito dos Direitos Humanos e das obrigações assumidas pelos Estados. Tais premissas podem ser inferidas da leitura do artigo 60 do Regulamento da Corte IDH[35].

Diante desses breves apontamentos, possibilita-se a compreensão da existência de um Sistema Sul-americano de garantia dos Direitos Humanos, da Ordem Democrática e do

[34] GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. – 2. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 198-200.

[35] O Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser acessado em sua íntegra aqui: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/viejos/w.regulamento.corte.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

Estado de Direito em nossa região, um caso *sui generis*, com três jurisdições competentes para interpretar e promover a aplicação de tratados de Direitos Humanos.

As jurisdições internas dos países, que podem interpretar e aplicar as normas originariamente internas e os tratados que fazem parte das ordens jurídicas internas dos Estados. Por sua vez, o TPR, que pode interpretar e aplicar os tratados firmados no âmbito do MERCOSUL, sobre Direitos Humanos, bem como apreciar a legalidade dos atos concernentes ao juízo político dos Estados, no que tange à submissão ao compromisso democrático. E, por fim, a CIDH e a Corte IDH, que possuem competências para, no âmbito da OEA, que inclui os países sul-americanos, observar o escorreito cumprimento das normas protetivas de Direitos Humanos firmadas no âmbito das Américas.

5.2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRÍPLICE SISTEMA SUL-AMERICANO NO BRASIL

Em virtude de todo o exposto, o Brasil, como Estado membro da OEA e do MERCOSUL, detentor de uma ordem jurídico-constitucional que reconhece a normatividade e a supralegalidade das normas internacionais de Direitos Humanos no âmbito nacional[36], insere-se neste contexto de Tríplice proteção dos Direitos Humanos, havendo o controle interno e externo da aplicação e efetivação de tais normas:

> *[...] esses diplomas internacionais sobre direitos humanos são reservados o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da CF/1988, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação*[37].

No que tange à aplicabilidade das decisões do TPR - tendo como paradigma o Laudo 01/2012 - ao Brasil, deve-se salientar que a interpretação do Tribunal vincula as partes

[36] Tese de Repercussão Geral definida no Tema 60, aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09.12.2015.

[37] Precedente Representativo do Tema 60 da Repercussão Geral do STF. HC 95.967, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T, j. 11-11-2008, DJE 227 de 28-11-2008.

da demanda, pelo fato de os laudos serem obrigatórios e terem força de coisa julgada *inter partes,* como anteriormente demonstrado. Assim, ao esclarecer as duas competências, o TPR se prestou a realizar a verificação da legalidade dos atos políticos do governo brasileiro, no que diz respeito à aplicação da cláusula democrática, bem como enunciou sua capacidade de interpretar e aplicar a normativa mercosulina de Direitos Humanos.

Corroborando com este entendimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao decidir o caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*[38] e o Supremo Tribunal Federal, na decisão do RE 592.581[39] *(Tema 220 da Repercussão Geral)*, esclareceram que a partir do momento que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos Direitos Humanos (como o Protocolo de Ushuaia e o Pacto de San José da Costa Rica), o Estado brasileiro assume as obrigações nele pactuadas, sujeitando-se à supervisão de órgãos internacionais de controle.

Saliente-se, ainda, que além destas apreciações (em foro não-penal) da conduta do Estado brasileiro - frente à violação de Direitos Humanos - a própria Constituição Federal de 1988, submeteu o Brasil à jurisdição de uma corte internacional penal, tal como disposto em seu artigo 5º, parágrafo 4º: *"O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*". *In casu,* este Tribunal citado, é o Tribunal Penal Internacional ("TPI"), estabelecido com o advento do Estatuto de Roma[40], que tipifica no âmbito de uma jurisdição criminal internacional, a prática de crimes contra a

[38] "176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos." CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24-11-2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 29 de agosto de 2018. (grifos acrescidos ao original).

[39] "Vale sublinhar, nesse passo, que, a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos direitos humanos, a União assume as obrigações neles pactuadas, sujeitando-se, inclusive, à supervisão dos órgãos internacionais de controle, porquanto somente ela possui personalidade jurídica no plano externo". SUPREMO TRIBUNAL FEDRAL. *RE 592.581*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, P, j. 13-08-2015, DJE de 01-02-2016 - tema 220 da Repercussão Geral. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2637302>. Acesso em 29 de agosto de 2018. (grifos acrescidos ao original).

[40] BRASIL. Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002. *Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.* Brasília, DF, setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2018.

humanidade, crimes de guerra, dentre outros que tangenciam de maneira imediata e explícita a normativa de Direitos Humanos.

Em razão de todos esses argumentos, é completamente acertada posição doutrinária e jurisprudencial, acerca da possibilidade de controle, investigação, processamento e apreciação do mérito de causas que versem sobre a violação de Direitos Humanos e das cláusulas democráticas nos países sul-americanos, em especial o Brasil, que como acima exposto, é detentor de uma ordem constitucional que se aglutina e dialoga com o arcabouço jurídico internacional para a proteção dos Direitos Humanos e da Democracia.

Por conseguinte, é possível concluir, da mesma forma, que o Brasil se insere dentro do tríplice sistema sul-americano de proteção dos Direitos Humanos, além de contar com as garantias universais franqueadas pela Organização das Nações Unidas e do Tribunal Penal Internacional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o exposto, é possível inferir que o Laudo n.º 01/2012 do Tribunal Permanente de Revisão foi um marco no âmbito do MERCOSUL, ao enunciar que a corte permanente do seu sistema de solução de controvérsias é competente para fazer o exame de legalidade dos atos políticos de seus Estados membros, no que diz respeito à avaliação de ofensas à ordem democrática dos Estados em certas situações institucionais.

Tal enunciação, evidenciou, da mesma forma, que o Tribunal possui competência para efetuar a interpretação e dirimir as dúvidas decorrentes da interpretação de toda a normativa do MERCOSUL, seja de natureza comercial, política ou de Direitos Humanos. Assim sendo, esta corte se coloca a serviço da comunidade do MERCOSUL na garantia dos Direitos Humanos e dos Estados de Direito, assim previstos nas ordens constitucionais democráticas sul-americanas.

Como informado no decorrer do trabalho, este posicionamento vai no encontro dos objetivos do Direito Internacional contemporâneo, cujo principal objeto de tutela é a pessoa humana, e os valores necessários ao prestígio de sua dignidade, desenvolvimento e perpetuação.

Na mesma vereda, pode-se concluir que esta proteção se estende aos Estados e aos organismos de integração regional, pois não possível haver uma genuína integração, com estabelecimento de ralações comerciais duradouras e proveitosas, nem mesmo a criação de um espaço de livre circulação de pessoas, capitais e investimentos, sem os auspícios do Estado de Direito e da Democracia, pois quando ausentes estas qualidades, não há transparência, liberdade e igualdade - valores assim compreendidos em seus aspectos jurídicos, sociais e econômicos.

Assim compreendido este ponto, ao analisar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e as Ordens Constitucionais dos países sul-americanos que compõe, também, o MERCOSUL, verificou-se a insurgência de um diálogo entre os mecanismos de proteção da democracia e dos direitos humanos nessa região, outrora nunca existente, que se complementa com ainda mais efetividade, ao serem levados em consideração os sistemas universais de proteção dos direitos humanos (e da democracia, por consequência lógica) existentes no âmbito da ONU e do Estatuto de Roma.

Para o regozijo da jovem democracia brasileira, restou certa a existência de uma proteção interna, local, regional e universal dos Direitos Humanos de seus súditos, que como acima ventilado, ao proteger e prestigiar os Direitos Humanos, em todas as suas facetas e emanações, protege-se a democracia e o império da justiça universal, cujos principais valores são a paz e a dignidade da pessoa humana – vetores axiomáticos que compreendem o desenvolvimento sustentável, econômico, político, social e moral da humanidade.

Por fim, ficam algumas indagações e esperanças. Tendo em vista a existência destes complexos e grandes sistemas de proteção dos Direitos Humanos e da Democracia, se faz necessário repensar as possibilidades de ampliação do acesso individual dos indivíduos perante tais organismos.

Da mesma forma, analisar questões de matiz judicial, referentes à possibilidade de haver conflito de competências entre as jurisdições internacionais, eventuais litispendências entre cortes internacionais, ou ainda, a possibilidade destes conflitos existirem efetivamente em matéria de proteção e defesa dos Direitos Humanos, que são, simultaneamente, a base e o cume da ordem jurídica internacional e das ordens jurídicas nacionais e democráticas.

7. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Decreto 350, de 21 de novembro de 1991. *Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (TRATADO MERCOSUL).* Brasília, DF, novembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm>.

_____. Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. *Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*. Brasília, DF, novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

_____. Decreto 4.210, de 24 de abril de 2002. *Promulga o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile*. Brasília, DF, abril de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4210.htm>.

_____. Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002. *Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.* Brasília, DF, setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>.

_____. Decreto 4.982, de 09 de fevereiro de 2004. *Promulga o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul*. Brasília, DF, fevereiro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4982.htm>.

BENNOUNA, Mohamed. Chapitre 59 : *La Cour Pénale Internationale*. In : ASCENSIO, Hervé ; DECAUX, Emmanuel ; PELLET, Alain. *Droit international pénal*. Paris: A. Pedone, 2000.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah. *Protecting Human Rights in the Americas: case and materia*l. 4 rev. Ed. Engel, 1995.

BUERGENTHAL, Thomas. *Modern Constitutions and Human Rights Treaties*. In: *Columbia Journal of Transnacional Law*. Vol. 36, Special Double Issue, 1997/1998, p. 211 – 223.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24-11-2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

DECLARAÇÃO PRESIDENCIAL SOBRE COMPROMISSO DEMOCRÁTICO NO MERCOSUL. 25 de junho de 1996, Potrero de Los Funes, Província de San Luís, Argentina. Disponível em:

<http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4677/1/cmc_1996_acta01_declara-presiden_pt_compdemocratico.pdf>.

DELLA PORTA, Donatella. *The global justice movement: cross-national and transnational perspectives*. Colorado: Paradigm Publishers, 2007.

GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. In: *Essays in Jurisprudence and the Common Law*. Cambridge: Cambridge, University Press, 1931.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. – 2. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEWIS-ANTHONY, Siân. *Treaty Based Procedures for Making Human Rights Complaints within the UN System*. In: HANNUM, Hurst (ed.). *Guide to International Human Hights Practice*. Second ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992, p. 41 – 59.

MAINWARING, Scott; BRINKS, Daniel; PÉREZ-LINAN, Aníbal. *Classificando regimes políticos na América Latina, 1945-1999*, v. 44, n.º 4. Rio de Janeiro: Dados, 2001, p. 650.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Sistemática de solução de controvérsias no Mercosul: Protocolo de Brasília e Protocolo de Olivos*. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1298/764>.

MENEZES, Wagner. *Derecho internacional en América Latina*. Brasília: FUNAG, 2010.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948.

OPPENHEIM, Lassa. *The Future of International Law*. BATE, John Pawley (trad.). London: Oxford University Press, 1921.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDRAL. *RE 592.581*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, P, j. 13-08-2015, DJE de 01-02-2016 - tema 220 da Repercussão Geral. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2637302>.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO. *Laudo no procedimento excepcional de urgência solicitado pela República do Paraguai em relação à suspensão de sua participação nos órgãos do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e à Incorporação da Venezuela como membro pleno*. Laudo n.º 01/2012, de 21 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/440/1/laudo_01_2012_pt.pdf>.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos Direitos Humanos*. 3 v. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho. *O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL, as Negociações Diretas e a Política.* In: GOMES, Eduardo Biacchi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (organizadores). *Direito da Integração Regional: Diálogo entre Jurisdições na América Latina.* São Paulo: Saraiva, 2015.

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS: 70 ANOS ENTRE A ESPERANÇA E A REALIDADE

THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: 70 YEARS OF HOPE AND REALITY

Claudia Loureiro[1]

Daniella Bucci[2]

RESUMO:

Não restam dúvidas de que a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) trouxe uma série de avanços para o campo dos Direitos Humanos desde sua criação. No entanto, durante os 70 anos de sua existência, podemos encontrar diversos desafios para cada um de seus artigos e as dificuldades de implementação da visão universalista dos Direitos Humanos. No presente artigo, pretende-se apresentar os principais avanços introduzidos com a DUDH, especialmente, em razão do contexto histórico que a originou, bem como os principais desafios para sua implementação, fazendo uma retrospectiva das conquistas alcançadas, mas analisando o presente, a fim de que se possa entender o papel da DUDH para os próximos 70 anos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Declaração Universal de Direitos Humanos. Avanços. Desafios

ABSTRACT:

There is no doubt that the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) has brought a number of advances to the field of Human Rights since its inception. However, during the 70 years of its existence, we can find several challenges for each of its articles and the difficulties of implementing the universalist vision of Human Rights. In this article, we present the main advances made with the UDHR, especially in view of the historical context that gave rise to it, as well as the main challenges for its implementation, with a retrospective of the achievements, but analyzing the present, in order to understand the role of the UDHR for the

[1] Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo da Academia Paulista de Direito (CIDHSP/APD).

[2] Doutora e Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP.

next 70 years.

KEY WORDS: International Human Rights Law. Universal Declaration of Human Rights. Advances. Challenges

1. INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 surgiu dos escombros da II Guerra Mundial, após o fim do conflito, com a criação das Nações Unidas com a consolidação da promessa da sociedade universal de não repetição das atrocidades contra os direitos humanos.

Em 1946, como parte dos trabalhos preliminares para a redação da Declaração, sob os auspícios da UNESCO, Jacques Maritain reuniu um Comitê de Filósofos para identificar a chave teórica de uma Carta de Direitos para todas as pessoas e para todas as nações. Em sua primeira sessão, em 1947, a Comissão autorizou seus membros a formular a minuta elaborada por 8 membros da Comissão. [3]

Eleanor Roosevelt era a presidente da Comissão, que era composta por René Cassin, elaborador da primeira minuta; Charles Malik, relator da Comissão; Peng Chung, vice-presidente e John Humphrey, diretor da Divisão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

A comissão concluiu que deveria ser elaborada uma declaração e não um tratado internacional e que ela deveria ser curta, energizante e acessível às pessoas em qualquer parte do mundo, contendo tanto direitos civis, políticos, sociais e econômicos.

Foi proclamada pela Resolução 217-A (III) de 10/12/1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reunida em Paris e formou as bases dos Pactos Internacionais de 1966, o de Direitos Civis e Políticos e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos com status de *hard law*.

A Declaração tem como valor fundante a dignidade humana ao proclamar, em seu preâmbulo, o reconhecimento da inerente dignidade e da igualdade, bem como os direitos inalienáveis aos membros da família humana, como base da liberdade, justiça e paz no

[3] Browns, Gordon. *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st century. A living document in a changing world. A report by the Global Citizenship Commission.* Cambridge. UK> Open Book Publishers, 2016. Http.dx.doi.org10. 11647.OBP0091. Acesso em maio de 2018.

mundo.

O princípio não é definido nem pela Declaração, nem por outros documentos de Direitos Humanos, mas pode-se afirmar que a dignidade humana é um especial *status* atribuído a toda e qualquer pessoa devido à sua natureza inerente de ser humano, sua potencialidade humana, suas capacidades e habilidades humanas.

Contém três partes essenciais para a expansão dos direitos humanos, que se dividem em princípios gerais, a codificação de referidos princípios e práticas para sua implementação, que atualmente, expressa-se por sistemas de monitoramento, a instituição de Tribunais Internacionais, bem como pela manutenção de esforços para o cultivo do respeito aos direitos humanos. [4]

2. O CIDADÃO UNIVERSAL COMO DECORRÊNCIA DO REGIME JURÍDICO ORIUNDO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

"A Declaração Universal dos Direitos Humanos é a porta de entrada do templo dos direitos humanos". (René Cassin)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi um desdobramento da Carta de São Francisco de 1945, que instaurou um novo pacto social distinto do antigo pacto das Nações Unidas. Em seu preâmbulo, a Carta de São Francisco enfatizou a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade, no valor do ser humano e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, anunciando como propósitos da Organização das Nações Unidas a obrigação jurídica interestatal de cooperação internacional para promover e estimular o respeito aos direitos humanos. A carta, portanto, revisitou a clássica noção de soberania estatal para enfatizar o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais.

A Declaração teve início na sessão plenária de 1947, com a redação de oito membros escolhidos com base em representação geográfica (Austrália, Chile, China, EUA, França, Líbano, Reino Unido e União Soviética). Foi proclamada por quarenta e oito votos,

[4] BROWN, Gordon. *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st century. A living document in a changing world. A report by the Global Citizenship Commission.* Cambridge. UK> Open Book Publishers, 2016. Http.dx.doi.org10. 11647.OBP0091. Acesso em maio de 2018.

nenhum contra e oito abstenções (Arábia Saudita, Bielorrúsia, Checoeslováquia, Polônia, Ucrânia, União Sul Africana, União Soviética e Iugoslávia).

Foi o documento internacional mais importante para a evolução dos direitos humanos em escala universal e coletiva, por ressaltar a prevalência do ser humano, alterando a clássica lógica da Paz de Westfália, de 1648, que exaltava os Estados soberanos e independentes.

É possível afirmar, portanto, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi um marco na plataforma emancipatória do ser humano, pois ressaltou a sua consideração como um fim em si mesmo e sua dignidade como objetivo principal da esfera dos direitos humanos. Institucionalizou a vertente do princípio do universalismo, rechaçando a temática do relativismo cultural como justificativa para a prática de atrocidades contra os direitos humanos. Apontou para a afirmação de que nenhum País tem o direito de alegar que sua cultura e seu ordenamento jurídico autorizam a ofensa e o desrespeito aos direitos humanos fundamentais.

Anunciou uma sociedade internacional de Estados soberanos e de indivíduos livres e iguais, que institucionalizou os direitos humanos e inseriu sua temática na construção da ordem mundial, limitando o arbítrio discricionário da soberania estatal sobre a soberania pessoal.

É um documento essencial para a humanidade, pois concentra a ideia de que todos os seres humanos pertencem a uma única comunidade global, tendo direitos, deveres morais e responsabilidades perante os outros. É também um standard para a educação e a cultura para os direitos humanos, uma vez que consagra a ideia de que uma injustiça cometida em um determinado local é uma injustiça que gera consequências em todos os cantos do mundo. [5]

A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal alteraram o paradigma e o ponto de partida para a materialização e concretização dos direitos humanos fundamentais, com a elevação do ser humano a sujeito de direito central, relativizando a preponderância do Estado soberano e absoluto.

Por isso, pode-se afirmar que a Carta de São Francisco, a Declaração Universal e os Pactos Internacionais de 1966 representam o embrião de uma Constituição Global, que

[5] BROWN, Gordon. *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st century. A living document in a changing world. A report by the Global Citizenship Commission.* Cambridge. UK> Open Book Publishers, 2016. Http.dx.doi.org10. 11647.OBP0091. Acesso em maio de 2018.

configura os *jus cosmopoliticum*, delineado por Kant em sua obra, "A Paz Perpétua" (1995).

A propósito do tema, Celso Lafer explica que o *jus cosmopoliticum* diz respeito aos seres humanos e aos Estados em suas relações de interdependência, sendo os cidadãos pertencentes a um Estado universal da humanidade. [6]

A doutrina de Kant contribuiu para a análise da história humana sob o ângulo universal, sendo o ser humano, um fim em si mesmo, que tem dignidade e não preço, o centro de sua doutrina moral. Apresentou o direito cosmopolita, como fundamento do direito à hospitalidade universal, um direito comum a todos os seres humanos da face da Terra, de modo que a violação de um direito humano praticada num canto da Terra, é sentida em todos os demais pontos.

Assim, para que os direitos humanos sejam concretizados, é preciso ir além do direito interno e alcançar a tutela internacional, pois somente nessa vertente, poder-se-ia falar em "direito a ter direitos", conforme pensamento de Hannah Arendt.

A solução dos problemas enfrentados pela sociedade internacional atualmente só será uma realidade quando se abandonar a tímida visão de que os Estados soberanos e as relações interestatais ainda estão em posição de supremacia. A ponderação avança, portanto, na aparente dicotomia entre soberania estatal e soberania pessoal, que devem ser harmonizadas, sempre levando-se em consideração a supremacia das normas de direitos humanos que preconizam o ideal do ser humano como um fim em si mesmo.

O artigo 6º da Declaração Universal, ao afirmar que todos têm o direito de ser reconhecidos como pessoas perante a lei em todos os lugares, dá respaldo ao drama dos *displaced people*, uma vez que combate o aniquilamento dos refugiados e dos apátridas. Referida ideia é corroborada pelo artigo 15 da Declaração que prevê que todos têm direito a uma nacionalidade e de não serem privados dela. A nacionalidade, portanto, deixa de estar reservada ao domínio dos Estados, o que contribui para a internacionalização dos direitos humanos.

A apatridia tem de ser revertida em qualquer parte do mundo, pois o que se pretende é a concessão da nacionalidade como um direito fundamental do cidadão universal, o que não pode ficar única e exclusivamente a critério dos Estados envolvidos, pois estes atuarão no contexto da soberania estatal, o que é rechaçado pela ideia da universalidade dos direitos humanos e dos direitos da personalidade fundamentais.

Além disso, o artigo 13 confere ao cidadão universal a liberdade de locomoção,

[6] LAFER, Celso. **Direitos Humanos. Um percurso no Direito só século XXI**. São Paulo: Atlas, 2015

de toda pessoa, nacional ou estrangeira, dentro das fronteiras de cada Estado, além de garantir, no inciso 2º direito de qualquer pessoa deixar o seu país ou qualquer outro país e de a ele regressar, além do direito de pedir asilo, segundo o artigo 14.

Referidos direitos confirmam a manifestação Kantiana do direito à hospitalidade universal, ou seja, o *jus cosmopoliticum*.

Quanto à natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirma-se que não é de lei internacional, mas sim de Recomendação, *soft law*, ou seja, de atos e conteúdos normativos que não dispõem de obrigatoriedade, por ter origem em uma Resolução da Assembleia Geral da ONU, sendo, apenas, um convite aos Estados para respeitarem suas previsões. Além disso, também foi considerada como norma interpretativa da Carta de São Francisco. Passou, entretanto, a ter status de norma costumeira de Direito Internacional.

Posteriormente, a Conferência de Viena de 25/07/1993, que teve como resultado a Declaração de Viena de 1993, reafirmou o compromisso com os propósitos e princípios enunciados na Carta de São Francisco e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ressaltando que a Declaração se constituiu como padrão de realização para todos os povos e todas as nações com base no ideal de que "todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados". É possível afirmar, portanto, que a Convenção de Viena chancelou a Declaração Universal com a efetiva participação de 171 Estados, 813 organizações não governamentais como observadoras e 2000 organizações não governamentais no fórum paralelo das ONG'S.

Logo, não há como duvidar da força cogente e universal da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e, sendo assim, a Resolução da Organização das Nações Unidas passou de norma soft law para hard law dos tratados, ou seja, norma imperativa e cogente.

Além da Declaração de Viena de 1993, outros documentos também corroboraram e derivaram da Declaração Universal, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), que tratam, respectivamente, dos direitos de primeira e de segunda dimensões, um verdadeiro desdobramento dos artigos 1º ao 21 da DUDH, bem como dos artigos 22 a 27 da DUDH, respectivamente.

Como se pode constatar, diversos documentos posteriores, com ampla participação dos Estados, consagraram os ideais previstos na Declaração Universal, não

deixando dúvidas a respeito de sua natureza jurídica de *hard law*.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi uma resposta ao totalitarismo que imperou durante a Segunda Guerra Mundial, responsável pela inserção da temática dos direitos humanos no plano internacional, e também uma resposta jurídica ao problema do mal ativo e do mal passivo.

Além disso, é a interpretação mais autêntica dos direitos humanos e liberdades fundamentais e integra a Carta da ONU, sendo compreendida, no mundo todo, como um código de ética universal de direitos humanos decorrente da tese universalista, que impõe um padrão mínimo de dignidade independentemente da cultura particular e da soberania de cada Estado para promover a positivação internacional dos direitos mínimos dos seres humanos, em consonância com os propósitos das Nações Unidas de proteção aos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos.

O documento de cunho universalista, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana como valor fonte dos direitos humanos universais, bastando a condição de pessoa para a exigência dos direitos humanos em qualquer ocasião, circunstância e em qualquer lugar do mundo. Os direitos humanos, portanto, devem ser tratados de forma global pela comunidade internacional, com um padrão mínimo de dignidade, independentemente da cultura de cada povo, devido à aplicação da tese universalista.

O universalismo dos direitos humanos mínimos abre espaço para o direito cosmopolita consolidando a independência dos cidadãos de seu Estado de origem por pertencerem a um Estado da humanidade. Por isso, defende-se a tese de que os direitos fundamentais podem ser exercidos por qualquer pessoa, em qualquer circunstância e em qualquer lugar do mundo.

Celso Lafer, ao prefaciar a obra de Flávia Piovesan, lembra que: "Os direitos humanos são uma plataforma emancipatória voltada para a proteção da dignidade humana" e, citando Hannah Arendt, afirma "que é um instrumento de mobilização para a proteção dos mais fracos". [7]

Vislumbra-se o surgimento de um novo direito, distinto do direito público internacional, baseado na cooperação entre Estados soberanos, de acordo com um interesse geral, que transcende seus interesses peculiares e consagra a cidadania universal, com direitos que transcendem aos interesses dos Estados soberanos, que devem coexistir em cooperação internacional, a fim de que os seres humanos possam exercer seus direitos em qualquer lugar

[7] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª . ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

do mundo, isso porque a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 é um documento de interesse geral, que tem natureza jurídica de jus cogens gerando efeitos erga omnes.

Immanuel Kant, no terceiro artigo definitivo para a Paz Perpétua, assevera que o direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal. A hospitalidade universal deve ser dirigida ao estrangeiro que não pode ser tratado com hostilidade por estar no território de outrem. Explica que há o direito dos homens à propriedade comum da superfície da Terra, de modo que os homens devem se suportar uns aos outros, pois ninguém tem mais direito do que o outro a estar em um determinado lugar da Terra.

A comunidade cosmopolita, para Immanuel Kant, concretiza-se entre os povos da Terra quando a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, enfatizando a ideia de um direito cosmopolita, como direito público da humanidade em geral. Assim, todos os seres humanos do mundo seriam proprietários da superfície da Terra e estariam unidos por um direito cosmopolita, e universal, calcado na fundamentabilidade dos direitos humanos.

No segundo artigo definitivo para "A paz Perpétua", Immanuel Kant anuncia que para que se possa dar a cada um o que é seu, é necessário que se forme uma federação de povos e não um Estado de povos. No suplemento primeiro, Da garantia da paz perpétua, Immanuel Kant explica que para que haja a garantia da paz, a natureza se organizou para que as pessoas atuassem de forma justa em todas as partes do mundo.

Logo, para que todo ser humano exerça os direitos fundamentais, em qualquer lugar da Terra, deve haver um direito cosmopolita, universal que atualmente é representado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Para tanto, deve ser criada uma federação de povos independente dos Estados soberanos a fim de que a violação do direito num canto da Terra se sinta em todos os outros.

A efetividade no sistema global de proteção aos direitos humanos fundamentais é uma necessidade premente. A revisão da organização e do funcionamento da ONU com a participação equitativa de todos os países do mundo é uma imposição necessária determinada pela busca e promoção da paz no mundo que é, em tese, o principal objetivo da ONU.

Para que a universalização dos direitos da personalidade seja uma realidade, com a redução das desigualdades, é necessário que haja o redesenho do Estado no caminho da implantação dos direitos universais do ser humano, a fim de que o cidadão universal seja reconhecido como sujeito de direito na ordem global.

A consolidação dos valores dos direitos humanos deve se dar no âmbito global e, no caso do cidadão universal, os valores relativos aos direitos da personalidade, enquanto direitos humanos, devem ser resguardados em qualquer parte do mundo, ensejando, inclusive, a efetiva tutela jurisdicional com a possibilidade de o indivíduo se dirigir, sem intermediários, às Cortes Internacionais, em qualquer sistema de proteção dos direitos humanos.

Os direitos humanos são um construído em constante processo de construção e reconstrução e, desse modo, os direitos da personalidade do cidadão universal estão em processo de construção e reconstrução na medida em que ainda há muito o que conquistar.

Há intrínseca relação, portanto, entre o princípio do universalismo e a ideia de constitucionalismo global, sobre o qual José Joaquim Gomes Canotilho enfatiza que compreende a relação entre Estado e povo, bem como a elevação da dignidade humana a pressuposto de todos os constitucionalismos, o que consequentemente coloca o direito internacional como parâmetro de validade das Constituições nacionais. [8]

A ideia de constitucionalismo global acima apresentada, leva à afirmação de que os Estados devem observar as regras de direito internacional em suas Constituições. No Brasil, tal imposição é representada pelo § 2º do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Além disso, o próprio art. 1º, III que consigna o princípio da dignidade humana abarca o princípio como um valor inafastável. Vislumbra-se, então, o Constitucionalismo Global na medida em que o valor dignidade humana é universal e de declaração obrigatória por qualquer Estado.

O cidadão universal, enquanto sujeito de direito, não pode ser analisado sob a ótica do Estado, que impõe limites à universalização dos direitos humanos. Logo, o cidadão universal não pode ser considerado sujeito de direito somente se o Estado lhe conferir referida condição, pois é a condição humana que torna a pessoa sujeito de direitos na ordem global.

Há uma consciência ética compartilhada pelos Estados no sentido de alcançar o mínimo ético irredutível na seara dos direitos humanos, o que corrobora a tese universalista. E, nesse sentido, a condição de pessoa é o único requisito para a titularidade de direitos, considerando o ser humano dotado de dignidade.

É possível fundamentar a tese da universalidade dos direitos fundamentais na teoria da justiça de John Rawls, que desenvolve o conceito de justiça como equidade afirmando que uma sociedade democrática é aquela que seus cidadãos adotariam numa situação de fase equitativa, o que chama de posição original, recriando a ideia de contrato

[8] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed., Lisboa: Almedina, 2003.

social, baseada num consenso e não no domínio do Estado ao conceder direitos às pessoas. [9]

Como kantiano, Rawls funda sua teoria em três situações: o contrato social, a posição original e o véu da ignorância, com base em dois princípios: o de oferecer as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos, bem como a equidade social e econômica. Ele afirma que existem desigualdades, mas é preciso que sejam garantidos aos menos favorecidos os mesmos bens da vida pertencentes aos mais abastados, o que chamou de primary goods.

John Rawls admite, portanto, as desigualdades, desde que haja a mitigação das dificuldades para aqueles que a suportam. Prega o Estado liberal com uma perspectiva social. Parte da posição original como uma situação hipotética na qual as partes contratantes, livres e iguais, escolhem sob o véu da ignorância, os *primary goods* ou bens primários, ignorando o que as pessoas têm e não têm para possibilitar o contrato social. Como a teoria de John Rawls não exclui a desigualdade, permite que a pessoa tenha acesso aos *primary goods* escolhidos sob o véu da ignorância tendo os princípios de justiça como cláusulas contratuais básicas, através de uma escolha racional com base na teoria dos jogos. O neocontratualismo de John Rawls preconiza a justiça com imparcialidade, com a distribuição equitativa dos bens básicos, inclusive os direitos sociais, optando pelo menor dos piores resultados.

A teoria da justiça de John Rawls pode ser usada para fundamentar a tese da cidadania universal, uma vez que preconiza a ideia de que deve haver acesso aos direitos básicos com igualdade, inclusive no plano global, transnacional e cosmopolita, e o passo mais importante para essa transformação foi dado com a Declaração dos Direitos do Homem de 1948.

É imperioso que qualquer ser humano tenha acesso aos *primary goods* em qualquer lugar do mundo, independentemente de sua nacionalidade, a fim de que todos os seres humanos, no mundo, tenham acesso às mesmas liberdades básicas para reduzir o espaço das desigualdades.

Afirma-se a tese universalista dos direitos humanos na medida em que há um mínimo ético irredutível que deve ser respeitado por todos os Estados, independentemente da diversidade cultural e da soberania estatal.

Desse modo, o direito cosmopolita deve regular e proteger os direitos do cidadão universal, pois, em razão da tese universalista, a violação de um direito é sentida em todos os lugares da Terra e, assim, a proteção dos direitos do cidadão universal deve ser uma preocupação cosmopolita e não interna de cada Estado.

[9] John Rawls. **Uma teoria da justiça**. Trás. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

O caminho para a "Paz Perpétua" só chegará ao resultado da solidariedade universal quando o ser humano for considerado como um fim em si mesmo e pertencente ao mundo, como cidadão universal.

Ainda nesse sentido, Luigi Ferrajoli anuncia que existe o embrião de uma 'Constituição do Mundo', constituída pela Carta da ONU e pela Declaração dos Direitos Humanos que se destinam a regular os direitos fundamentais universais, no sentido de propiciar a proteção do ser humano, por formar um conjunto de normas jurídicas específicas para regular os direitos das pessoas, os direitos da personalidade. Assim, se as normas destinadas a regular as pessoas são de direito civil, há que se criar institutos jurídicos de direito civil cosmopolita, como direitos da personalidade, pessoa, personalidade e capacidade numa perspectiva transnacional.[10]

A Declaração Universal representa o documento fundante num processo de elaboração progressiva dos direitos humanos que proporcionou muitos avanços na promoção na proteção dos direitos humanos desde 1948, incluindo o desenvolvimento de um corpo jurídico de Direitos Humanos e a implementação de mecanismos de proteção. Embora tenha havido muitos avanços, é necessário reconhecer que os direitos humanos continuam sendo violados em uma escala alarmante pelo globo terrestre.

3. EFEITOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS NOS TEMAS POLÊMICOS

Como visto acima, em que pese os avanços que a Declaração Universal trouxe ao campo dos direitos humanos, notamente no que tange ao reconhecimento internacional de direitos universais do ser humano, ainda há uma grande resistência para a implementação desses direitos na prática pelos estados, à luz do que já asseverava Norberto Bobbio[11].

A Declaração Universal dos Direitos Humanos está traduzida em 500 idiomas e traz 30 artigos que versam sobre o direito à vida, direito a não ser escravizado, o direito de não ser preso de forma arbitrária, o direito à presunção da inocência, o direito à privacidade e à livre circulação, o direito à liberdade de expressão política e religiosa, liberdade de

[10] FERRAJOLI, Luigi. ***Los fundamentos de los derechos fundamentales***. 3 Ed., Madrid: Trotta, 2007.

[11] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 7ª reimpressão.

pensamento e de participação política[12], direito ao trabalho livre e remunerado, educação, cultura etc. No entanto, são vários os desafios no Brasil e no mundo: o ódio, a violência e a discriminação permanecem vivos após os 70 anos de um documento que visa a garantir a liberdade, a justiça e a paz mundial.

Destacam-se, ao longo do artigo, alguns desafios do dia-a-dia para a implementação da Declaração Universal. O primeiro deles decorre do artigo 1º que estabelece:

> *1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.*
> *2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.*

Ressalta-se, portanto, o desafio da IGUALDADE. Com relação a este tema, exemplificamo-no com as violações ocorridas de um modo geral contra a população de lésbicas, gays, bissexuais e travestis, transexuais ou transgêneros (LGBT). Atualmente, ainda mais de 70 países criminalizam relações homossexuais e expressões de identidade de gênero, conforme a Organização das Nações Unidas (ONU)[13].

Apesar da comemorada e recente decisão da suprema corte da Índia pela descriminalização das relações das pessoas do mesmo sexo[14], a realidade é que são vários os

---

[12] Interessante estudo sobre a inconvencionalidade dos tribunais brasileiros no tocante à liberdade de expressão política durante o período das campanhas eleitorais. BUCCI, Daniela. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**: Limites Materiais. 1a. ed. São Paulo: Almedina Brasil Ltd., 2018. 442p.

[13] UNO. Human Rights Council Twenty-ninth session, agenda items 2 and 8. Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General (A/HRC/29/23), 04 may. 2015, p. 31.

[14] Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23509&LangID=E>. Acesso em 20 set. 2018.

exemplos de discriminação: a patologização da homossexualidade, por exemplo, dificulta o exercício da igualdade de direitos, especialmente, no que tange o acesso à saúde, determinando as práticas de profissionais e das instituições de saúde, forçando tratamentos e terapias de conversão, consideradas, estas últimas, práticas de tortura[15].

O *bullying* baseado na orientação sexual e identidade de gênero reais ou percebidos em casa, no trabalho e nas escolas aumenta as taxas de abandono escolar de pessoas LGBT, bem como, seu isolamento, depressão e suicídio[16].

Essas práticas discriminatórias, de um modo geral, dificultam o acesso das pessoas LGBT a recursos econômicos e a serviços básicos, o que se revela através da observação de que as taxas de miséria e a falta de moradia são mais altas nesses grupos de pessoas[17].

Outro desafio decorre do artigo 4º da Declaração Universal de Direitos Humanos:

> *Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.*

Em que pese a proibição expressa contra a escravidão e o tráfico de pessoas contida na DUDH, atualmente, o mundo depara-se com a denominada ESCRAVIDÃO MODERNA ou CONTEMPORÂNEA[18]. Essa ocorrência é comum e está caracterizada pelas condições degradantes de trabalho.

Nos termos do artigo 2º da Convenção 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o "trabalho forçado ou obrigatório é o serviço exigido de um indivíduo mediante ameaças ou pena qualquer e para o qual o indivíduo não se oferece voluntariamente".

Assim, todo trabalho não voluntário, caracterizado pela violação de direitos humanos, que pode colocar em risco a vida e a saúde da pessoa, incompatível com a

[15] UNO. Human Rights Council Twenty-ninth session, agenda items 2 and 8. Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General (A/HRC/29/23), 04 may. 2015, p. 14

[16] Ibidem, p. 15.

[17] Ibidem, p. 16.

[18] Conforme esclareceu a ministra Rosa Weber: a " 'escravidão moderna' é mais sutil e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos". BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 489. Medida Cautelar. Ministra Rosa Weber. Julgamento: 23 out. 2017.

dignidade humana, é considerado trabalho análogo ao de escravo ou a chamada escravidão moderna.

O Brasil, por exemplo, ratificou a Convenção 29 da OIT e, com isso, o país assumiu o compromisso internacional de proteger o indivíduo do trabalho análogo ao de escravo. Além disso, ratificou a Convenção 105 também da OIT que trata da eliminação do trabalho forçado. O artigo 149 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848/1940)[19] passou a considerar crime a conduta daquele que reduz alguém à situação análoga à de escravo através do trabalho forçado ou jornada exaustiva, sujeitando o indivíduo a condições degradantes ou impedindo sua locomoção por conta de dívidas contraídas com o empregador[20,21], aumentando a pena se o crime for contra a criança ou adolescente e por raça, cor, etnia, religião ou origem.

No entanto, apesar das inúmeras regulamentações sobre o tema, recentemente, tem-se noticiado a descoberta de mais empresas que contrataram pessoas nessas condições[22]. A principal alegação das empresas tem sido que a contratação dos "escravos" teria sido feita por terceirizadas, muitas vezes, fora do país. Com o objetivo de prevenir essas ocorrências, a ONU criou o PACTO GLOBAL, e a relatoria especial sobre Empresas e Direitos Humanos, em 2011, ainda aprovou princípios orientadores[23]. Em 2015, o grupo de trabalho de Empresas

---

[19] As leis 10.803/2003, o Decreto 5.017/2004 que ratificou e promulgou o Protocolo de Palermo e a Lei 13.344/2016 que tratou das formas de exploração, entre elas a remoção de órgãos, a adoção ilegal, o trabalho escravo e a servidão também regulam a matéria.

[20] A publicação da Portaria 1129 do Ministério do Trabalho de 2017 alterou conceito de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas a de escravo para concessão de seguro desemprego foi criticada e foi suspensa pela Ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber. A principal crítica versava sobre a necessidade de comprovar o impedimento de deslocamento do trabalhador e a existência de segurança armada no/do local de trabalho para configurar o trabalho degradante. Foi editada nova portaria 1293/2017 mais rígida com relação às definições sobre trabalho escravo.

[21] A Portaria 1293/2017 contribuiu para o conceito dos seguintes termos: "[...] I - Trabalho forçado é aquele exigido sob ameaça de sanção física ou psicológica e para o qual o trabalhador não tenha se oferecido ou no qual não deseje permanecer espontaneamente. II - Jornada exaustiva é toda forma de trabalho, de natureza física ou mental, que, por sua extensão ou por sua intensidade, acarrete violação de direito fundamental do trabalhador, notadamente os relacionados a segurança, saúde, descanso e convívio familiar e social. III - Condição degradante de trabalho é qualquer forma de negação da dignidade humana pela violação de direito fundamental do trabalhador, notadamente os dispostos nas normas de proteção do trabalho e de segurança, higiene e saúde no trabalho. IV - Restrição, por qualquer meio, da locomoção do trabalhador em razão de dívida é a limitação ao direito fundamental de ir e vir ou de encerrar a prestação do trabalho, em razão de débito imputado pelo empregador ou preposto ou da indução ao endividamento com terceiros.
V - Cerceamento do uso de qualquer meio de transporte é toda forma de limitação ao uso de meio de transporte existente, particular ou público, possível de ser utilizado pelo trabalhador para deixar local de trabalho ou de alojamento. VI - Vigilância ostensiva no local de trabalho é qualquer forma de controle ou fiscalização, direta ou indireta, por parte do empregador ou preposto, sobre a pessoa do trabalhador que o impeça de deixar local de trabalho ou alojamento. VII - Apoderamento de documentos ou objetos pessoais é qualquer forma de posse ilícita do empregador ou preposto sobre documentos ou objetos pessoais do trabalhador.

[22] Inúmeras lojas investigadas e processadas por trabalho escravo. Disponível em; <https://alias.estadao.com.br/noticias/geral,por-um-fio,1548245>. Acesso em 28 set. 2018.

[23] Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/empresas/>. Acesso em: 20 set. 2018.

e Direitos Humanos visitou o Brasil para analisar os impactos das atividades empresariais no país[24].

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana (CorteIDH), em 2016. No caso Fazenda Brasil Verde (Pará), foram resgatadas dezenas de pessoas, submetidas a jornadas exaustivas, condições degradantes, ameaça, servidão por dívidas e cárcere privado em uma fazenda de gado, em 2000. A CorteIDH condenou o Brasil porque entendeu que o país não tomou providências para prevenir a situação análoga a de escravos dos trabalhadores da fazenda. O Brasil foi condenado a: i) realizar as diligências, investigações e/o processos penais em prazo razoável para identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis; ii) publicar a sentença; e iii) pagar indenizações por danos morais, além do reembolso de custas e gastos[25].

Os números de 2017 mostram que 407 pessoas foram resgatas do trabalho em condições análogas a de escravo; em 2016, de acordo com o Ministério do Trabalho, foram mais de 800 pessoas nessas condições[26]. Apesar da decisão da CorteIDH, o trabalho análogo ao de escravo é uma realidade no Brasil e está longe de ser eliminado.

Tem-se mais um desafio: Como mencionado acima, no artigo 6º, a DUDH reconhece a personalidade de todos os indivíduos, independentemente de seu *status*. Agrega-se ao artigo 6º, os artigos 13, 14 e 15 da DUDH. Estabelecem os artigos:

> *Artigo 13. 1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar;*
> *Artigo 14. 1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas;*

[24] Disponível em: <https://nacoesunidas.org/grupo-de-trabalho-da-onu-sobre-empresas-e-direitos-humanos-divulga-relatorio-sobre-o-brasil/> . Acesso em: 20 set. 2018.
[25] Corte IDH. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Sentença de 22 de agosto de 2017. Serie C No. 337.
[26] Disponível em: file:///C:/Users/danie/Downloads/Quadro_Resumo_2016por_UF_para_internet.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

> *Artigo 15. 1. Todo ser humano tem direito a uma nacionalidade.*
> *2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.*

Atualmente, o mundo enfrenta uma grande CRISE MIGRATÓRIA, notadamente, na Europa. Desde 2016, foram mais de 500.000 pessoas que arriscaram suas vidas cruzando o Mediterrâneo. Calcula-se que mais de 3.000 pessoas morreram ou desapareceram no mar apenas neste período[27].

As razões para a migração são diversas: guerras, conflitos, fome, intolerância religiosa, mudanças climáticas, violações de direitos humanos.

Na América Latina, destacamos a recente crise migratória da Venezuela, com mais 1,5 milhões de mulheres, homens e crianças que foram obrigados a deixar suas casas e seu país por razões econômicas, laborais e por falta de alimentos e serviços médicos[28].

Não se pode negar a existência de um impacto interno[29] nos países que recebem o migrante e que abrange desde o serviço público e estrutura para o recebimento e acomodação dos migrantes (documentação de ingresso, serviços de educação, saúde, etc) até a inserção social e laboral dessas pessoas. Vale lembrar que muitos são os países que também não fornecem melhores condições, inclusive para os seus nacionais.

Além disso, essas pessoas ficam sujeitas a todo tipo de abuso e violência, seja por agentes dos estados, milícias ou grupos que controlam o tráfico ilegal de pessoas, exploração sexual, trabalho escravo, inclusive o trabalho infantil e o tráfico de órgãos, estando mulheres, homens e crianças correndo risco de vida em razão de sua vulnerabilidade.

Destaca-se, ainda, mais um outro desafio proveniente do artigo 16 da DUDH - eliminar o casamento de crianças e adolescentes e os casamentos arranjados:

> *1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito*

---

[27] Disponível em: <https://www.iom.int/news/mediterranean-migrant-arrivals-reach-68098-2018-deaths-reach-1549> . Acesso em: 20 set. 2018.

[28] Disponível em: <file:///C:/Users/danie/Documents/2018/Academia%20Paulista/MDH_OIM_DTM_Brasil_N1.pdf>. Acesso em: 26 set. 2018.

[29] Sobre a necessidade de adaptação das normas internacionais que protegem direitos humanos dos refugiados e apátridas ao direito interno e mais a respeito do tema vide interessante trabalho de LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira magalhães da Silva. **Refugiados e apátridas no direito internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, especialmente p. 27.

> *de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.*
> *2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.*
> *3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.*

De acordo com a ONU, o casamento infantil atinge 20 mil meninas por dia. Em alguns países, é comum homens mais velhos (de 50 anos ou mais) casarem-se com meninas de 8 anos de idade, sendo o ato sexual nessas condições a causa da morte de muitas dessas meninas[30]. O casamento forçado, portanto, é uma realidade.

Estima-se que, atualmente, mais de 7,5 milhões de mulheres casaram-se antes dos 18 anos em todo mundo por ano. O Brasil, conforme o Banco Mundial, é o 1º da América Latina e o 4º país do mundo com mais casamentos infantis: 36% das mulheres brasileiras casam-se antes de completarem 18 anos[31].

O casamento de meninas e adolescentes as torna mais vulneráveis estando sujeitas à violência doméstica, estupro marital, gravidez, e desigualdade em razão de menor índice de escolaridade, maiores taxas de mortalidade materno-infantil, menor renda, perpetuando ainda mais a pobreza[32].

Por fim, nos seus 70 anos de existência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos ainda não conseguiu eliminar a POBREZA, de um modo geral. Estabelece o artigo 25 da DUDH:

> *1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar,*

[30] Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/menina-de-oito-anos-morre-apos-lua-de-mel-com-marido-de-40-9902004>. Acesso em: 20 de set. 2018.

[31] WODON, Quentin; TAVARES, Paula; FIALA, Oliver; LE NESTOUR, Alexis; WISE, Lisa. **Report**. ENDING CHILD MARRIAGE: CHILD MARRIAGE LAWS AND THEIR LIMITATIONS, out. 2017. Disponível em: <http://pubdocs.worldbank.org/en/134161519943385981/WBL2017-Child-Marriage-Laws.pdf.>. Acesso em: 20 set. 2018. Vide também: Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/banco-mundial-lanca-relatorio-sobre-casamento-infantil/>. Acesso em: 20 set. 2018.

[32] Vide em conjunto o relatório publicado pela UNICEF. PROGRESS FOR EVERY CHILD IN THE SDG ERA. Disponível em: https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2018/03/Progress_for_Every_Child_V4.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

A pobreza elimina qualquer oportunidade econômica, social, cultural, e dificulta o acesso a serviços básicos. É a pobreza a causa principal da exclusão social e da dificuldade ao acesso e ao exercício dos direitos humanos em todo o mundo. De acordo com o Índice de Pobreza Multidimensional de 2018, pelo menos, dentre os 105 países analisados, 1,34 bilhões de pessoas vivem em "uma pobreza multidimensional aguda", ou seja, 17% de todos os habitantes do planeta. A essas pessoas faltam moradia e sistema de saneamento adequados, nutrição e educação primária[33].

No Brasil, recente pesquisa diz que o maior índice de pobreza é registrado nas regiões Norte e Nordeste do país. Mais de 50 milhões de brasileiros, o equivalente a 25,4% da população, viviam na linha de pobreza, em 2017 (i.e., em torno de 5,5 dólares por dia); e 13 milhões, em condições de pobreza extrema (i.e., com cerca de 1,9 doláres ao dia)[34].

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de seus 30 artigos, a Declaração Universal de Direitos Humanos foi essencial para promover os Direitos Humanos e reconhecer direitos universais a todos os indivíduos, sem qualquer distinção. No entanto, na prática, a dificuldade de implementação de seus mandamentos é uma realidade. São inúmeros os desafios enfrentados pelos indivíduos e estados para a implementação dos direitos humanos.

A corrupção e a pobreza agravam ainda mais a situação, dificultando o acesso do indivíduo a serviços básicos como saúde, educação e segurança, notadamente, e

[33] Oxford Poverty and Hu man Development Initiative (OPHI). Global Multidimensional Poverty Index 2018: The Most Detailed Picture to Date of the World's Poorest People, 2018.

[34] Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: **IBGE**, 2017 147p. - (Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica).

constituindo as principais barreiras para que os indíviduos possam viver dignamente em uma sociedade igual em direito e oportunidades. A falta de infraestrutura dos estados para concretizar os direitos de seus nacionais e estrangeiros, as guerras, os conflitos religiosos e políticos, os desastres naturais que obrigam as pesssoas a abandonarem seus lares, e a violência aos direitos de meninas e mulheres vistas como práticas culturais só reforçam a importância da existência de um diploma que reconhece a dignidade, igualdade e liberdade a todos os indivíduos universalmente.

A expectativa de respeito e efetivação dos direitos previstos na DUDH ao longo de seus 70 anos não foi totalmente atendida, como se pode notar a partir dos exemplos analisados. A violação contra os direitos humanos acontece mesmo em democracias consolidadas[35].

5. BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 18 ed., de acordo com o Decreto 7030, de 14-12-2009, e a Lei 12.134, 18-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 7ª reimpressão.

BUCCI, Daniela. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**: Limites Materiais. 1a. ed. São Paulo: Almedina Brasil Ltda, 2018. 442p.

BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 489. Medida Cautelar. Ministra Rosa Weber. Julgamento: 23 out. 2017

BROWN. Gordon. ***The Universal Declaration of Human Rights in the 21st century. A living document in a changing world. A report by te Global Citizenship Commission***. Cambridge. UK> Open Book Publishers, 2016. Http.dx.doi.org10. 11647.OBP0091. Acesso em maio de 2018.

[35] Para Paulo Sérgio Pinheiro, "Decerto, a democracia tende a promover os direitos humanos com maior facilidade, contudo, tanto em regimes democráticos consolidados, quanto naqueles recém-instaurados, ela não representa necessariamente uma garantia contra violações de direitos humanos. No hemisfério sul, as transições políticas da ditadura para a democracia têm, em grande medida, mantido o status quo e não garantido uma mudança concreta. Na América do Sul e no Leste Europeu, democracias ocultam, com freqüência, a opressão sofrida pela parcela da população economicamente mais desfavorecida, a corrupção de políticos e agentes estatais e a cumplicidade de ambos com o crime organizado. No hemisfério norte, o governo dos EUA tem permitido o uso da tortura contra suspeitos e prisioneiros por terrorismo". Na Europa, estados democráticos tem sotto voce colaborado com a transferência de prisioneiros para serem torturados em outros países. SÉRGIO PINHEIRO, Paulo. Os Sessenta Anos da Declaração Universal: Atravessando um Mar de Contradições. **Revista SUR**. Ano 5, número 9, São Paulo, dezembro de 2008, p. 79.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: JUBILUT, Liliana Lyra; AMARAL JUNIOR, Alberto do (orgs). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805-850.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed., Lisboa: Almedina, 2003.

CANÇADO TRINDADE, António A. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

Corte IDH. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Sentença de 22 de agosto de 2017. Serie C No. 337

FERRAJOLI, Luigi. ***Los fundamentos de los derechos fundamentales***. 3 Ed., Madrid: Trotta, 2007.

GLENDON, Mary. ***Knowing te Universal Declaration of Human Rights***, 73 Notre Dame L. Rev. 1153 1998. Http.nrs.harvard.edu.urn>HUL.InstRepos.12991698

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Lisboa: Editora Edições 70, 1995.

LAFER, Celso. **Direitos Humanos. Um percurso no Direito só século XXI**. São Paulo: Atlas, 2015.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2005.

MAGALHÃES LOUREIRO, Claudia Regina. **Refugiados e apátridas no direito internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais**: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

————. ***The international contemporany law and the transnormativity theory***. *Universitá degli studi di Padova*, v. 1, p. 1, 2008.

_____. **Tribunais Internacionais:** jurisdição e competência. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. 426p.

_____. O Direito Internacional Contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antonio Augusto Cançado Trindade; Antonio Celso Pererira. (Org.).

Novas perspectivas do direito Internacional Contemporâneo. 1ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 1, p. 961-1002.

_____. A soft law como fonte do Direito Internacional. In: Wagner Menezes (Org.). **Direito Internacional no cenário contemporâneo**. 1ed. Curitiba: Juruá. 2003, v. 1, p. 73-90.

MIGNOLO, Walter. **Histórias locais/projetos globais***: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar.* Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003

Oxford Poverty and Hu man Development Initiative (OPHI). Global Multidimensional Poverty Index 2018: **The Most Detailed Picture to Date of the World's Poorest People**, 2018.

Prefácio de Celso Lafer. In: Flavia Piovesan. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. X. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Os Sessenta Anos da Declaração Universal: Atravessando um Mar de Contradições. **Revista SUR**. Ano 5, número 9, São Paulo, dezembro de 2008, p. 76-87.

PIOVESAN, FLÁVIA. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª . ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: Lamder, Eduardo (Org). **A colonialidade do saber***:* eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*.* Buenos Aires: Clacso. 2005

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trás. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REZENDE MENEZES, Quënida de. Um tribunal constitucional internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. **Revista de Direito da GV**. V. 13, n. 2, maio.ago 2017.

SANTOS, Boaventura Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, junho/1997, p. 11-32

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: **IBGE**, 2017, 147p. - (Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica).

SCHIETTEKALTE, Sophie. **Do we need a world court of human rights***? Universit Gent*, 2016.

TRECHSEL, Stefan. ***A World Court for Human Rights****?* 1 Nw. J. Int'l Hum. Rts. 1 (2004).

http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol1/iss1

UNICEF. PROGRESS FOR EVERY CHILD IN THE SDG ERA. Disponível em: https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2018/03/Progress_for_Every_Child_V4.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

UNO. Human Rights Council Twenty-ninth session, agenda items 2 and 8. Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General (A/HRC/29/23), 04 mai. 2015, p. 31.

WODON, Quentin; TAVARES, Paula; FIALA, Oliver; LE NESTOUR, Alexis; WISE, Lisa. ENDING CHILD MARRIAGE: CHILD MARRIAGE LAWS AND THEIR LIMITATIONS, out. 2017. **Report**. Disponível em: <http://pubdocs.worldbank.org/en/134161519943385981/WBL2017-Child-Marriage-Laws.pdf.>

A CONVENÇÃO GLOBAL DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE TERRORISMO INTERNACIONAL: NECESSIDADE PREMENTE E HISTÓRIA INACABADA

UNITED NATIONS GLOBAL CONVENTION ON INTERNATIONAL TERRORISM: PERPETUAL NEED AND UNFINISHED HISTORY

Rodolfo Milhomen Sousa[1]

RESUMO:

Os constantes ataques terroristas por todo Globo demonstram o avanço da atuação de grupos não estatais nas Relações Internacionais. A política de poder mistura-se com religião no século XXI produzindo um teatro explosivo de interações geopolítica e econômicas.

A Comunidade Internacional tateia no combate ao fenômeno do terrorismo, ao construir um arcabouço jurídico internacional fragmentado. A definição sobre o terrorismo não tem consenso dentro das Nações Unidas.

A divisão conceitual sobre o tema prejudicou até mesmo o único instrumento legal internacional global capaz de dar sentido ao combate ao terrorismo. A Convenção Global sobre Terrorismo Internacional tem sua negociação estagnada há 20 anos exatamente neste ponto.

O trabalho analisa os desenvolvimentos do Comunidade Internacional sobre o tema, principalmente sobre a Convenção Global. Sugerindo novas abordagens, o artigo aborda as últimas negociações, fundamentando a necessidade premente de uma Convenção Geral em mundo interconectado.

PALAVRAS-CHAVE: Atos Internacionais. Terrorismo Global. Nações Unidas. Política Internacional. Relações Internacionais. Direito Internacional. Negociação Internacional.

ABSTRACT

The constant terrorist attacks across globe demonstrate the advancement of activities of non-state groups in International Relations. The power politics mixed with religion in the twenty-first century producing an explosive theater of geopolitical and economic interactions.

[1] Advogado. Mestre pela FIOCRUZ. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa.

The international community gropes in the fight against terrorism fenomemo, to build an international legal framework fragmented. The definition of terrorism is no consensus within the United Nations.

The conceptual division on the subject harmed even the only global international legal instrument capable of giving meaning to the fight against terrorism. The Comprehensive Convention on International Terrorism has its stagnant trading 20 years ago exactly this point.

The paper analyzes the developments of the international community on the subject, especially on the Global Convention. Suggesting new approaches, the article discusses the latest negotiations, supporting the urgent need for a Comprehensive Convention on interconnected world.

KEY WORDS: International Acts. Global terrorism. United Nations. International politics. International relations. International Law. International Negotiatons.

SUMÁRIO

I. Introdução
II. Capítulo Um: Tentativas da Comunidade Internacional de conceituar terrorismo. Negociação da Convenção Global sobre o Terrorismo Internacional
III. Capítulo Dois: Razões para o fracasso e Soluções para a Negociação: Reescrever a História
IV. Conclusão
V. Bibliografia

"A covardia e o medo nunca vencerão a coragem e a liberdade".

I - INTRODUÇÃO

A evolução da abordagem internacional do fenômeno do terrorismo é parte fundamental da crescente codificação do direito internacional no século passado. Antes um ordenamento baseado no costume, o direito internacional evoluiu no sentido da contratualização das relações entre os Estados, em consonância com princípio jurídico da

segurança jurídica e da eliminação da guerra como instrumento de resolução de conflitos internacionais[2].

Não obstante, a crescente onda terrorista pós-moderna cria novos desafios para as relações entre os Estados e para a manutenção da paz, sendo o Direito Internacional o instrumento (senão o único) eficaz no combate unificado às ameaças e ataques terroristas justificados por ideologias ou religiões que vão de encontro ao princípio supremo da dignidade humana.

O terrorismo é um fenômeno antigo, com registros de atividades na Grécia Antiga, em Roma, mas aparece com os significados atuais no Califado Árabe Fatiada[3].

É exemplar a atuação do proeminente grupo Ḥashshāshī (Assassinos) no século XI, com seu líder Hassan-i Sabbah, o qual violentou e aterrorizou o que hoje seria o Irã e a Síria, com assassinatos sistemáticos com objetivos políticos - não apenas uma coincidência com o atual grupo Estado Islâmico[4].

Calha relembrar, dentro desse contexto, que a Kun Klux Klan foi considerada um grupo terrorista já no século XIX[5]. Seus métodos cruéis de assassinato e perseguição, com objetivos políticos, fizeram o próprio governo americano proibir sua existência.

Já no séc. XX, a 1° guerra mundial e todas as suas consequências desastrosas foram causadas por um único ataque terrorista do grupo sérvio conhecido como mão negra, assassinando covardemente o arquiduque Francisco Ferdinando em Sarajevo. O assassinato trouxe o efeito catalisador que provocou a crise diplomática entre Áustria e Sérvia desembocando nas alianças automáticas e na 1 guerra mundial. Os ecos desse ataque são

---

[2] Mazzuoli, Valério de Oliveira. Coletânea de Direito Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
Art. 1°, §1°: Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional a um ajuntamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz.
Art. 2°, §3°: Os membros da Organização deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que a paz e a segurança internacionais, bem como a segurança, não sejam ameaçadas.
Art. 33, §1°, I: As partes, em uma controvérsia que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.

[3] Randdal D. Law. The routledge History of Terrorism. New York. 2015.

[4] Ciment,James. World Terrorism: An Encyclopedia of Political Violence from Ancient Times to Post 911 Era. Nova York. 2015.

[5] Trelease, Allen. "'White Terror: The Ku Klux Klan Conspiracy and Southern Reconstruction. Louisiana State University Press. 1995. (http:/ / isbn. nu/ toc/ 9780807119532). Acesso em 15 de dezembro de 105. Em 1870, um júri federal determinou que a Ku Klux Klan era uma organização terrorista.

sentidos até hoje, haja vista que os grupos terroristas querem forçar o Estado agredido a alguma resposta política ou militar[6].

Em plena guerra fria, o vocabulário terrorista já era usado constantemente entre os países em discussões sobre segurança internacional. Nesse contexto, já em 1963, nascia a primeira Convenção internacional das Nações Unidas deliberadamente relacionada com o terrorismo. Alguns historiadores apontam, por exemplo, esse período como o principal motivador da criação dos grupos terroristas islâmicos contemporâneos:

> *"The CIA first aligned itself with extremist Islam during the Cold War era. Back then, America saw the world in rather simple terms: on one side, the Soviet Union and Third World nationalism, which America regarded as a Soviet tool; on the other side, Western nations and militant political Islam, which America considered an ally in the struggle against the Soviet Union".*[7]

Nesse sentido, uma clivagem nasceu e ainda povoa a abordagem do fenômeno do terrorismo nas relações internacionais por parte dos países ocidentais, os quais possuem uma abordagem jurídica, tentando construir consensos para aprovação de documentos universais que tipificariam o terrorismo como ato ilícito e apto a ser julgado. Por outro lado, países comunistas e do movimento dos não alinhados possuíam um enfoque político, procurando entender e atacar as causas profundas que resultavam em ataques terroristas. Essas divisões irão evoluir e entrar na pauta da negociação da Convenção Global sobre Terrorismo Internacional.

O ato deliberado de causar terror e destruição em populações com o objetivo específico de implicar uma mudança política em seu alvo vai ao encontro de movimentos ou de grupos que não possuem poder ou capacidade militar de exercer influência direta nos rumos de um país ou população. Ao mesmo tempo, a denúncia da existência do chamado

---

[6] Fitzroy, Dearborn Publishers. International Encyclopedia of Terrorism. Londres. 1997.

[7] Tradução Livre: A CIA primeiramente se aliou com os extremistas Islâmicos durante a Guerra Fria. Naquela época, os Eua via o mundo de uma maneira simples: de um lado, a União Soviética e o Nacionalismo do Terceiro Mundo, que o Eua via como um instrumento soviético; do outro lado, Nações Ocidentais e o Islã Politizado, o qual os Eua consideraram um aliado na luta contra a União Soviética. http://www.globalresearch.ca/america-created-al-qaeda-and-the-isis-terror-group/5402881. Acesso em 17 de dezembro de 2015.

terrorismo de Estado não é aceito na literatura das Convenções Internacionais, apesar de diversos Governantes aterrorizarem suas próprias populações, conforme será visto

Mesmo com todos esses esforços da comunidade internacional, a dificuldade dos Estados Nacionais em atuarem de maneira uníssona somente estimulou o terrorismo a aumentar sua atuação, sua complexidade, sua descentralização e seu impacto global por meio de redes estabelecidas através do aumento da globalização e da dissolução das fronteiras.

Nesse sentido, o trabalho analisa as razões para o fracasso das diversas tentativas atuais de normatização internacional sobre o tema, principalmente sobre a negociação da Convenção Global sobre Terrorismo Internacional (CCIT). Além disso, oferece novas abordagens jurídicas para o fenômeno do terrorismo global no âmbito da própria negociação, discutindo a necessidade premente de uma Convenção Única capaz de dar sentido a 14 outras Convenções específicas sobre Terrorismo.

Mesmo com as diversas tentativas de conceituação do terrorismo por parte da ONU, quais a razões para seu fracasso? Quais as recomendações e possíveis soluções legais para a problemática da negociação da CCIT?

Nesse contexto, a primeira parte trata das tentativas da Comunidade Internacional de conceituar terrorismo, para se chegar à negociação de uma Convenção Global vinculante sobre o Terrorismo Internacional. Uma das maiores dificuldades se assenta justamente na ausência de uma definição inequívoca e amplamente aceita desse fenômeno, conforme será exposto no trabalho.

A variedade de atos que podem ser englobados em tal conceito e a heterogeneidade da própria sociedade internacional – da qual resultam diferentes percepções existentes sobre o que constitui o terrorismo-, fazem com que, atualmente, a adoção de um instrumento geral no qual conste uma definição de tal flagelo seja encarada pelos estudiosos do Direito Internacional como praticamente impossível.

De fato, o uso político e ideológico do termo também é tratado na primeira parte. Neste sentido, adverte Gilbert Guillaume[8] que:

> *"o termo 'terrorismo' evoca, em linguagem corrente, uma violência extrema, vítimas inocentes, um clima de angústia. Ele remete ao fanatismo e à barbárie. Desde*

[8] KREIBOHM, Patrícia Eugenia. El terrorismo Contemporáneo como Problema Teórico: categorías de análisis, debates e interpretaciones. In Terrorismo Siglo XXI. Buenos Aires: Ediciones Suárez, 2005, p. 12.

> *então, ele é frequentemente utilizado para desqualificar o adversário e mobilizar a opinião pública a seu encontro. Devido a este fato, torna-se difícil defini-lo sem condenar ou absolver, como testemunham os debates concernentes à ação dos movimentos de libertação nacional e de secessão ou as discussões sobre o terrorismo de Estado".*

Dentre a série de explicações para a ausência de uma definição internacional, um fator ganha destaque, a condição necessária da conduta ser politicamente motivada, para Warbrick[9]

> *"os governos usam a força pela boa causa depreservar a ordem pública, em oposição aos grupos "terroristas", que empregam a força pelo motivo torpe de subverter a autoridade legítima; os governos "terroristas" usam a força pelo motivo torpe de oprimir seus povos, em contraste com "os guerreiros da liberdade", que a utilizam pela boa causa da libertação. O termo comporta tanto a ilegalidade quanto a ilegitimidade."*

Nesse sentido, a segunda parte trata das razões para o fracasso e possíveis soluções para a negociação da Convenção Global. Os movimentos da comunidade internacional para a normatização do fenômeno do terrorismo encontram-se estagnadas, exatamente presas na dificuldade de definição do que seriam atos terroristas. Essa indefinição fundamenta-se exatamente na clivagem política existente entre os países.

Nesse contexto, a indefinição da comunidade internacional somente ajuda os grupos ilegais e terroristas a continuarem suas ações de terror pelo mundo, haja vista a não existência de uma disciplina legal geral internacional capaz de julgar e prender os envolvidos.

A Comunidade Internacional é pressionada a oferecer respostas eficazes, que não estejam somente vinculadas ao uso da força e ao derramamento de sangue.

---

[9] WARBRICK, Colin. O Terrorismo e Direitos Humanos. In SYMONIDES, Janusz. Direitos Humanos: novas dimensões e desafios. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001340/134027por.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

A pesquisa, dessa forma, irá traçar e analisar os movimentos atuais de tentativa de codificação penal internacional do terrorismo global, além de apontar as razões para seu fracasso, oferecendo recomendações políticas para a sua solução, com propostas de redação para a Convenção Global sobre Terrorismo Internacional.

II - TENTATIVAS DA COMUNIDADE INTERNACIONAL DE CONCEITUAR TERRORISMO. NEGOCIAÇÃO DA CONVENÇÃO GLOBAL SOBRE O TERRORISMO INTERNACIONAL.

II.1 - PANORAMA DA NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE O TERRORISMO

A Comunidade Internacional por diversas vezes discutiu, pensou e deliberou sobre a temática do terrorismo internacional. Não olvidando o fato concreto que a 1 Grande Guerra iniciou-se por consequências advindas de um ataque terrorista[10], o terrorismo foi objeto de uma Convenção Internacional já em 1934, sob os auspícios da Liga das Nações (órgão multilateral inédito criado nos estertores da 1 guerra). A convenção já tratava da prevenção e punição a atos de terror, não obstante ela nunca tenha entrado em vigor[11].

Nesse sentido, a temática revela um aspecto da política internacional paradigmático que é de certa forma um desafio antigo, vindo desde pelo menos do séc. XIX.

Mas é certamente no século XX que o fenômeno se desenvolve em sua complexidade, e em plena guerra fria uma diversidade de tratados foram assinados e negociados, todos atacando um aspecto específico do terrorismo. Desde pelo menos 1963[12], 14 tratados globais e quatro emendas foram criadas para a prevenção e punição ao terrorismo.

Importante destacar que esses tratados foram negociados e acordados sob os auspícios da ONU e suas agências especializadas, como a AIEA[13], sendo abertos para assinaturas por qualquer Estado parte, revelando sua amplitude global. A ONU, herdeira do direito internacional construído pela Liga das Nações, serviu, como seve até hoje, como

[10] 1 Guerra Mundial. Ataque Terrorista. Gravilo Principl Mão Negra.
[11] https://www.wdl.org/en/item/11579/. Acesso em 22 novembro de 2015. Convention for the Prevetion and Punishment of Terrorism.
[12]United Nations Treaty Collection Acesso em 15 dezembro de 2015. https://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/studies/page2_en.xml.
[13] Agência Internacional de Energia Atômica.

balizador da paz e centro de resolução pacífica de conflitos, sendo, entre outros aspectos, um fórum de negociação de tratados de diversos temas, como neste caso sobre o terrorismo. [14]

Dessa forma, além de construir um considerável aparato jurídico global, a sociedade internacional também atualizou outros já existentes, também dando origem a Convenções regionais sobre o tema, como a Convenção Europeia, a Convenção da Organização dos Estados Americanos etc. Com o aumento considerável de atentados terroristas, sejam perpetrados por um Estado ou por grupos ilegais pretensamente religiosos ou políticos, a Comunidade Internacional continuou a negociar novos tratados, cada vez mais dispersos e específicos, como por exemplo: Convenção para Supressão de Atos Ilegais relacionados com a Aviação Civil Internacional e o Protocolo de 2010 a Convenção para Supressão de Sequestros Ilegais de Aeronaves.

Esses tratados claramente classificam tipos penais internacionais, criminalizando atos específicos, como usar um avião comercial como arma de guerra e agressão, além de usar materiais bélicos no solo com objetivo de atingir aeronaves no céu, com objetivos terroristas (lembrar o recente atentado no Egito Sharm El – Sheik). Além disso, transportar materiais perigosos, organizar atentados contra aviões e aeroportos, fazer ameaça a aviação comercial, por exemplo, são atos criminalizados internacionalmente, sendo os culpados perseguidos globalmente, não podendo nenhum país parte oferecer qualquer tipo de proteção ou abrigo.

Não obstante, os Estados Membros vêm negociando há um bom tempo um tratado global sobre terrorismo, capaz de abarcar e unificar todo o arcabouço jurídico internacional sobre o tema, dentro da agenda da política internacional. Esse novo tratado mais amplo traz uma série de inovações e entendimentos, fruto de amplos debates e contradições dentro da negociação.

Dentre às inovações trazidas, calha ressaltar: a criminalização de ataques terroristas (objeto mais polêmico do tratado), julgamento ou extradição dos criminosos, necessidade de eliminar legislações que abram exceções à criminalização do terrorismo sob justificativas filosóficas, ideológicas, raciais, étnicas etc., um comprometimento dos Países-parte em prevenir ataques terroristas, necessidade dos Estados cooperarem, trocar

[14] http://www.un.org/en/terrorism/instruments.shtml

informações estratégicas relacionadas a prevenção, investigação e persecução criminal dos atos terroristas.

Nesse sentido, dentro desse arcabouço jurídico amplo, soma-se ainda as ações dos Estados no âmbito da Estratégia Global de Contra Terrorismo da Nações Unidas de 2006, na qual foi ressaltada a relevância política dos instrumentos jurídicos internacionais para o combate ao terrorismo, sendo necessário a adesão dos países a esses Tratados.

> *"Paradoxically, while international law has contributed to this fragmentation, it can also be mobilized to help organize the admittedly complex operational and legal environment. The challenge is to strike a proper balance between the impulse to create more law, with the strategic imperatives of clarity and simplicity".*[15]

Para se oferecer um panorama geral do Direito Internacional fragmentado relacionado ao terrorismo, segue abaixo a enumeração das diversas Convenções[16], cada uma tratando de um aspecto específico do fenômeno, dividindo a realidade em compartimentos estanques que não se comunicam:

1. Convenção sobre Infrações e certos outros atos praticados a bordo de aeronave (1963)

2. Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronave (1970) Protocolo Suplementar

3. Convenção para a repressão aos Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (1971)

[15]http://acuns.org/wp-content/uploads/2013/10/Matthew-Hoisington-Fragmentation-Coherence- and-Coordination-in-the-Legal-Regime-to-Counter-Nuclear-Terrorism_FIRST-DRAFT.pdf. Tradução: Paradoxalmente, enquanto o direito internacional contribuiu para essa fragmentação, ele também pode ser mobilizado para ajudar a organizar o complexo ambiente legal e opera nacional. O desafio é achar o equilíbrio certo entre o impulso de ser criar mais leis, com os imperativos da clareza e da simplicidade. Acesso em 21 de outubro de 2015.

[16] United Nations Treaty Coleciona, Convention on Terrorism.

4. Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes Contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, inclusive Agentes Diplomáticos (1973)

5. Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns (1979)

6. Convenção sobre a Proteção Física do Material Nuclear (1980)

7. Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência em Aeroportos que Prestem Serviços à Aviação Civil Internacional (1988)

8. Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima (1988). Protocolo (2005)

9. Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança de Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental (1988)

10. Convenção sobre a Marcação de Explosivos Plásticos para Fins de Detecção (1991)

11. Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas (1997)

12. Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999)

13. Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear

14. Convenção para a repressão aos Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (2010)

II.2 CONVENÇÃO GLOBAL SOBRE O TERRORISMO INTERNACIONAL (CCIT)

A negociação da CCIT insere-se em um contexto maior de recrudescimento do terrorismo internacional, principalmente relacionado ao revisionismo islâmico. O ataque de 11 de setembro, além das outras ações que se seguiram, como a Guerra do Iraque e do Afeganistão, inauguraram novas formas de terrorismo e atuação nas relações transnacionais de grupos não estatais.

Essa nova política de poder continua desafiando a clássica atuação da sociedade internacional por meio de Estados organizados e legitimados pelo Direito Internacional Europeu. Seu ápice encontra-se atualmente no Daesh[17], ao não reconhecer o Tratado de Sykes Picot e desafiar a ordem clássica estatal, ao fundar o Estado Islâmico baseado na sharia e na violência, e não no Direito Internacional Clássico[18]:

> *"Yet the political monoculture of territorial states remains formally the exclusive foundation of world order, but its political reality is being challenged in various settings, and nowhere more so than in the Middle East".*

Dentro dessa nova agenda pós Estado, o principal órgão de segurança internacional, o Conselho de Segurança da Onu, vem reagindo a esses confrontamentos desde pelo menos a última década do séc. passado, tomando ações enérgicas e condenando veementemente ataques terroristas como: Líbia (1992), Sudão (1996), Taliban (1999, incluindo a Al Quaeda nos 2000 na resolução 1333)[19].

Essa atuação já se dava na virada do séc. XX, com o aumento do poder das células terroristas nos chamados "Estados Falidos". Antes mesmo do 11 de setembro, tem-se a criação do Comitê 1267, considerada uma importante ferramenta de contra terrorismo, criado ainda em 1999 pela resolução 1267.

Após o ataque de 11 de setembro, uma grande reformulação acontece no Conselho de Segurança, com a criação do Comitê de Contraterrorismo pela resolução 1373.

---

[17] Daesh. Estado Islâmico. http://www.foreignpolicyjournal.com/2015/12/26/a-new-world-order-isis-and-the-sykes-picot-backlash/. Acesso em 10 de dezembro de 2015.

[18] Hoisington ,Matthew. Fragmentation and the need for Enhanced Coherence and Coordination in the International Legal Regime to Counter Nuclear Terrorism. Disponível em http://acuns.org/wp-content/uploads/2013/10/Matthew-Hoisington-Fragmentation-Coherence-and-Coordination-in-the-Legal-Regime-to-Counter-Nuclear-Terrorism_FIRST-DRAFT.pdf.
Tradução: Ainda que a monocultura política dos Estados Territoriais continue sendo a fundação exclusiva da ordem mundial, sua realidade política vem sendo desafiada por vários fatores, mais ainda no Oriente Médio.

[19] http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/. Security Council Resolutions. Acesso em 13 de outubro de 2015.

Com força legal, a resolução obriga aos Estados Membros a criminalizarem a várias formas de terrorismo, além de medidas para assistir e promover a cooperação entre os países, incluindo a adesão a tratados internacionais sobre o tema, os Estados-Membros são ainda obrigados a se reportem ao Comitê sobre as medidas que tenham sido tomadas para a implementação da Resolução 1373[20].

Ainda no âmbito das Nações Unidas, a Assembleia Geral vem tratando do tema há um bom tempo, como revela a quantidade de Resoluções: 3034 (XXVII), 32/147, 34/145, 36/109, 38/130, 40/61, 42/59 e 44/29, respectivamente de 18 de Setembro de 1972, 15 de Dezembro de 1976, 16 de Dezembro de 1977, 17 de Dezembro de 1979, 10 de Dezembro de 1981, 19 de Dezembro de 1983, 9 de Dezembro de 1985, 30 de Novembro de 1987 e 4 de Dezembro de 1989.

Recordando que na sua Resolução 42/159, de 7 de dezembro de 1987, a Assembleia Geral considerou que seria possível aumentar a eficácia da luta contra o terrorismo dando uma definição que merecesse o consenso geral[21].

Não obstante, também é necessário frisar o trabalho efetuado no âmbito do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes (Unodoc).

Toda essa quantidade de tratados e órgãos somam-se ainda às iniciativas de direito comunitário ou regional, revelando uma miríade de entendimentos, competências conflitantes, indefinição legal e claro aumento do terrorismo internacional. A fragmentação do Direito Internacional e na atuação dos Estados somente enfraquece cada vez mais sua própria atuação, não fazendo frente ao aspecto móvel e virtual da ameaça sem rosto.

É nesse contexto que surge a ideia de uma Convenção global que fosse capaz de ligar os pontos desse Direito Internacional fragmentado. Dessa forma, é na década de 90, no ano de 1996, que vem à tona a necessidade de uma Convenção Global sobre o tema, com uma pressão vinda dos países do G-7 mais Rússia. Esse também foi ano em que um ataque à bomba a uma base americana em Daharan, Arabia Saudita, matou 19 soldados americanos, ferindo mais de 500 outros[22].

---

[20] http://www.un.org/en/sc/ctc/aboutus.html. Counter Terrorism Committee. Acesso em 09 de dezembro de 2015.
[21] http://www.un.org/en/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html. Acesso em 09 de dezembro de 2015.
[22]Message from the President of United States. Washington. 1999.
Disponível em https://www.congress.gov/106/cdoc/tdoc6/CDOC-106tdoc6.pdf. The United states initiated the negotiation of this convention in the aftermath of the June 1996 bombing attack on U.S. military personnel in Dhahran. Message from the President of United States. Washington.1999. Disponível em https://www.congress.gov/106/cdoc/tdoc6/CDOC-106tdoc6.pdf.

O apoio também veio por parte dos países em desenvolvimento, tendo a Índia um especial destaque, apresentando a primeira versão do tratado na recém-criada Comissão Ad Hoc das Nações Unidas[23]. O Contexto daquele país era exatamente a disputa territorial na Caxemira, sofrendo uma série de atentados terroristas de grupos financiados e patrocinados pelo seu Adversário histórico e nuclear, o Paquistão.

Dessa forma, a necessidade de um instrumento legal capaz de abarcar todas as formas de terrorismo parecia se tornar realidade, incluindo todos os países em um esforço global de contraterrorismo. O ataque de 11 de setembro somente reforçou essa urgência

Ato contínuo, a "nova "Convenção sobre Terrorismo Internacional tem como objetivos principais criminalizar todas as formas de terrorismo internacional e negar aos terroristas e seus financiadores o acesso a fundos, armas, esconderijos ou fuga da justiça. A negociação, que completa 20 anos em 2016, está atualmente parada, conforme previamente supracitado, ao redor de uma questão polêmica, envolvendo aspectos políticos, sociais, econômicos, étnicos e de autodeterminação dos povos, em relação à definição legal e precisa sobre o que realmente é o terrorismo.

Essa questão conceitual simplesmente engessou a conclusão das negociações. Podem-se citar como exemplos dos conflitos surgidos as indagações: o que distinguiria uma organização terrorista de um movimento de liberação nacional; pode-se excluir da definição a atuação de formas armadas de países; o que constitui terrorismo de Estado;

Sendo uma lei criminal, a sua definição deve ser precisa, para evitar ambiguidades na sua interpretação e aplicação, respeitando as obrigações precedentes relacionadas aos Direitos Humanos, não sendo, dessa forma, fruto de pressões ou jogos da geopolítica do poder.

Apesar do trabalho do Painel já ter tido diversos resultados práticos, com a adoção de três tratados, a saber: Convenção Para supressão de Terrorismo de Bombas (1997); Convenção para supressão do Financiamento ao Terrorismo (1999); Convenção Internacional para supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (2005), os resultados da CCIT ainda deixam a desejar[24].

[23] Resolução 51 210 Assembleia Geral das Nações Unidas. Comitê Ad-Hoc. Medidas para Eliminação do Terrorismo Internacional. http://legal.un.org/terrorism/.

[24] Medidas para Eliminação do Terrorismo Internacional. http://legal.un.org/terrorism/. Acesso em 27 de novembro de 2015.

Os países quase chegaram ao acordo em 2001, ainda sob o calor dos acontecimentos dos ataques de 11 de setembro, mas as divisões ainda eram insuperáveis. Grupos de países, como a Organização para Cooperação Islâmica, America Latina, Índia, G7, Israel, Palestina etc., possuem posições específicas e diferentes sobre diferentes pontos, de acordo com Mahmoud:

> *"can be said that momentum was built, and expectations were high for the conclusion of the Comprehensive Convention following the tragic incidents of 11 September 2001. The Security Council acted firmly and swiftly as a response of the terrorist attacks, including, inter alia, by adopting resolution 1373.10 As a result, intense negotiations took place during the session of the Working Group in October 2001, and more informally within the Sixth Committee"*[25].

Não obstante, a negociação da Convenção ainda continua em aberto, não se chegando a nenhum acordo. Atualmente, após vários rascunhos, a questão sobre a definição ainda está pendente, apesar de algumas evoluções, como o estabelecimento das obrigações estatais em relação ao julgamento dos culpados. A última reunião do Comitê Ad-Hoc foi em abril de 2013, mais instrutiva sobre os pontos de não acordo;

Praticamente nenhum país, em seu discurso oficial e atuação diplomática no âmbito da CCIT, rejeitou ou tentou diminuir a importância da Convenção, apesar de que na prática ela tenha se tornado bastante genérica e reduzida em seu alcance.

"O Terrorismo é a Morte do Direito"

[25] Hmoud, Mahmoud.Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 1031^1043 doi:10.1093/jicj/mql081 _ Oxford University Press, 2006.
Disponível em : http://www.akira.ruc.dk/~fkt/filosofi/Artikler%20m.m/ICC/Hmoud%20%20Negotiating%20the%20Draft%20Comprehensive%20Convention%20on%20International%20Terrorism.pdf. Tradução livre: Pode-se dizer que o momento havia chegado, e as expectativas eram altas para a conclusão da CCIT após os trágicos acidentes de 11 de setembro de 2001. O Conselho de Segurança agiu firmemente como resposta aos ataques terroristas, incluindo, Inter alia, adotando a resolução 1373. Como resultado, intensas negociações aconteceram durante a sessão do grupo de trabalho em outubro de 2001, e mais informalmente dentro do sexto comitê"

III- RAZÕES PARA O FRACASSO E SOLUÇÕES PARA A NEGOCIAÇÃO: REESCREVER A HISTÓRIA

III.1 PANORAMA DA NEGOCIAÇÃO

As razões para a não conclusão do CCIT perpassam diversas questões que transcendem somente o aspecto jurídico, o qual é o foco deste trabalho. A clivagem entre países, grupos, atores não estatais etc. na arena de negociação escondem a diversidade de visões de mundo antagônicas, que não coincidem em um conceito comum de terrorismo de maneira global.

Apesar das diversas conceituações em legislações nacionais e comunitárias (EUA, Canadá, Reino Unido, Austrália, União Europeia, Países Oriente Médio etc.), o conceito diverge em seu alcance e entendimento.

Dessa forma, esses antagonismos conceituais e geopolíticos desembocam no travamento de 20 anos de uma negociação que cada vez revela a ausência de instrumentos eficazes para a prevenção, controle, captura e julgamento. Nesse sentido, também não há uma definição aceita por todos os Estados-Parte no âmbito da Nações Unidas, enfraquecendo ainda mais o combate.

O CCIT vem trabalhando com seguinte definição até então[26]:

> *"1. Qualquer pessoa que cometa uma ofensa nos termos desta Convenção, por qualquer meio, ilegalmente e intencionalmente, cause:*
> *a) Morte ou ferimento grave a qualquer pessoa; ou*
> *b) Sério dano a propriedade pública ou privada, incluído o local de uso público, instalação do Estado ou de*

[26] https://www.ilsa.org/jessup/jessup08/basicmats/unterrorism.pdf. Draft comprehensive convention against international terrorism.

> *governo; um sistema de transporte público, infra-estrutura ou o ambiente; ou*
> *(c) danos à propriedade, lugares, instalações ou sistemas referidos no parágrafo 1 (b) deste artigo, que resultam ou podem resultar em grandes perdas econômicas, quando o propósito da conduta, por sua natureza ou contexto, é intimidar uma população ou obrigar um governo , ou uma organização internacional, a praticar ou deixar de praticar qualquer ato;"*

Nesse sentido, a controvérsia não se dá propriamente no rascunho da definição, mas sim nas visões antagônicas sobre a interpretação e aplicação do dispositivo, se se aplicaria também às forças armadas de um Estado ou mesmo movimento de autodeterminação ou independência.

O passado colonizado dos países do terceiro mundo se consubstancia nas interpretações e posições defensivas de movimento de autodeterminação. Esse princípio do Direito Internacional, já anunciado nos 14 pontos de Wilson, é, ao mesmo tempo, fundamento das novas nações e da onda de descolonização ocorrida no séc. XX, bem como centro de disputa entre novas comunidades que querem se tornar nações independentes (Kosovo, Palestina, Catalunha etc.).

A principal questão gira em torno da Organização para Cooperação Islâmica e a Convenção Árabe sobre Terrorismo, que na definição de terrorismo excluem movimentos armados de libertação e autodeterminação. Essa visão, por exemplo, autoriza o assassinato de pessoas, ou explosões, retirando dessas ações no a persecução criminal em âmbito internacional. É importante entender essa definição árabe, haja vista que todos os outros Tratados sobre terrorismo podem ser interpretados dessa forma pelos países dessa região do Globo.

> *"Although, under this OIC proposal, armed struggle against foreign occupation by peoples and those who*

represent them and fight on their behalf, would be excluded from the scope of the Convention".[27]

Essa posição é reafirmada constantemente nas negociações da CCIC, indo de encontro ao conceito original definido pela Índia. A OIC tenta, dessa forma, excluir do âmbito da Convenção atividades de partes durante um conflito armado, incluindo em situações de ocupação estrangeira.[28]

Essa posição da OIC ainda foi reafirmada em um Comunicado Oral do Presidente do Grupo de Trabalho responsável pela finalização da Convenção, registrando que a demanda da OIC era a "distinção entre atos de terrorismo e lutas legítimas de populações sob ocupação estrangeira ou dominação colonial, no seu exercício de autodeterminação".

Falando em nome da OIC, em 2013, o Delegado do Egito mais uma vez explicitou a posição, dizendo: O grupo reitera mais uma vez a necessidade de se fazer uma distinção entre terrorismo e o exercício legítimo do direito dos povos de resistir a ocupação estrangeira. Do mesmo modo, o representante do Irã, falando em nome do Movimento dos não alinhados, asseverou *"terrorismo não deve ser confundindo com a luta legítima de populações sob domínio colonial ou ocupação estrangeira".*[29]

Essa posição revela claramente a o maior conflito geracional e histórico do Oriente Média, a disputa árabe-israelense, bem como a criação do Estado da Palestina. Lembrando o fato, quase esquecido, de que os territórios palestinos são considerados territórios ocupados pela ONU, sendo ilegais as ocupações israelenses na Faixa de Gaza e Cisjordânia.

III.2 CONCEITUAÇÃO GERAL OU ESPECÍFICA.

[27] Hmoud, Mahmoud.Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 1031^10doi:10.1093/jicj/mql081 Oxford University Press, 2006. http://www.akira.ruc.dk/~fkt/filosofi/Artikler%20m.m/ICC/Hmoud%20=%20Negotiating%20the%20Draft%20Comprehensive%20Convention%20on%20International%20Terrorism.pdf. Tradução Livre: Dentro da proposta da OIC, conflitos armados contra ocupação estrangeira por pessoas, ou aqueles que as representa e lutam por elas, seriam excluídas do escopo da Convenção. Proposta OIC ao texto do Art. 18 parágrafo 2.

[28] Página 17, Relatório do Comitê Ad Hoc Sexta Sessão (2002), A/57/37; Página 8, para 4, Relatório da Sétima Sessão, 2003, A/58/37; Página 10, para 2, Relatório da Oitava Sessão (2004), A/59/37; Página 23, para 5,Relatório da Nona Sessão (2005), A/60/37; Página 2, para 6, Relatório da Décima Sessão (2006); A/61/37; Página 2, para 6, Relatório da Décima Primeira Sessão (2007), A/62/37; Página 2, para 6, Relatório da Décima Segunda Sessão (2008) , A/63/37; Página 2, para 6, Relatório da Décima Terceira Sessão (2009), A/64/37; Página 2, para 6, Relatório da Décima Quarta Sessão (2010), A/65/37); Página 7, para 11, Relatório da Décima Quinta Sessão (2011), A/66/37; Página 24, Relatório da Décima Sexta Sessão (2013), A/68/37.

[29] http://www.un.org/press/en/2013/l3209.doc.htm. United Nation Meeting Coverage. Ad Hoc Committee Negotiating Comprehensive Anti-terrorism Convention.

Para solucionar a questão, diversos juristas, analistas e diplomatas se desdobraram sobre a definição, sendo concebidas duas categorias de classificação.

A específica, por exemplo, define o terrorismo por meio de atividades específicas, listadas exaustivamente, como sequestro e assassinato de reféns, sem procurar definir de maneira mais ampla o fenômeno.

Já a visão generalista procura entender o terrorismo a partir de questões mais amplas, como a motivação, a intenção, propósitos, sem listar exaustivamente quais seriam as atividades específicas que seriam classificadas como atos de terrorismo[30].

A engenharia jurídica talvez se dê na combinação das duas visões, pois cada uma possui o seu valor.

A crítica existente sobre a definição genérica se dá pelo fato de que a abertura do conceito seja a razão de sua fraqueza, pois permite sua manipulação política e factual, sob uma determinada interpretação. O risco de se não listar as atividades específicas que seriam consideradas terroristas reside no fato de que o cumprimento estaria nas mãos de políticos, na determinação de quem cometeu ou não algum atentado terrorista, permitindo ainda, um texto mais fácil de ser acordado.

Contudo, a visão específica traz o risco de definição exaustiva das atividades terroristas, deixando alguma ação (por mais que sejam criativos os criminosos) fora da disciplina legal, excluindo, dessa forma, a culpabilidade de diversas outras ações que claramente são terroristas.

A própria mobilidade da internet, com a virtualização das guerras, advento progressivo de novas tecnologias e globalização financeira pós-industrial, evolui em uma rapidez que deixaria o conceito específico desatualizado rapidamente.

Dessa forma, a combinação dos conceitos, em um aspecto mais generalista, parece ser o caminho a ser trilhado, de modo que a lei reflita concretamente o discurso

---

[30] Golder, Ben; Williams, George --- "What is 'Terrorism'? Problems of Legal Definition" [2004] UNSWLawJl 22; (2004) 27(2) University of New South Wales Law Journal 270. Acesso em 23 de outubro de 2015.

político diplomática reverberado constantemente na condenação do terrorismo. A amplitude da definição, desse modo, deve conter a axiologia contemporânea, no respeito aos direitos humanos a os princípios gerais do Direito, colocando uma força desaprovadora de diversas ações terroristas, recaindo sob uma ênfase também moral.

Dessa forma, mesmo que o caminho a ser seguido seja de uma definição genérica, uma nova série de problemas já começa a surgir, com a dificuldade justamente de um acordo sobre qual definição genérica é capaz de abarcar ações terroristas sem confundir, por exemplo, com protestos civis.

Nesse sentido, caso o caminho a ser seguido seja uma definição genérica, é importante destacar a existência de exceções, ou flexibilizações à regra, justamente para integrar ao conceito a realidade de países democráticos e com liberdade de expressão.

O exemplo do Reino Unido é clarificador[31]. Seu estatuto de terrorismo não traz exceções à definição, em relação a movimentos sociais, protestos ou greves. Essas ações são parte cotidiana de um processo democrático de resolução pacífica de conflitos na sociedade pós-industrial, e não são atos terroristas.

O Estatuto Britânico somente exige que o ato seja violento (colocando a vida de uma outra pessoa em risco, danificando propriedade) e tenha sido cometido intencionalmente, por uma causa política, religiosa, ideológica com o objetivo de influenciar o governo ou intimidar a população.

Ocorre que muitos protestos, sejam estudantis, ou mesmo de funcionários públicos, pode sim cair nessa classificação genérica de terrorismo. Um caso interessante foi o movimento grevista de enfermeiras do Sistema Público de Saúde. A diminuição no atendimento poderia ser considerada como um risco a vida: além de objetivar a mudança de posição do Governo.

[31] https://www.mi5.gov.uk/home/the-threats/terrorism.html. MI 5 Serviço de Segurança do governo do Reino Unido tem como definição de terrorismo "o uso da ameaça, com o propósito de avançar uma causa política, religiosa ou ideológica, de ação que envolve violência séria contra qualquer pessoa ou propriedade.

Essas questões geraram calorosos debates na Câmara dos Comuns, onde foi colocado que essas ações políticas não seriam consideradas como terroristas. Mas o risco existe, a legislação é falha, sujeita a manipulação política por quem detém o poder.

Nos Estados Unidos[32], a legislação antiterror também possui um conceito abrangente e genérico, sem exceções para essas ações supracitadas. Não obstante, a United States Bill of Rights preserva constitucionalmente a liberdade de expressão, além da própria jurisprudência da Suprema Corte, prevenindo, de certa forma, a utilização política da definição genérica sobre terrorismo.

Dessa forma, a discussão conceitual sobre tema, no que se refere à CCIT, ainda é um obstáculo para o sucesso da negociação. Não obstante, vários movimentos geopolíticos deram novo fôlego para a CCIT, principalmente a eleição de Narenda Modi na Índia. Esse país faz atualmente um verdadeiro périplo diplomático para a conclusão da Convenção (o Paquistão enxerga esse Tratado como uma arma construída diretamente para atingi-lo).

Recentes posicionamentos diplomáticos de importantes países deram novos contornos à negociação. A Rússia e a China explicitamente decidiriam, em um encontro do RIC em Pequim, apoiar a conclusão do CCIT, afirmando a necessidade de se patrocinar essa resolução pendente há duas décadas.

Ato contínuo, o primeiro ministro Modi recentemente visitou o Estados Árabes Unidos, aliado tradicional da Monarquia Saudita, onde recebeu novamente apoio deste país para a conclusão da Convenção, dizendo que a EAU procurará todos os caminhos para a conclusão da Convenção.

Até mesmo o Brasil, na VII Reunião da Comissão Mista Brasil-Índia, em Nova Délhi, novembro de 2015, no comunicado conjunto, exortou a comunidade internacional para a urgência de se concluir e adotar o CCIT o quanto antes.

[32] https://www.fbi.gov/about-us/investigate/terrorism/terrorism-definition O FBI: "o uso ilegal da força ou violência contra pessoas ou propriedades para intimidar ou coagir um governo, uma população civil, ou qualquer segmento dela, em apoio a objetivos políticos ou sociais".
http://www.state.gov/documents/organization/31932.pdf . Patterns of Global Terrorism. Departamento de Estado. 2003:"a violência premeditada e politicamente motivada perpetrada contra alvos não-combatentes por grupos sub-nacionais ou agentes clandestinos, normalmente com a intenção de influenciar uma audiência.

A União Europeia também vem apoiando tradicionalmente as negociações e condenando veementemente atos terroristas, possuindo até mesmo uma Convenção específica em âmbito Comunitário. Vem sofrendo com uma onda jamais vista desde a 2 Guerra Mundial de Refugiados, mudando completamente sua face agora e em curto prazo. O recrudescimento do terrorismo na Europa, como demonstraram os ataques de Paris em 2015, trouxe o tema para o centro da agenda política europeia, dando força para a negociação do CCIT.

Por fim, o primeiro Ministro Indiano ainda promoveu, no âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas, o 3 Encontro Índia-África, de 26 a 30 de outubro do último ano, onde novamente foi posto na agenda a questão específica da negociação do CCIT, angariando novos apoios e gerando uma nova energia para a tão esperada conclusão.

Nesse contexto, de acordo com a última reunião do Sexto 6th Comitê (Legal) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em novembro último, o representante do Sri Lanka, presidente do grupo de trabalho responsável pelas ações de conclusão da Convenção, apresentou seu relatório, apontando vários obstáculos ainda não superados, mesmo após o recrudescimento dos atentados terroristas por todo mundo em 2015, desapontando-o pessoalmente[33].

Apesar da contínua confiança no processo de negociação e em um possível resultado concreto, os países ainda não chegaram ao acordo, passando até mesmo 10 anos da Conferência Mundial (2005), onde os líderes concordaram na conclusão da Convenção na sexagésima sessão da Assembleia Geral da ONU.

Dentre os assuntos, a questão da definição jurídica e do escopo da Convenção ainda traziam grandes discussões e dificultava o consenso. Ainda existe divergência ao texto apresentado em 2007, sugerindo o "Chair" que se convocasse uma Conferência de Alto Nível para tratar do tema, gerando um novo apoio global dos líderes sobre o assunto. Ainda foi mencionando que criasse um novo formato de negociação onde houvesse contínuas consultas formais e informais, sugerindo a utilização do formato da negociação da Convenção para Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear.

[33] http://www.un.org/press/en/content/sixth-committee . United Nations Coverage.

O presidente do 6 Comitê (Legal) relembrou que o trabalho de negociação da Convenção começou realmente em 2001, lamentando que a resposta a este problema tenha sido tão fraca, exortando ao Comitê que tomasse medidas urgentes.

É dentre desse contexto conflituoso da diplomacia e de ataques terroristas que a CCIT entra em mais ano sem nenhuma conclusão. A ameaça do terror é cada vez mais real e global. Além da sugestão de uma definição geral, com algumas exceções.

III.3 RECOMENDAÇÕES POLÍTICAS

A primeira recomendação deste trabalho aponta uma técnica jurídico diplomática que vem sendo usada nas negociações no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

Desde a Conferência de Durban de 2011, a chamada "Indaba" aparece em momentos cruciais e de difíceis soluções durante uma negociação. Nenhum fórum possui a complexidade da UNFCCC, e novamente na COP 21, em Paris, essa técnica apresentou resultados concretos e ajudou a aproximar posições dos países acabando com as divergências[34].

O Interessante é que essa técnica advém das tribos Sul Africanas, onde todos se reúnem para deliberar sobre resolução de conflitos ou decisões, de modo no qual se coloque todas as diferenças para uma solução comum. A Idaba trabalha não com a diferença de posições dos países, explicitadas exaustivamente, mas com as soluções práticas, o que o País pode fazer para solucionar o obstáculo. Assim, em um intricado jogo de poder e linguagem, os países conseguiram acordar um novo acordo climático histórico em Paris em 2015.

A segunda recomendação relaciona-se com indefinição de um acordo sobre o conceito de terrorismo. Pelo exposto anteriormente, percebe-se que esta seria a principal razão de ainda não ter se concluído um tratado depois de vinte anos de seu início.

Os professores Antrony Clark Arend e Robert Beck, por exemplo, contabilizaram mais de 109 definições sobre terrorismo entre 1936 e 1981. Mais definições

[34]http://www.politicalanalysis.co.za/2015/12/15/indaba-format-negotiations-key-securing-climate-change-deal-cop-21-indaba-method-explained/

foram postas em prática depois disso, causando ainda mais confusão, conflitos e indefinições sobre o fenômeno, estimulando ainda mais ataques, haja vista a não existência de tipos penais internacionais para julgamento dos criminosos, a verdadeira impunidade global.[35]

Diante dessa confusão, até mesmo analistas advogam a simples exclusão do termo. É devido a essas questões que inúmeros atores internacionais não utilizam mais o termo terrorismo em suas comunicações. Os próprios governos manipulam o termo constantemente, chamando de terroristas ações que vão contra seus interesses, enquanto rejeitam o termo em ações que apoiam.

Dessa forma, a problemática definição de um tema bastante complexo guarda uma nova forma de pensar o termo, deixando o de lado. A negociação deve procurar um entendimento comum por meio de uma definição que trabalhe com os dois lados da mesa.

Nesse sentido, a definição se divide em dois aspectos, os atos terroristas e os atores terroristas. A palavra terrorismo seria simplesmente excluída das negociações, bem como dos movimentos diplomáticos das Nações. O fenômeno terrorista constantemente se modifica para atingir seus objetivos espúrios, e da mesma forma a Comunidade Internacional deve inovar para fazer frente a esses novos desafios do Terrorismo.

Dessa forma, essas duas características do fenômeno podem oferecer um entendimento mais completo. Os atos terroristas, por exemplo, ao contrário de se listar quais seriam (conforme a definição específica supracitada), deveriam possuir quais características são comuns, por exemplo:

1. Violência, seja ameaça ou concretização;
2. Um objetivo político, seja de qual forma foi concebido;
3. Um Grande público-alvo, tipicamente, mas não exclusivamente;

Esses aspectos são encontrados em praticamente todos os ataques terroristas, não olvidando que só funciona em conjunto com o outro, qual seja "os atores terroristas". Somente com a junção dos dois é possível conceber se determinado ataque foi ou não

[35] Arend, Anthony Clark. International Law and the Preemptive Use of Military Force Copyright © 2003 by The Center for Strategic and International Studies and the Massachusetts Institute of Technology *The Washington Quarterly* • 26:2 pp. 89–103.

terrorista, e como consequência, ser julgado dessa forma, Arend and Beck definem atos de terrorismo como:

> *as "the threat or use of violence with the intent of causing fear in a target group, in order to achieve political objectives."*

Em relação aos atores terroristas, ligada a outra polêmica sobre a existência ou não do terrorismo de Estado, algumas características comuns podem ser apontadas:

a. Aqueles sem tolerância, suporte ou patrocínio de um Estado Nacional;
b. Aqueles com tolerância, mas sem o apoio ou patrocínio de um Estado Nacional;
c. Aqueles com suporte, mas sem o patrocínio imediato de um Estado Nacional;
d. Aqueles sem o patrocínio de um Estado Nacional.

Dentro dessas características podemos vislumbrar uma miríade de casos e atores terroristas, mas ainda falta adicionar o Estado Nacional como ator terrorista. Como já foi exposto, o Estado também é capaz de cometer atos de terror da mesma forma como grupos não armados não organizados, causando medo, morte e perseguição contra sua população.

Dessa forma, o obstáculo da negociação da CCIT, qual seja a definição do termo terrorismo, pode ser visualizada dessa forma, excluindo-se o termo, passando-se a trabalhar com os aspectos supracitados, os atos que são considerados terroristas e os atores terroristas. É somente uma forma de dialogar, ao mesmo tempo, com as preocupações de países em desenvolvimento, principalmente árabes, com ações de autodeterminação que não seriam terroristas, com as preocupações de países desenvolvidos, com crescimento da ameaça terrorista em sociedade abertas e democráticas.

IV - CONCLUSÃO

Pelo exposto, o terrorismo é caracterizado por um fenômeno complexo da agenda internacional, perpassando diferentes conotações materiais, filosóficas, políticas, ideológicas e até mesmo econômicas. O termo é manipulado constantemente por Estados Nacionais, atores, organismos internacionais, grupos terroristas etc., revelando a sua não neutralidade sistêmica.

Apesar de ser um fenômeno antigo, transformou-se em uma das maiores ameaças deste novo milênio, fundamentando-se, em sua maioria, em ideias anacrônicas de organização social e religiosa. O terrorismo cresce e cada vez mais globaliza-se, virtualiza-se e trava-se uma guerra por mentes e consciências.

É nesse contexto violento de construção de novas ideias e defesa de princípios fundamentais e históricos que a Comunidade organizada de Estados Nacionais tenta dar uma resposta consistente a esse desafio. Conforme demonstrado, a diversidade de Convenções que tratam de cada aspecto específico do terrorismo revela a fragmentação da própria normatização internacional.

A Convenção Global sobre o Terrorismo Internacional, nesse contexto, parece ser um amalgama para todo o complexo legal que envolve 14 Tratados Internacionais, além de Declarações e Convenções Regionais. A CCIT é o instrumento do direito internacional capaz de oferecer uma resposta unificada para esse desafio premente, escrevendo uma nova história de justiça contra os perpetradores de atos terroristas, com julgamento e persecução criminal em qualquer Estado-parte.

Conforme relatado, os últimos desenvolvimentos da negociação não foram animadores, no sentido de que os obstáculos sobre a definição do terrorismo e escopo da convenção ainda travavam a conclusão da CCIT. Não obstante, conforme a atuação cada vez mais sanguinária de grupos terroristas, prevê-se a conclusão da negociação, com novos desenvolvimentos no Direito Internacional, criando-se um novo desafio: a implementação conjunta dos Estados Partes.

Vários sinais de diferentes regiões do Globo confluem no sentido dessa conclusão supracitada, após vinte anos da criação do Comitê Ad-Hoc responsável por sua negociação.

V - BIBLIOGRAFIA

AREND, Anthony Clark. International Law and the Preemptive Use of Military Force Copyright © 2003 by The Center for Strategic and International Studies and the Massachusetts Institute of Technology the Washington Quarterly

CIMENT, James. World Terrorism: An Encyclopedia of Political Violence from Ancient Times to Post 911 Era. Nova York. 2015.

FITZROY, Dearborn Publishers. International Encyclopedia of Terrorism. Londres. 1997.

GOLDER, Ben; Williams, George --- "What is 'Terrorism'? Problems of Legal Definition" [2004] UNSWLawJl 22; (2004) 27(2) University of New South Wales Law Journal 270

HMOUD, Mahmoud. Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 1031^10doi:10.1093/jicj/mql081 Oxford University Press, 2006.

HOISINGTON, Matthew. Fragmentation and the need for Enhanced Coherence and Coordination in the International Legal Regime to Counter Nuclear Terrorism.

KREIBOHM, Patricia Eugenia. El terrorismo Contemporáneo como Problema Teórico: categorías de análisis, debates e interpretaciones. In Terrorismo Siglo XXI. Buenos Aires: Ediciones Suárez, 2005, p. 12.

MORENO, Marta, Terrorismo: em busca de uma definição universal, in Brigagão, Clóvis; PROENÇA JR., Domício (orgs.), Panorama brasileiro de paz e segurança, São Paulo, Hucitec; Rio de Janeiro, Konrad Adenauer, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Coletânea de Direito Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORE, Rodrigo Fernandes. A Prevenção e Solução de litígios Internacionais no Direito Penal Internacional: fundamentos, histórico e estabelecimento de uma corte penal internacional (Tratado de Roma). Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2819>. Acesso em: 15 de setembro

MURPHY, John Francis, State support of international terrorism: legal, political and economic dimensions, Boulder, Westview, 1989. Murphy, Sean D., Terrorism and the concept of “armed attack” in article 51 of the UN Charter, in Harvard International Law Journal 1 (2002).

RANDDAL D. Law. The routledge History of Terrorism. New York. 2015.

ROSENNE, Shabtai, General course on public international Law, Recueil des Cours 291 (2001).

ROTBERG, Robert I., Failed states in a world of terror, in Foreign Affairs 4 (2002).

WARBRICK, Colin. O Terrorismo e Direitos Humanos. In SYMONIDES, Janusz. Direitos Humanos: novas dimensões e desafios. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001340/134027por.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

TRELEASE, Allen. "'White Terror: The Ku Klux Klan Conspiracy and Southern Reconstruction. Louisiana State University Press. 1995. (http:/ / isbn. nu/ toc/ 9780807119532).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGNU Assembleia Geral das Nações Unidas

CSNU- Conselho de Segurança das Nações Unidas

COP- Conferência das Partes da Convenção

CCIT- Convenção Global sobre Terrorismo Internacional

CQNMC Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima

CNUMAD Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento

CPDS Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21Nacional

EUA Estados Unidos da América

G-77 Grupo dos 77

GATT General Agreement on Tariffs and Trade

GEF Global Environmental Facility

OCDE Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ODA Assistência Oficial para o Desenvolvimento

ODM Objetivos de Desenvolvimento do Milênio

OIC- Organização para Cooperação Islâmica

OMS Organização Mundial de Saúde

ONG Organização Não Governamental

ONU Organização das Nações Unidas

PIB Produto Interno Bruto

PrepCom Preparatory Committee

Seea System of Environmental-Economic Accounts

UNEP United Nations Environment Programme

CONSOLIDAÇÃO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O CONTEXTO HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, SEUS TRABALHOS PREPARATÓRIOS E A PARTICIPAÇÃO DO REPRESENTANTE DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CONSOLIDATION OF THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROTECTION AND THE HISTORICAL CONTEXT OF THE CREATION OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, ITS PREPARATIVE WORK AND THE PARTICIPATION OF THE REPRESENTATIVE OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL

Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues[1]

RESUMO:

A internacionalização da proteção dos Direitos Humanos é um fenômeno que alcança o seu auge após a Segunda Guerra Mundial. Ainda que a percepção kantiana sobre a dignidade humana já tivesse produzido diversos frutos, a aceitação que a proteção do indivíduo era tema pertinente ao Direito Internacional demandou o transcurso de mais de um século. Após a análise do processo histórico que levou à criação da Organização das Nações Unidas e dos trabalhos da Comissão de Direitos Humanos e da Terceira Comissão da Assembleia Geral da ONU, serão pontuadas as contribuições feitas ao texto final da Declaração Universal dos Direitos Humanos pelo representante do Brasil, Sr. Austregésilo de Athayde e, por fim, tecidas breves considerações a respeito do impacto da Declaração Universal, tanto no que diz respeito à concepção contemporânea de direitos humanos, quanto em relação à influência deste documento na Constituição da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade Humana. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Austregésilo de Athayde. Direitos Humanos

ABSTRACT:

The internationalization of Human Rights protection is a phenomenon that peaks after World

[1] Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo, sob a orientação da Profª Drª. Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux.

War II. Although the Kantian perception on human dignity had already disseminated, the idea that the protection of the individual is a pertinent subject to the International Law was only accepted on the next century. At first, the historical process leading to the creation of the United Nations will be analyzed as well as the work of the Commission on Human Rights and the Third Committee of the UN General Assembly. Then, the contributions made to the final text of the Universal Declaration of Human Rights by the representative of the Brazil, Mr. Austregésilo de Athayde will be systematically indicated. And, lastly, brief considerations on the impact of the Universal Declaration will be made, both with regard to the contemporary conception of human rights, and with regard to the influence of this document on the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

KEY WORDS: Human Dignity. Universal Declaration of Human Rights. Austregésilo de Athayde. Human Rights

1. CONTEXTO HISTÓRICO DA INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:

É possível afirmar que, até meados do séc. XX, o Direito Internacional Público esteve focado exclusivamente nas relações entre Estados soberanos. Ainda que, segundo o entendimento de Cançado Trindade, "a ideia dos direitos humanos é, assim, tão antiga como a história das civilizações"[2], no sentido de que, em diferentes culturas e momentos históricos, a luta contra a opressão e a salvaguarda da dignidade humana tenham impulsionado diversos movimentos revolucionários e levado à criação de diversas normas que podem ser entendidas como sendo de "direitos humanos" (tais como a *Magna Carta Libertatum*, *Bill of Rights*, Declaração do Bom Povo da Virgínia e Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão), constata-se que apenas no séc. XX a preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana e com criação de um arcabouço jurídico internacional que viabilizasse a garantia de um núcleo mínimo de direitos universais chegou ao âmbito internacional e tornou-se pauta comum das discussões entre entes soberanos e objetivo de diversas organizações internacionais.

Uma série de eventos contribuiu para a superação da chamada "lógica Westfaliana", típica do Direito Internacional Público até então; porém, como explica Lafer,

[2] CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 17.

> *Esta lógica de Estados soberanos e independentes não atribuía peso a povos e indivíduos. Baseava-se nas relações de coexistência e conflito entre entes soberanos num sistema internacional de natureza intraestatal. Este sistema criou as normas de mútua abstenção do Direito Internacional Público tradicional. Estas, lastreadas na vontade soberana dos Estados, foram concebidas como normas da convivência possível entre soberanias que se guiavam pelas suas "razões de Estado". Por isso não contemplavam qualquer ingerência nas relações entre o Estado e as pessoas que estavam sob sua jurisdição.*
> *No século XIX, as necessidades da interdependência no relacionamento entre Estados foram diminuindo a efetividade da lógica de Westfália e de suas normas de mútua abstenção e propiciando normas de mútua colaboração*[3].

No processo que leva à chamada "internacionalização" dos direitos humanos, Piovesan destaca alguns precedentes, anteriores à Segunda Guerra Mundial e que merecem alguma atenção: a criação de duas organizações internacionais (a Organização Internacional do Trabalho e a Sociedade das Nações) pelo Tratado de Versalhes e a progressiva consolidação do direito humanitário[4]. Vale destacar que, por internacionalização dos direitos humanos, pode-se entender o processo que, aos poucos, vai resultar na criação de um corpo sistematizado e coerente de normas de Direito Internacional que regulamentem o tema, com princípios, objeto e metodologia próprios[5]; assim, após um processo de amadurecimento da questão em âmbito internacional, tais normas seriam criadas pelos próprios Estados soberanos, que abdicariam de uma regulamentação estritamente nacional em prol de normas internacionais que homogeneizassem o tratamento da matéria (inclusive podendo sofrer eventuais sanções pelo seu descumprimento)[6].

Voltando à questão dos precedentes, tem-se que o Direito Internacional Humanitário, também conhecido como "Direito de Genebra é "o conjunto das leis e costumes

[3] LAFER, 2012, p. 237.
[4] PIOVESAN, 2007, p. 115
[5] RAMOS, 2013, p. 52.
[6] RAMOS, 2013, p. 51

da guerra, visando a minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico"[7]; apesar de consolidado apenas após a Segunda Guerra Mundial – com as quatro Convenções de Genebra sobre Direito Humanitário de 1949 - a doutrina especializada concorda que o marco indicativo de seu surgimento pode ser estabelecido em 1864, com a Primeira Convenção de Genebra que versou sobre o tema; este documento, assinado apenas por Estados europeus, visava "melhorar a sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha" e resultou dos esforços de uma comissão presidida por Henry Dunant e que, posteriormente, transformou-se na Comissão Internacional da Cruz Vermelha[8]. O chamado *jus in bello* buscava, assim, com o auxílio de normas jurídicas e com base na ideia de reciprocidade, estabelecer os parâmetros mínimos de proteção e assistência às vítimas militares e civis[9].

Já no início do sec. XX, esta Convenção foi revista e seus princípios foram estendidos aos conflitos marítimos e aos prisioneiros de guerra; outras convenções foram elaboradas e, em 1949, revistas e consolidadas, na mesma ocasião em que foi celebrada uma quarta convenção (Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha, Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar, Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra e Convenção Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra).

Em relação ao Tratado de Versalhes, nota-se que este, além de vincular à Alemanha toda a responsabilidade pelo início da Primeira Guerra Mundial e impor-lhe o dever de reparação aos países vencedores do confronto (o que, como se sabe, está diretamente relacionado à ascensão do nazismo e, consequentemente, à eclosão da Segunda Guerra Mundial), criou as duas organizações internacionais acima mencionadas. Em relação à Organização Internacional do Trabalho, estabelecida com o intuito de homogeneizar as condições mínimas de trabalho nos diferentes Estados, tem-se que a sua atuação visa, principalmente, promover padrões internacionais de trabalho e bem-estar dos trabalhadores[10], por entender que "a não-adoção, por qualquer nação, de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios" e que "a paz não é possível sem justiça social" (ideia que é adotada como lema da Organização). Na opinião de Ramos, este é o antecedente que mais se aproxima do atual Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois, assegurando

[7] COMPARATO, 2008, p. 173.
[8] COMPARATO, 2008, p. 174.
[9] LAFER, 2012, p. 240.
[10] PIOVESAN, 2007, p. 111.

direitos de todos os trabalhadores, visa garantir-lhes uma vida digna e estruturada por um sistema internacional de controle, fundado na experiência tripartite, na qual trabalhadores, empregadores e representantes governamentais participam das discussões na organização[11].

A outra organização internacional estabelecida por este Tratado foi a Sociedade das Nações, cujo papel no processo de internacionalização dos direitos humanos também deve ser analisado. Lafer entende que a criação desta organização é uma primeira tentativa de se criar um pacto de sociedade em âmbito internacional, voltado para regular o uso da força e evitar a destrutividade daquela que havia sido a primeira guerra moderna. A ideia, em linhas gerais, era institucionalizar a comunidade internacional, criando um terceiro entre as partes, e tendo como objetivo central propiciar a independência das nacionalidades, a segurança coletiva e a paz mundial[12]. Em relação à proteção dos direitos humanos, o Pacto da Sociedade das Nações menciona que os seus membros devem se esforçar para assegurar e manter condições humanizadas de trabalho para homens e mulheres, garantir tratamento equitativo de populações indígenas e faz referência ao tráfico de mulheres e crianças, dentre outros pontos de interesse, como a questão relativa à tutela das minorias, mas, de fato, a atenção dada pela comunidade internacional à proteção dos direitos humanos, neste momento, ainda era bastante limitada.

2. A QUESTÃO DO "DIREITO A TER DIREITOS" E A PROTEÇÃO QUE TRANSCENDE A CONDIÇÃO DE CIDADÃO:

O conceito de dignidade da pessoa humana está diretamente ligado à filosofia kantiana e é fundamental para a distinção entre coisas e pessoas. Sob esta perspectiva, o ser humano é um fim em si mesmo, dotado de dignidade e impossível de ser substituído ou precificado, pois não tem equivalente. Em explanação que se tornou clássica, o filósofo afirma que "os seres racionais se denominam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo arbítrio"[13] e prossegue, afirmando que, "no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente. Por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço e,

[11] RAMOS, 2013, p. 52.
[12] LAFER, 2012, p. 237.
[13] KANT, 2002, p. 59.

por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade"[14]. No entanto, ainda que já discutida desde o sec. XVIII, a retomada do reconhecimento de uma noção de dignidade universal, reconhecida a todos os seres humanos e entendida como fundamento da proteção dos direitos humanos só foi possível após o final da Segunda Guerra Mundial.

Uma questão relevante (e que, em razão de recorte temático, não será suficientemente aprofundada neste artigo) diz respeito à tutela das minorias, no período entre-guerras. Lafer explica que o desmembramento dos impérios austro-húngaro, otomano e russo, ao final da Primeira Guerra, exacerbou a questão das minorias linguísticas, étnicas e religiosas existentes em diversos Estados nacionais e que "não estavam à vontade e em casa com uma organização da vida baseada no princípio das nacionalidades"[15]; a propósito, vale lembrar que um dos postulados da Sociedade das Nações dizia respeito à independência de nacionalidades e uma tutela própria das minorias, como foi mencionado no tópico anterior. O contexto histórico é explicado por Arendt, que destaca que:

> *A Primeira Guerra Mundial foi uma explosão que dilacerou irremediavelmente a comunidade dos países europeus, como nenhuma outra guerra havia feito antes [...]. As guerras civis que sobrevieram e se alastraram durante os vinte anos de paz agitada não foram apenas mais cruéis e mais sangrentas do que as anteriores: foram seguidas pela migração de compactos grupos humanos que, ao contrário dos seus predecessores mais felizes, não eram bem-vindos e não podiam ser assimilados em parte alguma. Uma vez fora do país de origem, permaneciam sem lar; quando deixavam o seu Estado, tornavam-se apátridas; quando perdiam os seus direitos humanos, perdiam todos os direitos: eram o refugo da terra*[16].

Em "As Origens do Totalitarismo", Arendt analisa (dentre outros temas de grande relevância) o papel da Sociedade das Nações no contexto pós-guerra e a questão da tutela das minorias. Sob sua perspectiva, a verdadeira importância dos Tratados das Minorias

[14] KANT, 2002, p. 65.
[15] LAFER, 2012, p. 240.
[16] ARENDT, 1979, p. 236.

não está, propriamente, em sua aplicação prática, mas sim no fato de serem garantidos por uma organização internacional. Ainda que minorias sempre houvessem existido, o reconhecimento de que milhões de pessoas viviam fora da proteção legal e normativa, "necessitando de uma garantia adicional dos seus direitos elementares por parte de uma entidade externa, e a admissão de que esse estado de coisas não era temporário, mas que os Tratados eram necessários para criar um *modus vivendi* duradouro — tudo isso constituía novidade na história europeia, pelo menos em tal escala[17].

Por vias transversas, estes tratados acabaram tornando explícito que somente "nacionais" podiam ser cidadãos, somente pessoas de mesma origem nacional podiam ter asseguradas toda a proteção de instituições legais e que os indivíduos de nacionalidades distintas da maioria local precisavam de uma normatização extraordinária, até que viessem a se incorporar devidamente à comunidade, abdicando, de certa forma, de sua origem; esta perspectiva pode ser constatada em diversos discursos proferidos na Liga das Nações, dos quais se depreende que era considerado aceitável que um Estado não colocasse sob a proteção de suas leis pessoas que insistissem na manutenção de uma nacionalidade diferente[18]. Arendt destaca:

> *A tragédia do Estado-nação surgiu quando a crescente consciência nacional do povo interferiu com essas funções. Em nome da vontade do povo, o Estado foi forçado a reconhecer como cidadãos somente os "nacionais", a conceder completos direitos civis e políticos somente àqueles que pertenciam à comunidade nacional por direito de origem e fato de nascimento. Isso significa que o Estado foi parcialmente transformado de instrumento da lei em instrumento da nação*[19].

Lafer ressalta que, partindo desta conjuntura, o desenrolar dos eventos históricos levou a uma progressiva dissociação entre direitos humanos e direitos dos povos, sendo que:

[17] ARENDT, 1979, p. 242.
[18] ARENDT, 1979, p. 242.
[19] ARENDT, 1979, p. 205.

> *Esta dissociação cresceu de importância porque o período entre as duas guerras foi, na Europa e com irradiação pelo mundo, o de uma contestação à democracia, ao estado de direito e à relevância dos direitos humanos. A este magma de negatividade somaram-se as restrições à livre circulação das pessoas pelo fechamento das fronteiras – seja por motivações econômicas trazidas pela Crise de 1929; seja pelo ímpeto da xenofobia. Foi o que tornou inviável as grandes correntes migratórias como as do século XIX. É neste contexto que a União Soviética e a Alemanha nazista inauguraram o cancelamento em massa da nacionalidade pelo arbítrio discricionário de motivações político-ideológicas. No caso da União Soviética, o cancelamento vitimou os que foram ideologicamente considerados pelos governantes "inimigos objetivos" do novo regime. No caso da Alemanha nazista, a motivação do cancelamento foi o ímpeto avassalador do racismo antissemita*[20].

Há que se destacar que, neste contexto histórico, era de senso comum a percepção que o Estado tinha total poder sobre a regência dos direitos de seus cidadãos, não cabendo à comunidade internacional a feitura de maiores questionamentos em relação a decisões discriminatórios ou mesmo em face de situações de maior gravidade, como no caso do genocídio armênio, que pouca discussão trouxe à comunidade internacional; no mesmo sentido, a alegação feita por Goebbels ao Conselho da Sociedade das Nações, afirmando que "a forma como o governo alemão trata certas categorias de cidadãos alemães é da competência apenas do governo alemão". Deste modo, à época, não causa maior estranhamento o surgimento de grandes massas de apátridas (ou *displaced people*), que se viam destituídos não só de sua nacionalidade, mas também dos benefícios do princípio da legalidade, por falta de vínculo jurídico com qualquer ordem jurídica nacional; de acordo com Lafer, estas pessoas tornaram-se indesejáveis em relação a todos, "desempossados da condição de sujeitos de direito, privados de valia e, por isso, no limite, supérfluos e

[20] LAFER, 2012, p. 241.

descartáveis"[21]. Este pensamento é corroborado pelo entendimento de Arendt, que explica:

> *A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião — fórmulas que se destinavam a resolver problemas dentro de certas comunidades — mas do fato de* ***já não pertencerem a qualquer comunidade****. Sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de* ***não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los****. Só no último estágio de um longo processo o seu direito à vida é ameaçado; só se permanecerem absolutamente "supérfluos", se não se puder encontrar ninguém para "reclamá-los", as suas vidas podem correr perigo. Os próprios nazistas começaram a sua exterminação dos judeus privando-os, primeiro, de toda condição legal (isto é, da condição de cidadãos de segunda classe) e separando-os do mundo para ajuntá-los em guetos e campos de concentração; e, antes de acionarem as câmaras de gás, haviam apalpado cuidadosamente o terreno e verificado, para sua satisfação, que nenhum país reclamava aquela gente. O importante é que se criou uma condição de completa privação de direitos antes que o direito à vida fosse ameaçado[22] (grifo nosso).*

Tendo em vista a magnitude dos efeitos e a crueldade das ações provocados por tal percepção e especialmente pelo regime nazista, ainda ao longo da Segunda Guerra vai se formando uma convicção de que haveria que se levar em conta a "hospitalidade universal" e a ideia de dignidade humana, defendidas por Kant no séc. XVIII e que a nova ordem deveria,

[21] LAFER, 2012, p. 241.
[22] ARENDT, 1979, p. 256.

necessariamente, levar em consideração a proteção dos direitos humanos. Trindade ressalta que, após o término deste conflito, era consenso que já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em condições circunscritas, mas sim o ser humano como tal[23]; Arendt, ao explicar que, após estes eventos, surge a constatação que o mais fundamental dos direitos é, justamente, o "direito a ter direitos", afirma que:

> ***Só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global****. O problema não é que essa calamidade tenha surgido não de alguma falta de civilização, atraso ou simples tirania, mas sim que ela não pudesse ser reparada, porque já não há qualquer lugar "incivilizado" na terra, pois, queiramos ou não, já começamos realmente a viver num Mundo Único.* ***Só com uma humanidade completamente organizada, a perda do lar e da condição política de um homem pode equivaler à sua expulsão da humanidade.*** *Antes que isso ocorresse, aquilo que hoje devemos chamar de "direito humano" teria sido concebido como característica geral da condição humana que nenhuma tirania poderia subtrair. Sua perda envolve a perda da relevância da fala (e o homem, desde Aristóteles, tem sido definido como um ser que comanda o poder da fala e do pensamento) e a perda de todo relacionamento humano (e o homem, de novo desde Aristóteles, tem sido concebido como o "animal político", isto é, que por definição vive em comunidade), isto é,* ***a perda, em outras palavras, das mais essenciais***

[23] TRINDADE, 2000, p. 23.

características da vida humana[24] *(grifo nosso).*

Assim, pode-se afirmar que os eventos ocorridos entre as guerras (bem como as ações praticadas especialmente pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial) levam, efetivamente, à superação da lógica westfaliana. A partir do Discurso sobre o Estado da União, feito pelo presidente americano Franklin D. Roosevelt em janeiro de 1941 (no qual este indica, em linhas gerais, como deveria ser a política internacional americana na reconstrução do mundo pós-guerra) e da chamada Carta do Atlântico, firmada por Roosevelt e pelo Primeiro-Ministro inglês Winston Churchill em agosto do mesmo ano (e que marca a entrada dos Estados Unidos da América no confronto, a fim de promover "a destruição completa da tirania nazista"), a questão da proteção de direitos fundamentais do ser humano torna-se, definitivamente, tema de direito internacional público. Vale destacar que é no discurso do Presidente Roosevelt que se encontra a afirmação das chamadas "quatro liberdades essenciais", a saber: a liberdade de palavra e expressão, liberdade de adorar a Deus do modo que pareça mais apropriado, a libertação da penúria e a libertação do medo[25].

Por fim, e confirmando a Carta do Atlântico, tem-se, em 1º de janeiro de 1942, a assinatura daquela que ficou conhecida como Declaração das Nações Unidas, pela qual os vinte e seis Estados signatários expressam a sua convicção de que, para defender a vida, a liberdade, a independência e a liberdade de culto, assim como para preservar a justiça e os direitos humanos nos seus respectivos países e em outros, é necessário alcançar a vitória absoluta sobre os países do Eixo. Definitivamente, a proteção dos direitos humanos havia se tornado um tema de relevo internacional, uma proteção que deveria ser assegurada independentemente do vínculo de pertencimento a determinado Estado Nacional.

3. A CRIAÇÃO DA ONU E A INCLUSÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO PROPÓSITO DA ORGANIZAÇÃO:

Ainda que a Sociedade das Nações só tenha vindo a ser formalmente extinta em 1946, o deflagrar da Segunda Guerra Mundial evidenciou a sua absoluta incapacidade de atender aos fins que justificaram a sua criação; assim, ainda durante a guerra, começam as negociações para o estabelecimento de uma nova organização internacional, que a sucederia. Pode-se dizer que o primeiro passo prático neste sentido foi dado na Conferência de Moscou,

[24] ARENDT, 1979, p. 257-258.
[25] SANDRONI E SANDRONI, 1998, p. 215.

realizada entre outubro e novembro de 1943 e da qual participaram representantes dos EUA, do Reino Unido, da URSS; deste encontro, surge uma Declaração (que veio a ser referendada também pela China) na qual, pela primeira vez, se declara, de modo explícito, "a necessidade de estabelecer o mais rapidamente possível, uma Organização Internacional fundada no princípio de uma igual soberania de todos os Estados pacíficos, organização de que poderão ser membros todos esses Estados pacíficos, grandes e pequenos, a fim de assegurar a manutenção da paz e da segurança internacional" (art. 4º da Declaração de Moscou).

Na Conferência Intergovernamental de 1944, ocorrida em Dumbarton Oaks (realizada com representantes dos EUA, da Grã-Bretanha e, posteriormente, da China – a URSS apresentou justificativas para sua ausência[26]), começam a ser estabelecidas as bases da negociação daquilo que viria a ser a Carta da Organização das Nações Unidas[27]; no projeto apresentado, já havia a previsão de criação de um Conselho Econômico e Social, que trataria também de questões humanitárias, educacionais, culturais e de direitos humanos[28].

Nota-se que a questão da proteção internacional dos direitos humanos é pontuada com alguma cautela – Lafer lembra que estas potências tinhas questões internas bastante complicadas, tais como a discriminação racial legalizada, no sul dos EUA, a existência de colônias britânicas e os campos de prisioneiros russos (*gulags*)[29] – mas, após as Conferências Anglo-Americana-Soviética, de Yalta e de São Francisco, todas realizadas em 1945, o tema efetivamente se consolida como objetivo da organização internacional em tela.

É importante pontuar que, durante a Conferência de São Francisco, onde melhor foram discutidos os detalhes da Carta e quais seriam (bem como quais competências teriam) seus órgãos principais, Hildebrando Accioly, representando o Brasil, aventou a possibilidade de tornar a Corte Internacional de Justiça acessível aos indivíduos, em benefício de uma melhor proteção dos direitos humanos, desde que atendidos determinados requisitos e sob circunstâncias especiais. No entanto, a ideia não foi aprofundada e não veio a constar do texto final da Carta[30].

Vale ressaltar a colaboração, para este fim, de países latino-americanos, que em uma Conferência realizada em Chapultepec (Conferência Interamericana sobre os Problemas da Guerra e da Paz - 1945), manifestaram a intenção de aperfeiçoar o projeto de Dumbarton Oaks, afirmando, dentre outras questões, que "a finalidade do Estado é a felicidade do ser

[26] XAVIER, 2007, p. 28.
[27] LAFER, 2012, p. 242.
[28] GARCIA, 2011, p. 25.
[29] LAFER, 2012, p. 243.
[30] GARCIA, 2011, p. 127.

humano dentro da sociedade. Os interesses da coletividade e os direitos do indivíduo devem ser harmonizados. O homem americano não concebe viver sem justiça, nem tampouco viver sem liberdade" (Declaração do México, art. 12). Assim, inciativas do Brasil, do México, do Chile e de outros Estados latinos contribuíram para que a Carta da ONU fosse mais explícita no que concerne à proteção dos direitos humanos.

A Carta das Nações Unidas entrou em vigor, oficialmente, em 24 de outubro de 1945, após a ratificação do tratado por 2/3 dos 51 Estados fundadores. De acordo com o art. 3º da Carta, "os Membros originais das Nações Unidas serão os Estados que, tendo participado da Conferência das Nações Unidas sobre a Organização Internacional, realizada em São Francisco, ou, tendo assinado previamente a Declaração das Nações Unidas, de 1º de janeiro de 1942, assinarem a presente Carta, e a ratificarem, de acordo com o Artigo 110".

O texto final da Carta da ONU traz sete menções à expressão "direitos humanos", sendo que as duas primeiras já aparecem no Preâmbulo e na indicação de propósitos da Organização:

> *NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a* ***reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano****, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.*
>
> *E PARA TAIS FINS, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional*

para promover o progresso econômico e social de todos os povos. RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS.

Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

Art. 1º: Os propósitos das Nações unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;

2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e ***para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião****; e*

4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns (grifo nosso).

Além destes, a proteção dos direitos humanos é mencionada na lista de atribuições da Assembleia Geral (art. 13, §1º, b), nas questões relativas à Cooperação Econômica e Social Internacional (art. 55, c), nas atribuições do Conselho Econômico e Social (art. 62, §2º), na possibilidade de criação de comissões específicas pelo ECOSOC (art. 68 – vale destacar que a Comissão de Direitos Humanos, a ser criada, é a única que é especificamente nomeada na Carta) e nos objetivos básicos do Sistema Internacional de Tutela (art. 76, c).

Buergenthal, citado por Piovesan, afirma que a Carta da Nações Unidas internalizou os direitos humanos. Como este é um tratado multilateral, ao ratificá-lo, os Estados-partes reconhecem que os direitos humanos são tema legítimo de preocupação internacional e, assim, não podem ser tratados exclusivamente por sua jurisdição doméstica[31]. É interessante notar, por outro lado, que apesar de estabelecer aos Estados o dever de "promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos", a Carta não os define, o que acabou resultando, em primeiro lugar, na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, com o passar do tempo, em um conjunto significativo de normas jurídicas internacionais, gerais e específicas, que tornam cada vez mais concreto o significado desta expressão.

4. O PROCESSO DE CRIAÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E A COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU.

Uma vez estabelecida a ONU, passa-se à questão da definição da expressão "direitos humanos e liberdades fundamentais para todos". Ramos lembra que, ainda durante a Segunda Guerra, foi-se estabelecendo o reconhecimento da vinculação direta entre a defesa da democracia e dos direitos humanos e os interesses dos Estados em manter um relacionamento pacífico na comunidade internacional. Segundo o autor,

> *Os Estados que já adotavam a proteção de direitos humanos no plano interno não viram dificuldade em aceitar a internacionalização da temática. Pelo contrário, estimularam essa internacionalização, uma vez que*

[31] PIOVESAN, 2007, p. 129.

> *poderiam influenciar a organização interna de outras sociedades.*
>
> *[...]*
>
> *Por sua vez, vários Estados, - inclusive sem tradição democrática, como o Brasil, ainda em pleno Estado Novo do ditador Getúlio Vargas – apoiaram a consagração dos direitos humanos internacionais no pós-2ª Guerra Mundial, acreditando que tal internacionalização seria* ***meramente programática e sem efeitos práticos*** *nas sociedades locais*[32] *(grifo original).*

Já em sua primeira reunião, e atendendo ao disposto no art. 68 da Carta, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) cria uma Comissão preliminar (que ficou sendo conhecida como a Comissão Nuclear), composta por nove membros, dando-lhes a atribuição de preparar recomendações sobre a composição e o mandato da futura Comissão de Direitos Humanos, cuja função mais imediata seria a criação de propostas, recomendações e relatórios sobre uma futura Carta Internacional de Direitos Humanos[33].

Esta Comissão Nuclear era composta por Eleanor Roosevelt (EUA), Dusan Brkish (Iugoslávia), René Cassin (França), C.L. Hsia (China), Nikolai Kriukov, depois substituído por Alexander Borisov (URSS), K.C. Neogy (India), Paul Berg (Noruega), Fernand Dehousse (Bélgica) e Victor Haya de la Torre (Peru) e se reuniu em Nova York, entre abril e maio de 1946. O relatório dos trabalhos foi enviado ao Conselho Econômico e Social, que o apreciou em sua segunda sessão e, além de discutir as questões relativas à composição da Comissão de Direitos Humanos e estabelecer um programa de trabalho, a Comissão Nuclear solicitou ao Secretário Geral da ONU que fossem coletadas todas as informações possíveis relativas ao tema, atribuição que foi repassada à Divisão de Direitos Humanos, dirigida por John Humphrey; a Divisão sistematizou os estudos dos projetos submetidos por diversas delegações, organizações internacionais e não-governamentais e, posteriormente, este material foi utilizado como substrato para o projeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos[34].

---

[32] RAMOS, 2013, p. 53.
[33] UNHCR. Disponível em: http://www.unhcr.org/4e1ee7620.pdf. Acesso em 22/05/2016, p. 525 (tradução livre).
[34] UNHCR. Disponível em: http://www.unhcr.org/4e1ee7620.pdf. Acesso em 22/05/2016, p. 525 (tradução livre).

Na primeira reunião da Comissão de Direitos Humanos, agora composta por representantes de 18 Estados (os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança e outros treze, eleitos pelo ECOSOC), Eleanor Roosevelt foi eleita presidente, P. C. Chang, vice-presidente e Charles Malik, relator. John Humphrey, diretor da Divisão de Direitos Humanos do Secretariado, participou das sessões da comissão e do desenvolvimento de seus trabalhos. Vale destacar que, em um primeiro momento, houve uma divergência entre os que defendiam a elaboração de um instrumento jurídico, de caráter vinculante, e os que entendiam que bastaria, em um primeiro momento, a elaboração de uma declaração de direitos que funcionaria como parâmetro para a definição do conceito de direitos humanos. Este dissenso persistiu durante boa parte dos trabalhos da Comissão e, durante algum tempo, os dois projetos foram sendo desenvolvidos simultaneamente[35]. Ainda nesta primeira sessão, a Comissão decidiu que a presidente, o vice-presidente e o relator trabalhariam na formulação de um anteprojeto de Carta Internacional de Direitos Humanos, de acordo com as diretrizes definidas pela Comissão e que, posteriormente, este projeto seria apresentado à Comissão para uma análise mais aprofundada. Este grupo ficou conhecido como o Comitê de Redação e logo foi ampliado, passando a contar com nove integrantes.

O relatório da primeira sessão da Comissão de Direitos Humanos foi apreciado pelo ECOSOC em sua quarta sessão, quando foram estabelecidos um procedimento e um cronograma para a formulação da Carta Internacional de Direitos Humanos. De acordo com o ECOSOC, a Comissão deveria seguir os seguintes passos:

> *(I) Elaboração de um projeto pelo Comitê de Redação, com base em na documentação preparada pelo Secretariado;*
>
> *(II) Apreciação do projeto pela Comissão de Direitos Humanos;*
>
> *(III) Apresentação do projeto revisado aos membros da ONU para a elaboração de observações, sugestões e propostas;*
>
> *(IV) Retorno do projeto à Comissão para análise das observações, sugestões e propostas, adotando-as como base para uma nova redação do projeto, a ser criada pelo*

[35] UNITED NATIONS. Disponível em http://research.un.org/en/undhr/chr/1. Acesso em 22/05/2016 (tradução livre).

Comitê de Redação, se necessário;

(V) Apreciação do projeto revisado pela Comissão de Direitos Humanos;

(VI) Apreciação pelo ECOSOC do texto revisado;

(VII) Submissão do projeto, pelo ECOSOC, à Assembleia Geral, para apreciação[36].

Assim, começando, de fato, os trabalhos de redação, o Secretariado da ONU apresentou um esboço preliminar (baseado no trabalho da Divisão de Direitos Humanos) à Comissão de Direitos Humanos, que o encaminhou ao Comitê de Redação. Composto por quarenta e oito artigos e dois adendos, o esboço dividia os artigos em quatro capítulos: liberdades, direitos sociais, igualdade e disposições gerais. O Reino Unido propôs, neste momento, o esboço de uma Carta Internacional de Direitos Humanos na forma de um documento de caráter jurídico, sendo este também submetido ao Comitê de Redação para que fosse considerado em suas reuniões. O Comitê estabeleceu um grupo de trabalho temporário, a fim de reorganizar os artigos do esboço, levando em consideração as discussões já ocorridas no Comitê; com o desenrolar de suas atividades, o grupo de trabalho, composto por Rene Cassin (a quem coube a tarefa de reelaborar a Declaração, tomando o esboço como ponto de partida), Eleanor Roosevelt, Charles Malik e Geoffrey Wilson, acabou sugerindo ao Comitê de Redação a separação dos artigos entre um Manifesto e uma Convenção[37].

Durante a segunda sessão da Comissão de Direitos Humanos, o conceito de uma Carta Internacional de Direitos Humanos compreendia três partes: uma Declaração, uma Convenção e um documento sobre meios de implementação. Em dezembro de 1947, a Comissão criou três grupos de trabalho e atribuiu a cada um a tarefa de desenvolver um destes tópicos. Estes grupos de trabalho submeteram seus relatórios à Comissão de Direitos Humanos ainda no final de 1947 e, considerando a necessidade de levar estes documentos à apreciação dos Estados-membros da ONU e de receber deles resposta em tempo hábil para permitir a conclusão desta etapa de trabalho antes da Terceira Assembleia Geral da ONU (que se daria em 1948), a Comissão solicitou ao Secretário Geral que transmitisse os informes aos governos já na primeira semana de 1948, fixasse a data de 03 de abril deste ano como limite para a recepção de respostas dos governos ao esboço da Carta Internacional de Direitos

[36] UNHCR. Disponível em http://www.unhcr.org/4e1ee75f0.pdf. Acesso em 22/05/2015, p. 572 (tradução livre).
[37] UNITED NATIONS. Disponível em http://research.un.org/en/undhr/draftingcommittee/1. Acesso em 22/05/2016 (tradução livre).

Humanos e que tais respostas fossem encaminhadas aos membros da Comissão o mais rapidamente possível[38].

Havia uma previsão inicial que o Conselho Econômico e Social apreciasse a primeira versão dos projetos de Declaração e de Convenção na sua sexta sessão, que se daria no início de 1948; porém, a fim de dar à Comissão um maior tempo de análise das observações feitas pelos Estados, o Conselho adiou a análise para a sessão seguinte, que ocorreu em agosto de 1948.

Em sendo assim, em sua segunda sessão, o Comitê de Redação considerou as sugestões feitas pelos diversos governos de Estados-membros da ONU; é interessante notar que muitas delegações ainda esperavam que pudessem ser imediatamente votadas tanto uma Declaração quanto uma Convenção, e muitas das considerações apresentadas diziam respeito ao esboço da Convenção. O relatório desta sessão foi submetido à Comissão de Direitos Humanos, em sua terceira reunião, contendo, em anexo, os esboços tanto da Convenção quanto da Declaração de Direitos Humanos. Não houve tempo hábil para analisar a questão dos meios de implementação[39].

Neste ponto, a Comissão de Direitos Humanos examinou individualmente os artigos da Declaração e, ao final da terceira sessão, a Comissão aprovou o texto emendado e revisado com 12 votos a favor e 4 abstenções; o relatório desta sessão foi encaminhado ao Conselho Econômico e Social, que, em sua sétima sessão (agosto de 1948) e após as devidas discussões, adotou, sem votação, o projeto de Declaração Internacional de Direitos Humanos e remeteu-o, pela Resolução n. 151(VII) à Assembleia Geral da ONU.

> *Os membros da CDH preocuparam-se desde o início dos trabalhos em assegurar que a Declaração refletisse um caráter verdadeiramente universal, que incorporasse valores e normas a que diferentes tipos de civilização, culturas e religiões pudessem aderir. Para esta tarefa foi importante a ampla pesquisa realizada pela UNESCO que consultou pensadores e políticos das mais diversas origens sobre o significado e conteúdo, sob o prisma de suas respectivas culturas, de uma enunciação dos direitos*

[38] UNITED NATIONS. Disponível em http://research.un.org/en/undhr/chr/2. Acesso em 22/05/2016 (tradução livre).

[39] UNITED NATIONS. Disponível em http://research.un.org/en/undhr/draftingcommittee/2. Acesso em 22/05/2016 (tradução livre).

> *humanos. O relatório preparado com base nesta consulta indicou que, apesar de diferenças sobre a sua formulação em termos de direitos, e também de deveres, os princípios subjacentes ao projeto de Declaração que fora objeto da consulta estavam presentes em muitas tradições culturais e religiosas. Afiançava-se assim o caráter universal dos direitos que seriam proclamados, o que se mostrava essencial para a credibilidade do resultado das negociações, dado que a ONU contava então com apenas 58 membros*[40].

Certamente, uma das mais relevantes questões debatidas na Terceira Assembleia Geral da ONU foi a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em sua 142ª sessão, ocorrida em 24/09/1948, a Assembleia encaminhou à sua Terceira Comissão o projeto de Declaração Internacional dos Direitos Humanos, que dispendeu 81 encontros para discuti-la em profundidade e chegar à sua redação final. O projeto foi aprovado (29 votos a favor e 7 abstenções) e remetido à Assembleia Geral para a devida apreciação.

O relatório da Terceira Comissão foi apresentado ao Plenário da Assembleia Geral da ONU nos encontros dos dias 09 e 10 de dezembro de 1948. Em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada como a Resolução n. 217(III), com 48 votos a favor, 8 abstenções e 2 ausências.

5. A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NA ANÁLISE DO PROJETO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL PELA TERCEIRA COMISSÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DA ONU.

A participação do Brasil no processo de elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos se dá a partir do momento em que o projeto é encaminhado à Assembleia Geral e remetido à Terceira Comissão. O representante brasileiro, Austregésilo de Athayde, foi convidado pelo Ministro das Relações Exteriores do Governo Dutra para fazer parte da comitiva brasileira, em razão de seu trabalho como jornalista e por sua destacada defesa dos direitos humanos.

[40] SABOIA, 2009, p. 54.

Já na primeira sessão de trabalhos da Terceira Comissão, Austregésilo de Athayde demonstrou seu desconforto com a redação original do art. 1º do projeto da Declaração, que afirmava: "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotados, pela natureza, de razão e de consciência e devem proceder uns para com os outros com espírito de fraternidade". Sob sua perspectiva, tal assertiva, de viés materialista, criava um descompasso entre o texto da Declaração e as crenças da maior parte da humanidade e sugeriu uma redação alternativa: "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são criados à imagem e semelhança de Deus, são dotados de razão e consciência e devem proceder uns para com os outros com espírito de fraternidade". Este posicionamento colidia abertamente com a ideologia soviética, e rendeu abertas discussões entre os representantes dos dois países. Ao final, por sugestão dos delegados da China e da Bélgica, chegou-se a um texto intermediário, aceitável para ambos debatedores: "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade"[41].

Outro ponto de divergência entre o delegado brasileiro e o delegado soviético se deu em razão da proposta, feita por este, de reconhecimento, às minorias étnicas, do direito a escolas próprias e ao ensino em língua nativa. Como, à época, o Brasil recebia muitas levas de imigrantes de diferentes línguas e culturas e como ainda estavam em vigor os Decretos-Lei criados por Getúlio Vargas, à época do Estado Novo (especialmente o Decreto-Lei n. 406/38, que só foi expressamente revogado pela Lei n. 6.815/80), Athayde entendia que assegurar tais direitos às minorias poderia colocar em risco a unidade política e cultural do Brasil[42].

Findos os trabalhos da Terceira Comissão, o texto final foi apresentado ao Plenário da Assembleia Geral da ONU por Charles Malik, que ressaltou que a Declaração (agora chamada de Universal, e não mais Internacional) constituía o enunciado concreto das obrigações a que os membros da ONU haviam se comprometido a promover e respeitar; no dia 10 de dezembro de 1948, Athayde, indicado pelos membros da Terceira Comissão, discursou, encaminhando a Declaração Universal dos Direitos Humanos ao processo de votação:

> *A Delegação do Brasil quer exprimir aqui, nesta Assembleia Plenária das Nações Unidas, a satisfação do seu governo ante a obra realizada pela Terceira*

[41] SANDRONI E SANDRONI, 1998, p. 463-464.
[42] SANDRONI E SANDRONI, 1998, p. 466.

Comissão, na Terceira Assembleia Geral, redigindo e aprovando a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Estamos em face de um documento que não será talvez sem defeitos, mas todos nós que trabalhamos durante mais de dois meses para estabelecer essa Declaração não ignoramos esses defeitos. A perfeição não está sempre ao alcance dos homens e é de nossa natureza que tudo o que é humano seja igualmente perfectível.

O importante para a humanidade é que nossa longa, e por vezes penosa tarefa, esteja concluída e haja resultado nessa Declaração e ainda que todos os povos representados na Assembleia das Nações Unidas a aprovem em testemunho de boa vontade.

Realizamos uma obra de colaboração. Cada um de nós fez concessões, tanto as grandes quanto as pequenas potências, porque nossa ideia não era impor pontos de vista particulares de um povo ou grupo de povos, nem doutrinas políticas ou sistemas de filosofia. Se nosso trabalho resultasse de uma imposição qualquer e não fosse de uma cooperação intelectual e moral das nações, não estaria evidentemente à altura de nossas responsabilidades, nem responderia ao espírito de compreensão universal que é a própria base de nossa organização internacional. A sua força vem precisamente da diversidade de pensamento, de cultura e de concepção de vida de cada representante. Unidos formamos a grande comunidade do mundo e é exatamente dessa união que decorre a nossa autoridade moral e política.

Declaramos, solenemente, em nome de todos os homens e mulheres que os seus direitos devem ser protegidos por todos os povos agindo, coletivamente, em nome da Justiça internacional.

> *A Delegação Brasileira, de conformidade com a tradição do seu país e com as instruções de seu governo, deu caloroso apoio às ideias mais generosas e liberais da declaração. Tentou ao mesmo tempo ligar a Declaração dos Direitos do Homem aos sentimentos mais profundos das massas, inserindo em seu texto a expressão da origem superior do homem, no sentido do seu destino eterno, sem o qual não se poderia entender nem justificar a razão dos direitos que asseguram a sua dignidade.*
>
> *O Brasil sente-se feliz em haver trazido um pouco de sua experiência e de seu idealismo a essa obra comum das Nações Unidas, convencido de que a Declaração Universal dos Direitos do Homem abrirá à Humanidade uma nova era de liberdade e justiça*[43]

Ainda em Paris, escrevendo para o Diário da Noite, Athayde reflete sobre a Declaração e entende que, ainda que muitas outras já houvessem sido proclamadas, esta havia sido a primeira a estabelecer direitos universais que devem ser amparados não apenas por um governo, mas pela comunidade internacional, em ação coletiva. Sua finalidade última seria obrigar todas as nações a respeitarem o ser humano em suas liberdades essenciais, garantindo-lhe, ainda, pelo trabalho, a dignidade espiritual e material da sua vida. De modo esperançoso, conclui que "no dia em que todos os homens, assegurados os direitos que a comunhão dos povos lhes garante, sob a égide da ONU, se sentirem felizes e livres, os grandes desesperos que geram as guerras terão desaparecido"[44].

6. LEGADO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS:

Ainda que, em razão de sua natureza jurídica (foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na forma de uma Resolução), a Declaração Universal dos Direitos Humanos não tenha força jurídica vinculante, não se pode negar a importância monumental que este documento tem na configuração do que hoje se entende por direitos humanos. Ao trazer um significado concreto para a expressão "direitos humanos e liberdades fundamentais

[43] SANDRONI E SANDRONI, 1998, p. 474.
[44] SANDRONI E SANDRONI, 1998, p. 476-477.

para todos", a Declaração moldou a chamada concepção contemporânea de direitos humanos e, mesmo sem possuir meios que pudessem levar ao seu cumprimento coercitivo, ela foi sendo reafirmada em diversos tratados, replicada em constituições e leis nacionais e, aos poucos, se integrando ao costume e, posteriormente, ao *jus cogens*.

A doutrina diverge em relação à força da Declaração; há autores que a consideram dotada de força vinculante em razão de tê-la como a interpretação autêntica da Carta da ONU (cujas disposições são de cumprimento obrigatório, por ser um Tratado), outros a consideram parte do costume internacional. A Corte Internacional de Justiça – que, nos termos do art. 38 de seu Estatuto, poderá solucionar as controvérsias que lhe venham a ser submetidas com base nas convenções internacionais expressamente ratificadas pelos litigantes, no costume internacional e nos princípios gerais de direito – já fez referência expressa à Declaração Universal em, ao menos, duas ocasiões: em 1971, ao emitir parecer que considerou ilegal a presença da África do Sul na Namíbia e em 1980, quando do julgamento do caso Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã.

Vale ressaltar que, na Primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos (Teerã, 1968), proclamou-se que:

> *Art. 1º: É indispensável que a comunidade internacional cumpra sua obrigação solene de fomentar e incentivar o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, sem distinção nenhuma por motivos de raça, cor, sexo, idioma ou opiniões políticas ou de qualquer outra espécie;*
>
> *Art. 2º: A Declaração Universal de Direitos Humanos enuncia uma concepção comum a todos os povos de direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e a declara obrigatória para a comunidade internacional.*
>
> *[...]*
>
> *Art. 4º: Desde que foi aprovada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, as Nações Unidas conseguiram progressos substanciais na definição das normas para o gozo e proteção dos direitos humanos e as*

> *liberdades fundamentais. Durante esse período, foram aprovados muitos instrumentos internacionais de relevada importância, mas ainda resta muito por fazer na esfera da aplicação destes direitos e liberdades.*

Em 1993, na Segunda Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, a Declaração e Programa de Ação de Viena reforça que a promoção e a proteção dos Direitos Humanos constituem questões prioritárias para a comunidade internacional; a Declaração de Viena, em seus *consideranda* e art. 1º expressa:

> *Reconhecendo e afirmando que todos os Direitos Humanos decorrem da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana, que a pessoa humana é o sujeito central dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, e que, consequentemente, deve ser o seu principal beneficiário e participar ativamente na realização desses direitos e liberdades, Reafirmando o seu compromisso para com os fins e princípios consagrados na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem,*
>
> *[...]*
>
> *Realçando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que constitui um padrão comum a seguir por todos os povos e por todas as nações, é a fonte de inspiração e tem sido a base dos progressos das Nações Unidas com vista ao estabelecimento de padrões, conforme expressos nos instrumentos internacionais existentes em matéria de Direitos Humanos, particularmente no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,*
>
> *[...]*
>
> *Invocando o espírito da nossa era e as realidades do*

nosso tempo que incitam os povos do mundo e os Estados Membros das Nações Unidas a dedicarem-se novamente à tarefa global de promoção e proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, por forma a garantir o gozo pleno e universal de tais direitos, Determinada a dar novos passos no sentido de um maior empenho da comunidade internacional, com vista a alcançar progressos substanciais em matéria dos Direitos Humanos mediante um esforço acrescido e sustentado de cooperação e solidariedade internacionais,

Adota, solenemente, a Declaração e Programa de Ação de Viena:

1. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o empenho solene de todos os Estados em cumprirem as suas obrigações no tocante à promoção do respeito universal, da observância e da proteção de todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais para todos, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, com outros instrumentos relacionados com os Direitos Humanos e com o Direito Internacional. A natureza universal destes direitos e liberdades é inquestionável. Neste âmbito, o reforço da cooperação internacional no domínio dos Direitos Humanos é essencial para a plena realização dos objetivos das Nações Unidas. Os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais são inerentes a todos os seres humanos; a sua proteção e promoção constituem a responsabilidade primeira dos Governos.

René Cassin elaborou uma representação gráfica da estrutura e conteúdo da Declaração, como pórtico de um templo clássico, no qual o preâmbulo e os dois primeiros artigos, representados como as fundações do prédio, consagram os princípios da dignidade, liberdade, igualdade e irmandade dos seres humanos; nas quatros colunas do templo, figuram os artigos 3° a 11°, que protegem a vida, a liberdade e a segurança pessoal; os artigos 12° a

17° os direitos civis; os artigos 18° a 21° os direitos políticos; os artigos 22° a 27° os direitos econômicos, sociais e culturais; e os artigos 28° a 30°, no frontão do pórtico, os deveres, limitações e salvaguardas[45]. De fato, trata-se de um documento único, que altera o curso da proteção destes direitos na história.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Em relação ao Brasil, o legado da Declaração Universal é imensurável. Ainda que o seu conteúdo só tenha alcançado plena proteção jurídica com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é possível observá-la refletida no rol de direitos e garantias fundamentais, assegurado no Título II da Carta Constitucional. Muitos de seus artigos foram transcritos quase que literalmente e, no presente momento, nota-se que a influência da Declaração na cultura jurídica brasileira a cada vez mais se aprofunda. Ainda que, no âmbito do ser, note-se um descompasso entre a realização de políticas públicas e os preceitos da Declaração, percebe-se que, aos poucos, uma cultura em direitos humanos vai se naturalizando entre os operadores do direito e funcionários responsáveis pela aplicação da lei. Como exemplo, pode-se citar a criação da Súmula Vinculante n. 25, que tornou ilegal a única possibilidade de prisão por inadimplemento contratual ainda possível no ordenamento brasileiro e recente decisão monocrática no âmbito do STJ, pela qual um Ministro determinou a aplicação das chamadas Regras de Mandela.

Por fim, em momentos em que há um recrudescimento de movimentos discriminatórios e que negam a diversidade inerente ao humano, é na Declaração Universal dos Direitos Humanos que se pode buscar amparo e orientação. No reconhecimento de que todos nascem livres e iguais, encontra-se não só uma afirmação da natureza humana, mas também um desejo e uma orientação, pois o seu texto inspira o trabalho em busca da realização de uma plena liberdade e verdadeira igualdade. Há muito a evoluir; o completar de sua sétima década de existência não pode amparar a falsa crença de que os direitos nela contidos estão consolidados – ao contrário, o trabalho para a sua consolidação e melhor realização torna-se aguerrido e constante. No entanto, mesmo antevendo tantas batalhas, não se pode negar a influência que a Declaração Universal dos Direitos Humanos exerce sobre o corpo jurídico-normativo e sobre o tecido social da sociedade brasileira.

[45] SANDRONI E SANDRONI, 1998, p. 471.

BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Eugênio Vargas. **O Sexto Membro Permanente:** O Brasil e a Criação da ONU. São Paulo: Editora Contraponto, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). *In* MAGNOLI, Demétrio (Org.) **História da Paz.** São Paulo: Editora Contexto, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SABOIA, Gilberto Vergne. Significado Histórico e Relevância Contemporânea da Declaração Universal dos Direitos Humanos para o Brasil. *In* GIOVANNETTI, Andrea (Org.). **60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos:** Conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

SANDRONI, Cícero; SANDRONI, Laura Constância de Athayde. **Austregésilo de Athayde:** o Século de um Liberal. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil.** Brasília: Editora da UnB, 1997.

THE UNITED NATIONS REFUGEE AGENCY. **YEARBOOK OF THE UNITED NATIONS (1947-1948).** Disponível em http://www.unhcr.org/4e1ee75f0.pdf. Acesso em 22/05/2015.

THE UNITED NATIONS REFUGEE AGENCY. **YEARBOOK OF THE UNITED NATIONS (1948-1949).** Disponível em: http://www.unhcr.org/4e1ee7620.pdf. Acesso em 22/05/2016.

UNITED NATIONS. **Drafting of the Universal Declaration of Human Rights.** Disponível em http://research.un.org/en/undhr/chr/2. Acesso em 22/05/2016.

XAVIER, Ana Isabel. ONU: A Organização das Nações Unidas. *In* HUMANA GLOBAL, **A Organização das Nações Unidas.** Coimbra: Publicações Humanas, 2007.

PSICOLOGIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS HUMANOS: UM RETRATO DAS JUVENTUDES BRASILEIRAS

PSYCHOLOGY, PUBLIC POLICIES AND HUMAN RIGHTS: A PORTRAIT OF THE BRAZILIAN YOUTH

Gabriel Sanjuliano Tozato[1]

RESUMO:

O objetivo desse trabalho apresenta-se por meio de um olhar crítico, pautado na construção da teoria da psicologia sócio-histórica e suas categorias de análise a fim de compreender as dimensões subjetivas e objetivas dos fenômenos a serem estudados. Tendo em vista a alarmante situação das juventudes brasileiras no que diz respeito a garantia dos direitos humanos no contexto brasileiro e latino americano, o trabalho se propõe a debater as possíveis interfaces entre psicologia, políticas públicas, direitos humanos e juventudes. Busca-se compreender as práticas psicológicas nas políticas públicas como afirmação dos direitos humanos e como essa inserção pode auxiliar na promoção de políticas públicas e outras práticas que visem a superação das condições de vulnerabilidades e desigualdades nos contextos das juventudes brasileiras. Para tal serão expostas: as relações presentes entre Direitos Humanos e Políticas Públicas no Brasil por meio de marcos teóricos e legais; breve caracterização e panorama das juventudes brasileiras e as contribuições da psicologia sócio-histórica nessa análise; a presença da psicologia nas políticas públicas e a necessidade de afirmação dessa; a inserção histórica da psicologia nas políticas públicas como potencial ferramenta promotora de Direitos Humanos. Por fim, o trabalho reforça e justifica a necessidade de um posicionamento ético político da psicologia frente as desigualdades estruturais nacionais e a importância de a prática das psicólogas estar em consonância com os pilares fundamentais dos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Psicologia. Políticas Públicas. Direitos Humanos. Juventude

ABSTRACT:

The objective of this work presents trough a critic vision based in the construction of the

[1] Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo da Academia Paulista de Direito (CIDHSP/APD).

socio-historical theory of psychology and their analytical categories to comprehend the subjective an objective dimension of the phenomenon. Based on the alarming situation of the Brazilian youth about the guarantee of the human rights in Brazil and Latin America, it is proposed in this work to debate the possible interfaces between psychology, public policies, human rights and youth. It is intended to comprehend the psychology professional practice in the public policies as an affirmation of the human rights and how this insertion can help in the promotion of the public policies and other professional performances which aim overcoming vulnerability and inequality in the contexts of the Brazilian youth. In order to do this the work will present: the relations between Human Rights and Public Policies in Brazil through the use of theoretical and legal views; brief description and situation of the Brazilian youth and the contributions of the socio-historical theory of psychology in it; the presence of the psychology in the public policies as a potential tool which intend to promote the Human Rights. Finally, the work emphasizes and justifies the need of an ethical-political positioning of the psychology in order to confront structural inequality and reinforces too the need of the psychology professional practices being in line with the fundamental pillars of the human rights.

KEY WORDS: Psychology. Public Policies. Human Rights. Youth

1. INTRODUÇÃO

Primeiramente, faz-se necessário salientar que, tendo em vista a presença majoritária das mulheres na atuação profissional da psicologia (CFP, 2013), toda e qualquer referência as profissionais da categoria feita neste trabalho será colocada no gênero feminino. É um reconhecimento de uma construção histórica contraditória, buscando sua desconstrução por meio desta mudança nesse trabalho, uma vez que o número majoritário de mulheres na profissão deve estar em consonância com a apresentação de terminologias que representem a maioria da categoria. Contribuindo assim no reconhecimento às diversas desigualdades e humilhações que constituem a nossa sociedade, sendo o machismo uma delas e, realizando esse pequeno ato político como forma de evidenciar as contradições e no sentido da criação de estratégias para superá-las.

Este artigo é parte adaptada do trabalho de conclusão de curso de graduação em psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo intitulado "Psicologia e Políticas Públicas Voltadas a Juventude: Interfaces possíveis no enfrentamento às

desigualdades" orientado pelo Doutor Leandro Feitosa Andrade.

O objetivo desse trabalho apresenta-se por meio de um olhar crítico, pautado na construção do pensamento da psicologia sócio-histórica. Além disso, busca-se a compreensão de conceitos teóricos e práticas que se apoiem em outras concepções da psicologia como a principal ferramenta de compreensão da dimensão subjetiva das questões sociais e da construção desse processo, evidenciando a subjetividade como o princípio norteador para a apropriação dessa estrutura de pensamento.

O presente artigo se propõe a debater as possíveis interfaces entre psicologia, políticas públicas, direitos humanos e juventudes. Para tal serão expostas: as relações presentes entre Direitos Humanos e Políticas Públicas no Brasil por meio de marcos teóricos e legais; breve caracterização e panorama das juventudes brasileiras e as contribuições da psicologia sócio-histórica nessa análise; a presença da psicologia nas políticas públicas e a necessidade de afirmação dessa; a inserção histórica da psicologia nas políticas públicas como potencial ferramenta promotora de Direitos Humanos.

Portanto, busca-se compreender como é possível estabelecer interfaces entre as práticas psicológicas nas políticas públicas como afirmação dos direitos humanos e como essa inserção pode auxiliar na promoção de políticas públicas e práticas que visem a superação das condições de vulnerabilidades e desigualdades nos contextos das juventudes brasileiras.

2. PSICOLOGIA SÓCIO HISTÓRICA E JUVENTUDES NO BRASIL

Mostra-se fundamental a discussão do conceito de juventude e, principalmente, como a psicologia entende esse fenômeno. Esse conceito é compreendido e estudado de diferentes maneiras devido as diferentes formações de pensamento, forças políticas e estruturação da cultura em diferentes lugares que, ao longo do tempo, se forjaram na relação do ser humano com o mundo.

Para iniciar o debate se faz necessário uma compreensão da conceituação do Estado brasileiro dada à juventude, sendo assim, do ponto de vista legal, em nosso país, o Estatuto da Criança e do Adolescente – (ECA) estabelece a adolescência entre o período de 12 e 18 anos incompletos. O termo juventude não é referido. Conforme o Artigo 2º: "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" (BRASIL ECA, 1990)

Símbolo de uma nova abordagem de direitos e deveres para determinada parte

da população, o ECA tem como objetivo colocar o jovem na condição de sujeito de direitos, garantindo a premissa da universalidade da lei, atuando na sociedade sem restrição de cor, classe, ou qualquer outro atributo. Ou seja, buscou-se um equilíbrio entre deveres e direitos de crianças, adolescentes, suas famílias, sociedade e Estado. Essa nova fase jurídica no Brasil, passou a considerar o sujeito inserido em seu contexto social, desde sua conduta como indivíduo, até sua conduta como cidadão e dessa forma propôs-se mudanças tanto no plano jurídico quanto no plano social. Conforme artigo 3º:

> *Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL ECA, 1990)*

Outro viés que caracteriza essa população como cidadã de direitos e deveres se dá por meio de outros órgãos que procuram delimitá-la. A Assembleia Geral das Nações Unidas define "jovem" como sendo o grupo de pessoas com idade entre 15 e 24 anos (UNESCO, 2004). No Brasil, essa era a demarcação adotada para delimitar as fronteiras da juventude até 2005. No entanto, a Secretaria Nacional de Juventude (SNJ) e o Conselho Nacional de Juventude (CONJUVE), órgãos que representam o marco oficial do surgimento de uma preocupação estatal com a juventude brasileira, criados em 2005, seguem a delimitação de 15 a 29 anos por meio da criação de uma lei que delimita a caracterização dessa população de outra maneira.

Conforme é estabelecido no artigo 1º do Estatuto da Juventude:

> *Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE*
>
> *§ 1º Para os efeitos desta Lei, são consideradas jovens as*

> *pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade." (BRASIL. Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013)*

Para compreender esse fenômeno devemos recorrer à ampliação do entendimento da questão em sua totalidade: material, social, histórica e subjetiva. Para tal, o embasamento nos fundamentos teóricos da psicologia sócio-histórica, apresenta-se como necessário na realização desse trabalho, já que, essa perspectiva em psicologia, tem como base filosófica, teórica e metodológica, o materialismo histórico dialético. Essa perspectiva propõe a compreensão do sujeito como ativo, histórico e social e procura compreender a subjetividade como processo que nasce na unidade dialética entre sujeito e sociedade, no qual a história pessoal e a do meio se entrelaçam em um movimento constante na produção do novo. Portanto, como:

> *[...]o social se subjetiva para converter-se em algo relevante para o desenvolvimento do indivíduo, o subjetivo permanentemente se objetiva ao converter-se em parte da realidade social, com o qual se redefine constantemente como processo cultural [...] (Gonzalez Rey,1995, p.110)*

Ao propor essa compreensão de subjetividade, o materialismo histórico dialético contrapõe-se ao princípio da universalização e racionalização de sujeito, inaugurada pela estrutura capitalista e pelo pensamento liberal. Esse princípio, tomado pela hegemonia do sistema do capital, pensa o sujeito como sendo racional, individual, natural e livre.

A psicologia sócio-histórica propõe uma recolocação do conceito de sujeito, tomando-o como ativo, social e histórico, já que: o conteúdo histórico é dado pela divisão da sociedade em classes sociais que acarreta lugares e experiências distintas; a unidade contraditória entre subjetividade e objetividade se constrói a partir da ação do sujeito sobre o objeto e essa ação agrega subjetividade à objetividade; todos os fenômenos tem caráter histórico e a historicidade é inerente ao método.

É importante apresentar a estrutura desse pensamento que, por meio de seus preceitos teóricos, segue uma linha filosófica de pensamento e um método, os quais se

relacionam de forma dialética. Em resumo, a psicologia sócio-histórica tem como perspectiva um olhar crítico e desnaturalizante da realidade e das relações que a constituem, compreendendo a lógica e a ideologia do sistema capitalista como produtor de uma sociedade com enormes contradições e desigualdades que necessitam ser superadas. (Gonçalves, 2010)

Tendo em vista essa concepção de indivíduo e a construção de subjetividade proposta, a psicologia sócio-histórica busca uma revisão crítica à compreensão de adolescência e juventude vigentes na Psicologia e em outros saberes, as quais estabelecem uma clara correspondência e pura reprodução dos significados de conceitos teóricos que atravessam a prática de muitos profissionais. Além disso, por meio de um posicionamento crítico, é necessária a superação da naturalização, universalização e patologização dos significados atribuídos à adolescência, os quais foram construídos no início do século XX e continuam cristalizados nas concepções e nas práticas de muitos profissionais dessa área. (Ozella, 2003)

Na perspectiva da subjetividade e na maneira como o ser humano atua, na relação dialética com o mundo, deve-se fazer um esforço para identificar cada âmbito do contexto em que esse sujeito participa. É de fundamental importância que delimitemos esse contexto social, construído ao longo da história, com o objetivo de compreender, em cada processo, a relação que o jovem estabelece com o meio social e como isso permeia e constitui sua subjetividade, também atuando em sua relação com as pessoas do mesmo contexto.

Com essa definição estabelecida, é essencial dizer sobre a juventude brasileira e problematizar as questões que excluem grande parte dessa população do olhar e das ações das políticas públicas. Além disso, faz-se necessário compreender quem é esse jovem marginalizado e esquecido, buscando o conhecimento de todas as questões que atravessam e constituem esse fenômeno e de que forma esse afeta a relação que as juventudes estabelecem com o mundo.

Vale ressaltar que por ser um conceito muito amplo e que está em pleno debate e transformação, as pesquisas que visam caracterizar e compreender a juventude brasileira trazem parâmetros e delimitações etárias diversas além de conceitos e demarcações com vieses científicos distintos. Sendo assim, muitos dados mostram-se de maneira a colocar um enfoque na problematização, seja ele etário, contextual ou ideológico-conceitual. Logo, se iniciou um processo de utilização do termo juventudes "[...]para enfatizar que, a despeito de constituírem um grupo etário que partilha várias experiências comuns, subsiste uma pluralidade de situações que confere diversidade às demandas e as necessidades dos jovens"

(Aquino, 2009, p. 31)

Dados fornecidos pelo IBGE indicam que no ano de 2010, 26,91% da população estava entre os 15 e 29 anos de idade. Considerando que a população estipulada pelo censo era de 190.732.694 milhões, o número estipulado de pessoas nessa faixa etária era de aproximadamente 51 milhões.

Dados também apontam para números alarmantes no que diz respeito as desigualdades estruturais constituintes dessa faixa etária. Alguns dos dados que a dialogam com essa lógica expõem as estruturas desiguais que constituem as relações da juventude brasileira, dentre eles podemos citar: a falta de acesso à escolarização e à informação, deficiente inserção no mercado de trabalho, atravessamento do preconceito racial e de gênero, presença da violência e a falta da presença do Estado na garantia dos direitos humanos e da justiça social.

Para traçar um panorama mais amplo, segundo o Índice de Vulnerabilidade Juvenil, no ano de 2006, mais da metade dessa população (55,7%) encontrava-se em situação de vulnerabilidade. O índice constitui-se a partir da soma entre o percentual dos jovens desempregados, os que estão na informalidade, os em condição de inativos e os que não estudam.

Através, principalmente dos dados coletados por pesquisas realizadas pelo IBGE, Ipea e outros, organizados no livro "Juventude e Políticas Sociais" (2009) é possível encontrar diversos dados que podem contribuir para o embasamento da desigualdade social entre os jovens.

Destaca-se que a maior parte da população de jovens pobres encontra-se na região Nordeste com 51,7% da porcentagem total do país.

Considerando a população jovem não-branca (pretos, pardos, amarelos e indígenas) no país (52,9%), por meio dos dados (Aquino,2009), pode-se realizar um recorte que traduz as injustiças e desigualdades históricas que resultam na dimensão objetiva e subjetiva desses fenômenos. Por exemplo, 70,9% dos jovens considerados pobres (renda domiciliar *per capita* abaixo de um salário mínimo) não são brancos e 53,9% daqueles considerados não pobres (renda domiciliar *per capita* acima de um salário mínimo) são brancos.

Dialogando com os dados supracitados, Aquino (2009) discute a representação e a manutenção dos papéis de gênero presentes na sociedade por meio dos dados coletados e apresenta que 26,5% dos homens de 15 a 17 anos conciliam os estudos com o trabalho e

11,4% apenas trabalham. Já em relação as mulheres dessa faixa etária, 17% estudam e trabalham, 5% só trabalham e 12% não estudam nem trabalham. Contudo, nota-se um crescimento nos números de mulheres do grupo que não estudam e nem trabalham ao longo de sua vida, já que esse número passa para 31,9% entre mulheres de 18 a 24 anos e 32,6% entre a faixa etária de 25 a 29 anos.

Além disso, outros dados apresentados dizem respeito a essa desigualdade quando se coloca que, dos 15 aos 17 anos, entre aqueles que são chefes de domicílio ou cônjuges, 83,1% são mulheres e 42,7% desse grupo tem renda domiciliar per capita inferior a meio salário mínimo, ou seja, são consideradas jovens pobres. A autora indica que os respectivos números explicitam um grande ônus na estrutura domiciliar para as jovens, principalmente de 15 a 17 anos, o que pode ser explicado, provavelmente, pelo desenvolvimento de atividades domésticas e a responsabilidade maior no cuidar dos filhos.

Outro recorte utilizado por Aquino (2009) diz respeito a desigualdade entre jovens que vivem em áreas urbanas (84,8%) em comparação aqueles que vivem em áreas rurais (15,2%), problematizando as questões que atravessam as condições de moradia, educação, violência, desemprego, renda, entre outras.

Aquino (2009) descreve dois tipos de vulnerabilidade diferentes presentes nos dois espaços. Entre o grupo de jovens urbanos, 48,7% vivem em condições inadequadas de moradia e daqueles que moram em favelas (2 milhões) 66,9% são negros e 30,2% tem renda per capita familiar de até meio salário mínimo.

Já os jovens que vivem em áreas rurais estabelecem outra relação com o seu território e, portanto, defrontam-se com questões diferentes, como por exemplo o esforço físico excessivo do trabalho agrícola. Além disso, a autora expõe uma notoriedade na dificuldade de acesso aos serviços públicos por essa população e condições de vida muito precárias, constituindo 29% dos jovens pobres do país.

Quanto a sua escolaridade, os jovens rurais apresentam um déficit de 26,5% em relação à média dos jovens do país, devido ao atravessamento do mundo do trabalho, o qual cria uma representação de que para ser agricultor não é necessário ir à escola. Ademais, os dados apontam que 2% dos jovens que vivem em áreas urbanas são analfabetos, enquanto 8% dos que vivem em áreas rurais se encontram na mesma situação, o que pode estar ligado a falta da presença do Estado nessas regiões, diminuindo a qualidade do ensino e potencializando a falta de equipamentos para a promoção da educação.

É plausível afirmar que identifica-se também na educação a disparidade de

oportunidades entre jovens brancos e negros no Brasil, já que o número de jovens negros analfabetos é o dobro em comparação aos jovens brancos, além disso, a taxa de frequência líquida (jovens que estão cursando as séries adequadas a sua idade) é muito menor quando se trata de jovens negros, tanto no ensino médio quanto no superior.

Ainda dizendo a respeito da vulnerabilidade da população jovem negra no país, dados de diferentes pesquisas representam e explicitam a falta da presença do Estado no atendimento e na atenção para com essa população nos diferentes âmbitos das políticas públicas. Essa ausência, ou presença circunstancial do Estado pode ser caracterizada por meio dos índices de violência contra, principalmente, a juventude negra que vive nas periferias das cidades brasileiras.

Mais dados do Sistema de Informações de Mortalidade do Sistema Único de Saúde (SIM/SUS) apresentados por Aquino (2009) também apontam que a população jovem negra é muito mais vulnerável a morte por causas externas e por homicídios. Conforme apresenta:

> *[...] enquanto os jovens brancos do sexo masculino apresentam taxa média de 138,2 mortos por causas externas para cada grupo de 100 mil habitantes, as taxas dos jovens pretos e dos pardos são, respectivamente, de 206,9 e 190,6. Quando analisadas exclusivamente as mortes por homicídio, a taxa encontrada para os jovens brancos do sexo masculino foi de 63,9 por 100 mil habitantes, ao passo que para os jovens pretos esta taxa foi de 135,3 e para os pardos, 122,8. Considerando-se apenas a faixa etária de 18 a 24 anos, o grupo mais vitimado entre os jovens, a juventude branca do sexo masculino apresenta taxa de mortalidade por homicídios de 74,3 para cada grupo de 100 mil habitantes, enquanto para os jovens pretos esta taxa é de 163,1 e para os jovens pardos, de 145,5 – ou seja, para cada jovem branco morto por homicídio morrem, em média, dois jovens negros. (Aquino,2009, p.32)*

Dados do relatório do Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e Desigualdade Racial (2014), mostram que a população negra entre 12 anos e 29 anos é a principal vítima da violência. Além disso, o estudo estabelece, por meio da coleta de seus dados, que existe uma relação entre a cor da pele e o risco de exposição à violência. O índice foi formulado e executado conjuntamente entre a Secretaria Nacional de Juventude (SNJ) da Presidência da República, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o Ministério da Justiça e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) no Brasil.

O "Mapa da Violência 2015 – Mortes Matadas por Armas de Fogo" é de autoria do sociólogo Julio Jacobo Waiselfisz. A divulgação do estudo foi feita em parceria pela Secretaria Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude (SNJ), Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) no Brasil e Faculdade Latino Americana de Ciências Sociais (FLACSO).

Nesse estudo, foi constatado que jovens entre 15 e 29 anos são as principais vítimas das mortes por armas de fogo no Brasil. Segundo o Mapa da Violência, 24.882 pessoas nessa faixa etária morreram em decorrência do disparo de algum tipo de arma de fogo, o que corresponde a 59% dos 42.416 óbitos desse tipo registrados em 2012.

Dados mais recentes apresentados pelo Atlas da Violência 2018 explicitam que 33.590 jovens foram assassinados no ano de 2016 e 94,6% desses eram do gênero masculino. Esse número apresenta um crescimento de 7,4% em relação ao ano de 2015.

Somado a essas constatações, o estudo ainda mostra que no ano de 2016 "[...]a taxa de homicídios de negros foi duas vezes e meia superior à de não negros (16,0% contra 40,2%) [...]".

No período de 2006 a 2016 o número de homicídios de pessoas negras subiu 23,1%, sendo que, nesse mesmo espaço de tempo a taxa de pessoas não negras caiu 6,8%. Além disso, o estudo confirmou que "[...] a taxa de homicídios de mulheres negras foi 71% superior à de mulheres não negras [...]"

Portanto, constata-se um quadro preocupante no que diz respeito aos direitos humanos da juventude negra e periférica e se faz urgente a construção de estratégias para a garantia do direito à vida e formas de superação das desigualdades estruturais as quais constituem e produzem esse cenário.

Se faz necessário questionar então, qual é, de fato, a garantia de direitos em

políticas de Estado que vêm sendo desenvolvidas para buscar a superação desses problemas estruturais? Além disso, o que a psicologia como ciência e as psicólogas em seu campo de atuação vêm desempenhando na construção de sua práxis como forma de enfrentamento a essas questões?

3. DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Destaca-se que não se tem o objetivo de realizar um recorrido histórico e filosófico sobre a trajetória e conceito de Direitos Humanos, por isso, serão apresentados alguns pontos específicos considerados relevantes e importantes para a apresentação o debate ao qual esse artigo se propõe.

Para iniciar é necessário salientar que foi em 10 de dezembro de 1948, através da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que ocorreu um dos grandes marcos significativos na história e luta pela afirmação dos direitos humanos. Reunindo em Paris diversos atores sociais de diferentes origens culturais e jurídicas, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução 217 A (III) como ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações. (ONU,1948)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos somada a outros documentos importantes (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Aliado a isso, também foram discutidos e elaborados outros tratados internacionais e instrumentos os quais expandem a estrutura do direito internacional e dos direitos humanos até o presente momento.

Portanto, esse conjunto de tratados, princípios e outras modalidades do Direito tem o objetivo de que:

> *"[...]cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter acional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios*

> *Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição." (ONU,1948)*

A legislação dos direitos humanos obriga os Estados a atuarem dentro de uma determinada ótica e forma, proibindo envolvimento em determinadas atividades. O objetivo é a garantia legal dos direitos humanos, buscando a proteção de pessoas ou grupos no enfrentamento a ações que interfiram nas liberdades fundamentais e na dignidade humana.

Piovesan (2005) expõe que a partir de 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, se inaugura o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Portanto:

> *O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Esse sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais dos direitos humanos, fixando parâmetros protetivos mínimos. (Piovesan, 2005, p.45)*

No contexto brasileiro, a Constituição de 1988 é um marco histórico e de consolidação da participação e construção popular democrática de um novo conjunto de leis elaboradas após o período ditatorial.

Segundo Sacavino (2008) a denominada "Constituição Cidadã" além de um instrumento jurídico legítimo de efetivação e consagração das lutas por justiça social e proteção da dignidade humana foi "[...] foi a expressão dos anseios de liberdade e democracia de todo o povo [...]" e "[...] o elo que fecha e articula essa transição entre o período ditatorial e a nova etapa de construção democrática[...]"

Portanto, a autora postula que a "Constituição Cidadã" é formada por artigos baseados na tarefa da construção de uma sociedade mais livre e justa a qual busca proteger os direitos humanos, reconhecendo a dignidade da pessoa humana no contexto brasileiro.

A seguir, a autora destaca o as dificuldades enfrentadas na tentativa de

conciliação entre crescimento econômico e desenvolvimento social, expondo as contradições e limites históricos da implementação de políticas as quais efetivassem integralmente a realização dos direitos humanos.

Contudo, alguns notáveis importantes avanços no campo jurídico da sociedade civil promoveram a garantia dos direitos humanos na sociedade brasileira a partir da década de 90 através da criação de políticas públicas que visavam estruturar ações do Estado, principalmente no campo do direito a diferença. Entre esses avanços estão: a criação de uma Comissão de Direitos Humanos, Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), a Secretaria de Estado de Direitos Humanos e a promoção das Conferências Nacionais de Direitos Humanos para elaboração dos Planos Nacionais de Direitos Humanos.

É nesse movimento contraditório e de luta de forças e, por que não, de classes, que os Direitos Humanos e as Políticas Públicas seguem como um campo de tensionamento e de disputa de interesses dentro do Estado brasileiro. Dessa forma, ao mesmo tempo que são inegáveis os avanços conquistados nesse campo, certas questões alarmantes demandam esforços urgentes dos mais variados atores sociais a fim de criar novas ferramentas de superação de condições subjetivas e objetivas que atentam cotidianamente aos direitos sociais e políticos e a dignidade humana.

As contradições presentes no processo histórico também constituem o momento e forjam a estrutura de funcionamento atual das instituições e das relações sociais, por isso, é importante atentar-se aos movimentos e as tensões de forças distintas que constituem o processo. Não pode ser diferente quando se fala da construção e desenvolvimento dos direitos humanos, das políticas públicas e da psicologia.

Portanto, a seguir serão apresentadas exposições que fornecem elementos para uma compreensão histórica mais aprofundada e crítica no que diz respeito a garantia de direitos, surgimento das políticas públicas para, posteriormente discorrer acerca da importância da presença da psicologia nesse. Para tal, será feito o uso dos conceitos produzidos por Gonçalves (2010) no livro "Psicologia, subjetividade e políticas públicas" com o auxílio pontual de outros autores ou autoras que dialoguem com essa perspectiva.

Por meio do olhar minucioso para a história, o funcionamento social e a estrutura material de cada contexto se constroem a possibilidade da realização de novas práticas que possibilitem a constante problematização desse fenômeno específico e as potenciais estratégias de mudança que serão desenvolvidas. Quando identificamos uma questão a qual nos remete a objetividade do problema, deve-se olhar tanto para o contato com

esse fato, quanto problematizar a origem dessa.

O panorama atual da sociedade brasileira também se concretiza como consequência de uma história de desigualdade social que é estruturada, desenvolvida e mantida pelo sistema capitalista e suas relações. Esse, por sua vez, coloca o Estado, por meio do poder do capital, a seu serviço, utilizando-o como ferramenta de manipulação, manutenção e execução de seus pressupostos.

O sistema do capital, em sua essência, prevê a liberdade econômica e a independência do mercado em relação ao Estado, predominando a ideologia do liberalismo tanto no âmbito estritamente econômico quanto no papel das instituições e das pessoas. Portanto, nesse sistema, toma-se a máxima liberdade capitalista como princípio de constituição de todos os setores da sociedade. (Gonçalves, 2010)

Sabe-se que o sistema capitalista entra constantemente em crises desde seu início e é por meio dessas, principalmente em sua fase inicial, que se iniciam os processos de lutas pelos direitos dos trabalhadores. Isso se concretiza quando esses direitos e as políticas públicas sociais passam a ser responsabilidade do Estado devido ao fracasso da regulação natural da sociedade por meio do mercado (prevista pelo sistema capitalista) na tentativa de compensar a exclusão da população que não se adaptou a essa estrutura.

Entretanto, a desigualdade e a exclusão sociais sempre foram crescentes e cada vez mais explicitadas em diversos contextos. Sendo assim, a partir do início do movimento operário, surge a possibilidade da afirmação da individualidade e da ampliação da concepção dos direitos dos cidadãos. Como expõe:

> *O início da organização do movimento operário, já em meados do século XVIII, trouxe à cena outros elementos, os quais vão possibilitar, cada vez mais, a ampliação da noção de direitos. Os direitos individuais, proclamados no processo de ascensão da burguesia, inicialmente como direitos civis e a seguir como direitos políticos dentro da concepção burguesa de democracia, estabelecem, contraditoriamente, a possibilidade de uma nova experiência subjetiva (ter direitos) e a afirmação ideológica do individualismo liberal, base de sustentação da concepção de sociedade vigente (Gonçalves, 2010, p.*

38)

A autora ainda expõe que esse processo, iniciado pela luta do movimento operário e na afirmação dos direitos individuais, perpetuou-se por meio dos séculos seguintes, trazendo o protagonismo do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos. Em um segundo momento desse processo histórico, após a afirmação da individualidade e, consequentemente, dos direitos individuais, nota-se o surgimento dos direitos políticos, devido a consolidação do capitalismo e o crescimento das pressões da burguesia pela democracia, contudo, uma democracia de ordem burguesa. O que segue, após um grande período, é o surgimento das reivindicações dos trabalhadores por um conjunto de direitos sociais, que passam a evidenciar a luta de classes e questionar as contradições estruturais da sociedade capitalista, lutando pelos interesses dos trabalhadores em contraposição a hegemonia da garantia dos direitos estritamente à burguesia.

As disputas e conquistas avançam pelo século XIX e algumas revoluções apontam para a ampliação dos direitos sociais e políticos, personalizando uma luta dos trabalhadores com ideais socialistas, apresentando assim, uma proposta contrária ao modo de organização da sociedade capitalista. E o que se segue perpetuando são embates ideológicos e políticos que evidenciam a luta de classes por meio da luta por direitos políticos e sociais. Conforme conclui:

> *O que se vai configurando de maneira cada vez mais clara nesse processo é a necessidade de garantir os direitos sociais por lei, tornando o Estado responsável por sua implementação, num embate que revela, além da oposição burguesia-proletariado, diferentes concepções dentro do movimento operário, com consequências que avançam pelo século XX. De qualquer modo, a luta pelos direitos sociais é incorporada pelo movimento operário como forma de se opor aos interesses capitalistas e ampliar o campo de ação dos trabalhadores, o que é favorecido, contraditoriamente, pela expansão do modo de produção capitalista (Gonçalves, 2010, p. 43)*

A partir disso, em alguns lugares do mundo, nota-se outro papel do Estado na relação com a sociedade, produzidas por meio de formulações de políticas sociais. Países como Alemanha, Grã-Bretanha, Estados Unidos e Rússia representam o início dessa diferente relação, apresentando, por exemplo, políticas de seguros sociais, arrecadações fiscais para sustentar operários incapacitados, instituição de um salário-mínimo, diminuição da jornada de trabalho, subvenção do Estado em alguns setores de produção, entre outros.

Essas conquistas só foram possíveis devido a inúmeros fatores políticos, sociais e econômicos e, o Estado, nesse período, passa a acumular funções e atuações mais complexas e tem o objetivo da garantia do equilíbrio da sociedade, regulando a garantia da distribuição da produção e o bem-estar dos indivíduos. Pode-se caracterizar esse como o Estado do bem-estar social que, por meio do dinheiro público, busca a implementação de direitos sociais com a garantia de um acesso universal.

Após seu reestabelecimento e o surgimento de uma nova concepção econômica e política, a economia capitalista passa a se efetivar por intermédio de um "novo modelo", o qual persiste hegemonicamente até os dias atuais, o denominado neoliberalismo.

Como postula Singer (2003), o neoliberalismo é umbilicalmente contrário ao estado do bem-estar social porque seus valores individualistas são incompatíveis com a própria noção de direitos sociais, ou seja, direitos que não são do homem como cidadão, mas de categorias sociais e que se destinam a desfazer o veredicto dos mercados, amparando os perdedores com recursos públicos, captados em grande medida por impostos que gravam os ganhadores.

A partir da consolidação dessa concepção, o Estado passa assumir uma posição e uma responsabilização totalmente contraditória, representando tanto os interesses capitalistas de acúmulo de capital quanto os interesses dos trabalhadores na garantia de direitos sociais e políticos.

Ao olhar para esse panorama que está posto, sustentado atualmente pelo neoliberalismo, que desde a crise do capitalismo de 1970 é consolidado como modelo econômico e político, faz-se necessário compreender que a responsabilidade e a decisão final sobre a mudança das estruturas vigentes estão na ação do Estado sobre a sociedade. É esse que tem o poder de desenvolver e garantir a implementação de projetos que possibilitem as transformações das injustiças construídas historicamente, por meio de ações que identifiquem as necessidades da sociedade e sejam protagonistas da promoção da equidade e universalidade dos direitos e das políticas.

Ainda no livro "Psicologia, Subjetividade e Políticas Públicas", Gonçalves (2010), com o objetivo de ilustrar a estrutura do sistema econômico e político atual, recorre a Faleiros (2000) e postula que podemos entender o sistema capitalista como inconsistente, principalmente em seu processo de construção atual. Discute também que essa estrutura neoliberal tem de ser enfrentada, para que as condições de crescente desigualdade e exclusão social não sejam esquecidas e perpetuadas. Dessa forma, a inserção social, por meio de políticas públicas sociais, passa a ser um conceito-chave para a tentativa de solução do problema.

Além disso, faz-se necessário defender a construção de políticas sociais como sendo políticas públicas, a fim de recuperar a essência da noção de cidadania e impossibilitar sua apropriação por parte do mercado e seus interesses.

4. PSICOLOGIA E POLÍTICAS PÚBLICAS

Uma vez que historicamente se construiu na figura contraditória do Estado o principal agente garantidor e promotor da justiça social e do combate as desigualdades estruturais é possível prever que a promoção e efetivação dos direitos humanos ou da própria Constituição não está integralmente garantida. Por isso em publicação realizada pela Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal de Psicologia, Esther Maria de Magalhães Arantes postula que:

> *Embora constando formalmente da Constituição Federal e de pactos, declarações e convenções internacionais, na prática, a promessa de uma vida melhor para todos não se concretizou. Direitos básicos, como a vida, não têm sido assegurados, particularmente em relação a determinados grupos da população. Segundo estatísticas do IBGE, observa-se, a partir dos anos 1980, o peso crescente das causas externas sobre a estrutura da mortalidade por idade, afetando principalmente os adolescentes e jovens do sexo masculino, na faixa etária entre 15 e 19 anos. Esses índices chegam a aproximadamente 70% das mortes nessa faixa etária, em muitos estados brasileiros. Daí o*

> *entendimento de que a questão dos direitos humanos deve ser entendida na perspectiva não de uma lista pronta, onde estariam enumerados os direitos, mas na perspectiva de luta por direitos, de direitos a serem conquistados. (CFP, 2003, p.20-21)*

Dado um modelo de sociedade neoliberal com hegemonia do capital e de absolutização do mercado, a aceleração da vida e o aumento do número de demandas aos quais os seres humanos têm de responder acabaram por tornar a vida e a morte desses uma condição extremamente problemática e complexa. Por isso, torna-se fundamental não mais somente problematizar o que são os direitos humanos, mas também o que é o humano nesse contexto sócio histórico delimitado. Portanto, para isso, é necessário criticar e transformar a própria psicologia. (CFP, 2003)

Dessa maneira, reconhecendo o papel do Estado como principal responsável pela formulação de estratégias que caminhem para a superação dessa condição social, a inserção da psicologia nesse campo mostra-se fundamental. Gonçalves (2010), por meio de alguns conceitos já apresentados da psicologia sócio-histórica e o método materialista histórico e dialético, aponta algumas propostas que propõe uma reflexão acerca das possiblidades de atuação, a partir da psicologia, que tenham como objetivo final essa superação. Além disso, defende, por meio desse olhar crítico e do posicionamento da psicologia perante as questões sociais, a compreensão da necessidade, no contexto atual, da construção de políticas sociais como sendo políticas públicas.

Retomando os conceitos da psicologia sócio-histórica, compreende-se o sujeito como ativo, histórico e social e sua subjetividade se dá no processo dialético entre esse sujeito e seu meio social. Portanto, compreender a dimensão subjetiva na construção das políticas públicas, é compreender o indivíduo, porém, sem deixar de atentar-se a compreensão do coletivo, do grupo, das relações e dos processos sociais e históricos que, por conseguinte, são constituídos e constituem a subjetividade de cada sujeito.

A concepção crítica supracitada busca a superação da dicotomia indivíduo–sociedade na compreensão do sujeito de direitos como foco das políticas públicas, enfatizando a constituição da subjetividade dada em um processo dialético, superando as proposições e conceituações de sujeitos genéricos, universais e a-históricos. Sendo assim, propõe-se a construção de políticas públicas que compreendam as necessidades e os direitos como gerais e

específicos, políticos e sociais, tomando esses indivíduos como ativos nesse processo por meio de sua participação na construção dessas políticas.

Contudo, a inserção do olhar crítico e posicionado da psicologia no Brasil é recente e, para a sua compreensão, faz-se necessário expor que, em um panorama geral, a psicologia no Brasil caracterizou-se historicamente por uma atuação predominantemente elitista, afastada da compreensão histórica e, portanto, das necessidades brasileiras, dificultando o acesso da população aos serviços oferecidos por essa profissão. Dessa forma, Gonçalves (2010) delimita a inserção da psicologia nas políticas públicas como ausência presente e presença ausente e defende uma psicologia crítica constituindo uma presença presente da profissão nessa área.

Gonçalves (2010) postula que a ausência presente da psicologia no campo das políticas públicas e sociais, dada em um primeiro momento histórico, se constituiu dessa forma graças a uma participação indireta da profissão nesse campo, determinada por condições históricas e concepções predominantes da psicologia.

No que diz respeito as condições históricas é importante salientar que até a década de 1960, na presença até então de um Estado populista e autoritário, a psicologia não era regulamentada como profissão e, portanto, se inseria nas instituições sociais, como saber secundário, auxiliando principalmente a medicina e a educação.

Além disso, as concepções predominantes da psicologia na época eram: a psicologia como uma ciência neutra, um saber que poderia ser utilizado em qualquer situação; o psicólogo como técnico ou especialista, os quais eram responsáveis pela produção de um conhecimento que daria suporte a outras ciências mais consolidadas; teorias que naturalizavam os fenômenos psicológicos, buscando explicações e ações normalizadoras dos indivíduos a fim de adaptar esses a sociedade; a psicologia não tinha o papel de produzir conhecimentos específicos para cada situação, sua prática se reduz à aplicação de conceitos e formulações já produzidos.

O que se dá adiante na construção histórica do Brasil é o que Gonçalves (2010) denomina como presença ausente da psicologia nas políticas públicas e sociais. Esse movimento inicial de mudança na atuação do psicólogo no Brasil surge dentro do período de Ditadura Militar, no qual uma parcela da categoria, descontente com o compromisso histórico da psicologia com as elites e com a desresponsabilização da profissão perante uma sociedade injusta e desigual, propõe-se a discutir a situação da psicologia e do seu lugar na sociedade brasileira da época.

Essa parcela de psicólogas passa a construir novas propostas de inserção na sociedade por meio de concepções que buscavam a transformação social, intervindo para a superação das opressões e das desigualdades. Dessa forma, novas perspectivas e intervenções passam a ter a possibilidade de construção e são colocadas em prática, como por exemplo, a estruturação da psicologia comunitária, a inserção dos psicólogas na educação popular e nos movimentos da luta antimanicomial.

Portanto, o que se segue, muito em função da estrutura democrática e progressista da Constituição de 1988, é uma presença gradativa da psicologia no campo social e nas políticas públicas, buscando construir conhecimentos e práticas dentro dos setores públicos, compreendendo a realidade brasileira e adequando essas concepções do trabalho aos contextos que esses profissionais estão inseridos. Pode-se dizer que, por meio dessa nova inserção, o objetivo passa a ser preparar o profissional para formular, executar e avaliar as políticas públicas e, além disso, compreender a importância dessas na transformação da sociedade e na construção de sua profissão.

Diante disso, Gonçalves (2010) destaca alguns pontos que justificam a necessidade da atuação da psicologia nas políticas públicas de uma forma crítica e posicionada que, na verdade, já passa a ser uma primeira concepção ideal de atuação nessa área, pelo surgimento da possibilidade de superação da neutralidade das psicólogas perante a realidade brasileira. Portanto, a produção subjetiva deve incluir direção, escolha e posicionamento.

É por meio desse posicionamento que as psicólogas devem ter a compreensão do sujeito como sendo integral, reconhecendo dessa forma, todos os seus direitos e necessidades no contexto da sociedade brasileira, atuando e auxiliando na construção de políticas públicas que contemplem a totalidade das demandas de todos os indivíduos da sociedade em sua integralidade. Reconhecendo dessa forma que as políticas públicas são para todos e para cada um, pois todos possuem uma subjetividade que é construída constantemente no coletivo e historicamente.

Essa visão é diretamente embasada na concepção de direitos, uma conquista histórica brasileira a qual surge na direção do reconhecimento das desigualdades sociais para concretizar a possibilidade de sua superação, que é dada por meio da construção de políticas públicas, reconhecendo o sujeito de direitos como detentor desses e parte real e efetiva da sociedade.

5. PSICOLOGIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS HUMANOS

Portanto, na busca para estabelecer interfaces entre os campos já apresentados anteriormente com suas respectivas trajetórias, complexidades e necessidades se faz necessário construir elos entre esses na tentativa de compreensão da totalidade do fenômeno a ser discutido: como a psicologia, em conjunto com outros campos do conhecimento, pode construir uma atuação baseada nos pilares dos Direitos Humanos nas políticas públicas diversas nas quais está presente. Além disso, fundamentando a presença das profissionais de psicologia nas políticas públicas como afirmação e promoção dos Direitos Humanos na busca por sua universalidade.

Para tal, recorre-se a Sacavino (2008) que postula que a construção de uma cultura de direitos humanos e processos que afirmem e desenvolvam essa é um desafio permanente dentro da sociedade brasileira, uma vez que essa é constituída e baseada em lógicas e práticas autoritárias e de perpetuação de privilégios. Logo, essa problemática traz a necessidade de superação de outro desafio, que se dá na articulação entre direitos de igualdade e direitos da diferença. Conforme afirma:

> *Atualmente não podemos falar de igualdade sem incluir as questões relativas à diversidade, nem se pode falar da diferença dissociada da afirmação da igualdade. A igualdade não se opõe à diferença e sim à desigualdade. (Sacavino, 2008, p.7)*

Marcus Vinícius de Oliveira Silva, coordenador da publicação feita pela Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal de Psicologia "Os Direitos Humanos na Prática Profissional dos Psicólogos" (2003), também destaca que o desenvolvimento de uma cultura de direitos humanos na sociedade brasileira é uma tarefa gigantesca a qual necessita de união de todas as forças progressistas presentes e existentes. Ainda expõe que:

> *A afirmação dos direitos humanos como um patamar ético que deve mediar o relacionamento entre todos os "sócios" que constituem essa "sociedade" esbarra, no caso*

> *brasileiro, no desafio da superação do abismo das desigualdades que separam os grupos sociais privilegiados, da imensa massa dos deserdados dos benefícios que uma sociedade industrial relativamente desenvolvida já torna disponível. (CFP, 2003, p.6)*

Contudo, o autor propõe que é preciso olhar para além das questões objetivas que constituem esse fenômeno, sendo indispensável atentar-se para as questões pertinentes a subjetividades sociais presentes nesses processos de construção da cultura dos direitos humanos.

As ideias, valores, sentimentos e atitudes são pilares que constituem, tanto a promoção dos direitos humanos, quanto suas violações, dessa forma, observa-se a importância de colocar no campo de análise a dimensão subjetiva que faz parte de todo esse processo. Portanto, o autor reforça que além do exercício cotidiano da cidadania cabe um posicionamento e um papel ativo das profissionais de psicologia e da própria ciência no que diz respeito a compreensão dos processos subjetivos que constituem, tanto a promoção e garantia dos direitos humanos, quanto suas violações ou tentativas de aniquilação e invalidação desses.

Por essas condições supracitadas é que se deve olhar criticamente para a quais teorias e práticas vêm sendo afirmadas e desenvolvidas pela psicologia a fim de investigar suas inclinações, intenções, com qual parte da sociedade essa se compromete e para qual está colocando seus saberes a disposição. A seguir(coloca uma questão fundamental acerca das psicólogas, indagando: "[...]Até que ponto eles se identificam com a ampliação dos direitos e das autonomias dos sujeitos e dos grupos sociais e, até que ponto eles se colocam na contramão, suscitando o preconceito, patrocinando a discriminação e mantendo o status quo?[...]" (CFP,2003)

Dessa forma, com o objetivo de construir saberes e práticas orientados a transformação cabe a profissional de psicologia, além do papel ativo como cidadão previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e na Constituição Federal Brasileira de 1988, exercer o compromisso ético político atrelado aos documentos internacionais e nacionais que está previsto no Código de Ética Profissional da/o Psicóloga/o (2005). Mais especificamente nos Princípios Fundamentais é sustentado que:

> *I. O psicólogo baseará o seu trabalho no respeito e na promoção da liberdade, da dignidade, da igualdade e da integridade do ser humano, apoiado nos valores que embasam a Declaração Universal dos Direitos Humanos. (CFP, 2005, p.10)*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é base que subsidia as responsabilidades, deveres e direitos da profissional de psicologia em sua atuação. Souza & Pan (2016) destacam que, no atual Código de Ética Profissional da/o Psicóloga/o (2005) está descrita com clareza a preocupação em relação a garantia dos direitos humanos, sendo possível notar a construção de ferramentas e mecanismos estabelecem relações diretas entre a prática das profissionais e as normatizações internacionais. Desse modo, para os autores, no que diz respeito ao Código de Ética Profissional da/o Psicóloga/o (2005):

> *É da dignidade que eles partem e é para a dignidade que eles se dirigem. Por este motivo, abordar destacadamente esta expressão no rol de princípios fundamentais pode carregar o documento normativo do CFP com uma perspectiva progressista e libertária. (Souza & Pan, 2016).*

É em consonância com o posicionamento ético política e os documentos supracitados que a psicologia pode intervir de maneira mais completa e humanizada nas políticas públicas, reconhecendo a dimensão subjetiva dos fenômenos sociais, compreendendo essa não somente como um aspecto psicológico, mas como a afirmação do ser humano como sujeito que possui uma subjetividade calcada em sua relação dialética com o mundo e, além disso, considerando o processo histórico pelo qual essa subjetividade foi forjada.

Pelo dito anteriormente, é urgente a psicologia também na formação de sua práxis um reconhecimento da história e da diversidade nos processos de construção de políticas públicas no Brasil, compreendendo as diferenças de interesses entre indivíduos e setores da sociedade e embasando essas no conceito de historicidade dos fenômenos. Dessa forma, o que a autora propõe é a compreensão dos processos que resultam nas diversidades por meio de seu caráter histórico de constituição a fim de entender e situar esses fenômenos

em sua gênese histórica. (Gonçalves, 2010).

Além da importância da historicidade como categoria de análise fundamental na compreensão da totalidade dos fenômenos, se faz necessário romper com teorias e práticas "importadas acriticamente" para a construção de uma psicologia comprometida com a transformação da realidade desigual, mantida historicamente não só no Brasil, mas como em toda a América Latina. Desse modo, é preciso construir práticas que dialoguem verdadeiramente com as questões objetivas e subjetivas que constituem o sofrimento cotidiano e histórico das maiorias populares. Logo:

> *A verdadeira objetividade não é aquela que se conforma em destacar as lamentáveis realidades de nossos povos, mas aquela que, a partir da perspectiva das maiorias, contribui para abrir o horizonte de uma história distinta, de uma realidade por fazer (Baró, 1985)*

Esse posicionamento crítico leva a reflexão acerca de qual prática as psicólogas estão desempenhando dentro das políticas públicas, sejam elas voltadas para a juventude ou não. O que se nota, muitas vezes, são práticas estritamente técnicas e naturalizadoras, as quais não reconhecem a dimensão subjetiva das desigualdades sociais, advindo de teorias construídas por ideologias hegemônicas que reduzem a compreensão da subjetividade, patologizam e despotencializam o ser humano que está em frente a esse profissional, pois as práticas hegemônicas se apropriam das relações que constituem a realidade da população brasileira.

Quando se fala de construção de práticas produzidas por meio de teorias críticas e descolonizadas, as quais dialoguem com os reais problemas da maioria da população brasileira e latino-americana, é preciso reconhecer também os saberes historicamente invisibilizados dentro da psicologia e em nossa sociedade. Se faz necessário então não só dialogar com a história, mas também com os atores historicamente encobertos e esquecidos pela manutenção dos dispositivos de poder.

Por meio desse diálogo abre-se a possibilidade de construção de uma práxis comprometida ética e politicamente com as maiorias, exigindo das psicólogas uma posição ativa e constante frente as desigualdades e os sofrimentos. Logo:

> *A práxis é antes de tudo, a materialização da angústia do psicólogo em ações concretas de organização e mobilização para a dignificação da existência material, psicológica e espiritual de nossos povos (Cuellar, 2014)*

Atentar-se à construção histórica dos fenômenos pode ser uma das maneiras pelas quais se pode iniciar o processo de desnaturalização dos fenômenos sociais e psicológicos, sendo assim, cria-se a possibilidade de se reconhecer a dimensão subjetiva desses, ou seja, compreender a subjetividade calcada em sua relação dialética entre indivíduo e sociedade. Por meio dessa concepção explícita de sujeito, sociedade e subjetividade, é essencial a convocação do sujeito da intervenção para o protagonismo do processo, reconhecendo o espaço desse na sociedade e no processo de construção das relações e das políticas públicas.

Além disso, é necessário compreender a urgência do desenvolvimento de uma práxis cada vez mais atrelada ao compromisso ético político de transformação das desigualdades presentes no Brasil. A efetivação desses preceitos só será possível por meio do reconhecimento da importância e a afirmação objetiva dos Direitos Humanos na prática cotidiana das psicólogas.

6. CONCLUSÃO

A respeito da estruturação legal da formulação de direitos, nota-se grandes avanços, entretanto, ao olharmos para a garantia e a promoção desses no cotidiano percebe-se uma falta da presença efetiva do Estado. Essa falta pode ser compreendida pela insuficiência financeira nos investimentos em estrutura, tendo em vista a predominância da ideologia neoliberal, que se objetiva por meio do sucateamento das instituições públicas e o fortalecimento das privatizações, do mercado e das instituições privadas; ou por diversas questões que atravessam as práticas, as quais restringem e dificultam as atuações profissionais, tornando-as normalizadoras, ineficazes e reducionistas.

Em resumo, uma grande parte da juventude brasileira é completa ou parcialmente esquecida pelo Estado, uns mais do que outros, inclusive pela constatação que, dentre os jovens em situação de vulnerabilidade, as políticas públicas contemplam mais aqueles que estão melhores inseridos na sociedade. Dessa forma, essa ineficiência na garantia

e promoção dos direitos se desdobra em diferentes âmbitos da vida da juventude, seja pela falta de acesso à educação, saúde, renda, alimentação, moradia, cultura, lazer, entre outros.

Por intermédio dos dados apresentados, pode-se constatar essas colocações, uma vez que as pesquisas indicam o alto índice de vulnerabilidade dessa faixa etária da população brasileira, com alguns agravantes em relação a diferentes grupos da sociedade, presentes nas diferenças de classe, cor, gênero e território. Pode-se citar que os jovens negros do gênero masculino estão muito mais suscetíveis a homicídios, jovens do gênero feminino tem renda muito menor em relação ao masculino, a população rural dispõe de menos serviços públicos em relação a urbana, dentre outros inúmeros exemplos os quais evidenciam o processo de constituição das desigualdades no Brasil. Essas disparidades estão calcadas na luta de classes, no racismo, machismo entre outros atravessamentos que constituem as situações de vulnerabilidade, humilhação e exclusão sociais, as quais constituem a dimensão subjetiva das juventudes brasileiras.

Quando problematizamos as juventudes no Brasil, uma questão paradoxal apresenta-se. Ao mesmo tempo em que existe uma representação social do jovem com a perspectiva de potencial transformador, questionador e norteador das mudanças, coloca-se também a representação de que esse jovem é potencialmente um gerador de problemas, um sujeito imprevisível, sem total responsabilidade sobre seus atos e que acaba por demandar medidas que contemplem um certo cuidado específico.

Acrescentando a essa representação social do jovem os recortes de classe, raça, gênero e espaço territorial o seu nível de vulnerabilidade social cresce de forma drástica. Portanto, esses jovens, apresentam-se muito mais carentes de políticas que reconheçam sua condição de exclusão e esquecimento e, além disso, políticas sociais que busquem a transformação dessa estrutura perversa.

A criação de políticas públicas voltadas as juventudes brasileiras visando a garantia dos direitos básicos a essa população é mais do que urgente. Além disso, são necessárias políticas de Estado para combater o alto índice de mortalidade de jovens negros e que vivem nas periferias dos centros urbanos. É indispensável que sejam criadas estratégias de combate e superação do modelo de organização estatal que fomenta e mantém o genocídio da juventude negra e periférica no Brasil.

Nesse contexto alarmante de atentados constantes aos direitos humanos a psicologia deve se posicionar frente as atrocidades e a violência estrutural e fundante da sociedade brasileira e latino-americana. Se faz necessário, buscando produzir de maneira

transdisciplinar, tanto no campo teórico quanto prático, criar soluções de enfrentamento as violações de direitos humanos e o sofrimento que a manutenção dos dispositivos de poder construídos historicamente tem causado em nossos povos.

Por meio da formulação e participação na produção de teorias e práticas críticas a psicologia deve atuar por um compromisso social no campo das políticas públicas para o enfrentamento das desigualdades, se responsabilizando e se posicionando. Esse posicionamento ético político emerge a fim de superar a histórica neutralidade da profissão, fruto de um pensamento colonizado que limita e deturpa a compreensão do processo de constituição subjetiva dos indivíduos. Dessa forma, as psicólogas devem participar e serem protagonistas na criação e implementação de políticas públicas e na atuação profissional nessas, trazendo a potencialidade da superação das desigualdades na construção coletiva com a sociedade civil.

Esse compromisso social da psicologia foi construído ao longo do processo histórico da sociedade brasileira e está longe ser uma posição unânime na classe, porém, essa perspectiva em psicologia vem se fortalecendo e se constituindo de outras maneiras desde o surgimento e consolidação da psicologia comunitária e do processo de reabertura democrática do país. É cada vez maior o número de psicólogas nas instituições públicas ou em espaços democráticos de construção de uma psicologia crítica e posicionada, atenta a falência do sistema capitalista e ao sofrimento e humilhação que esse cenário desencadeia na constituição subjetiva dos indivíduos.

Nesse sentido, no que diz respeito a participação das psicólogas nas instituições e nas políticas públicas, ressalta-se a criação do Centro de Referências Técnicas em Psicologia e Políticas Públicas (CREPOP) que nasce com o objetivo de auxiliar no desenvolvimento e manutenção da construção do compromisso social da psicologia. A promoção se dá por meio da sistematização e divulgação de conhecimento de interfaces entre práticas psicológicas e políticas públicas, dando subsídio as psicólogas que atuam no campo e promovendo essa área de atuação e a aproximação dos conhecimentos teóricos com as práticas realizadas nos serviços.

É nesse momento em que a psicologia, conjuntamente com a sociedade civil, deve intensificar seu compromisso social e posicionamento em busca da garantia e promoção dos direitos nos diferentes espaços de atuação na sociedade. As profissionais de psicologia têm o dever ético de voltar sua prática aos princípios fundamentais os quais orientam a profissão no Brasil embasando sua atuação nos pilares da Declaração Universal dos Direitos

Humanos.

Portanto, essa postura deve se objetivar por meio da presença cada vez mais constante de uma psicologia crítica em diferentes espaços de luta, debate e militância, inclusive dentro da atuação nas políticas públicas. Pois, é dessa forma que as psicólogas podem, por intermédio de um posicionamento pautado no enfrentamento às desigualdades e na luta pela garantia da universalidade dos direitos, contribuir para a construção de uma sociedade mais igualitária e justa.

BIBLIOGRAFIA

Aquino, L. Castro, J. A. De; Andrade, C.C. Introdução. In: Juventude e políticas sociais no Brasil - Brasília: Ipea, 2009. P. 23-40.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em: 02 nov. 2018.

Brasil. Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013 - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm. Acesso em: 02 nov. 2018.

Brasil. Presidência da República. Secretaria-Geral. Índice de vulnerabilidade juvenil à violência e desigualdade racial 2014/ Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude, Ministério da Justiça e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. – Brasília: Presidência da República, 2015. Acesso em: 02 nov. 2018.

Cerqueira, D. R. C. et al. Atlas da Violência 2018. Rio de Janeiro: junho de 2018. Acesso em: 05 nov. 2018.

CFP. Código de Ética Profissional do Psicólogo. Conselho Federal de Psicologia, 2005.

CFP. Os direitos humanos na prática profissional de psicólogos. Brasília. Conselho Federal de Psicologia – Brasília, 2003. Disponível em: http://site.cfp.org.br/publicacao/os-direitos-humanos-na-prtica-profissional-dos-psiclogos/. Acesso em: 05 nov. 2018.

CFP, quem é a Psicóloga brasileira? Mulher, Psicologia e Trabalho / Conselho Federal de Psicologia. - Brasília, 2013.

Cuellar, E. B. Para un hombre nuevo, una nueva psicología: la psicología de la liberación. Del Che Guevara a Martín-Baró. In: El Che en la Psicología Latinoamericana. ALFEPSI Editorial Latinoamérica. Bogotá – Colombia, 2014.

Gonçalves, M. G. M. Psicología, subjetividades y políticas públicas, 2010

González Rey, F. Personalidad, sujeto y psicología social. In: Bock, A. M. B.; Gonçalves, M. G. M.; Furtado, O. (org.). Psicologia Sócio-Histórica: uma perspectiva crítica em Psicologia, 2001.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico 2010, 2010. Disponível em: www.ibge.gov.br.

Martín-Baró, I. Crítica e libertação na psicologia: estudos psicossociais/ Ignácio Martín-Baró. Organização, notas e tradução de Fernando Lacerda Júnior. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

Organização das Nações Unidas (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: em: www.onu.org.br. Acesso em: 02 nov. 2018.

Ozella, Sergio. A adolescência e os psicólogos: a concepção e a prática dos profissionais. In: Adolescências construídas: a visão da psicologia sócio-histórica. São Paulo: Editora Cortez, 2003. p. 17-40

Piovesan, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Cad. Pesqui. [online]. 2005, vol.35, n.124, pp.43-55. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004. Acesso em: 08 nov. 2018.

Sacavino, S. B. Educação em/para os Direitos Humanos em processos de democratização: o caso do Chile e do Brasil. Rio de Janeiro, 2008.

Singer, Paul. A cidadania para todos. In: Gonçalves, M. G. M. Psicologia, subjetividade e políticas públicas, 2010, P.53-54.

Souza, D. J. R. & Pan, M. A. G. S. (2016). Os sentidos dos direitos humanos nos códigos de ética da psicologia. Memorandum, 30, 120-147. Disponível em: seer.ufmg.br/index.php/memorandum/article/view/6285. Acesso em: 02 nov. 2018.

UNESCO, Políticas públicas de/para/com as juventudes. – Brasília: UNESCO, 2004.

Waiselfisz, J. J. (2010). Mapa da violência 2010: anatomia dos homicídios no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari. Acesso em: 02 nov. 2018.

Waiselfisz, J. J.; Secretaria Geral da Presidência da República; Secretaria Nacional de Juventude (SNJ); Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) no Brasil e Faculdade Latino Americana de Ciências Sociais (FLACSO) Mapa da violência 2015: anatomia dos homicídios no Brasil,2015.

O PROJETO DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O AUTORITARISMO: O COLAPSO DA ORDEM DEMOCRÁTICA COMO EXPRESSÃO DE SUA NATUREZA ÚLTIMA

THE BRAZILIAN DEMOCRATIC-CONSTITUTIONAL PROJECT AND AUTHORITARIANISM: THE COLLAPSE OF THE DEMOCRATIC ORDER AS AN EXPRESSION OF ITS ULTIMATE NATURE

Caio Luis Prata[1]

Gabriel Coimbra Rodrigues Abboud[2]

RESUMO:

O presente trabalho se desenvolve a partir de uma percepção crítica do atual cenário sócio-político nacional, levando em consideração à formulação de sua proposta, o crescimento irrefreado de um discurso autoritário e antidemocrático, além dos contínuos ataques institucionais à integridade da ordem constitucional de 1988 e seu projeto. Sobremaneira, através de revisão bibliográfica, esse artigo pretenderá perscrutar as determinações causais de tal fenômeno, valendo-se, para tanto, de constructos teóricos de matriz marxista, a fim de relacioná-lo com o funcionamento e constituição do próprio Estado, do Direito e, por óbvio, da economia. No desenvolvimento de tal reflexão, o trabalho será divido em três momentos (apartada a introdução), onde serão abordados aspectos considerados como necessários à melhor compreensão do tema. Tais aspectos são, respectivamente: o processo de edificação do projeto constitucional-democrático brasileiro, com a delimitação de seus contornos próprios; A análise do atual cenário vivenciado pelo país e; A abordagem crítica do Estado e do Direito. Por fim, ao término da pretendida articulação conceitual, se buscará aplicar o material aquiescido ao quadro geral que embasa a pesquisa, a fim de decifrar as razões que o condicionam.

PALAVRAS-CHAVE: Redemocratização. Constituição Federal. Poder Judiciário. Ordem Capitalista.

[1] Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo da Academia Paulista de Direito (CIDHSP/APD).

[2] Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP).

ABSTRACT:

The present work develops from a critical perception of the current national socio-political scenario, taking into consideration, therefore, the formulation of its proposal, the unrestrained growth of an authoritarian and undemocratic discourse, in addition to the continuous institutional attacks on the integrity of order Constitution of 1988 and its project. Above all, through bibliographical review, this article intends to examine the causal determinations of this phenomenon, using theoretical constructs of Marxism, in order to relate it to the functioning and constitution of the State itself, the law and, of course, the economy. In the development of such reflection, the article will be divided into three initial sections (apart from the introduction), which will address aspects considered here as necessary for a better understanding of the theme. These aspects are respectively: the process of building the Brazilian constitutional-democratic project, with the delimitation of its own contours; The analysis of the current scenario experienced by the country and; The critical approach of the State and Law. Finally, at the end of the intended conceptual articulation, one will try to apply the material acquiesced to the general framework that bases the research, in order to decipher the reasons that condition it.

KEY WORDS: Redemocratization. Federal Constitution. Judicial Power. Capitalist Order.

INTRODUÇÃO

A promulgação de nossa atual Constituição da República, em 05 de outubro de 1988, transpassa a história nacional como um ponto chave no processo de reconstrução da ordem democrática. Assim sendo, como afirma Piovesan (2008, p. 96), "a Carta de 1988 pode ser concebida como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos Direitos Humanos no Brasil".

O texto, num impulso reativo ao período autoritário que o precedera, se funda numa tônica humanista, socialmente referenciada e comprometida, em tese, com a criação de mecanismos normativos que viabilizem a participação popular na política.

Tal compromisso, buscando a tutela de diversas liberdades e uma igualdade efetiva, engendra a previsão de uma série de garantias fundamentais, vinculadas à realização da dignidade humana.

Exige, como premissa, portanto, o perfazimento de um modelo econômico igualmente democrático, que conduza à homogeneidade social, vez que condição material à

realização de sua aspiração política.

Todavia, 30 anos após seu nascimento, temos acompanhado a promoção de diversas reformas voltadas a estabelecer políticas financeiras cujas previsões, na maneira como têm sido propostas, obstam à democratização da economia, a fim de garantir metas monetárias abaloadas por uma específica opção política, destinada a favorecer interesses privados (BERCOVICI; MASSONETTO, 2007, p. 71).

Ainda, paralelamente, se articula uma mentalidade autoritária e retrógrada, capaz de se expandir e infestar as estruturas do Estado, compondo um discurso social correlato com alto potencial agregador.

Outrossim, num fluxo de muitas faces, crises concomitantes parecem atuar, o que resulta no desgaste do projeto democrático brasileiro, colocando-o em xeque e nos fazendo confrontar o velho fantasma do fascismo, que nunca parece haver nos deixado.

Diante desse quadro prévio, a indagação que moverá as linhas seguintes, basicamente, é: Quais as razões determinantes do processo de ataques à ordem democrática nacional e, na mesma direção, direitos sociais por ela consagrados?

Para tentar respondê-la, nos valeremos de construtos teóricos de matriz marxista, em especial dos conceitos de "Forma-política" (MASCARO, 2016) e de "Forma-jurídica" (PACHUKANIS, 2017).

Através de tal norte, buscaremos compreender se o fenômeno apreendido e brevemente descrito possui relação com o *modus operandi* do sistema capitalista, no que tange a maneira como se constroem as instituições que lhe são próprias.

Nos valeremos, visando alcançar tal objetivo, de uma abordagem explicativa, contida em pesquisa qualitativa calcada, fundamentalmente, em revisão bibliográfica e análise documental (REGINATO, 2017), tendo por objeto textos que possam reproduzir momentos chave tanto para a compreensão do momento atual, quanto de suas razões determinantes.

Para fins didáticos, o artigo foi organizado em três momentos, organizados numa ordem que viabilize o desenvolvimento de um fio condutor compatível com o raciocínio contido neste trabalho, o qual será arrematado ao fim.

De início, será traçada uma análise do processo de redemocratização pelo qual o Brasil passou após o fim do regime militar, tomando por seu marco, justamente, a promulgação da Constituição Federal, em 1988. Logo, nessa primeira oportunidade, o trabalho se inclinará a perscrutar os elementos que melhor caracterizam o texto constitucional,

analisando seu processo histórico de elaboração, bem como sua estrutura[3].

Na sequência, já traçado o panorama inicial, o presente escrito buscará descrever o cenário atual, selecionando aqueles pontos compreendidos, por nós, como centrais à sua adequada compreensão e caracterização.

Somente então, enfim, será exposta a construção teórica crítica à natureza do Estado e do Direito, para que, em seguida, com vistas a esse horizonte, sejam articulados todos os elementos apresentados ao longo das páginas aqui dispostas, conformando a visão oriunda desse esforço intelectual.

I – A CONSTRUÇÃO DO PROJETO CONSTITUCIONAL-DEMOCRÁTICO BRASILEIRO E SUAS TENDÊNCIAS.

A expressão da forma-jurídica estatal em parâmetros identificados, tradicionalmente, enquanto democráticos, está, de maneira muito íntima, vinculada ao Direito, expressando seus movimentos mais próprios através dos termos e limites jurídicos.

Nem Estado e nem Direito, porém, existem como dados abstratos, descolados da realidade. Em verdade, só surgem por sobre os escombros da história, forjados no interior de seus conflitos.

Assim sendo, os instrumentos normativos utilizados à conformação dos Estados Nacionais contemporâneos, como são as constituições, precisam ser enfrentados como muito mais que meros documentos legais.

Em verdade, transcendem os adstritos limites da norma, apresentando-se, como afirma Jackman (1992, p. 304), com altíssima carga simbólica e ideológica, que revela "tanto quem somos, enquanto sociedade, quanto quem nós gostaríamos de ser".

Logo, a necessidade de compreender o contexto e as tendências históricas que precederam a abertura de um período pretensamente democrático no país se impõe, antes de tudo, como uma necessidade científica, superando os limites da mera conveniência didática.

Ocorre que tal recuo temporal implica no contato com máculas insuperáveis de nosso passado, cuja atenção é imprescindível à compreensão dos obstáculos que nos são impostos no presente.

[3] A utilização da expressão "democrático-constitucional", ao longo do trabalho, foi escolhida não apenas em referência à natureza constitucional da democracia brasileira, mas, também, como referência à posição central que a carta política ocupa nas narrativas históricas que forjaram as condições de seu nascimento.

Fazemos referência, com tanto, ao fato de a Constituição da República de 1988 possuir, em sua gênese, as marcas do regime ditatorial civil-empresarial-militar que assolou a nação por duas décadas, com torturas, perseguições políticas e diversas outras violações dos Direitos Humanos.

Sem dúvidas, as tensões então existentes no tecido político-social tiveram um papel fundamental em sua elaboração, imprimindo em suas linhas os conflitos que moviam a sociedade da época.

Compreendemos, justamente por isso, ser conveniente uma breve menção ao cenário político-econômico que se desenhava à época da decadência ditatorial, a fim de introduzir as reflexões aqui propostas para que possamos formular, com inteireza, a imagem do lugar ocupado pela "Constituição cidadã" no corpo social.

Para tanto, tomamos à análise o governo de João Baptista Figueiredo, último militar a ocupar o posto de presidente da República e responsável pela condução do regime quando o mesmo já definhava, dando claros sinais de seu esgotamento.

I.I – TOGAS E TANQUES: A DEMOCRACIA SOB BAIONETAS.

No final dos anos 70 e início dos anos 80 do século passado, o Brasil padecia com as convulsões econômicas constantes que lhe estremeciam o corpo, fazendo-o amargar a conta do chamado "milagre econômico". Experimentava – de maneira avassaladora – a dissolução da força condutora do governo e, também, o engodo da gestão econômica militar.

Moribundo, o modelo político autoritário também enfrentava as condições desfavoráveis do mercado internacional que, em razão da crise do petróleo de 1973, atravessava uma maré baixa.

Como reflexo, o achatamento dos salários, o aumento da desigualdade social e o crescimento galopante da dívida externa, ao redor da qual gravitada a política de desenvolvimento nacional, compunham a marcha fúnebre dos generais trajados a verde-oliva.

Tal colapso entregava à Figueiredo um cenário de desintegração, onde não apenas a inflação ultrapassava a casa dos 200% (GUALDA, 2014, p. 51), como também, o governo demonstrava ser incapaz de responder aos anseios da sociedade.

A situação, porém, não era imprevista por aqueles que ocupavam o poder, que há alguns anos vinham se preparando para o processo de reconstrução do Estado Brasileiro, de modo a planejar sua integração na construção da democracia que se avizinhava.

Sob as baionetas, nascia o Estado Democrático de Direito no Brasil. Tímido, ferido e atordoado por eletrochoques, se apresentava como fruto de uma transição "lenta, gradual e segura", como anos antes previu Ernesto Geisel.

A esse respeito, a atuação da ala militar na Assembleia Nacional Constituinte, em 1987-1988, é sintomática.

Demonstrando interesse notável quanto a temas relacionados à vida política nacional, distantes da temática pertinente à limitação de sua competência e à atribuição de suas funções, sua participação procurou se desenvolver nas mais diversas frentes[4].

Propondo pautas referentes ao sistema de governo, à concessão de anistia, etc., a classe buscou conduzir a edificação da democracia brasileira, impedindo que a mesma florescesse, de início, em seu máximo potencial.

Como consequência, a Constituição surge abarrotada de "entulho autoritário", responsável por vincular a legislação às feições dos tempos de chumbo, não os sufocando como deveria e deixando, inclusive, de fixar a subordinação das forças armadas à ordem democrática.

Façamos, para fins ilustrativos da gravidade da situação, um breve exercício comparativo.

A Constituição Espanhola, de 1978, prevê, em seu artigo 8º, a missão das forças armadas como sendo a defesa externa e a proteção dos mandamentos constitucionais e, portanto, do Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, a Carta Maior Portuguesa, no artigo 275, 4, determina a vedação de que as forças armadas se aproveitem "da sua arma, do seu posto ou da sua função para qualquer intervenção política".

A Constituição Federal Brasileira, em seu turno, deixa em aberto, conforme seu artigo 142 – na contramão de suas irmãs –, a possibilidade de que as forças armadas possam ser convocadas à defesa da "lei e ordem", expressão vaga e imprecisa, que se presta, apenas, à fragilização da recém-nascida democracia tupiniquim, dando vazão à articulação de novos possíveis golpes.

---

[4] O "Jornal de Brasília" (HOLLANDA, 1987, p.10), em uma de suas edições, narra tal questão, apontando animosidades geradas por tais episódios: "Não há, porém, como esconder a evidência de que se trata do primeiro e grave confronto político entre os militares e a Constituinte. No meio político já se conhecia há algum tempo as advertências feitas em caráter particular pelos ministros militares de que não aceitariam a anistia nos termos em que fora aprovada por uma das comissões temáticas da Constituinte. O que constituiu surpresa, porém, foi a manifestação do general Leônidas Pires Gonçalves, invadindo outras áreas, como as restrições que fez ao parlamentarismo e às decisões tomadas pela Constituinte no campo social".

Soma-se ao cenário descrito o fato de que, no âmbito das narrativas sociais, não houve, no país, um elemento de ruptura definitiva com o passado autoritário, o que resulta na compreensão de que:

> *A configuração democrática atual como já se revelou foi fruto de "uma concessão dos militares" (Leonardo Barbosa, 2013), com o intuito primordial de refazer a conjuntura política brasileira, mas sempre mantendo as reservas necessárias ao resguardo das parcelas do pensamento ideológico imposto segundo os valores por eles construídos. (LANDIM, 2016, p. 44)*

Evidente, porém, que todo esse quadro não impediu que o texto expressasse os anseios de outros diversos grupos sociais, sendo pródigo, em razão de tanto, na previsão de direitos sociais e garantias individuais.

Inscrevendo a liberdade de manifestação do pensamento, a presunção de inocência, a vedação às penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento ou de natureza cruel, como garantias fundamentais, bem como através da descrição de um amplo rol de direitos sociais, em seu artigo 6º, a Constituição Federal de 1988 é transpassada por um ânimo humanista.

Seu texto é dotado de uma expressiva quantidade de ferramentas e mecanismos jurídicos que possibilitam (em tese) o exercício da humanidade e, portanto, o aprofundamento de uma experiência democrática, fundada na soberania popular.

Contudo, tal aspiração é atada, logo no início, por elementos introjetados em sua própria estrutura por aquelas mesmas forças que impediam seu nascimento, frustrando-o quando de sua ocorrência.

Poder-se-ia, por conseguinte, dizer que a democracia brasileira vem ao mundo para existir, sem que seja, porém, "democrática demais".

Não há dúvidas que um período de avanços sociais se seguiu, com amplos direitos conquistados com base na narrativa constitucional, em especial aos grupos marginalizados.

Contudo, teria todo esse nobre projeto se mantido íntegro, sem fissuras ou ameaças à sua estabilidade? Para responder tal pergunta, necessário que avancemos,

verificando sua situação hoje, no ano em que se celebram três décadas desde seu marco inaugural.

II – A RODA-VIVA: DESMONTE DEMOCRÁTICO E POPULARIZAÇÃO DO ÓDIO.

Os últimos anos têm sido marcados, sem sombra de dúvidas, pelo enrijecimento do pensamento e da prática autoritária e antidemocrática, organizados em um complexo movimento político e elevados à vitória nas eleições presidenciais do último dia 28 de outubro de 2018.

Mesmo antes de decidido o pleito eleitoral, os efeitos de tal processo já eram devastadores: no período compreendido entre 01 e 25 de outubro do referido ano, 143 ações violentas ligadas à supressão do discurso político democrático, ou de alguma forma progressista, foram registradas no país[5].

O papel da Constituição Federal de 1988 num quadro tão sensível é bastante demarcado, sendo reiteradamente utilizada como legitimadora de práticas destinadas ao seu próprio escamoteamento.

Exemplos de tanto não faltam, podendo, nesse sentido, ser construída uma narrativa formal que se inicia com o afastamento da presidente democraticamente eleita, Dilma Rousseff, de seu cargo, em 2016.

Tal processo, embora materialize uma série de contradições anteriores que, talvez, tenham alcançado seu máximo de tensão em 2013/2014, é bastante simbólico.

Nele se vê o sistemático esvaziamento da Carta, reduzida a um mero compilado de previsões litúrgicas ou, até mesmo, alegóricas, demonstrando que a degradação da democracia pode derivar da obediência ao próprio procedimento "democrático", que esconde um estado de exceção (CATINI, 2017, p. 45).

Isso significa dizer que as estruturas formais do Estado Democrático de Direito, pautado nas previsões de sua cártula política, comportam, a depender da movimentação dos interesses político-econômicos, golpes de Estado a realizarem não pela pirotecnia ou força bruta, mas, tão somente, através do "funcionamento adequado das

[5]As informações foram recolhidas no "Mapa da violência política", projeto desenvolvido na internet, onde são compiladas e organizadas por localidade informações referentes a esse gênero específico de violência. Disponível em: <https://www.google.com/maps/d/viewer?ll=-28.65400019999997%2C-49.212015399999984&z=8&mid=1hNIxsASpLAxFjsWPMqFZtm-cuigr3jj9> . Acesso em. 25 out. 2018.

instituições".

A natureza política do processo sobredito, porém, não se manifesta apenas na sua ausência de base jurídica. Em verdade, também se revela pelo conjunto de medidas tomadas e situações verificadas na imediata sequência de tal marco, que influíram diretamente por sobre a constituição e seu *animus* democrático, enfraquecendo sua força e minando seu projeto.

Há de se notar que o caráter verdadeiramente libertador do projeto social balizado pelo texto de 1988, reside no fato de o mesmo ultrapassar o mero anseio pela universalização de garantias fundamentais asseguradoras, unicamente, do mínimo necessário à existência.

Uma vez que o escrito – em seu 170º artigo – atrela a plenitude da dignidade humana à ordem econômica, passa a portar como premissa a espraiada e radicalização da democracia, exigindo a democratização da economia de modo a viabilizar a concretização de sua aspiração, através da efetivação de certa homogeneidade social[6].

As políticas às quais nos referimos buscam evitar que tal proposta se torne uma realidade, impondo medidas de ajuste fiscal que privilegiam uma opção de gestão estatal bastante específica, que aprofunda os abismos sociais que já rasgam o país.

Dentre todos os episódios que poderíamos selecionar para ilustrarmos nossa hipótese, compreendemos que dois, em particular, aquiescem maior destaque, quais sejam: a Emenda Constitucional nº 95, de 2016, bem como o saldo do julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752/PR.

Cremos que a conjunção de ambos é extremamente representativa da realidade política vivenciada pelo Brasil, vez que demonstra a articulação entre as diversas frentes do Estado, a fim de conformar um projeto amplo, que estende seus tentáculos por sobre a economia, avançando, também, por sobre garantias jurídico-formais. Ao seu trato avançaremos a seguir.

II.I – A CONSTITUIÇÃO DO FIM DO MUNDO: ENTRE

[6] Explica Bercovici, de maneira brilhante, que (2007, p. 362): "[...] democratizar a economia significa romper com a influência dos detentores do poder econômico privado, democratizando-o, ou seja, significa distribuí-lo. O cidadão deve ser, ao mesmo tempo, um cidadão do Estado e um cidadão da economia. A economia deve deixar de ser privada, para ser efetivamente publicizada, ou seja, pertencer a todos e funcionar de acordo com o interesse coletivo".

MENTALIDADES AUTORITÁRIAS E O RÉQUIEM À DEMOCRACIA.

A Emenda Constitucional nº 95, de 2016, foi responsável por estabelecer o chamado "Novo regime fiscal", determinando, dentre outras coisas, o congelamento, por 20 anos, dos investimentos federais em áreas chave do desenvolvimento social, como saúde e educação.

A medida não apenas subsumia um intenso processo de precarização como também prenunciava as políticas que se seguiriam, dando-lhes o tom.

Tudo isso vincula-se a um discurso de austeridade, fundado no aporte da crise, que guilhotina políticas sociais, isolando a constituição financeira da econômica, à medida que propala a supremacia das políticas de estabilização monetária, sobrepujadas ao orçamento fiscal, ensejando a criação de mecanismos normativos que apenas ensejam a tutela jurídica do capital privado (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006).

Outras reformas, como a sustentada pela Lei nº 13.467/17, também se incluem em tal quando. Essa, ainda, teve seu potencial destrutivo avalizado e aprofundado pela atuação de nossa Suprema Corte, ao reconhecer a possibilidade da terceirização irrestrita, nos autos da ADPF 324 e do RE 958.252.

Inclusive, quanto ao Supremo Tribunal Federal, é digna de registro sua participação em todo o panorama acima descrito, vez que, ocultando-se por sob a justificativa da "mutação constitucional", distanciou, cada vez mais, a prática judiciária do texto da Carta Magna, pervertendo, até mesmo, sua literalidade.

É exatamente a essa altura em que convém mencionar o *Habeas Corpus* nº152.752/PR.

Nele, o Tribunal Supremo, julgando o caso do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, cuidou de relativizar o princípio da presunção de inocência, cravado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal e em vários documentos internacionais, reconhecendo a possibilidade de execução de pena após condenação em segunda instância, ao arrepio da hermenêutica constitucional.

O caso é emblemático à demonstração da fragilidade alcançada pelo projeto democrático nacional, vez que ataca uma garantia essencial à formulação de um processo penal que não seja tirânico, o que serve para nos demonstrar, como um termômetro, o crescimento de tendências autoritárias criadas a partir de um inadequado manejo do texto constitucional:

> *Como aponta J. Goldschimit, os princípios de política processual de uma nação, não são outra coisa senão o segmento da sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição. A Constituição autoritária vai corresponder a um processo penal autoritário, utilitarista. Contudo, a uma Constituição democrática como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias individuais do indivíduo. (LOPES JR., 2016, p. 30)*

Ao ir em sentido diametralmente oposto ao da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal diluiu as garantias construídas historicamente como forma de contenção do arbítrio autoritário e conservação de uma agenda democrática.

Assim, alicerçando-se no suposto combate à ineficiência do sistema justiça criminal, o poder judiciário passou a atuar de maneira a legitimar a expansão do poder punitivo, que se agiganta e engole as estruturas do Estado de Direito que o contém.

Há que se considerar, porém, que todo esse processo estrutural demanda a produção de um discurso que forje as subjetividades de modo a adequá-las a esse movimento. Ora, "[...] além das condições objetivas, [...] o capitalismo também precisa de condições subjetivas. Com efeito, os indivíduos precisam ser formados, subjetivamente constituídos, para reproduzir em seus atos concretos as relações sociais" (ALMEIDA, 2018, p. 132).

É partindo de tal necessidade que se explica o surgimento das narrativas neoconservadoras, as quais, atuando enquanto aporte de justificação às medidas acima enumeradas, são capazes de lhes ceder legitimidade, adequando o inconsciente social às determinações estruturais, sustentando-as.

Segundo sua lógica, existiriam, entre os indivíduos, diferenças inatas (ou quase inatas), que estariam na base das relações sociais e que, também, teriam sido apagadas ou atenuadas pelo Estado, em prol de uma "igualdade artificial" (ALMEIDA, 2018, p. 29), cujo resultado seria a quebra dos pilares da civilização ocidental, conduzindo ao colapso de suas instituições.

Se estrutura, a partir de tanto, a odiosa ideia que busca colocar negros, mulheres e pessoas LGBT em "seus lugares", como maneira de resgatar a precedência moral onde as "diferenças" eram consideradas – e não suprimidas – em favor dessa atuação programática do Estado.

Destarte, tal qual a atuação política de desmonte da democracia, num nível estrutural, se caracteriza pela desconstrução de seu projeto formal, em nível intersubjetivo, se desenha como a negação da humanidade alheia, em especial através da rejeição daquelas políticas públicas que permitem que essa seja exercida plenamente.

É através de todos os elementos conjugados acima que se torna possível determinar ser ao redor da palavra "crise" que gravitam os fundamentos necessários à adequada compreensão do fenômeno exposto há pouco.

A "crise" econômica é utilizada para justificar o corte de direitos sociais. A "crise" na segurança pública é instrumentalizada à justificação do endurecimento do sistema penal. Também, a "crise" moral é utilizada à justificação da manifestação despudorada do discurso racista, misógino e LGBTfóbico que se aglutina ao redor de diversas figuras políticas.

A tomada de um novo programa de orientação econômica do país[7], neoliberal, após o *impeachment* de 2016, destaca a centralidade que o discurso de "retomada do crescimento" ocupa nas narrativas oriundas de tal cenário, o que nos conduz à compreensão de que aí reside o aspecto nodal de nossa análise.

Ora, em sendo ao redor da ideia de crise que se manifestam os fenômenos que temos acompanhado, é indispensável que recuperamos a acepção do termo, no contexto do sistema capitalista de produção (no qual estamos inseridos).

Sobre o assunto, convém transcrever a preciosíssima lição do professor Silvio Luiz de Almeida (2018, p.28), que expõe:

[...] a crise do capitalismo não deve ser compreendida

[7]Em 29 de outubro de 2015 fora divulgado pelo então "Partido do Movimento Democrático Brasileiro" (PMDB) o plano "Uma ponte para o futuro", que seria a base política de desenvolvimento do governo de Michel Temer. Segundo o documento, a principal preocupação a orientar a atuação estatal deveria ser, justamente, a retomada do crescimento da economia que, necessariamente, passaria por diversas concessões à iniciativa privada e, também, integração do Brasil ao mercado internacional. Em contrapartida, os direitos de ordem social e política encontram previsão nula ou profundamente reduzida no escrito, com uma ampla menção, porém, aos direitos de ordem civil. Forçosamente, somos levados a concluir, junto a Cavalcanti e Venerio (2017, p. 158), que há, em tudo isso, um claro recado a respeito da natureza do processo político que se desenvolveu no país, "[...] no sentido de que poderiam encarnar, com desenvoltura, os valores da "nova" ordem política que então se impunha – o retorno da ordem neoliberal".

> *como violência social, insurgência popular, pobreza ou ilegalidade; tais fenômenos são inerentes ao capitalismo, mesmo em períodos de estabilidade. A disfuncionalidade que caracteriza a crise do capitalismo diz respeito à incapacidade de um determinado arranjo social da produção capitalista de manter os níveis de extração do mais-valor diante da queda na taxa de lucro e, ao mesmo tempo, manter sob controle os conflitos e os antagonismos sociais. Crise, portanto, refere-se aos mecanismos estruturais de exploração do trabalho, de circulação mercantil e de concorrência.*

Nessa esteira, embora, como aponta Mascaro (2017, p. 178), possa se falar em uma crise política, marcada pelo início da narrativa anti-corrupção, em 2005, e de uma crise social, despontada a partir de 2013 com a eclosão de manifestações pelo país, é com a crise econômica mundial de 2008 que podemos delimitar o marco em que revela a conjunção entre Estado, democracia e capitalismo.

Tendo seus reflexos amortizados, no contexto doméstico, em razão de políticas anticíclicas perpetradas pelos governos petistas, sua expressão mais acentuada se daria durante o governo Rousseff, onde, um ano antes de seu afastamento, a "[...] inflação elevada (por volta de 10% a.a.), o descontrole cambial e o aumento do desemprego (saldo negativo de 1,5 milhão de empregos formais)" (CAVALVANTI; VENERIO, 2017, p. 142) emolduravam um quadro de instabilidade geral.

É com a incidência da crise econômica que a falibilidade do projeto conciliacionista dos governos petistas – caracterizadores da nova república – se afirmou.

Ao investir na inclusão social através do consumo, esforçando-se para buscar mediar e unir interesses econômicos fundamentalmente antagônicos, a gestão manteve inalterada a estrutura produtora da desigualdade.

Evidente, sobremaneira, que os tempos extremos tornaram "necessárias" medidas de contenção do prejuízo provocado pela disfunção econômico-financeira crescente.

Isso, por sua própria lógica, não apenas levou ao rompimento com o exaurido modelo político fundado na conciliação de classes, como pareceu talhar as condições de sua superação forçada, servindo como plano de fundo ao processo de afastamento.

Tudo isso, exigiu a formulação de um discurso social que desse conta de abarcar o processo brutal de inumanização a que demandava, o que revela de que maneira o fenômeno do neoconservadorismo, narrado linhas acima, encontra nas contradições das relações produtivas sua razão de ser.

Há, como se pode ver, uma intrincada correlação de forças, que parte da estrutura econômica e culmina na suspensão ou relativização de garantias fundamentais, o que tem resultado no esvaziamento do sentindo original do texto constitucional, minando seu projeto democrático.

Porém, é necessário compreender que tal influxo se dá pela natureza própria do Estado e do Direito.

Não se pode, nesse sentido, entender o cenário presente como o resultado da ação maquiavélica de determinados atores, o que seria de um reducionismo irresponsável. De maneira geral, trata-se de um movimento histórico e estrutural, cuja compreensão necessita de um vislumbre um tanto mais cuidadoso por sobre a natureza da forma-política e da forma-jurídica, como se pretende fazer.

III – ESTADO, DIREITO E CAPITALISMO.

Sendo determinado que a crise político-social contemporânea, cujo sintoma mais evidente é o fortalecimento do discurso autoritário, se relaciona com a disfuncionalidade econômica do capitalismo, é preciso estabelecer quais são as conexões entre capital, política e sociedade. Para tanto, indispensável que se perquiram suas naturezas e, também, suas determinações.

De início, cabe rememorar que o desenvolvimento pleno de qualquer sistema depende do amadurecimento conjunto de uma série de formas sociais[8] que lhe são correlatas. Na experiência capitalista, a relação de troca, outrora incidental, passa a aquiescer caráter central, através da generalização da forma-mercantil, que se alastra, tornando a forma-mercadoria – seu núcleo fundante – a forma social hegemônica.

Tal processo de generalização é que permite a disposição da força de trabalho no mercado, talhando a superação dos meios primitivos de sua tomada – baseados na força física –, que desnaturariam a permuta mercantil já que alheios ao reconhecimento da subjetividade daqueles nela envolvidos.

[8] "Formas sociais são modos relacionais constituintes das interações sociais, objetificando-as" (MASCARO, 2016, p. 21).

A troca só pode se realizar quando os indivíduos que a compõem se reconhecem mutuamente enquanto proprietários privados, o que exige, por um lado, o reconhecimento de sua liberdade e de sua igualdade, o que deriva, também, de sua lógica própria, fundada na equivalência absoluta entre as coisas (PACHUKANIS, 2017, 117-137).[9]

Através do cenário ensejado pelas condições produtivas, a fim de garantir a troca-mercantil, o Direito e o discurso jurídico sobre o mundo se tornam centrais, forjando sua categoria mais fundamental: a subjetividade jurídica.

O circuito de trocas exige que se façam funcionar formas sociais distintas dela, embora a ela vinculadas, onde se aloca o Direito, de modo que se explica a máxima de que "a economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia" (GRAU, 2008, p. 59).

A operacionalização da igualdade formal, tal qual da liberdade, é que permitirá a existência das relações contratuais, inclusive de trabalho, e de toda uma série de outras interações caríssimas ao desenvolvimento do capitalismo.

É apenas nessa altura da história em que o Direito consegue encontrar as condições necessárias para seu surgimento definitivo, apartando-se de outras formas-sociais e assumindo seu entalhe próprio. Se forja, com efeito, enquanto núcleo da ideologia burguesa, vertendo-se em seu modo de ver e explicar o mundo.

Todavia "na totalidade social capitalista, esse movimento somente se completa com a interferência de uma forma política específica, estatal" (MASCARO, 2017b, p. 117), que irá garantir as relações sociais cunhadas a partir de então.

Assim, embora a forma-jurídica seja extremamente cara ao funcionamento e reprodução das relações-base do capitalismo, também o é o Estado, não apenas por sua atuação coercitiva, mas principalmente em razão de sua estrutura e dos contornos históricos que lhes são próprios.

Observemos que nas sociedades pré-capitalistas, o exercício do poder político se confunde com o do poder pessoal (ou grupal), sendo empreendido mediante o mando direto. Isso pois o domínio imediato do trabalho - e do poder econômico – desdobra-se no domínio imediato do poder político.

Com a inauguração de uma nova fórmula de exploração da força produtiva,

[9] À permuta, se faz necessário que os objetos possuam um valor equivalente, que não seja sua utilidade (valor de uso), vez que não se trocam objetos de utilidade idêntica, por um obstáculo lógico. Este, sendo o valor-de-troca, se define alheio às propriedades materiais de cada coisa, tomando por base o tempo socialmente necessário à sua constituição, em despeito ao trabalho específico empregado no seu processo de produção (MARX, 1998, p. 61). A troca pressupondo, portanto, a equivalência, leva à qualificação dessa enquanto princípio dominante, vez que apenas mediante a intervenção de um equivalente geral os trabalhos privados convertem-se em trabalho social (NAVES, 2008, p. 57), constituindo-se um circuito mercantil onde será possível a realização do valor.

com o surgimento dos mecanismos jurídicos, reformulam-se as antigas formas de organização administrativa – a forma-histórica do Estado – na forma-política contemporânea, enquanto "[...] um tipo específico de aparato social terceiro e necessário em face da própria relação de circulação e reprodução econômica capitalista" (MASCARO, 2016, p. 25).

O Estado, destarte, não é disforme ou apartado de uma vocação social e política. Em verdade, é capitalista por derivar da lógica da troca-mercantil, relacionando-se com tal sistema em um nível formal, e não meramente contingencial.

Forma-política e jurídica não apenas derivam da mesma fonte, à medida que sua existência e imposição se formam também pelas condições de produção (PACHUKANIS, 2017, p. 83), mas imbricam-se, conformando-se um ao outro. Nesse sentido, Mascaro (2016, p. 18) leciona:

> *O Estado, assim, se revela como um aparato necessário à reprodução capitalista, assegurando a troca de mercadorias e a própria exploração da força de trabalho sob a forma assalariada. As instituições jurídicas que se consolidam por meio do aparato estatal – (...) – possibilitam a existência de mecanismos apartados dos próprios exploradores e explorados.*

Considerando o Direito com vistas ao aparato político, cria-se um campo técnico no qual o processo de construção do ser, como subjetividade jurídica, passa pela aquisição de direitos subjetivos.

Esses, justamente, é que permitirão o abandono da "individualidade natural" à formulação das narrativas jurídico-burguesas, inaugurando, por uma alteração qualitativa, o Direito enquanto forma-social específica e necessária (MASCARO, 2017b, p. 117).

Os direitos subjetivos se deduzem a partir da categoria "sujeito de direito", enquanto fórmula geral apriorística, constituindo-se enquanto elementos necessários à criação de individualidades, que remontam a todas aquelas relações que narramos acima.

Não por outra razão, os documentos jurídicos originários das revoluções burguesas foram pioneiros na previsão de Direitos Humanos (e subjetivos, portanto), os quais acompanharam a necessidade imediata de estruturação do sistema econômico do qual eram a vanguarda política. A igualdade formal e a liberdade postulam, assim, como manifestações

primeiras de tal filo jurídico.

Evidente, porém, que o Direito é um espaço em constante disputa, de modo que os conflitos sociais impulsionaram não apenas a expansão das definições de "sujeito de direito", como, também, a ampliação do rol de direitos subjetivos, fazendo com que abarcassem a humanidade em amplas frentes de suas manifestações, consagrando os direitos sociais.

Todavia, embora sejam, esses últimos, caros e necessários para um exercício efetivo da democracia (que, na lógica do capital, aquiesce um papel relevante de elemento de coesão social), não são nucleares à subjetividade jurídica e, portanto, não são indispensáveis à perpetuação das relações básicas de troca e acumulação.

Atuando, a reprodução do capital, como causa de existência do Estado e do fenômeno jurídico, à sua garantia todos esses direitos, bem como seus reflexos políticos, tal qual a democracia, são facilmente deixados de lado, como elementos incidentais que verdadeiramente são:

> *[...] nos períodos de crise, cuja característica fundamental é a impossibilidade de manter sob controle ideológico e político as contradições inerentes ao capitalismo, a democracia e a cidadania poderão e serão ultrapassadas pela necessidade de conservar as formas sociais, o que pode ser dar de maneira episódica ou sistemática. (ALMEIDA, 2018, p. 30)*

A questão a ser contemplada, de todo o exposto, é que o capitalismo é caracterizado pela constância de suas crises, que se repetem ciclicamente. Isso ocorre pois sua "[...] reprodução, assentada em termos de exploração, conflito e antagonismo, está lastreada em tendências de crise econômica, política e social" (MASCARO, 2017a, p. 181).

Dessa maneira, a derrocada da ordem democrática e a redução de direitos sociais, conquistados pela luta organizada dos trabalhadores e de diversos grupos marginalizados, se apresenta como uma ameaça constante, vez que sua organização estrutural e formal se submete à instabilidade própria da ordem econômica capitalista, disposta a superá-la sempre que necessário.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno jurídico deriva das relações-mercantis, cuja existência é imprescindível ao sistema capitalista, por ser o meio pelo qual as mercadorias, seu átomo, realizam-se enquanto valor.

Sobremaneira, a garantia da manutenção das condições econômicas de normalidade à da circulação de mercadorias, em situações de crise é, também, a garantia da própria existência do Direito e do Estado.

Isso pois ambos mantêm uma relação de imbricação, sendo, o último, o núcleo denso da sociabilidade capitalista, determinando-o, ao mesmo tempo em que é por ele determinado, o que equivale dizer que as reformulações do aparelho político, exigem a igual transformação dos termos jurídicos engendrados.

A democracia e a cidadania, por outro lado, desenvolvem-se paralelamente, reforçando o construto jurídico da subjetividade e articulando, concomitantemente, uma narrativa de coesão social, que, para além, atua como uma bruma ideológica, explicativa do mundo.

É por essa profunda vinculação com as determinações produtivas que Direito, Democracia e Estado se constituem em indicativos da estabilidade do sistema, que, encontrando alguma ameaça, rompem com os mesmos, superando seus limites ao buscar garantir a sua ordem de reprodução.

Trata-se, exatamente, do fenômeno que temos acompanhado se desenvolver em nosso âmbito doméstico, através do enfraquecimento dos mandamentos constitucionais, da força condutora de nosso texto político e, para além, da inviabilização do projeto econômico de democratização ansiado pela constituinte.

É evidente que o texto constitucional, à concretização das garantias e direitos sociais por ele previstos clama, como premissa, pela democratização da economia.

Porém, numa ordem capitalista, onde a garantia da subjetividade jurídica é a determinação primeira à consecução de sua verificação, esses – direitos sociais, garantias democráticas, etc. – possuem mero caráter incidental, sendo apagados em tempos de crise pelos mesmos mecanismos que, outrora, lhe foram essenciais à afirmação.

No breve espaço do trabalho, buscamos demonstrar pontos que servem, com clareza, à demonstração de como tal assertiva é plenamente aplicável à experiência brasileira.

Nesse sentido, rememoramos o contexto econômico que precedeu o

afastamento da presidente Dilma Rouseff, tido como marco de alteração da gestão econômica nacional. Nesse exercício, a ideia de crise se fez presente, tanto pelas condições internacionais desfavoráveis, quanto pelo discurso austero imediatamente articulado, fundado na alegada necessidade de retomada do crescimento nacional.

Elucidativo, nesse ponto, é o cenário posterior, justamente, ao *impeachment* procedido, onde se verificaram diversas medidas, enumeradas no plano "Uma ponte para o futuro", em que questões sociais, por exemplo, são fortemente secundarizadas, à despeito de temas relacionados aos direitos civis e individuais.

Trata-se de um processo de realinhamento econômico do país, com a radicalização de uma matriz neoliberal, necessária à manutenção da reprodução da ordem capitalista e manutenção de uma mínima margem de lucro diante das condições produtivas desfavoráveis, o que requer, no plano político, um movimento conjunto de desdemocratização[10].

É para dar cabo a tanto que servem tais medidas, cabendo destacar dentre as demais a E.C. nº 95 de 2016, cuja formulação se revelou essencial para inviabilizar a concretização do projeto constitucional originário.

A articulação que se seguiu, com a relativização do princípio da presunção de inocência e com um discurso social calcado no ódio, representou a infiltração do fenômeno em diversos âmbitos da vida social, atacando em frente ampla as premissas jurídicas mais básicas de contenção do arbítrio e do autoritarismo.

Se fazendo necessário, o Estado se desnudará, ultrapassando suas feições democráticas para assumir os traços autoritários que lhes sejam necessários, o que, em nosso caso, pode ser facilitado pela preservação dos resquícios da estrutura ditatorial no interior da Carta Magna.

Conclui-se, portanto, que o enfraquecimento da democracia – Nesse caso a brasileira – nada mais representa que um fenômeno próprio do capitalismo, verificado de acordo com sua estabilidade (ou falta dela). Através desse movimento, se promove a readequação das formas sociais próprias do referido modo de produção, que abdicando da

[10] "Compreender politicamente o neoliberalismo pressupõe que se compreenda a natureza do projeto social e político que ele apresenta e promove desde os anos de 1930. Ele traz em si uma ideia muito particular da democracia que, sob muitos aspectos, deriva de um antidemocratismo: o direito privado deveria ser isento de qualquer deliberação e qualquer controle, mesmo sob a forma do sufrágio universal. Essa é a razão pela qual a lógica obedece, hoje, um cenário histórico que não é o dos anos 1930, quando ocorreu uma revisão das doutrinas e das políticas do "laissez-faire". Esse sistema fechado impede qualquer autocorreção de trajetória, em particular em razão da desativação do jogo democrático e até mesmo, sob certos aspectos, da política como atividade. O sistema neoliberal está nos fazendo entrar na era pós-democrática" (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 8).

legalidade, promove a barbárie à conservação daquilo que lhe fundamenta a existência.

Não se trata, outrossim, de um acontecimento acidental, imprevisto, ou que representa uma falha no funcionamento das instituições do Estado e da justiça. Trata-se da expressão pura das tendências primeiras e constitutivas de todas essas instituições, que através de sua implosão reciprocamente promovida expressam sua natureza última.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Neoconservadorismo e liberalismo. In: SOLANO, Esther. **O ódio como política:** A reinvenção das direitas no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Editora Letramento, 2018.

BERCOVICI, G. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 457-467, 1 jan. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. **Impactum Coimbra University Press**: Boletim de ciências económicas. Vol. 49. pp. 57-77. 2006. Disponível em: http://hdl.handle.net/10316.2/24845. Acesso em 20 jan. 2019.

BERCOVICI, Gilberto; BELLO, Enzo; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? Revista Direito e Práxis, Rio de janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470/26483>. Acesso em 23 out. 2018. Doi: 10.1590/2179-8966/2018/37470.

CATINI, Carolina de Roig. **Privatização da educação e gestão da barbárie**: crítica da forma do direito. Edições Lado Esquerdo, 2017.

CAVALCANTI, Bernardo Margulies; VENERIO, Carlos Magno Spricigo. **Uma ponte para o futuro?** reflexões sobre a plataforma política do governo Temer. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 215, p. 139-162, jul./set. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p139.pdf. Acesso em 29 out. 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2015.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**: elementos para uma teoria marxista do direito. Tese de doutorado. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho, Coimbra,

Centelha, 1976.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico.** São Paulo: Boitempo, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e pressuposto.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

GUALDA, Neio Lúcio Peres. Inflação. **Boletim de conjuntura econômica**. Maringá, Sinopse estatística, p. 49-60. 2014. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/BConjEcon/issue/view/949/showToc>. Acesso em: 20 jan. 2019.

HOLLANDA, Haroldo. Os militares e a constituinte. Jornal de Brasília, Brasília, nº 4449, 26 jun. de 1987. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/130236. Acesso em: 24 Jan. 2019.

JACKMAN, Constitutional rhetoric and social justice: reflections on the justiciability debate, In: Joel Bakan & David Schneiderman eds., **Social justice and the Constitution**: perspectives on a Social Union for Canada, Canada: Carleton University Press, 1992

KELLER, Rene José. "Direito, Estado e Relações Econômicas: a Mercantilização Jurídica como Forma de Priva(tiza)ção do Direito à Cidade". In: BELLO, Enzo; KELLER, Rene José. (Orgs.). **Curso de Direito à Cidade**: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018,

LANDIM, Eloilson Augusto da Silva. **Os militares e a democracia.** 2016. 146 f. Dissertação (Mestrado científico) – Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, Lisboa, 2016.

LÊNIN, Vladímir Ilitch. **O estado e a revolução**: a doutrina do marxismo sobre o estado e as tarefas do proletariado na revolução. 1ª ed. – São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. **Observatorio latinoamericano e caribeño**. n. 1, p. 176-196. 2017a. Disponível em: < https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/observatoriolatinoamericano/article/view/1716/2082>. Acesso em 26 out. 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ln/n101/1807-0175-ln-101-00109.pdf>. **Lua nova.** São Paulo, n. 101, p. 109-137. 2017b. Acesso em: 26 out. 2018. Doi: http://dx.doi.org/10.1590/0102-109137/101.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**; São Paulo: Boitempo, 2013.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito:** um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do Direito e Marxismo**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Maira Rocha. (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. 1ed.São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, v. 1, p. 189-224, 2017.

DA APLICABILIDADE AO BRASIL DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA PREVISTA NO TRATADO UNIÃO EUROPEIA MERCOSUL E NOS PROTOCOLOS DE USUHUAIA E ASSUNÇÃO, POR GRAVES E REITERADAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E DO REGIME DEMOCRÁTICO ENTRE 2016 E 2018

THE APPLICATION IN BRAZILIAN LAW OF THE DEMOCRATIC CLAUSES IN THE EUROPEAN UNION TREATY AND MERCOSUR'S USHUAIA AND ASSUNCIÓN PROTOCOLS, DUE TO THE REPEATED AND SERIOUS VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS AND DEMOCRATIC REGIMES BETWEEN 2016 AND 2018

Flávio Augusto Saraiva Strauss[1]

RESUMO:

O presente artigo parte da tese de doutorado recém aprovada pelo autor junto à banca de examinadores desta mesma Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sobre "Cláusula Democrática e Direitos Humanos", para constatar ser cabível e urgente, como ali já adiantado, a aplicação ao Brasil das cláusulas democráticas de tratados de integração econômica regional, especialmente no âmbito dos protocolos ao Tratado Constitutivo do Mercosul e de seu acordo com a União Europeia para formação de uma zona de livre comércio, para reparação de graves violações de Direitos Humanos, especificamente considerados a manutenção da Democracia, em si mesma considerada um Direito Humano fundamental, e os Direitos à estrita Legalidade dos Crimes e das Penas, à Presunção de Inocência, ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e à Ampla Defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, aqui denominados conforme a Constituição Brasileira, mas igualmente presentes nas Constituições Portuguesa e Espanhola, violações estas ocorridas durante o processo de impeachment da Presidente Dilma Vana Roussef, cujo mandato deveria terminar no final do corrente ano, o processo criminal contra o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva e a consequente negativa do registro pelo Tribunal Superior de sua nova candidatura à Presidência da República, no pleito recém findo, com a vitória de oponente que em seguida nomeou Ministro da Justiça, com poderes extraordinários também para o controle da

[1] Advogado e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

Segurança Pública, justamente o juiz que condenou o ex-Presidente naquele processo, alijando-o do pleito.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula Democrática. Direitos Humanos. Democracia. Devido Processo Legal. Mercosul. União Europeia

ABSTRACT:

This article is based on the doctoral thesis recently approved by the author beneath the board of examination of this same University of São Paulo Law School, on "Democratic Clause and Human Rights", to verify being suitable and urgent, as therein already aforementioned, the application to Brazil of the democratic clauses of regional economic integration treaties, especially under the protocols to the Mercosur Constitutive Treaty and its agreement with the European Union for the establishment of a free trade zone, in order to remedy serious Human Rights violations, specifically considering the maintenance of democracy, itself considered a Fundamental Human Right, and the Rights to the strict Legality of Crimes and Penalties, Presumption of Innocence, Due Process of Law, Contradictory and Broad Defense, with the means and resources inherent to it, here denominated according to the Brazilian Constitution, but also present in the Portuguese and Spanish Constitutions, violations occurred during the process of impeachment of President Dilma Vana Roussef, whose term of office should come at the end of this year, the criminal lawsuit against former President Luís Inácio Lula da Silva and the consequent denial of registration by the Superior Court of his new candidacy for the Presidency of the Republic, with the victory of an opponent who later appointed Minister of Justice, with extraordinary powers also for the control of Public Security, precisely the judge who condemned the former President in that process, removing him from the election.

KEY WORDS: Democratic Clause. Human Rights. Democracy. Due Process of Law. Mercosur. European Union

INTRODUÇÃO

O presente artigo parte da tese de doutorado recém aprovada pelo autor junto à banca de examinadores desta mesma Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sobre “Cláusula Democrática e Direitos Humanos” (STRAUS, 2018), para verificar se continua cabível , como ali já aventado, a aplicação ao Brasil das cláusulas democráticas de tratados de integração econômica regional, especialmente no âmbito dos protocolos ao

Tratado Constitutivo do Mercosul e de seu acordo com a União Europeia para formação de uma zona de livre comércio, para reparação de graves violações de Direitos Humanos, especificamente considerados a manutenção da Democracia, em si mesma considerada um Direito Humano fundamental, e os Direitos à estrita Legalidade dos Crimes e das Penas, à Presunção de Inocência, ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e à Ampla Defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, aqui denominados conforme a Constituição Brasileira, mas igualmente presentes nas Constituições Portuguesa e Espanhola, que, em conjunto com a nacional e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, constituem o tema de estudo deste Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito em 2018, violações estas ocorridas durante o processo de impeachment da Presidente Dilma Vana Roussef, cujo mandato deveria terminar no final do corrente ano, o processo criminal contra o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva, sua prisão neste decretada logo após a condenação nele proferida ser confirmada em segunda instância e anterior ao respectivo trânsito em julgado, e a consequente negativa do registro pelo Tribunal Superior de sua nova candidatura à Presidência da República, no pleito recém findo, com a vitória de oponente que em seguida nomearia Ministro da Justiça, com poderes extraordinários também para o controle da Segurança Pública, justamente o juiz de primeira instância que condenou o ex-Presidente naquele processo, alijando-o do pleito e desta forma influindo decisivamente na respectivo resultado, ao impedir de concretizar-se a intenção de voto manifestada anteriormente por cerca de 40% do eleitorado, em seguidas e diferentes pesquisas de opinião, analisando-se os referidos casos práticos, notória e amplamente divulgados na imprensa nacional e estrangeira, bem como textos convencionais, constitucionais, legais e processuais a eles relacionados, com base nas cláusulas democráticas do Tratado entre Mercosul e União Europeia e nos protocolos adicionais ao Tratado Constitutivo do Mercosul firmados em Ushuaia e Assunção.

DA INTERPENETRABILIDADE ENTRE A DEMOCRACIA E OS DEMAIS DIREITOS HUMANOS

Um primeiro aspecto a relevar das conclusões da tese de doutorado do autor, supra-referida, é que o público em geral, e mesmo a imprensa não especializada em assuntos jurídicos, tende a entender a cláusula democrática dos tratados de integração regional econômica como meio de exclusiva defesa do regime democrático nos Estados membros do tratado em questão, quando este não é o caso, nem formalmente nem na escassa prática

verificada de aplicação concreta ou potencial no âmbito do Mercosul e da União Europeia, conforme se verá mais à frente, protegendo a cláusula democrática, via de regra, além da Democracia, que em si já pode ser considerada um direito fundamental, como também se verá, todos os demais Direitos Humanos assegurados na Declaração Universal de 1948. É o que reza, não por acaso, o primeiro artigo do Acordo Marco Interregional de Cooperação entre a Comunidade Europeia e seus Estados Membros e o Mercado Comum do Sul e seus Estados Partes, firmado em 15 de dezembro de 1995 (tendo sido a última assinatura aposta ao texto, justamente a do Brasil, pelo Chanceler Luiz Felipe Lampreia, na presença do Presidente Fernando Henrique Cardoso e de Felipe Gonzalez, Primeiro Ministro da Espanha, que exercia a presidência de turno da União Europeia, não por acaso no emblemático Palácio de La Moncloa, onde foi também firmado o famoso pacto entre socialistas e monarquistas que permitiu ao país superar o pesado legado do golpe militar e da ditadura franquista, para tornar-se hoje umas das mais pujantes Democracias ocidentais, com a Constituição que ora também é objeto deste Congresso Internacioal, conforme relata o mandatário brasileiro em seus "Diários da Presidência" – CARDOSO, 2016, Volume 1 [1995-1996], p. 359 [2]), aqui doravante denominado Tratado União Europeia Mercosul, que contém a primeira cláusula democrática subscrita pelo Brasil e demais sócios do Mercosul:

> ***Artigo 1. Fundamento da cooperação.***
> ***O respeito dos princípios democráticos e dos direitos humanos fundamentais, tal como se enunciam na Declaração Universal de Direitos Humanos, inspira as políticas internas e internacionais das Partes e constitui um elemento essencial do presente Acordo.***

O segundo aspecto importante a observar é justamente o da indissociabilidade entre a Democracia e os demais Direitos Humanos, evidente desde o ponto de vista teórico, como bem nota Cançado Trindade, jurista brasileiro que por anos do século passado exerceu a Presidência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CANÇADO TRINDADE, 1999,

[2] "Dia 23 de dezembro, continuação da visita à Espanha. (...) Dali nos dirigimos ao Palácio de La Moncloa para encontrar o Felipe González. Chegamos ao Palácio. (...) Foi uma conversa em que mais falei do que ouvi. (...), e muito contente, eu disse que nós também, pelo fato de que foi na presidência espanhola, com ajuda ainda do [Manuel] Marín, alto comissário da Espanha, que na reunião europeia nós conseguimos realizar este importante tratado*. (...), após a assinatura do acordo com a União Europeia, que o Luiz Felipe Lampreia assinou, nós assistimos, foi mais uma foto do que propriamente um ato, só faltava essa assinatura. (...)"

Volume II, pp. 201 – 202 e 243):

> *Um dos temas de maior atualidade, neste final de século é o das interrelações da democracia com os direitos humanos. O tema da democracia per se tem sido, porém, objeto de debates continuados ao longo dos séculos, desde o pensamento clássico até o contemporâneo. O que há de novo a respeito é a transposição desses debates também ao nível internacional, abarcando os planos tanto conceitual como operacional, e com o enfoque deslocado às relações – ,na verdade, à indissociabilidade – entre a democracia e os direitos humanos. Esta nova visão é, além de alentadora, compreensível, dado que a formulação e a sistematização destes direitos são históricamente recentes, - certamente bem mais recentes que as onstruções teóricas em torno da democracia.*

Entretanto, se as construções teóricas sobre a Democracia são antigas, hoje, no Século XXI, os Direitos Humanos são indissociáveis também da própria definição hodierna daquela, senão vejamos.

Na tese supra referida, partiu-se do sentido etimológico grego de Democracia, de Governo do Povo, passando pela célebre definição de Abraham Lincoln, em seu discurso às tropas em Gettysburg, um governo do povo, pelo povo, para o povo, no que o Presidente não fizera mais do que resgatar a essência do preâmbulo da Declaração da Independência dos EUA, "Governos são instituídos entre os Homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados", a qual, por sua vez, está hoje perfeitamente refletida, como Direito Humano que é, no inciso III do artigo 21 da Declaração Universal da ONU, que reza que "a vontade do povo será a base da autoridade do governo".

Este Governo do Povo, por sua vez, identifica-se muito proximamente com a Soberania Popular, como observava o autor na tese em questão (STRAUS, 2018, p. 29):

> *Isto porque, em sua raiz, etimológica e lógica, Democracia significa "Governo do Povo", o mesmo*

> *significado prático de Soberania Popular, tanto em sentido lato quanto estrito, este último sentido do conceito sendo dado, em cada Estado considerado que consagre o instituto, pela respectiva Constituição, o que, na Constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo, se enuncia no parágrafo único de seu artigo primeiro: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (nosso itálico). Dir-se-ia, mesmo, que deste mandamento fundamental da República Brasileira emanam dois distintos Direitos Humanos que se interpenetram dialeticamente, o primeiro, na frase "Todo o poder emana do povo", o próprio Direito à Democracia de que aqui se trata, ou seja, de se auto-governar, de não se submeter a outro poder que não àquele que legitime, enquanto indivíduo ou enquanto Povo que o congrega, e, nas formas de exercício deste poder, os Direitos Políticos de "primeira geração", de votar e ser votado e, mais recentemente, de decidir diretamente em plebiscitos e referenduns as grandes questões nacionais.*

E não é apenas a Constituição brasileira que consagra a Soberania como Popular, como já ressaltava também o autor em sua dissertação de mestrado, publicada depois em livro pela Editora Forense (STRAUS, 2002). "Isto porque, ao menos nas Constituições de todos os Estados membros do Mercosul e de suas antigas metrópoles europeias, todas nações recém-saídas de regimes ditatoriais no Século XX, a Soberania invariavelmente era descrita como pertencente ao Povo" (STRAUS, 2018, p. 16). As Constituições de Portugal e Espanha, por exemplo, que dividem com a Brasileira e a Declaração Universal dos Direitos Humanos o foco do presente Congresso Internacional, assim dispõem, sempre, como a brasileira, em seus primeiros artigos (STRAUS, 2002, pp. 24 e 25):

> *Artigo 1° – Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e*

> *empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes.*
> *Artigo 2° – A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas (...).*

> *Artículo 1°*
> *1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*
> *2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.*

Mas, sendo a Democracia o Governo do Povo, o exercício da Soberania Popular, que tem como base a vontade deste mesmo Povo, chega-se igualmente, hoje, à certeza de que este governo do povo, acontecendo da forma que for, direta, indireta e/ou representativa, já não se pode limitar à vontade ocasional da maioria deste último, sendo imprescindível à qualificação democrática a garantia permanente dos Direitos Humanos fundamentais de minorias e indivíduos em geral.

É o que nos diz, por exemplo, André de Carvalho Ramos, em seu "Curso de Direitos Humanos" (RAMOS, 2017, p. 820):

> Fica consolidado o *direito à democracia*, que não se resume ao direito do indivíduo de participar de eleições periódicas, mas também exige que o regime democrático seja *materialmente conforme aos direitos humanos*, promovendo a sociedade inclusiva.

É também o que disse a respeito o autor em sua tese:

> Ao mesmo tempo em que é um dos principais Direitos Humanos, a *Democracia é também um meio para a realização e garantia de todos os demais, e estes, em especial os chamados "de primeira geração" ou "liberdades públicas", dialeticamente, o são (meio para realização e garantia) da mesma Democracia, pois a vontade do Povo, por sua maioria, não pode prevalecer legitimamente sem a garantia de direitos como os de circulação, reunião, expressão, e, como nos interessa especialmente aqui,* ***defesa****, para quaisquer minorias (se não numéricas, propriamente ditas, minorias em quantidade de direitos reconhecidos, como negros, mulheres, homossexuais, etc.), condição essencial para a formação da livre convicção da maioria.*

É, igualmente, o que confirma nosso maior constitucionalista vivo, José Afonso da Silva, no último Capítulo da Primeira Parte de seu clássico Curso de Direito Constitucional Positivo, que vai muito além do mero manual que o modesto nome sugere, já revisto e ampliado para a Constituição de 1988 (SILVA, 1990, pp. 109-112), "*Do Princípio Democrático e Garantia dos Direitos Fundamentais*", mas que se manteve inalterado na 40ª. Edição, atualizada até a Emenda Constitucional n°. 95, de 15/12/2016 (SILVA, 2017, pp. 125-148), ensinando, logo no início (p. 127-128), ao conceituar a Democracia:

> *Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob este aspecto, a*

> *democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.*
>
> *Nesse processo vai-se configurando também a noção histórica de povo, pois, como adverte Burdeau, 'se é verdade que não há democracia sem governo do povo pelo povo, a questão importante está em saber o que é preciso entender por povo e como ele governa. (...), com essas observações preliminares, é que podemos aceitar a concepção de Lincoln de que a democracia, como regime político, é governo do povo, pelo povo e para o povo. (...)*

O DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL À LIBERDADE PESSOAL, DESDE A PRIMEIRA DECLARAÇÃO DE DIREITOS OCIDENTAL

Muito útil foi, utilíssima, na verdade, a relação, estabelecida por Burdeau no final do tópico anterior, do "conceito de soberania popular em ligação com a idéia de liberdade individual", "liberdade física", como queria Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, 1972, 7ª. Edição, p. 04), "liberdade pessoal", ou, diriam ainda alguns, "liberdade de locomoção", ou, final e simplesmente, "Liberdade".

A Liberdade foi, ao lado da Propriedade, um dos dois direitos mais fundamentais arrancados pelos barões ingleses ao Rei João sem Terra, em 1215, ao fazê-lo assinar a Magna Carta, a primeira Declaração de Direitos de que se tem notícia no Ocidente[3], mais de cinco séculos anterior à Declaração da Independência dos EUA e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, como relata também este autor, em artigo publicado primeiramente pela Revista dos Tribunais, nos Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, e depois reunido também na coletânea "Doutrinas Essenciais", organizada pelas Professoras Maria Garcia e Flávia Piovesan, sob o título "A Tutela da Liberdade Pessoal antes da Instituição Formal do *Habeas Corpus* no Brasil" (STRAUS, 1997, p. 243):

[3] Como declara Pontes de Miranda, na mesma "História e Prática do Habeas Corpus" acima citada (PONTES DE MIRANDA, 1972, 7ª. Edição, p. 13), "O que não deixa dúvidas ao estudioso do direito inglês é que a carta de 1215 foi a pedra inicial do novo (*sic*) estado de coisas, para a Inglaterra, para as nações-filhas e para o Homem".

> *Na Inglaterra de 1215, em reação à sanha tributária e ao autoritarismo sem medidas do Rei João, alcunhado o "Sem-Terra", os barões revoltosos obtiveram a primeira Declaração de Direitos da história constitucional moderna, a "Magna Charta Libertatum".*
> *Rezava seu § 29 (em tradução livre do texto inglês): "Nenhum homem livre será detido, ou aprisionado, ou banido, ou posto fora da lei, ou exilado, ou de qualquer maneira destruído; nem iremos nós sobre ele, nem sobre ele enviaremos outrem, a não ser por legítimo julgamento de seus pares ou pela lei da terra. A ninguém negaremos direito ou justiça".*

Ora, com a devida vênia do leitor, ao tratar da Liberdade, não se pode ver na referida norma ancestral senão o germen e a base de todo Direito Penal e Processual modernos, abarcando, quando menos, os Princípios da Legalidade (ninguém será privado de sua liberdade pessoal senão pela "lei da terra"), da Presunção de Inocência, do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa (ninguém será privado de sua liberdade pessoal senão por legítimo julgamento de seus pares, e a ninguém será negado direito ou justiça).

Alguns séculos mais tarde, na Itália, Cesare Beccaria viria detalhar um pouco mais aquele Princípio da Legalidade, fundamento de todo o Direito Penal moderno, em sua obra "Dos Delitos e das Penas, podendo seu trabalho ser sintetizado no célebre brocado latino "nulum crimen, nula poena, sine lege", que, traduzido ao Português, resulta em "não há crime nem pena sem lei anterior que os defina", e explicado, a seguir, em suas próprias palavras (BECCARIA, 1983, 1ª. Edição Brasileira, p.18):

> *Quando as leis forem fixas e literais, quando as leis forem fixas e literais, quando apenas confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para indicar se esses atos dos cidadãos são conforme à lei escrita, ou se a contrariam; (...) não se verão mais os cidadãos*

> *submetidos ao poder de uma multidão de ínfimos tiranos, tanto mais intoleráveis quanto menor é a distância entre o opressor e o oprimido; (...).*
> *Sendo as leis penais cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, pois esse conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime. Gozará, com segurança, de sua liberdade e de seus bens; e isso é justo, pois que esse é o fim que leva os homens a se reunirem em sociedade.*

Mais recentemente, no Século XX, Winfried Hassemer, em seus Fundamentos do Direito Penal, que aqui se apresenta traduzido ao Espanhol pelos juristas ibéricos Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero (HASSEMER, 1984, p. 218), explicou as principais consequências deste Princípio da Vinculação do Juiz à Lei que Beccaria vislumbrava ainda como ideal a ser alcançado (invocando porém o precursor italiano o mesmo filósofo iluminista francês para fundamentar suas lições, na verdade atemporais: "O imortal MONTESQUIEU apenas ocasionalmente pode abordar essas importantes questões, Se eu me encaminhei pelas pegadas luminosas desse grande homem, é porque a verdade é uma e a mesma em toda parte." - BECCARIA, 1983, p. 12):

> *El principio de vinculación del juez a la ley podrá desarrollar sus beneficiosos efectos sobre todo en los presupuestos de la punibilidad: equidad de la jurisprudencia, previsibilidad del resultado de la decisión, claridad y transparencia de las razones de decisión, posibilidades de control y recurso, sometimiento del sistema de Administración de Justicia como "pouvoir neutre" (Montesquieu) al poder del legislador elegido y controlado democráticamente.*

Já sobre o Direito ao Devido Processo Legal, que se inicia respeitando o Princípio do Juiz Natural, o qual por sua vez implica a respectiva e necessária imparcialidade,

e depois se desenvolve com o exercício pelo acusado do Direito ao Contraditório e à Ampla Defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (incluindo por sua vez a defesa técnica por profissional habilitado, a irrestrita produção de provas lícitas e o duplo grau de jurisdição), sendo todo o mesmo Processo Legal presidido pela Presunção de Inocência daquele acusado até Trânsito em Julgado de Sentença Penal Condenatória, nos socorrem, no mesmo diapasão da interdependência entre Direitos Fundamentais, o saudoso Rogério Lauria Tucci e seu filho, José Rogério Cruz e Tucci, justamente ao estudar, em conjunto, a então recém surgida "Constituição de 1988 e Processo" (TUCCI; TUCCI, 1989, pp. 16-17):

Ora, isto significa, para nós de modo induvidoso, que o *devido processo legal* se consubstancia, também, numa *garantia* conferida pela Constituição Federal visando a consecução da tutela dos direitos nela denominados *fundamentais* – por isso mesmo, tidos, explícita ou implicitamente, como inerentes ou essenciais ao membro da coletividade na vida comunitária –, e a saber: a) direito à integridade física e moral, e à vida; b) direito à liberdade; c) direito à igualdade; d) direito à segurança; e) direito à propriedade; f) direitos relativos à personalidade (a par, obviamente, do direito ao processo).

E são justamente estes Princípios, traduzidos hoje em Direitos e Garantias, na Constituição da República Federativa do Brasil, que estão intrinsecamente ligados ao Direito à Democracia do Povo Brasileiro e foram diretamente violados nos casos concretos da Presidente Dilma Roussef e do ex Presidente e candidato à Presidência Luiz Inácio Lula da Silva, ensejando a aplicação das Clásusulas Democráticas dos Tratados de que faz parte o país, a seguir detalhadas, para buscar fazer cessar os efeitos de tais violações, senão vejamos.

DAS CLÁUSULAS DEMOCRÁTICAS ADOTADAS PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Já vimos, no segundo tópico anterior, o artigo primeiro do Tratado União Europeia Mercosul, que contém a primeira cláusula democrática subscrita pelos membros do Mercosul, o Brasil inclusive, firmado em dezembro de 1995 com o objetivo de constituir uma Zona de Livre Comércio entre ambos em dez anos (mas tendo ainda hoje em negociação as últimas propostas comerciais do Mercosul à União Europeia, quase vinte e três anos depois), apresentando o dispositivo como "**elemento essencial do presente Acordo**" o "**respeito dos princípios democráticos e dos direitos humanos fundamentais, tal como se enunciam na Declaração Universal de Direitos Humanos**" pelas Partes.

Quase no final de seu corpo principal, o penúltimo dispositivo do Acordo, o artigo 35, dispõe expressamente que a violação do mencionado artigo primeiro é considerada "**caso de especial urgência**" de "**ruptura material**" do Acordo:

> ***Artigo 35. Cumprimento das obrigações***
> ***1. As Partes adotarão toda medida geral ou particular necessária para o cumprimento de suas obrigações em virtude do presente Acordo e velarão pelo cumprimento dos objetivos previstos no mesmo.***
> ***Se uma das Partes considera que a outra Parte não satisfez uma das obrigações que lhe impõe o presente Acordo, poderá adotar as medidas apropriadas. Com anterioridade, salvo em caso de urgência especial, deverá proporcionar à Comissão Mista todos os elementos de informação útil que sejam necessários par um exame profundo da situação, com vistas a buscar solução aceitável para as Partes.***
> ***(...)***
> ***2: As Partes acordam, que pelos termos "caso de especial urgência" contemplados no parágrafo deste artigo, se entende um caso de ruptura material do Acordo por uma das duas Partes. A ruptura material do Acordo consiste em:***
> ***a) (...);***
> ***ou bem***
> ***b) Uma violação dos elementos essenciais do Acordo referidos no Artigo 1º.***

Cremos haver ficado claro, para aqueles que ainda considerassem a declaração de princípios contida no primeiro artigo do Tratado União Europeia Mercosul mera norma programática, ou *soft law*, a eficácia plena do dispositivo, ou seu caráter de plena *hard law*, quando combinado com o artigo 35 do diploma, podendo levar sua violação, inclusive, à própria ruptura do Acordo. Ressalta, ainda, para quem ainda pudesse ver naquele Acordo

objetivos meramente comerciais e econômicos, a verdadeira proeminência daqueles eminentemente políticos, democráticos e humanitários. Para aqueles que disto ainda não se tenham convencido, porém, vale lembrar que o diploma considerado traz um Anexo, denominado "**Projeto de declaração conjunta sobre o diálogo político entre a União Europeia e o MERCOSUL**", que, além do título, deixa explícita a importância da dimensão política e a relevância da fundamentação na Democracia e nos Direitos Humanos do Acordo em disposições como as seguintes:

> *A União Europeia e os Estados membros do MERCOSUL,*
> *Conscientes dos laços históricos, políticos e econômicos que os unem, de seu patrimônio cultural comum e das profundas relações de amizade que existem entre seus povos.*
> *Considerando que as liberdades políticas e econômicas constituem a base das sociedades dos países membros da União Europeia e do MERCOSUL.*
> *Reiterando, de conformidade com a Carta das Nações Unidas, o valor da dignidade humana e da promoção dos direitos humanos como fundamentos das sociedades democráticas.*
> *Reafirmando o papel essencial dos princípios e das instituições democráticas baseadas no Estado de Dieito, cujo respeito preside as políticas internas das Partes.*
> *(...)*
> *Decidiram dar a suas relações uma perspectiva de longo prazo.*
> *Objetivos*
> *O MERCOSUL e a União Europeia reafirmam solenemente sua vontade de progredir até o estabelecimento de uma associação inter-regional e de estabelecer para tal fim um diálogo político mais intenso.*
> *- A integração regional é um dos meios para lograr um desenvolvimento sustentável e socialmente harmonioso,*

assim como um mecanismo de inserção em condições competitivas na economia internacional.

- Esse diálogo terá ademais por objetivo lograr uma concertação mais estreita sobre questões birregionais e multilaterais, em especial através da coordenação das posições de ambas as Partes nos foros pertinentes.

O Presidente Fernando Henrique Cardoso, em seus já mencionados *Diários da Presidência*, lançados em 2016 (CARDOSO, 2016, Volume 1 [1995-1996], pp. 189 a 359), também dava conta da importância política, antes até da econômica, ao referir-se aos antecedentes da assinatura do Acordo em questão, pedindo-se vênia para transcrevê-los aqui na íntegra, por sua importância histórica:

HOJE É DIA 22 DE SETEMBRO. Cheguei de madrugada da Europa. (...)

A viagem foi um grande sucesso. Fomos primeiro à Bélgica, onde tivemos contato com a União Europeia, com o presidente da Comissão Europeia, com a Comissão de Relações Exteriores, (...).

Depois tive uma longa conversa com o sr. [Manuel] Marín, da Espanha, vice-presidente da Comissão Europeia, que está muito empenhado num acordo entre a União Europeia e o Mercosul. Foi sensacional, o Marín disse claramente que estão decididos a fazer um acordo conosco, com o Mercosul. Trata-se de um acordo importante, ele sabe das dificuldades, mas é uma decisão política em nível europeu. Por trás disto está a presença forte do Brasil como uma economia em recuperação, estabilizada, e com uma liderança política que eles reconhecem como capaz.

Tivemos um almoço com nove conselheiros da União Europeia, o que, dizem, é muito raro. Conversei bastante com o holandês, conversei naturalmente com o presidente,

que é de Luxemburgo, tudo num ambiente de grande excitação, pela possibilidade dessa aproximação entre a União Europeia e o Mercosul.

(...).

Terminado este encontro, saímos a pé, o presidente me levou até a Chancelaría, onde fica o primeiro-ministro [Helmut] Kohl. Era clara a simpatia, recíproca aliás, e também a intenção de que a Alemanha e o Brasil selassem um entendimento. (...)

Sua construção é muito clara: França e Alemanha unidas para equilibrar a Europa, e também para impedir que esta seja uma fortaleza, porque a Alemanha tem que exportar, exporta bastante, portanto ele não deixará que isso fique fechado. Daí o seu interesse na América do Sul, especificamente no Mercosul e, mais especificamente ainda, no Brasil. Disse que a Ásia está longe, que quer ter uma presença no Japão, para os japoneses não se esquecerem dele, brincou, teme os Estados Unidos. (...) A preocupação maior, no entanto, é com a África, o Sul, os fundamentalismos, mas ele não tem dúvida nenhuma de que a relação entre a Alemanha e a Europa é igual à do Brasil com o Mercosul. Que Mercosul e União Europeia devem ser um grande quadro de referência para que nós organizemos as grandes questões mundiais. (...)

Dia 23 de dezembro, continuação da visita à Espanha. (...) Dali nos dirigimos ao Palácio de La Moncloa para encontrar o Felipe González. Chegamos ao Palácio. (...) Foi uma conversa em que mais falei do que ouvi. Contei as coisas da China, da Malásia, do Brasil, e muito contente, eu disse que nós também, pelo fato de que foi na presidência espanhola, com ajuda ainda do [Manuel] Marín, alto comissário da Espanha, que na reunião europeia nós conseguimos realizar este importante

> *tratado*. (...), após a assinatura do acordo com a União Europeia, que o Luiz Felipe Lampreia assinou, nós assistimos, foi mais uma foto do que propriamente um ato, só faltava essa assinatura. (...)*
>
> ** Acordo entre o Mercosul e a União Europeia para a criação de um bloco econômico comum em 2005. Todos os chanceleres do bloco sul-americano já haviam assinado o documento. Felipe González exercia a presidência rotativa da UE, integrada na época por quinze países.*

Três anos após aquele primeiro tratado contendo uma Cláusula Democrática, foi assinado em Ushuaia, na Argentina, um protocolo adicional ao tratado de constituição do Mercosul estabelecendo, em seu artigo primeiro, que "**a plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Estados Partes**"[4], limitando-se porém a descrever como condição essencial o respeito à Democracia, sem mencionar ainda os Direitos Humanos já protegidos pelo Tratado União Europeia Mercosul, mas tendo o condão de estabelecer um procedimento mais detalhado para o enfrentamento de rupturas democráticas que aquele previsto no artigo 35 deste último, como relata André de Carvalho Ramos (RAMOS, 2008, p. 367):

> *Em 1998, foi assinado o Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no Mercosul, por meio do qual os quatro membros e os dois Estados Associados (Chile e Bolívia) reconhecem, agora em um tratado internacional, que a vigência das instituições democráticas é condição necessária para o gozo dos direitos de Estado membro ou associado do processo de integração do Cone Sul. Assim, toda a ruptura da ordem democrática é considerada um obstáculo intransponível para a continuidade do processo de integração.*

[4] Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 452, de 14 de novembro de 2001, o texto do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile entrou em vigor, para o Brasil, em 17 de janeiro de 2002, promulgando-se através do Decreto nº 4.210 de 24/04/2002.

(...)

> *Embora o Protocolo tenha sido tímido ao exigir o consenso para a tomada de medidas de coerção, pelo menos o artigo 8º. do Protocolo estabelece que o Protocolo é parte integrante do Tratado de Assunção e dos respectivos Acordos de Integração celebrados entre o Mercosul, Bolívia e Chile.*

Como se descreve na tese do autor, o Protocolo de Ushuaia já foi aplicado concretamente duas vezes, a primeira em 2012, para suspender o Paraguai do Mercosul, por considerar-se ruptura da ordem democrática negação do Direito de Defesa no Impeachment do Presidente Lugo, com a consequente admissão da Venezuela, hoje igualmente suspensa, desde agosto de 2017, também por rompimento da ordem democrática.

Em 20 de junho de 2005, foi assinado entre os quatro Estados Membros originais do Mercosul um novo Protocolo em Assunção[5], que veio suprir a falta de menção do Protocolo de Ushuaia aos Direitos Humanos, determinava, também em seu artigo primeiro: "**A plena vigência das instituições democráticas e o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais são condições essenciais para a vigência e evolução do processo de integração entre as Partes**", declarando o Preâmbulo do Protocolo que "**a democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente**. Os próximos artigos do instrumento ainda estenderam à possível falta de respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais por Estado Membro do Mercosul as mesmas possibilidades de sanções e procedimentos de aplicação respectiva, previstos no Protocolo de Ushuaia para a falta da plena vigência das instituições democráticas. Dez anos antes, entretanto, em 1995, como se viu, o Tratado União Europeia Mercosul, já exigia, de forma reunida "O respeito dos princípios democráticos e dos direitos fundamentais do Homem, enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem", como "elemento essencial" daquele Acordo".

Em 2011, finalmente, como relata ainda André de Carvalho Ramos, em artigo publicado na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul

[5] Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto nº 592, de 27 de agosto de 2009, o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul entrou em vigor, para o Brasil, em 03 de abril de 2010, promulgando-se através do Decreto nº 7.225 de 01/07/2010.

(RAMOS, 2015, pp. 48 – 68 da RSTPR do Mercosul, Ano 3, no 6, Ago/2015), um aperfeiçoamento dos Protocolos de Ushuaia e Assunção foi também assinado, mas, por falta de ratificações pelos quatro membros originais do Mercosul, não se encontra ainda vigente:

> *En diciembre de 2011, fue aprobada por el Consejo del Mercado Común la futura reforma del mecanismo democrático del MERCOSUR, con la adopción del Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el MERCOSUR (llamado por los propios escritores de Protocolo "Ushuaia II", para demostrar sus orígenes).*
>
> *El nuevo Protocolo llena el vacío legal del anterior y establece, como ejemplos, algunas medidas que se pueden tomar para fomentar el retorno a la democracia, tales como: a) suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de la estructura institucional del MERCOSUR; b) cierre de las fronteras; c) suspensión o limitación del comercio, el transporte aéreo y marítimo, las comunicaciones y el fortalecimiento de energía, servicios y suministros; d) suspensión de la parte afectada del goce de los derechos y beneficios emergentes de MERCOSUR; e) acciones de los otros Estados para fomentar la suspensión del Estado infractor en otras organizaciones internacionales, así como de los derechos derivados de otros acuerdos de cooperación; e) acciones de los Estados para apoyar los esfuerzos regionales e internacionales para el retorno a la democracia (por ejemplo, en las Naciones Unidas o en la Organización de los Estados Americanos) y f) adopción de sanciones políticas y diplomáticas adicionales.*

Em seguida, dá-se conta da situação que impede, até o momento, a vigência do

protocolo:

> *De los miembros del MERCOSUR, solamente Venezuela ya lo ha ratificado. En Brasil, el proyecto de Decreto Legislativo n° 1290/2013 tramita, bajo régimen de urgencia, en el Congreso Nacional brasileño y fue aprobado por la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de los Diputados, pero aún no ha sido votado en el pleno, habiendo sido retirado de la agenda el 01/06/2015.*

> *Por lo tanto, el Protocolo de Ushuaia II no entró en vigor, pero puede servir como norte a la actuación de los Estados involucrados, a la vez que algunas de las medidas de coerción mencionadas anteriormente pueden ser adoptadas por los países del MERCOSUR, en el interior del bloque, o aún en sus propias acciones diplomáticas y en otras organizaciones internacionales.*

DO PROCESSO DE IMPEACHMENT DA PRESIDENTE DILMA ROUSSEF

No presente artigo, ao contrário da tese do autor, há apenas um caso concreto a ser considerado, como passível de aplicação da Cláusula Democrática do Mercosul, por analogia às mencionadas aplicações concretas, de suspensão do Paraguai, em 2012, e da Venezuela, em 2017, assim como nos termos da Cláusula Democrática do Tratado União Europeia Mercosul, que, como se viu, condensa, desde 1995, a proteção de ambos bens jurídicos objeto dos Protocolos de Ushuaia e Assunção, a Democracia e os Direitos Humanos proclamados na Declaração Universal de 1948, entre eles os Direitos à estrita Legalidade dos Crimes e das Penas, à Presunção de Inocência, ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e à Ampla Defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Trata-se do caso atual do Brasil, onde a alegação de violações destes começou com o processo de Impeachment da Presidente Dilma Roussef, em 2016, como retratado na mesma tese.

Conforme se viu ali com mais detalhe, a primeira pessoa a aventar a

possibilidade de aplicação da Cláusula Democrática do Mercosul, no caso de um eventual impeachment da Presidente Dilma Roussef, foi a então Chanceler do Presidente da Argentina, Mauricio Macri, Suzana Malcorra, que anteriormente fora Chefe de Gabinete do então Secretário Geral da Onu, Ban Ki Moon, em entrevista coletiva concedida em Buenos Aires:

> ***Chanceler argentina diz que Brasil pode ser suspenso do Mercosul***
>
> *LUCIANA DYNIEWICZ*
>
> *DE BUENOS AIRES*
>
> *21/03/2016 21h42*
>
> *O Mercosul poderá "eventualmente" acionar a cláusula democrática contra o Brasil e suspendê-lo temporariamente do bloco conforme se acentue a crise política no país.*
>
> *A afirmação é da ministra de Relações Exteriores da Argentina, Susana Malcorra. Em entrevista coletiva dada nesta segunda-feira (21), ela disse que o assunto não está na agenda neste momento e que é preciso analisar os requisitos da cláusula. "Mas uma desvinculação temporária poderia acontecer", acrescentou.*
>
> *"Apoiamos a presidente, que foi eleita democraticamente, e cremos que não se pode ter nenhuma mudança que não seja por meio das instituições democráticas e da constituição."*
>
> *(...)*
>
> *"Necessitamos de um sócio forte, mas sobretudo de um sócio que resolva as questões dentro de um diálogo institucional", disse.*[6]

O próximo a fazê-lo foi o então Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, Luis Almagro, anteriormente Chanceler Uruguaio, no governo do Presidente

[6] DYENIEWICZ, Luciana. Chanceler argentina diz que Brasil pode ser suspenso do Mercosul. **Folha de São Paulo**. Poder. Publicado em 21 mar. 2016. Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1752561-chanceler-argentina-diz-que-brasil-pode-ser-suspenso-do-mercosul.shtml . Acesso em dez. 2017.

José Mojica, chegando a questionar a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela via consultiva, sobre a possibilidade de aplicação de sanções ao Brasil com base na Carta Democrática da OEA. A consulta em questão foi efetivamente realizada, e rapidamente resolvida, sem apreciação do mérito, pela Corte Interamericana, pedindo-se aqui também vênia para transcrever integralmente trechos da decisão, dada sua relevância e a pertinência ao tema em estudo:

RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

DE 23 DE JUNIO DE 2016

SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA PRESENTADA POR EL SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

VISTO:

1. El escrito de 19 de mayo de 2016, mediante el cual el señor Luis Almagro Lemes, en su calidad de Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante "Secretario General de la OEA" o "Secretario General") sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal") una solicitud de opinión consultiva.

2. (...).

3. De forma más específica, el Secretario General demandó la opinión de la Corte respecto a los siguientes puntos que podrían afectar sustancialmente las garantías del debido proceso en un juicio político y cuáles serían las consecuencias de:

a) aquellas declaraciones formuladas al emitir su voto por quienes tienen que decidir la apertura de la causa y que suponen prejuzgar, adelantando opiniones de condena o

de absolución o expresando fundamentos ajenos al asunto en consideración;

b) el explícito reconocimiento por parte de estas mismas personas de su sujeción a instrucciones, en desmedro de su imparcialidad requerida;

c) la invocación de causales comunes a varios funcionarios en contra exclusivamente de uno solo de ellos, y

d) la acusación por hechos que pudiesen haber sido ejecutados con anterioridad al período a ser considerado legalmente.

4. (...).

CONSIDERANDO QUE:

1. Esta solicitud de opinión consultiva fue sometida a la Corte Interamericana por el Secretario General de la OEA, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención"), el cual establece que:

(...)

2.(...)

3. A su vez, el artículo 71 del Reglamento de la Corte establece que:

1. (...).

2. Si la solicitud emana de uno de los órganos de la OEA, se señalará la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia.

4. La consulta respecto a las garantías del debido proceso aplicables en el supuesto de un juicio político, expresamente se concretiza en un caso específico, a saber, el impeachment contra la presidenta de la República Federativa de Brasil, Dilma Rousseff, el que está sustanciándose actualmente en el Senado Federal de

Brasil.

5. (...) [2].

6. (...).

7. En vista de lo expuesto precedentemente, la Corte estima que, de emitir la opinión consultiva en autos, podría constituir un pronunciamiento prematuro sobre el tema o asunto en cuestión, el que le podría ser sometido posteriormente en el marco de un caso contencioso9. Adicionalmente, considera que una respuesta a la consulta planteada podría implicar pronunciarse sobre un asunto que aún no ha sido resuelto a nivel interno. Así, la Corte también tiene presente que la solicitud de consulta bajo examen presenta una de aquellas situaciones en las cuales se desvirtuaría el propósito y contenido de la función consultiva con que ha sido investido este Tribunal por el artículo 64.1 de la Convención Americana.

8. (...).

PORTANTO:

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

RESUELVE:

por unanimidad,

1. No dar trámite a la solicitud de opinión consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos.

2. Disponer que la Secretaría de la Corte notifique la presente Resolución al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos.

Como bem observado pela CIDH, A referida consulta fora formulada antes de

esgotadas as vias nacionais de decisão, quando a denúncia de crime de responsabilidade contra a Presidente da República fora apenas aceita para tramitação pelo então Presidente da Câmara dos Deputados. Concluido, porém, o processamento do feito no Congresso Nacional, com o efetivo impedimento da Presidente Dilma Rousseff, é hora de abstrair a opinião política que cada um possa ter sobre os fatos verificados, extremamente suscetível de inflamar-se, para um lado ou para outro, mas não por isso descurar de uma abordagem jurídico científica dos mesmos fatos, como bem lembra Paulo Brossard, autor do primeiro e, até o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello, em 1992, único ensaio de fôlego sobre o tema disponível no Brasil (BROSSARD, 1992, pp. 146-147):

> *115. O fato de ser o impeachment processo político não significa que ele deva ou possa marchar à margem da lei.*
> *(...)*
> *116. Nesta matéria, sobre todas delicada, o difícil está em guardar a justa medida. E conciliar, o que a alguns parece impossível, o espírito de justiça com o espírito partidário que existe, e não pode deixar de existir, e, ainda mais, de excitar-se num julgamento político.*
> *(...)*
> *117. Se nos Estados Unidos, como na Argentina, o Presidente da Suprema Corte assume a chefia do Senado unicamente quando é o Presidente da República o acusado. Entre nós, "funcionará como Presidente do Senado o Presidente do Supremo Tribunal Federal", toda vez que o Senado tiver de julgar ou processar e julgar.*

Quanto a este aspecto jurídico científico da questão, principalmente na área constitucional e processual, se há de questionar se foram respeitados os Direitos Fundamentais da Presidente ao Devido Processo Legal e à Ampla Defesa, verificando-se para tanto as alegações formuladas por seus partidários ou defensores de diferentes nulidades processuais, uma em cada uma das as fases do procedimento em questão, desde a decisão da Câmara dos Deputados pela formulação da acusação até o Tribunal judicante, formado pelo Senado e presidido pelo Presidente do STF, passando pela Comissão Especial do Senado que

formulou o parecer favorável à condenação da acusada pedindo-se aqui, mais uma vez, vênia para transcrever as conclusões do autor em sua tese, sobre um conjunto de alegações de nulidade formado por amostragem:

> *As supra-referidas nulidades técnico processuais, contudo, se teriam dado nas três fases do processo de impeachment de Dilma Rousseff. A princípio, em razão do encaminhamento e mesmo fechamento de questão em favor do impeachment, por vários partidos, incluindo alguns dos principais integrantes da base do governo até o mês anterior, ao arrepio da vedação expressa do Art. 23 da Lei 1.079/1950. Em seguida, no Senado, com a imparcialidade dos julgadores comprometida pela nomeação à relatoria de Senador cujo advogado fora também advogado dos denunciantes do mesmo impeachment, como foi comprovado perante a respectiva Comissão Processante pela Senadora Vanessa Graziottin, do PC do B (e se demonstrará a seguir). Por fim, junto ao Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Especial instituído pela referida Lei, ao indeferir o uso como prova da defesa de notórias gravações em que políticos do partido do Presidente interino, incluindo o Presidente do Senado, admitiam a necessidade de impedir a Presidente para estancar as investigações em curso da Polícia Federal contra seus correligionários.*

Sobre a primeira alegação, reza o Art. 23 da Lei 1.079/1950, que "define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento":

> ***Art. 23. Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido a votação nominal, não sendo permitidas, então, questões de ordem, nem encaminhamento de votação***.

> *O sentido da norma é evidente, guardando estreita correspondência com o Princípio da Imparcialidade dos Julgadores, sendo este, finalmente, óbvio corolário do Princípio do Devido Processo Legal, uma vez que não pode haver devido processo sem Juiz imparcial. Não obstante, o Congresso Nacional, ao performar o "processo de julgamento" dos "crimes de responsabilidade" previstos na referida Lei, desde 1950 mas com plena recepção pelo sistema inaugurado pela Constituição de 1988, seja na recepção da denúncia pela Câmara dos Deputados ou no julgamento propriamente dito pelo Senado, estará sempre cumprindo cumprindo função atípica não legislativa, de perfil eminentemente judiciário. Perfil judiciário que deve ser mantido ainda que a motivação das decisões seja política, onde deverá prevalecer a livre convicção de cada componente do colegiado em questão sobre quaisquer interesses político-partidários conjunturais não cabendo, portanto, sequer encaminhamento das votações pelos Partidos Políticos, quanto menos fechamento das questões respectivas.*

Isto porque, se o processo de *impeachment* não é judicial, é quando menos administrativo, e ao Presidente da República não se poderá negar a condição de acusado, cujo patrimônio é integrado por seus direitos políticos, enquanto bens imateriais, rezando os incisos LIV e LV do Art. 5º. da Constituição Federal:

> ***LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;***
> ***LV – Aos litigantes, em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral, serão garantidos o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;***
> *Não foi, entretanto, como é notório, o que aconteceu na*

> *sessão legislativa da Câmara em 17 de abril de 2016, de triste memória, onde a maioria de mais de dois terços dos Deputados, ao votar pela recepção da denúncia contra a Presidente Dilma Vana Roussef, declarou as motivações as mais diversas, especialmente em nome de familiares como filhos, pais ou cônjuges, mas jamais a própria convicção pessoal na receptibilidade da denúncia. Grande parte de fato creditou sua decisão ao fechamento da questão pelos respectivos partidos, não apenas aqueles de expressa oposição ao Governo, como o PSDB, mas até mesmo o partido do Vice-Presidente da chapa do PT, o PMDB, e outros, como o PP, que até a véspera votavam em bloco com o Governo.*

Já na Comissão Processante do impeachment no Senado, a relatoria foi atribuída ao Senador Anastasia, com imediata oposição de Senadores que apoiavam a Presidente Dilma,[7]:

> *Para a vaga de relator, porém, não há acordo e o escolhido precisará passar por eleição. Pela proporcionalidade de bancadas, critério que definiu a composição da comissão, a relatoria caberia ao Bloco Parlamentar da Oposição (PSDB-DEM-PV). O nome indicado foi o do senador Antônio Anastasia (PSDB-MG). Os senadores governistas, entretanto, discordaram da indicação. Duas questões de ordem foram apresentadas em Plenário alegando a suspeição de Anastasia para exercício da função. A senadora Gleisi Hoffmann (PT-PR) argumentou que "todos sabem o resultado do processo", pois Anastasia já teria proferido em ocasião anterior a*

[7] REDAÇÃO SENADO NOTÍCIAS. Comissão Especial do Impeachment elege presidente e relator nesta terça-feira. Senado Notícias. Publicado em 25 abr. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/25/comissao-especial-do-impeachment-elege-presidente-e-relator-nesta-terca-feira, acesso em 17 dez 2017

"clara antecipação de juízo de valor sobre a culpa" da presidente Dilma.

A Senadora Vanessa Graziottin também se insurgiu contra esta designação conforme o mesmo informativo oficial "Senado Notícias" [8]:

Já a senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM) ponderou que o senador tucano poderia ser considerado autor do pedido de impeachment, uma vez que um dos responsáveis pela denúncia é o advogado Flavio Henrique Costa Pereira, coordenador jurídico nacional do PSDB.
— Não cabe a relatoria ao partido que é o próprio autor da denúncia contra a presidente da República — alertou.

A nulidade aí verificada está bem descrita na questão de ordem abaixo, formulada pela da Senadora ao Presidente da Comissão Especial e constante dos autos:

Conforme se depreende da denúncia 1/2016, ora em exame, são autores os Senhores Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaína Conceição Pascoal, ***além do advogado e subscritor da petição o Senhor FLÁVIO HENRIQUE COSTA PEREIRA, assumindo uma posição de AUTOR E ADVOGADO no feito****.*
O Senhor Flávio Henrique Costa Pereira é tão somente o Coordenador Jurídico do Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, sendo o patrono do candidato derrotado às eleições de 2014, Aécio Neves, Presidente nacional da legenda e do próprio partido, na impugnação da prestação de contas da Presidenta Dilma Roussef.
É evidente que paira sobre o PSDB toda a sorte de suspeições para a relatoria do procedimento sob exame. Vê-se com toda a clareza as digitais do PSDB no pedido

[8] Ibid.

de impeachment da Senhora Presidenta da República.

A questão de ordem levantada pela Senadora Gleisi Hoffmann, igual e e liminarmente rejeitada pelo Presidente da Comissão Especial processante do Impeachment no Senado, vai no mesmo sentido:

> *No caso em tela o relator indicado pertence ao principal partido de oposição nesta Casa. Assume a relatoria quando todos têm absoluta certeza das conclusões de seu parecer. Há declarações públicas da posição do PSDB sobre o processo de impeachment da Presidenta Dilma. Aliás, há declaração do próprio Senador Anastasia, proferida no dia 29 de março de 2016 no Plenário desta casa, em que afirma, no encerramento:*
> *"Até porque, no caso concreto ora sob exame, nós temos decisão do Tribunal de Contas da União que aponta, de maneira cabal e às mãos cheias, o rol de infrações que foram cometidas e que dão sustentação a esta figura."*

E as conclusões do autor vão no mesmo sentido:

> *Tal suspeição do Relator no Tribunal Especial do Senado para julgamento do Impeachment da Presidente assume especial relevância quando se lembra, como é notório, que os dois denunciantes originais, Janaína Conceição Pascoal e Hélio Pereira Bicudo, haviam protocolado e aditado anteriormente outra denúncia, com base em inúmeros fatos relativos ao primeiro mandato de Dilma Rousseff, que o Presidente da Câmara, Deputado Eduardo Cunha, do PMDB, já rejeitara liminarmente, com base na expressa exclusão de tal possibilidade pela Lei de Crimes de Responsabilidade. Na segunda denúncia, acima referida, cuja tramitação terminou aceita pelo Deputado*

Eduardo Cunha, apesar de pertencer ao Partido do Vice-Presidente da República, coligado, em 2014, com aquele da Presidente, o PT, porque este lhe negou apoio em processo perante a Comissão de Ética da Câmara, aqueles denunciantes tiveram a companhia, enquanto signatários, do jus-penalista Miguel Reale Júnior, membro histórico do PSDB, e do mencionado advogado Flávio Henrique Costa Pereira, Coordenador Jurídico do PSDB na campanha de seu candidato, Senador e Presidente Nacional do Partido, Aécio Neves.

A referida campanha, por sua vez, fora chefiada pelo Relator Senador Anastasia, que mencionara, no discurso (...), justamente os aportes do Tribunal de Contas da União (...) reconhecidos como crimes de responsabilidade da Presidente, a chamada "pedalada fiscal" do financiamento do Plano Safra e os créditos orçamentários suplementares sem autorização congressual. Isto configurou claro pré-julgamento favorável à acusação do julgador Relator do Processo, chocando-se frontalmente com um dos principais e primeiros elementos do Princípio do Devido Processo Legal, a exigência de Imparcialidade do Juiz. Ora, tal pré-julgamento macula todo o processo, por confundir-se com o Sistema Inquisitivo, (...), em que se confundiam necessariamente acusador e julgador, tendo a defesa papel meramente decorativo (...) que (...) contraria a Constituição brasileira e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que dela se considera parte integrante, por força do parágrafo segundo de seu Artigo 5º, consagram expressamente o Sistema acusatório, onde se garantem "aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (Inciso LV do mesmo Art. 5º).

Já a Presidência do Tribunal Especial do impeachment no Senado coube, como determina a Constituição, ao então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Uma decisão em especial do Ministro afetou sobremaneira o Direito à Ampla Defesa da acusada, conforme descreve o recurso abaixo transcrito, no qual a proferiu, recurso este impetrado pelo advogado da Presidente, José Eduardo Martins Cardozo, em 2016:

> *É importante relembrar que, anteriormente, a DD. Comissão especial do Senado Federal (em decisão proferida no dia 02 de junho), já havia negado o pedido da Sra. Presidenta da República de que fosse oficiado aos órgãos judiciários competentes para a obtenção das gravações (áudios) apresentados na colaboração premiada do Sr. Sérgio Machado. Naquela oportunidade, o entendimento majoritário daquele colegiado, foi o de que, estranhamente, a matéria em questão* ***extrapolaria o objeto do processo****.*

No relatório da decisão do mesmo recurso, o Presidente do Tribunal especial, Ministro Lewandowski, informou que a recorrente:

> *Inconformada com o indeferimento aduz que "o óbvio direito da Sra. Presidente de proceder à juntada aos autos de elementos probatórios públicos, por ela legitimamente obtidos, foi cerceado e claro em evidente abuso de seu legítimo direito de defesa".*

As gravações em questão eram efetivamente de notório conhecimento público, em razão dos mesmos vazamentos e divulgação seletiva pela mídia, e este foi um dos argumentos utilizado pelo Presidente do Tribunal para rejeitar o recurso, como se verá, envolvendo o ex-presidente da Transpetro - empresa do Grupo Petrobrás responsável pelo transporte e armazenamento de petróleo e derivados em navios petroleiros, oleodutos e terminais de tanques - com os Senadores do PMDB, então, da base do Governo Dilma, Renan

Calheiros, Romero Jucá e José Sarney, sendo os áudios gravados pelo primeiro, em conversas onde via de regra admitiam o recebimento de milhões de reais desviados de contratações da empresa. Sobre isto concluiu o autor em sua tese:

> *Chamava a atenção, entretanto, especialmente, uma frase do Senador Romero Jucá a Ségio Machado, afirmando ser necessário impedir a Presidente para "estancar a sangria da Lava-jato". Ora, que prova poderia ser mais pertinente ao processo de impeachment da Presidente que uma gravação do então líder do próprio Governo Dilma no Senado dizendo ser necessário este mesmo processo para que se sustassem as investigações contra políticos como ele e os demais gravados por Machado, que se tornariam, à excessão do agora já ex- Senador José Sarney, seus julgadores no Tribunal formado pelo próprio Senado e presidido pelo Presidente do STF?*
>
> *Não é necessário notório saber jurídico, apenas razoável grau de raciocínio lógico, para perceber não apenas a pertinência, mas a relevância da consideração da prova em questão para a defesa da acusada por crime de responsabilidade em questão. Tampouco faz falta um manual de processo penal brasileiro para detalhar o que significaria, aplicável à questão concreta em tela, a "ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" exigida, para os "acusados em geral", pelo inciso LV do Art. 5º. da Constituição Federal, quando o próprio texto do Art. 8º. da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme se viu, já o faz, situando entre as garantias processuais mínimas a "concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa".*

É o que disse depois, aliás, o próprio Ministro Lewandowski, em artigo de

opinião sobre o Devido Processo Legal[9] publicado mais recentemente na Folha de S. Paulo:

> *O Direito ao contraditório e à ampla defesa fica completamente esvaziado quando o processo judicial se aparta dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade ou do ideal de concretização do justo.*
> *Com efeito, uma decisão que atente contra a racionalidade, a realidade factual ou os princípios gerais do direito universalmente reconhecidos, embora correta do ponto de vista procedimental, não se conforma ao devido processo legal substantivo.*

Não é demais lembrar, finalmente, que o inciso LV do Art. 5º. da Constituição Federal exige a Ampla Defesa "em processos administrativos ou judiciais", jamais se limitando a estes últimos.

Ainda assim, no caso concreto, esta foi a fundamentação da decisão o Ministro:

> *Assim, o objeto da denúncia e, portanto, o seu respectivo âmbito probatório, encontra-se, desde o ínicio do processo de impeachment, claramente circunscrito a esses limites preestabelecidos.*
> *A própria defesa sempre pugnou para que tais lindes não fossem ultrapassados, insistindo em que nenhuma matéria estranha à denúncia recebida pudesse ser contemplada nos debates parlamentares travados em torno do pedido de impeachment. Confira-se, a propósito, trecho da resposta que ela mesma ofertou à Câmara dos Deputados: "(...), em bom direito,* ***jamais se poderá admitir como objeto de análise neste procedimento em curso, o exame de novos atos ou fatos que eventualmente possam vir a ser trazidos aos autos por pedidos de aditamento***

[9] LEWANDOWSKI, Ricardo. Significado de devido processo legal. **Folha de S. Paulo**. Opinião A3. Tendências e Debates. Publicado em 27 set. 2017. Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/09/1922020-significado-de-devido-processo-legal.shtml . Acesso em dez. 2017.

> ***extemporâneos, ou mesmo pela juntada imprópria de documentos, depoimentos, ou quaisquer outros pretensos meios de prova****, que não possuam pertinência direta, estrita e induvidosa com as acusações admitidas pelo Presidente da Câmara dos Deputados. (...).”*

E estas foram as objeções do autor a respeito, em sua tese:

> *Com a devida e máxima vênia do Professor e Ministro Lewandowski que tanto respeitamos, o raciocínio acima apenas confirma o quão deletéria pode ser a simplicação corrente, em relação aos processos por crimes de responsabilidade, de que neles caibam apenas considerações de ordem* ***política****, campo em que soe-se valorizar essencialmente a negociação e equilíbrio de interesses, em detrimento da* ***jurídica****, campo ao qual estariam circunscritas meras “tecnicalidades” relativas a direitos e obrigações. Ora, a Constituição, antes de ser* ***jurídica****, é profundamente* ***política****, obra do consenso popular que se segue a toda grande transformação, via de regra revolucionária, da estrutura política da vida nacional, em especial no que diz respeito aos Direitos Humanos fundamentais, que são o cerne de qualquer Carta Magna.*
>
> *No caso concreto em tela, é cediço para qualquer estudante de primeiro bimestre de Processo Penal que o que jamais pode ser modificado ou aditado é a* ***denúncia****, a delimitação da acusação da qual se deve defender o acusado, enquanto cerne do Princípio do Contraditório, composto de dois momentos, o direito à ciência da acusação, perfeitamente delimitada, e o direito a contrapor-se a esta mesma acusação.*
>
> *E como contrapor-se à acusação formulada e devidamente*

> *delimitada? A resposta encontra-se na mesma linha do Inciso LV do Art. 5º. da C.F. aqui tantas vezes lembrada, garantindo "**aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes**", ou seja, o segundo momento do Contraditório se realiza através da Ampla Defesa, garantindo aquele ao acusado que nada extrapolará a acusação que lhe foi originalmente formulada e comunicada, da forma aceita pelo órgão judicante, e esta lhe proporcionando o direito de defender-se da forma o mais ampla possível, com todos os meios para tanto necessários e suficientes.*
>
> *Inaceitável, portanto, no processo de impeachment da Presidente Dilma, o pretexto da necessidade de igualar os limites da acusação e da defesa, ou mesmo sua "paridade de armas", quanto menos para excluir dos autos provas essenciais como aquela, já aceita como lícita e liberada do sigilo pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando que seus próprios aliados, do Partido do Presidente da Câmara dos Deputados e do Vice Presidente da República, tramavam justamente seu impeachment para estancar a investigação de corrupção em curso, pela Polícia Federal a ela subordinada, através do Ministro da Justiça.*

Ao final, antes de negar provimento ao recurso interposto, o Presidente do Tribunal Especial lembrou, contraditoriamente, serem as gravações em questão fato notório, e, portanto, utilizável no processo:

> *Sim, porque, depois de homologada e tornada pública, tudo o que se contém numa colaboração premiada passa a ser de domínio geral, em particular esta, da qual aqui se cogita, cujo conteúdo foi divulgado para os meios de comunicação – quiçá de forma ilícita – antes mesmo da*

decisão judicial que a tornou acessível a todos.

O aproveitamento dos dados nela abrigados, de acordo com consagrada praxe processual, segue o mesmo regime dos "fatos notórios". Quer dizer, poderão ser alegados, sem que se exija a respectiva comprovação, conforme atesta a doutrina criminal (notoria non egent probatione), e prevê, explicitamente, o art. 334, I, do vigente Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente à espécie.

Assim replicando o autor em sua tese:

Ou seja, por um lado negar a juntada aos autos da prova inerente à Ampla Defesa, como garantiriam o Inciso LV do Art. 5º. da Constituição Federal e o Art. 8º., 2, c, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e, por outro, afirmar que a necessidade de tal juntada estivesse suprida pela notoriedade da divulgação, "quiçá ilícita", da mesma prova pelos meios de comunicação, é, para dizer o mínimo, evidente "contradictio in terminis", que não deveria resistir ao menor escrutínio, quando menos aquele de Corte especializada como a Interamericana.

Valendo lembrar, por último, o artigo já referido anteriormente[10], onde o próprio Ministro Lewandowski ressalta o real alcance do Princípio do Devido Processo Legal:

Trata-se de uma moeda de duas faces. De um lado, quer dizer que é indispensável a instauração de um processo antes da restrição a quaisquer direitos. De outro, significa que o processo precisa ser adequado, ou seja, não pode ser simulacro de procedimento, devendo assegurar, no mínimo, igualdade entre as partes, o contraditório e a

[10] LEWANDOWSKI, Ricardo. Significado de devido processo legal. **Folha de S. Paulo**. Opinião A3. Tendências e Debates. Publicado em 27 set. 2017. Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/09/1922020-significado-de-devido-processo-legal.shtml . Acesso em dez. 2017.

ampla defesa.

Verifican-se assim, acima, ainda que por mera amostra única de cada uma das fases do "processo político" e sem pretensão de esgotar todas as nulidades arguidas pela defesa da Presidente, evidentes violações das garantias fundamentais do Devido Processo Legal e do Contraditório e da Ampla Defesa, conferidas à Cidadã Dilma Roussef pelos Incisos LIV e LV do Art. 5o. da Constituição Federal. E, como tal, igualmente violadoras não apenas da mesma Constituição, mas dos Tratados Internacionais de que o Brasil é parte, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Tratado Mercosul-União Europeia e os Protocolos de Ushuaia e Assunção do Mercosul.

DO PROCESSO PENAL POR CORRUPÇÃO PASSIVA CONTRA O EX-PRESIDENTE E CANDIDATO LUÍS INÁCIO LULA DA SILVA, COM SEU CONSEQUENTE AFASTAMENTO DO PLEITO PELA LEI DA FICHA LIMPA

Resta-nos, por último, como se disse na introdução ao presente trabalho, tratar de momentoso tem que ainda não se colocava quando da redação da tese do autor, o processo criminal contra o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva, sua prisão neste decretada logo após a condenação nele proferida ser confirmada em segunda instância e anterior ao respectivo trânsito em julgado, a consequente negativa do registro pelo Tribunal Superior de sua nova candidatura à Presidência da República, no pleito recém encerrado com a vitória de oponente que em seguida, como é notório, nomeou Ministro da Justiça, com poderes extraordinários também para o controle da Segurança Pública, o juiz de primeira instância que condenou o ex-Presidente naquele processo, alijando-o do pleito e desta forma influindo decisivamente na respectivo resultado, ao impedir de concretizar-se a intenção de voto manifestada anteriormente por cerca de 40% do eleitorado, em diferentes e consecutivas pesquisas de opinião.

No processo em questão, o ex-Presidente foi condenado pelo Juiz Sérgio Fernando Moro, da 13ª. Vara Criminal Federal de Curitiba, sob os seguintes fundamentos:

853. Provado, portanto, o crime de corrupção.

854. O Grupo OAS, dirigido por José Adelmário Pinheiro Filho, mantinha uma conta corrente geral de propinas

com agentes do Partido dos Trabalhadores e que era alimentada por créditos provenientes de contratos celebrados pelo Grupo OAS com o Governo Federal.

855. Alguns desses créditos foram provenientes dos aludidos contratos da Construtora OAS, no âmbito do Consórcio CONEST/RNEST, no montante de dezesseis milhões de reais, como parte de vantagem indevida acertada no total de cerca de 2 ou 3% sobre o valor do contrato.

856. O ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi beneficiado materialmente por débitos da conta geral de propinas, com a atribuição a ele e a sua esposa, sem o pagamento do preço correspondente, de um apartamento triplex, e com a realização de custosas reformas no apartamento, às expensas do Grupo OAS.

(...)

879. Parte do acerto de corrupção ocorreu ainda durante o mandato presidencial, ou seja, quando Luiz Inácio Lula da Silva ainda detinha a condição de agente público federal.

(...)

881. Não importa que o acerto de corrupção tenha se ultimado somente em 2014, quando Luiz Inácio Lula da Silva já não exercia o mandato presidencial, uma vez que as vantagens lhe foram pagas em decorrência de atos do período em que era Presidente da República.

(...)

886. Houve a prática de ato de ofício ilegal por parte dos destinatários da vantagem indevida, com o que cabe a aplicação das causas de aumento do §1º do art. 317 ou do art. 333, parágrafo único, do CP.

(...)

918. Em resumo das conclusões, tem-se que:

1) Luiz Inácio Lula da Silva deve ser condenado por um crime de corrupção passiva e um crime de lavagem de dinheiro em concurso material;

No dispositivo da Sentença, assim ficou lançada a condenação:

944. ***Condeno*** *Luiz Inácio Lula da Silva:*
a) por um crime de corrupção passiva do art. 317 do CP, com a causa de aumento na forma do §1º do mesmo artigo, pelo recebimento de vantagem indevida do Grupo OAS em decorrência do contrato do Consórcio CONEST/RNEST com a Petrobrás; e
b) por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, caput, inciso V, da Lei n.º 9.613/1998, envolvendo a ocultação e dissimulação da titularidade do apartamento 164-A, triplex, e do beneficiário das reformas realizadas.

Celso Antônio Bandeira de Melo e Weida Zancaner, em artigo intitulado "Condenação por imóvel: sem posse e sem domínio", integrante da coletânea, lançada pela Frente Brasil de Juristas pela Democracia, intitulada "Comentários a uma Sentença Anunciada – O processo Lula" (PRONER et al, 2017, p. 468) respondem a cada um dos fundamentos principais da decisão da seguinte forma:

Ora bem, a sentenca que condenou o ex-Presidente LULA escandaliza, desde logo,
porque não só se fez sem suporte em prova, mas ate mesmo, efetuou-se frontalmente contra lei. Preten DORNELLES deu-se, justificá-la atribuindo-lhe imaginosamente, a propriedade de um dado imovel, conquanto desde logo inexistisse qualquer documento que atestasse propriedade ou ao menos posse. Acresce que a atribuicao dela ao ex-Presidente fez tabula rasa da norma segundo a qual a propriedade imovel se prova pelo

> *registro imobiliario, diante do que, a toda evidência, sem violar tal lei, nao se pode irroga-la a outrem simplesmente por um desejo do acusador, no caso, o magistrado.*
> *Nem se diga que nao apenas ele, mas um delator tambem afirmou ser do ex-presidente o referido imovel. Nunca se ouviu dizer que o fato de alguem afirmar que um dado imovel pertence a fulano ou beltrano e suficiente para torna-lo titular dele. Menos ainda quando a assertiva e feita na qualidade de delacao premiada ou seja, sem o compromisso da verdade e impulsionado pelo desejo de amenizar a propria posicao de infrator do Direito, cuja palavra, pois, ja nao vem aureolada por uma suposicao de desinteresse e de um sincero e leal desejo de colaborar com o prestigio da ordem juridica, mas e, quando menos, suspeita de uma intencao subalterna.*
> *Tambem nao se provou e nem ao menos se afadigou em comprovar que dita propriedade seria fruto de uma propina por facilitar um negócio com a Petrobras.*

Nisso, os eminentes administrativistas parecem ecoar Beccaria e Hassemer, no início deste trabalho citados, a demonstrar o absurdo de condenações que não subsumam os fatos imputados ao réu à lei, ao total arrepio do Princípio da Legalidade.

CONCLUSÃO

É cabível a aplicação ao Brasil das cláusulas democráticas de tratados de integração econômica regional, especialmente no âmbito dos protocolos ao Tratado Constitutivo do Mercosul e de seu acordo com a União Europeia para formação de uma zona de livre comércio, para reparação de graves violações de Direitos Humanos, especificamente considerados a manutenção da Democracia e os Direitos à estrita Legalidade dos Crimes e das Penas, à Presunção de Inocência, ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e à Ampla Defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, violações estas ocorridas durante o processo de impeachment da Presidente Dilma Vana Roussef, o processo criminal contra o ex-

Presidente Luís Inácio Lula da Silva, sua prisão neste decretada logo após a condenação nele proferida ser confirmada em segunda instância e anterior ao respectivo trânsito em julgado, e a consequente negativa do registro pelo Tribunal Superior de sua nova candidatura à Presidência da República, no pleito recém findo, com a vitória de oponente que em seguida nomearia Ministro da Justiça justamente o juiz de primeira instância que condenou o ex-Presidente naquele processo, alijando-o do pleito e desta forma influindo decisivamente na respectivo resultado.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, Cesare, **Dos Delitos e das Penas**, 1ª. Edição Brasileira, Hemus, São Paulo, 1983, Tradução de Torrieri Guimarães.

BOBBIO, Norberto, **O Futuro da Democracia** – Uma defesa das regras do jogo. 4ª. Edição, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1986, tradução de Marco Aurélio Nogueira.

BROSSARD, Paulo. **O Impeachment**. 3ª. Edição, ampliada, Saraiva, São Paulo, 1992.

BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**, Tome V – L'Etat Liberal et les Techniques Politiques de la Démocratie Gouvernée. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956.

_____. **Traité de Science Politique**, Tome VI – La Démocratie Gouvernante, son Assise Sociale et sa Philosophie Politique. Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 1ª. Edição, Volume II, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999;

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2ª. Edição Revista e Atualizada, Volumes I e III, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2003;

CARDOSO, Fernando Henrique. **Diários da Presidência**, Volume 1 (1995-1996), Companhia das Letras, São Paulo,2016.

_____. **Diários da Presidência**, Volume 2 (1997-1998), Companhia das Letras, São Paulo,2016;

DROMI, Roberto, e DEL POZO, Carlos Molina. **Acuerdo Mercosur Unión Europea**. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

FLORES, Renato e MARCONINI, Mário (orgs). **Acordo MERCOSUL-União Européia:**

além da agricultura. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stittung, 2003.

GOMES SARAIVA, Miriam. ***Política Externa Europea***, Buenos Aires, 1996, Nuevo Hacer Grupo Editor Latinoamericano.

HASSEMER, Winfried, **Fundamentos del Derecho Penal**, BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1984, tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero.

MANGAS MARTÍN, Araceli, **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**, Madrid, McGraw-Hill Interamericana, 1996.

_____, **DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO: RESPUESTAS LEGALES DESDE LAS NACIONES UNIDAS**, in **Revista Catalana de Dret Public**, Volume, Número 50, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2014.

MARCONINI, Mário, e FLÔRES, Renato, Organizadores. **Acordo Mercosul-União Européia** – Além da agricultura. Konrad Adenauer Stiftung, Rio de Janeiro, 2003;

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Protección Supranacional de la Democracia en Suramérica** – Un estudio sobre el acervo del ius constitucionale commune. Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e prática do habeas corpus**, 7ª. Edição corrigida e melhorada, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1972.

PRONER, Carol, et al, Orgs., **Comentários a uma Sentença Anunciada – O processo Lula**, Projeto Editorial Praxis, Bauru, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos na Integração Econômica**. Renovar, Rio de Janeiro, 2008;

_____. **Processo internacional de Direitos Humanos**, 4ª. Edição, Saraiva, São Paulo, 2015.

_____. Derechos Humanos y el Mecanismo Híbrido do Mercosul: como controlar la aplicación de la Cláusula Democrática? **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión-RSTPR**, Ano 3, no 6, Ago/2015, p. 48 – 68; Assunção, 2015. Disponível em http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr.

_____. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª. Edição, Saraiva, São Paulo, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa, **A difícil democracia**, BOITEMPO EDITORIAL, São Paulo, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 6ª. Edição Revista e Ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1990.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 40ª. Edição Revista e Ampliada, Malheiros, São Paulo, 2017.

STRAUS, Flávio Augusto Saraiva, **Cláusula Democrática e Direitos Humanos**, Banco de Teses da USP – FDUSP, Tese de Doutorado defendida em 03/04/2018;

STRAUS, Flávio Augusto Saraiva, **Soberania e Integração Latinoamericana** – Uma Perspectiva Constitucional do Mercosul. Forense, Rio de Janeiro, 2002.

STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. A tipicidade dos crimes de responsabilidade dos membros do Poder Executivo enquanto defesa da Constituição no exercício da função administrativa. **Revista dos Tribunais** – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – IBDC – Nº 20, pág. 285-290, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, JULHO-SETEMBRO DE 1997.

STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. A tutela da liberdade pessoal antes da instituição formal do habeas corpus no Brasil. **Revista dos Tribunais** – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – IBDC – Nº 21, pág. 241-278, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1997 e in PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (org.). **Doutrinas essenciais:** Direitos Humanos: Instrumentos e garantias de proteção. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, v. 5, p. 799-51.

STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. **Alca e Mercosul: submissão x integração soberana – uma análise crítica da cobertura recente da imprensa sobre o tema**. In CASELLA, Paulo Borba, e SANCHEZ, Rodrigo Elian (org.). **Quem tem medo da ALCA?** Desafios e Perspectivas para o Brasil, Livraria Del Rey Editora Ltda., Belo Horizonte, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria, e TUCCI, José Rogério Cruz. **Constituição de 1998 e processo** – Regramentos e garantias constitucionais do processo. Editora Saraiva, São Paulo, 1989.

WHITEHEAD, Laurence (ed.). **The International Dimensions of Democratization.** Europa and the America. Oxford University Press, Oxford, 1996.

A (IN)EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

THE (IN)EFFICACY OF HUMAN RIGHTS IN THE PROTECTION OF INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS

Vitória Lombello[1]

RESUMO:

O presente artigo busca estudar os institutos de Direitos Humanos que garantem proteção aos direitos dos povos indígenas no Brasil, sejam de direito interno, como normas legais e constitucionais, sejam de direito internacional, como as Declarações, Tratados e Convenções de que o país é signatário. Busca-se analisar a razão pela qual existe tamanha discrepância entre aquilo que esses mecanismos legais preveem, como o princípio da não-discriminação e autodeterminação dos povos, e a realidade enfrentada pelas comunidades indígenas no Brasil, a qual é permeada por constantes ataques e violações, tanto por terceiros quanto pelo próprio Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos dos Povos Indígenas. Direitos Humanos. Proteção. Ineficácia. Autodeterminação

ABSTRACT:

This article will study the Human Rights institutions that purport to protect indigenous peoples' rights in Brazil, whether of domestic law, such as legal and constitutional norms; or of international law, such as the Declarations, Treaties and Conventions to which the country is a signatory. It aims to analyze the causes for the discrepancy between what is written in said institutions, such as the principles of non-discrimination and self-determination, and the reality faced by the indigenous communities in Brazil, which is filled with attacks and violations, either by third parties or by the State itself.

KEY WORDS: Indigenous Peoples' Law. Human Rights. Protection. Inefficacy. Self-determination

[1] Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo da Academia Paulista de Direito (CIDHSP/APD).

SUMÁRIO

Introdução
I. Os Direitos Humanos
I. Mecanismos de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas
II.1. O Direito Brasileiro e a Constituição Federal de 1988
II.2. Convenções Internacionais
III. O Contexto de Violações
IV. A Insuficiência dos Direitos Humanos
IV.1. Direitos Humanos no Brasil
IV.2. Outros Olhares para o Direito
V. Considerações Finais
Bibliografia

INTRODUÇÃO

Os povos indígenas são atualmente uma das parcelas mais marginalizadas da população brasileira. Segundo Censo Geral do IBGE de 2010, no Brasil existem 896.917 indígenas, de 305 etnias diferentes, falantes de 274 línguas. A estimativa é de que em 1500 eles tenham sido cerca de 6 milhões de pessoas pertencentes a mil povos. O seu modo de vida é reconhecidamente muito diferente daquele dos ocidentais, principalmente pelo fato de manterem uma relação íntima com o meio ambiente e prezarem pelo equilíbrio do ecossistema em que vivem.

Em função disso, é muito importante o reconhecimento de instrumentos legais que protejam seus direitos e afirmem sua possibilidade de preservar seus modos de vida tradicionais e sua cultura. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 representa um avanço significativo em relação aos textos normativos anteriores, posto que foi fruto do processo de redemocratização do país, o qual contou com a presença de diversas entidades da sociedade civil na Assembleia Constituinte. Além disso, o Brasil é signatário de diversos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

Não obstante, as violências contra comunidades indígenas são constante no cenário nacional. Para que a realidade brasileira mude e passe a se assemelhar àquela dos tratados e convenções internacionais que o país assina, é necessário que esses textos

normativos adquiram efetividade e sejam vigentes no cotidiano dessas populações. Os osbstáculos a esse avanço são inúmeros, e questiona-se se a dificuldade na aplicabilidade dos institutos de Direitos Humanos no Brasil se dá pela ausência de vontade política ou pela incompatibilidade desses instrumentos etnocêntricos com os modos de organização social, política, jurídica e cultural dessas populações.

I. OS DIREITOS HUMANOS

A proteção dos Direitos Humanos foi consolidada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição Federal de 1988, que traz em seu art. 5o o que pode ser caracterizado como Direitos Fundamentais. Enquanto os Direitos Fundamentais são aqueles positivados em determinado sistema jurídico, os Direitos Humanos são aqueles compreendidos como universais, inerentes à condição humana e que, por essa razão, devem ser aplicados por todas as nações, sem distinção.

Os Direitos Humanos, portanto, visam resguardar os valores tidos como universais e intrínsecos à pessoa humana, como integridade física e psicológica, dignidade e liberdade. São como diretrizes para que o Estado possa oferecer aos cidadãos as condições para concretização de uma vida digna, em que possam viver e se desenvolver livremente. Em virtude de sua natureza, considera-se que a existência dos Direitos Humanos é anterior às ordens jurídicas e, em decorrência disso, suas definições estão em constante construção. A essa categoria também são atribuídas as características de indivisibilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, interdependência e eficácia erga omnes.

A conquista dos Direitos Fundamentais, ao contrário do que possa parecer, não se deu sem esforço, haja vista que seu reconhecimento sempre se deu (e ainda se dá) por meio de muita luta e reivindicação dos diversos setores que se organizam para tanto. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é uma consequência do período pós-guerra. Ela é sem dúvida o marco principal na positivação desses direitos e sua importância é reconhecida mundialmente, considerando-se que atualmente 184 países são signatários da Declaração promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Partindo dos ideias da Revolução Francesa, ela garante a todos os seres humanos direitos civis e políticos, além de afirmar seus direitos econômicos, sociais e culturais, tendo por base o direito à igualdade e à cidadania. O texto foi aprovado sem ressalvas e é considerado hoje um consenso em matéria de Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

A partir dessa Declaração, ficou consagrado o compromisso internacional dos Estados de promover as condições para concretizações desses direitos, o que pode ser traduzido na necessidade de implementação de uma infraestrutura jurídica que os abarque, além de mecanismos e organizações capazes de efetivá-los na prática. O que se seguiu foi uma multiplicidade de tratados e convenções internacionais e regionais com o objetivo de assegurar a observância dos direitos e liberdades fundamentais.

Os Direitos Humanos são comumente divididos em gerações (ou dimensões), em que a primeira geração designa os direitos individuais (e.g. igualdade), a segunda geração designa os direitos coletivos (e.g. direitos sociais), a terceira geração diz respeito aos direitos dos povos ou direitos de solidariedade (e.g. direito do consumidor; direito a um meio-ambiente equilibrado), e a quarta geração, ainda sob discussão, seria composta dos direitos da bioética e da informática (e.g. tecnologias de informação e comunicação).

Os direitos de segunda geração são aqueles que exigem do Estado ações afirmativas e políticas públicas para garantir que os cidadãos possam gozar daquilo que se considera imprescindível para uma vida digna. Isso inclui um conjunto de medidas administrativas e legislativas para efetivar o acesso de todos a serviços de saúde, educação, habitação, transporte, trabalho, lazer, etc.

O Estado Brasileiro, em virtude dos tratados internacionais assinados e dos direitos e princípios irradiados da Constituição de 1988, assume o compromisso de proteger e garantir os Direitos Humanos de seus cidadãos, entendidos como tais todos os brasileiros, sem distinção de raça, cor, gênero, sexualidade ou etnia. Após a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos devem ser aprovados, tanto na Câmara quanto no Senado, por três quintos dos votos dos parlamentares e, a partir de então, terão status constitucional, conforme prevê o art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988 .

Nesta seara, o Brasil é signatário de um número considerável de convenções que versam sobre os direitos dos povos indígenas e que os caracterizam como Direitos Humanos. Dentre elas, destacam-se a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção pela Eliminação de Todos os Tipos de Discriminação Racial; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos; e a Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas.

Um aspecto recorrente nas convenções mencionadas e que é essencial para o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas como Direitos Humanos é o princípio da não-discriminação. Apenas a partir da não-discriminação e da ausência de preconceito seria possível garantir às comunidades indígenas a proteção de seus indivíduos, suas culturas e seus modos de vida, bem como de sua forma de organização social e de seus territórios tradicionais. Ademais, em virtude do princípio da não-discriminação devem ser e estendidos aos povos indígenas os direitos de propriedade, bem-estar físico e integridade cultural reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O princípio da autodeterminação dos povos, muito caro ao direito internacional, opera no mesmo sentido, uma vez que para garantir o desenvolvimento dos povos indígenas é necessário lhes assegurar a possibilidade de se autogovernar e, dessa forma, manter suas culturas e tradições.

Diante desse cenário, pode-se afirmar que a defesa dos direitos dos povos indígenas no Brasil atualmente está inserida na perspectiva da defesa dos Direitos Humanos e da própria democracia, na medida em que para que esta se concretize é necessário que haja uma preocupação com o bem-estar de todas as parcelas da população, sobretudo das mais vulneráveis.

A despeito dos compromissos assumidos internacionalmente e da positivação interna dos Direitos Humanos, o Estado Brasileiro revela-se na prática muito negligente em relação aos povos indígenas. A lentidão dos processos de demarcação de terras, a falta de implementação dos mecanismos jurídicos de proteção e a displicência do Estado em relação aos ataques sofridos pelas comunidades indígenas por ruralistas ultrapassam a negligência e beiram a legitimação do genocídio dessas populações.

Ainda que as comunidades indígenas recorram ao sistema internacional de Direitos Humanos para exigir que o Estado honre seus compromissos e garanta a observância de seus direitos, essa via não lhes garante a satisfação de sua demanda, pois decisões como as da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mesmo que vinculantes, não possuem nenhum mecanismo de sanção em caso de descumprimento por parte do Estado. Isso significa que o Brasil deixa de colocar em prática os compromissos defendidos e firmados internacionalmente, e essas disposições nunca deixam de ser palavras bonitas em um pedaço de papel – ou seja, são normas meramente programáticas.

Dessa forma, fica claro que o desafio em relação à implementação dos direitos dos povos indígenas não diz respeito à criação de novos instrumentos jurídicos ou

mecanismos de reconhecimento das violações sofridas, mas sim, à vontade política para implementar ferramentas que deem efetividade às garantias legais já existentes, sobretudo àquelas trazidas no art. 231, caput, da Constituição Federal .

II. MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

II.1. O DIREITO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A preocupação com os povos indígenas, suas terras e seu modo de vida tem sido relevante juridicamente no Brasil desde o tempo da colonização portuguesa. Os colonizadores já compreendiam que a posse indígena da terra é caracterizada por seu caráter comunitário, indivisível e inusucapível, além de não ser voltada necessariamente à produção de bens de comércio mas, ao contrário, estar diretamente relacionada ao sistema de crenças e conhecimentos do povo que a possui e a tem como base de seu território.

A Constituição de 1934 incorporou tais preocupações em seu texto, afirmando em seu art. 129 o respeito pelas terras dos "silvícolas" que nelas se achassem permanentemente localizados, sendo-lhes vedado aliená-las. O jurista Victor Nunes Leal (1914 - 1985) entendia que o objetivo por trás dessa norma constitucional era reservar o território dos índios, seu habitat, para que estes pudessem preservar seus traços culturais.

As constituições seguintes, com exceção da Carta Magna de 1988, contentaram-se em apenas repetir esse dispositivo e não se aprofundaram no tema dos direitos indígenas. Para o eminente constitucionalista José Afonso da Silva,

(...) a relação entre os indígenas e suas terras não se rege pelas normas do direito civil, sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é nem nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que proporcionam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. (SILVA, 2013, p. 875).

A Lei 6.001 de 1973, conhecida como Estatuto do Índio, revela uma tentativa por parte do Estado brasileiro de estabelecer normas jurídicas aplicáveis a todos os povos indígenas, indistintamente, para regular a questão de suas terras e de sua proteção. Essa legislação especial, que está em vigor até hoje, tende a classificar os povos indígenas conforme seu grau de dependência em relação à sociedade nacional e deixa de considerar que os indígenas não constituem um grupo homogêneo e que, ao contrário, cada um tem seu próprio direito e é regido por suas próprias normas.

A proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas adquiriu um poderoso aporte constitucional com a promulgação da Constituição de 1988, a qual expandiu a proteção dos direitos dessas comunidades ao reconhecer o direito de terem sua própria organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231, caput). Além disso, explicitou três importantes obrigações da União, quais sejam: demarcar as terras indígenas, proteger e fazer respeitar seus bens.

Houve uma grande movimentação das organizações indígena em torno Assembleia Constituinte, entre 1987 e 1988, para que suas demandas fossem ouvidas e inseridas no texto constitucional na forma de garantias. O resultado foi que a Constituição promulgada avançou consideravelmente em relação a todo o sistema anterior, tendo em vista que considerou o direito à terra como originário; conceituou terra indígena incluindo não só aquelas necessárias à habitação, mas à produção, preservação do meio ambiente e as necessárias à sua reprodução física e cultural; admitiu a existência de direitos indígenas coletivos, reconhecendo a organização social indígena; proibiu a remoção de grupos indígenas de suas terras; chamou os índios de índios e lhes deu o direito de continuarem a sê-lo (SOUZA FILHO, 2018, p. 91).

O art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) dispõe que a demarcação das terras indígenas pela União deveria ser concluída no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. De acordo com o levantamento do CEDI, apenas 7,9% das terras indígenas estavam demarcadas em outubro de 1987. Este ano, a Constituição Cidadã completa trinta anos desde sua promulgação e o cenário de demarcações de terras indígenas não demonstra melhorias. De acordo com o levantamento mais recente da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), aproximadamente 8% das 426 terras indígenas tradicionalmente ocupadas já estão regularizadas, após terem sido declaradas e homologadas.

Não obstante, o fato das terras indígenas não estarem demarcadas não significa que estejam desprovidas de amparo constitucional. Isto porque o direito territorial dos indígenas sobre suas terras é originário e, portanto, preexistente e independente da demarcação. Esse direito resulta imediatamente da Constituição Federal e tem por fundamento a ocupação tradicional, que é o único requisito para seu reconhecimento. Assim, não é a demarcação que gera o direito dos indígenas à terra, tampouco é indispensável para que ele seja reconhecido. Contudo, na prática, a falta de demarcação torna incertos os limites

da ocupação indígena e facilita o uso do pretexto da ignorância de se tratar de terra indígena quando da ocupação da área por particulares (DALLARI, 2001, p. 32).

O texto constitucional também consolidou, em seu art. 232 , a possibilidade de comunidades indígenas ingressarem em juízo para defesa de seus direitos e interesses, que já estava prevista na legislação especial desde 1973, conforme o art. 37 do Estatuto do Índio.

É possível observar uma clara mudança de paradigma no tratamento da questão indígena dado pela Constituição de 1988 em relação à ordem jurídica anterior. O reconhecimento da organização social dos povos indígenas, seus costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam sinaliza um abandono do paradigma de integração do índio à comunhão nacional. Ao contrário, à União foi imposto o dever de proteger e fazer respeitar os povos indígenas e seus bens, o que revela a intenção do legislador constituinte promover a interação entre culturas e valorização da diversidade nacional.

II.2. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 2002 e promulgada pelo Decreto n. 5.051 em 2004, dispõe em seu artigo 8o que, ao aplicar a legislação nacional aos povos indígenas, os Estados não serão indiferentes aos costumes e sistemas jurídicos desses povos . A Convenção busca assegurar o respeito às regras de cada povo indígena, levando-se em conta suas especificidades e particularidades. Ainda assim, entende que a aplicação das regras jurídicas indígenas, mesmo nos territórios e na convivência da comunidades, é possível apenas de forma secundária ao Direito estatal, quando a lei for omissa ou desnecessária (SOUZA FILHO, 2018, p. 74).

O artigo seguinte , contudo, faz uma ressalva no que diz respeito à aplicação indiscriminada dos métodos costumeiramente utilizados pelos povos indígenas para repressão de delitos cometidos por seus membros. Isso porque, para que possam ser aplicadas estas regras, elas devem ser compatíveis com o sistema legal nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. No direito interno, o art. 57 do Estatuto do Índio traz uma regra com caráter semelhante, proibindo práticas cruéis ou infamantes e a pena de morte.

Na prática, porém, são raras as vezes em que o Estado brasileiro, diante de um conflito envolvendo indígenas, reconhece a jurisdição própria daquele grupo e a admite como válida por si só para resolver o litígio. Ao não respeitar o pluralismo jurídico e a existência de formas próprias de resolução de suas ações e conflitos, o Direito impede que os povos

indígenas vivam e se organizem conforme seus costumes e tradições, colocando em risco seu direito (VILLARES, 2014). Isso vai de encontro com os princípios constitucionais de respeito às características singulares dos povos indígenas e pode ser considerado como uma forma retro alimentadora de opressão. Isto é, o indivíduo ou grupo cujas especificidades não são reconhecidas tende a não reconhecer sua própria identidade e a se considerar (e a ser considerado) à margem da sociedade, de tal forma que nessa condição passa ou continua a não ser reconhecido (BARRETO, 2003).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, por sua vez, afirma que estes são iguais a todos os demais povos e reconhece ao mesmo tempo o direito de todos os povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais. Além disso, a Declaração dispõe que as pessoas indígenas têm o direito de viver com integridade física e mental, liberdade e segurança, reconhecendo-lhes o direito a não serem forçosamente assimilados ou destituídos de suas culturas. Ainda, leva em consideração a estreita relação dos povos indígenas com o meio ambiente, lembrando que as terras ancestrais constituem para muitas comunidades o fundamento de suas existências coletivas, suas culturas e espiritualidade.

Para o Secretário-Geral das Nações Unidas, Ban Ki-moon,

> *"a adoção da Declaração é um marco na história da ONU, quando os Estados-Membros e os representantes dos povos indígenas conseguiram se reconciliar com seu doloroso passado e se dispuseram a seguir em frente no caminho que leva aos direitos humanos, à justiça e ao desenvolvimento para todos."*

O Secretário-Geral pediu aos governos e à sociedade civil que incluíssem em suas agendas as questões indígenas e lhes dessem a devida atenção, para que aquilo que fora estabelecido na Declaração se transformasse em realidade.

Mesmo com todos esses aparatos legais e garantias, o Estado Brasileiro não consegue cumprir com os requisitos mínimos para a satisfação prática dos direitos dos povos indígenas. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos denuncia em sua obra Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional:

A postura atual do Supremo Tribunal Federal vem se mostrando ambígua e incondizente com os compromissos internacionais de adesão à jurisdição internacional de direitos humanos assumidos pelo Brasil: o Brasil ratifica os tratados de direitos humanos, mas não consegue cumprir seus comandos normativos interpretados pelos órgãos internacionais. (2013, p. 162).

III. O CONTEXTO DE VIOLAÇÕES

São diversas as comunidades indígenas que enfrentam problemas fundiários atualmente no Brasil. Os Guarani Kaiowá talvez sejam o maior exemplo, pois a disputa tem se agravado exponencialmente nas ultimas décadas e no ano de 2015 eclodiram numerosos e violentos conflitos armados entre indígenas e fazendeiros, atraindo a atenção da mídia nacional e internacional. Eles são um povo indígena que vive entre o Mato Grosso do Sul e o Paraguai e que enfrentou e enfrenta ainda hoje muitas adversidades para conservar o domínio de suas terras e manter vivas suas tradições e seu modo de vida.

O território originário do Guarani Kaiowá era de aproximadamente oito milhões de hectares. De toda essa área, apenas 47.670 hectares estão em processo de demarcação atualmente, sendo que desses 39.544 estão na posse efetiva dos índios e 8.135 estão invadidos por terceiros. Os Guarani Kaiowá são um grupo marginalizado que nas últimas décadas passou por um processo de perda e redução de seu território, que resultou no seu encurralamento em pequenas reservas. Nas terras onde outrora foram dominantes, os índios agora ocupam 43 áreas indígenas, de onde mal conseguem tirar seu sustento, pelo fato de estarem completamente descaracterizadas: não há matas para colher, plantar, caçar ou pescar, nem tampouco outro elemento natural passível de utilização pelos índios, com raríssimas exceções (CIMI, 2000).

Os direitos reconhecidos pela Constituição de 1988 não se veem respeitados nas áreas reivindicadas pelos Guarani e Kaiowá no Mato Grosso do Sul, onde estão sob constante ataque dos interesses anti-indígenas. Ao não permitir que os Guarani e Kaiowá tenham acesso ao seu território originário, para que recuperem a esperança e a possibilidade de sobrevivência física e cultural, está sendo contrariado o princípio constitucional de respeito à diversidade etno-cultural expresso no art. 231, caput, da Constituição Federal de 1988.

A inconstitucionalidade da situação em que esse povo se encontra se dá por diversos motivos. Primeiramente, a maior parte de suas terras sequer foi reconhecida e está longe de ver sua demarcação homologada. Em segundo lugar, não são dados aos Guarani

Kaiowá as condições necessárias para sua reprodução física e cultural segundo seus usos, costumes e tradições. Por fim, o Estado deixa de reconhecer que, além dos direitos especiais assegurados pela sua condição de indígenas, estes indivíduos têm os mesmos direitos a assistência e a justiça que qualquer outro cidadão brasileiro (CIMI, 2000).

Ao longo do século XX, os Guaranis Kaiowá foram submetidos a um processo de confinamento em pequenas reservas criadas pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI), que reuniam várias aldeias num mesmo espaço físico, em locais sem qualquer significado para os Guarani Kaiowá, distantes das terras originais e escolhidos arbitrariamente pelos funcionários do órgão indigenista em função da facilidade de acesso. Simultaneamente, os índios foram dispersos, absorvidos por trabalhos rurais nas fazendas da região ou refugiados nas matas. Em resposta ao longo e lento processo de retirada de suas terras ancestrais por parte de particulares e dos órgãos indigenistas do governo (SPI e FUNAI), os Guarani Kaiowá, num primeiro momento, resistiram à ocupação de seu território e corajosamente sacrificaram suas próprias vidas para mantê-lo. Posteriormente, durante as décadas de 80 e 90, iniciaram um processo de retomada de suas terras.

Sabe-se que a relação dos povos indígenas com a terra extrapola a concepção ocidental de um recurso natural para plantio ou extração, e aproxima-se da noção dos Guarani de tekoha, ou seja, lugar que é a base da vida coletiva e social das comunidades, intrinsecamente relacionado à sua história e cultura.

Como visto, ainda hoje os povos indígenas precisam lutar para manter suas terras e preservar suas tradições. Estão em curso diversas ações judiciais a respeito da demarcação de terras e recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) tentou implementar a tese do marco temporal, que apareceu pela primeira vez no julgamento do caso da Terra Indígena Raposo Serra do Sol.

Segundo essa tese, a data da promulgação da Carta Magna vigente, 5 de outubro de 1988, seria o referencial temporal para determinar se existia, ou não, a ocupação de certo espaço geográfico por comunidades indígenas e, a partir disso, se elas teriam direitos originários sobre essas terras. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes deixa claro que o objetivo desse enunciado é dar fim a disputas infindáveis entre indígenas e fazendeiros sobre as terras, o que deve ser feito, segundo seu entendimento, não pela via constitucional de proteção e respeito a todos os bens dos índios, coibindo e reprimindo os usurpadores, mas pela cassação dos direitos dos indígenas (SILVA, 2018, p. 27). Deslocar o marco temporal para a data da promulgação da Constituição de 1988 retira os direitos originários dos índios

sobre as terras por eles ocupadas que as Constituições anteriores, desde 1934, lhe reconheceram e afirmaram (SILVA, 2018, p. 29).

De acordo com José Afonso da Silva,

> *"A Constituição de 1988 é importante na continuidade desse reconhecimento constitucional, mas não é o marco, e deslocar esse marco para ela é fazer um corte na continuidade da proteção constitucional dos direitos indígenas, deixando ao desamparo milhares de índios e suas comunidades, o que, no fundo, é um desrespeito às próprias regras e princípios constitucionais que dão proteção aos direitos indígenas". (SILVA, 2018, p. 26).*

O absurdo da tese do marco temporal fica evidente quando se percebe que, se isso prevalecesse, os invasores de qualquer terra pública se tornariam donos, desde que a tivessem invadido antes da vigência da Constituição atual (DALLARI, 2018, p. 273). Isso porque as terras indígenas são patrimônio público desde 1850, tendo os índios o direito constitucional de usufruto e ocupação permanente.

No mesmo ânimo, o STF adotou a argumentação de que seria necessário provar o *"esbulho renitente"*, ou seja, a existência de um conflito possessório que comprove a luta e a resistência da comunidade indígena diante da invasão de suas terras, para confirmar seu direito sobre ela. Essa lógica não se sustenta, vez que é descabido exigir que os índios permaneçam lutando o tempo todo, inclusive expondo-se ao risco de serem mortos pelos invasores, para confirmar o seu direito de estar naquele território.

Fica claro que as ameaça aos direitos territoriais indígenas são uma constante também na esfera política ao se analisarem projetos como a PEC 215, em tramitação no Congresso Nacional – que em por objetivo entregar aos parlamentares a competência para realizar a demarcação de terras – e por declarações do presidente-eleito de tendências autoritárias e fascistas. Jair Bolsonaro declarou que durante seu governo não haverá demarcação de terras indígenas, pois isso representaria um entrave ao agronegócio. Além disso, ameaçou extinguir a FUNAI, órgão federal responsável pela proteção e tutela dos interesses dos povos indígenas.

Se tais ameaças forem concretizadas, seu potencial destrutivo e genocida será incalculável, considerando-se que a terra é essencial para a realização do modo de vida de diversos povos indígenas, bem como para a manutenção de sua existência e sua perpetuação.

Nas palavras de Souza Filho (2018, p. 38),

> *"o aniquilamento dos povos indígenas ainda não acabou, continua com a mesma intensidade, com outros métodos e outras armas, talvez, mas com o mesmo ódio e fruto da mesma arrogância gananciosa".*

IV. A INSUFICIÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

IV.1. DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

É possível depreender do quanto exposto que a equiparação dos direitos indígenas a Direitos Humanos não foi suficiente para que tais direitos passassem a ser vigentes no cotidiano dessas populações. No plano internacional, o Brasil é signatário de diversas convenções e tratados que versam sobre a importância dos princípios de não-discriminação e autodeterminação, porém isso não é suficiente para que esses dispositivos sejam respeitados internamente.

Enquanto é evidente que a necessidade de positivação dos Direitos Humanos e sua garantia por meio de instrumentos de direito internacional e de direito interno são extremamente relevantes, também é certo que, no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas no Brasil, esse modelo é insuficiente para sua efetiva implementação.

A partir da Declaração Universal de 1948 surgiram diversos órgãos de proteção de Direitos Humanos, inclusive a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mesmo assim, permanece o desafio de reduzir a distância entre discurso e prática e de tornar real o exercício das garantias expressas em uma multiplicidade de textos jurídicos dos quais o Brasil é signatário.

Este ano a Declaração Universal de Direitos Humanos completa setenta anos e a Constituição Federal do Brasil, conhecida como Constituição Cidadã, completa trinta anos desde sua promulgação. O que se verifica internamente, no entanto, é que um sem-número de suas disposições ainda não alcançaram a eficácia prevista e desejada. Para que estas adquiram

vigência e deixem de ser continuamente desrespeitadas, é necessário que haja, além da sua proteção e reconhecimento formal, vontade política de efetivá-los.

Uma vez que essa vontade política está muito mais alinhada com os interesses anti-indígenas, conforme analisado anteriormente, é possível afirmar que a efetivação de seus direitos pelo Estado não virá – pelo menos não num futuro próximo.

É possível conjecturar que a dificuldade de implementação dos Direitos Humanos e a ausência de preocupação real do governo em transformá-los em realidade se dê em virtude do modelo de importação dos Direitos Humanos que ocorreu no Brasil. Isto significa que o Brasil, sua doutrina e seu ordenamento jurídico, não foram pioneiros no desenvolvimento da teoria dos Direitos Humanos, não ponderaram sobre sua razão de ser e sua real importância para o aprimoramento da nação como um todo. Ao contrário, a concepção dos Direitos Humanos foi incorporada pacificamente pela Constituição de 1988, a qual, por essa razão, é um texto de lei que traz previsões demasiadamente idealistas, que não condizem com a realidade nacional e que não podem ser implementadas na prática.

IV.2. OUTROS OLHARES PARA O DIREITO

Outro fator que deve ser considerado é a incompatibilidade dos sistemas jurídicos ocidentais, etnocêntricos e os sistemas jurídicos e políticos das comunidades indígenas. Deve-se recordar que a teoria dos Direitos Humanos é fruto de um esforço dos países europeus e dos Estados Unidos para encontrar, após a segunda guerra mundial, bases comuns a essas sociedades para que pudessem atingir uma convivência harmônica e respeitosa, evitando que as atrocidades cometidas durante a guerra voltassem a ocorrer. Embora seu intuito tenha sido deveras louvável, não se pode deixar de considerar que os valores elencados como universais e inerentes a todos os seres humanos são, na realidade, um reflexo da sociedade que os emanou, ou seja, são valores ocidentais hegemônicos do período pós-guerra.

Isso fica claro quando se consideram alguns costumes e tradições de certas comunidades indígenas que o mundo ocidental não consegue compreender ou ver com bons olhos. Está em tramitação no Congresso Nacional, mais especificamente na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado, um projeto de lei que cria mecanismos para impedir o infanticídio em áreas indígenas. Ocorre que, para diversos povos indígenas, o infanticídio é uma prática comum, pois reflete a autonomia da mãe da criança em

decidir pela vida ou pela morte dela, como uma forma de seleção relativa a malformações, sexo, ou até de combate a mal agouros e espíritos malignos. Ao tentar coibir essa prática, o projeto de lei representa uma afronta direta aos princípios de não-discriminação e de autodeterminação dos povos. A antropóloga Marianna Holanda, da UnB, entende que

> *"ao afirmar que o infanticídio é uma tradição cultural indígena – como se ele não ocorresse, infelizmente, em toda a humanidade – o texto e o parlamento brasileiros agem com racismo e discriminação, difamando povos e suas organizações socioculturais."*

A compreensão de que sociedades indígenas podem ter concepções culturais e cosmovisões inteiramente diferentes da ocidental é bem exemplificada neste excerto da pesquisa intitulada Bioética, cultura e infanticídio em comunidades indígenas brasileiras: o caso Zuruahá:

> *"According to many indigenous peoples, the human body is the result of a cultural 'construction'. This is a complete process that stretches from birth to puberty, during which time the body receives the marks of the culture and goes on being culturally constructed. (...) Acquiring an understanding of the place and role of the body within indigenous cultures, as well as their notion of person, is an essential precondition for understanding the significance and implications of infanticide within these cultures"*. (FEITOSA, 2010, p. 3).

Ademais, a legitimidade do Direito estatal para os povos indígenas se traduz pela capacidade que ele tem de garantir-lhes seus direitos, entendendo-se como tais tanto os direitos constitucionalmente conferidos aos povos indígenas quanto aqueles que cada sociedade indígena entende como sua própria ordem jurídica.

O Direito estatal é monopolista e busca expandir-se desconsiderando outras formas jurídicas existentes, seguindo um modelo de dominação capitalista e mantendo-se alheio à diversidade de formas de ordenação social e jurídica que o cerca. Ao invés de assumir

essa postura, o Estado tem o dever de respeitar e admitir a coexistência de outros sistemas organizacionais ou ordens jurídicas fundadas em normas, usos, costumes e tradições que regulam a vida social dos diversos povos indígenas (VILLARES, 2014).

A declaração do México de 1982, elaborada na Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais do Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (ICOMOS), frisa que, num espaço o onde coexistem diversas tradições, a essência do pluralismo é o reconhecimento de múltiplas identidades culturais. A despeito disso e do reconhecimento da pluralidade cultural e étnica do Brasil, expresso nos artigos 215 e 216 da Constituição de 1988, o Estado segue relutante em reconhecer de fato formas distintas de organização social, costumes, tradições, valores e moralidade, algo imprescindível para que se possa assegurar um tratamento minimamente justo aos índios, seus familiares e suas comunidades (VILLARES, 2014).

Na prática, isso ocasiona um atrito constante entre sociedades diferentes e resulta na imposição da vontade política do ordenamento jurídico do Estado sobre as sociedades heterogêneas e dominadas (BARBOSA, 2001).

O Direito e o Estado dos brancos, que se pretendem universais, gerais e únicos, são parciais, especiais e múltiplos, pois a uma sociedade que não é una não pode corresponder um único Direito. Haverão de existir outras identidades e expressões jurídicas, ainda que simuladas, dominadas, proibidas e, por tudo, invisíveis (SOUZA FILHO, 2018, p. 23).

Nas palavras de Carlos Frederico Marés de Sousa Filho,

> *"(...) esta situação de inadequação dos povos indígenas para o sistema jurídico clássico capitalista ou burguês ou contemporâneo, é também uma demonstração da própria incompletude do sistema. E esta incompletude se dá, não por se tratarem de povos que vivem em sociedade não contemporânea, não burguesa nem capitalista, mas por conceberem a vida e a sociedade de forma diferente, e por terem uma cultura de cosmovisões diferentes, relações diferentes e, evidentemente, Direito diferente*". (SOUZA FILHO, 2018, p. 67).

É necessário superar esse etnocentrismo jurídico e relativizar o papel do Direito ocidental para que se possam valorizar todas as modalidades tradicionais de direito em sua especificidade e inteireza. Contudo, ao fazê-lo, o que está em risco é a perda das noções de Direitos Humanos que foram conquistadas e as proteções que a elas se atrelam. O abandono completo dessa tradição com certeza traria prejuízos em termos de definições e valores de base para uma convivência harmoniosa e respeitosa entre sociedades diferentes.

A solução para esse embate e para a superação desse etnocentrismo ou ocidentalcentrismo parece ser o que Luiz Eduardo Soares identifica como uma adesão crítica aos Direitos Humanos. Ou seja, deve-se constatar que a intervenção em culturas alheias, em nome de valores expressos nesses direitos, é uma postura etnocêntrica, mas que, apesar disso, possibilita privilegiar diálogos e negociações (SCHRITZMEYER, 2008, p. 125). Para Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer,

Não há como elaborar tais definições [de natureza humana, dignidade humana e humanidade] sem aderir a referências temporal e localmente criadas, portanto, não há como rechaçar o viés cultural e ocidental dos direitos humanos, mas há, ao assumi-los, como explorar suas melhores potencialidades. (SCHRITZMEYER, 2008, p. 126).

Isso significa deixar em segundo plano o etnocentrismo e suposto universalismo a que os direitos humanos aludem e pensar neles a partir de bases comuns para melhor a relação entre sociedades diferentes, dando espaço para que suas especificidades internas aflorem. A partir desse tipo de diálogo e aprendizado é que a sociedade e o Estado brasileiros poderão cultivar relações harmônicas com os povos indígenas que aqui habitam.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, restou demonstrado que o Brasil conta com uma grande positivação legal e constitucional acerca do direitos dos povos indígenas, mas que surte efeitos na prática, seja por falta de vontade política, seja por inadequação das fórmulas dos Direitos Humanos à realidade nacional. A dificuldade de implementação desses institutos na prática decorre de diversos fatores, sendo um dos principais deles os processos históricos de aniquilamento, assimilação e apagamento de que as comunidades indígenas foram (e ainda são) vítimas.

A violência contra as comunidades indígenas é uma realidade desde a chegada dos portugueses a essa terras e, conforme visto, se depender dos ruralistas ou de qualquer um dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, este genocídio não acabará tão cedo.

Ademais, não são raras as ocasiões em que os povos indígenas não têm controle sobre decisões que afetam suas vidas e suas terras, como no caso de invasões e exploração de recursos naturais por terceiros. O caso dos Guarani Kaiowá, por exemplo, representa uma violação expressão ao que determina o art. 10 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas .

Diante desse tenebroso quadro, não se pode negar que a positivação legal, ainda que insuficiente, é de extrema relevância para a garantia de seus direitos. Investigando-se a fundo as razões pelas quais esses mecanismos não são aplicados será possível encontrar soluções a partir de uma abordagem multidimensional, que conte com a ativa participação dos povos indígenas, baseada no respeito à diferença e na sensibilidade intercultural, bem como pleno envolvimento de toda a comunidade nacional e internacional.

Se o Estado Brasileiro passar a reconhecer de fato a pluralidade de sociedades e de cultura que compõe essa nação e praticar o respeito à diversidade, ele há de assegurar a plena auto-determinação dos povos indígenas.

Atualmente, muito se fala no "direito à igualdade", em equidade e no tratamento igualitário para todos os seres humanos, independente de gênero, raça, etnia ou orientação sexual. Todavia, considerando o contexto atual, talvez seja mais adequado propugnar pelo "direito à diferença" (BARRETO, 2003). Esse novo paradigma requer ações pedagógicas que despertem uma maior sensibilidade para as diferenças, além de ensinar o respeito e apreço por manifestações culturais diversas.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Marco Antônio, Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil. São Paulo: Plêiade, 2001.

BARRETO, Helder Girão, Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 16/08/2018.

BRASIL. Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial

da União, Brasília, 20 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> Acesso em: 16/08/2018.

BRASIL. Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da União: Brasília, 21 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm> Acesso em: 16/08/2018.

Conselho Indigenista Missionário (CIMI) - Regional Mato Grosso do Sul, Comissão Pró-Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3a Região. Conflitos de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul. São Paulo: Palas Athena, 2001.

CORDEIRO, Luciana Alvarenga; SILVA, Raissa Jacauna. Junho/ 2016 O Direito de Ser Índio Como um Direito Humano. Disponível em: <https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/o-direito-de-ser-indio-como-um-direito-humano/> Acessado em 16/11/2018.

CUNHA, Manoela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). Direitos dos Povos Indígenas em Disputa. São Paulo: Ed. Unesp, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Demarcação de Terra Indígena: dever constitucional do Executivo. Brasileiros de Raiz, Brasília, v. 2, n. 8, p. 40-41, jun/jul 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Garantia judicial dos direitos dos índios. Jornal da Associação Juízes para a Democracia, vol. 58, Jun/Ago 2012. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/78_JORNAL_DIGITAL_AJD_n58.pdf> Acesso em: 16/08/2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Terras Indígenas: a luta judicial pelo direito. In: Conselho Indigenista Missionário (CIMI) - Regional Mato Grosso do Sul, Comissão Pró-Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3a Região. Conflitos de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul. São Paulo: Palas Athena, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Seminário Direito dos Povos Indígenas em Disputa no STF. In:

HIRSH, Francis. A eficácia dos Direitos Humanos frente à Insuficiência dos Mecanismos de Proteção Internacional. Curitiba, 2007.

FÁBIO, André Cabette. Porque o projeto de lei contra o infanticídio indígena é questionado. Jonal Nexo, 2017.

FEITOSA, Saulo Ferreira; GARRAFA, Volnei; CORNELLI, Gabriele; TARDIVO, Carla; CARVALHO, Samuel José de. Bioethics, culture and infanticide in Brazilian indigenous communities: the Zuruahá case. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro: 2010.

MATHIAS, Fernando e. Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas. Abril de 2010. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Declaração_da_ONU_sobre_direitos_dos_povos_ind%C3%ADgenas> Acessado em 16/11/2018.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro: UNIC, 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf> Acesso em: 16/08/2018.

NADER, Laura. Num espelho de mulher: cegueira normativa e questões de direitos humanos não resolvidas. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre: 1999.

SANTOS FILHO, Roberto Leme dos. Apontamentos sobre o Direito Indigenista. Curitiba: Juruá, 2012 (5a reimpressão).

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. Educação e metodologia para os direitos humanos. São Paulo: Quartir Latin, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2013 (37a edição).

SILVA, José Afonso da. Ordenação constitucional da cultura. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. Parecer. In: CUNHA, Manoela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). Direitos dos Povos Indígenas em Disputa. São Paulo: Ed. Unesp, 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito. Curitiba: Juruá, 2018 (9a reimpressão).

UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>

VILLARES, Luiz Fernando. Direito e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá, 2013.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito Penal e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá, 2014.

YAMADA, Erika. Povos indígenas e os direitos humanos. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povos_ind%C3%ADgenas_e_os_direitos_humanos> Acessado em 16/11/2018.

ENTRELAÇAR A EDUCAÇÃO POPULAR COM O DESCOLONIAL: O QUE PODERIAM SER AS PEDAGOGIAS DESCOLONIAIS?

WEAVING POPULAR EDUCATION AND DECOLONIALITY: WHAT COULD THE DECOLONIALIST PEDAGOGIES BE?

Julián Cuaspa Ropaín [1]

RESUMO:

Este artigo tem como objetivo analisar e refletir sobre as pedagogias descoloniais e o pedagógico como contra-hegemônico, para propor formas de articulação entre as lutas sociais e populares. Primero, propõe-se uma leitura das pedagogias descoloniais a partir de três dos principais autores que têm refletido amplamente sobre o tema. Depois se entrelaçam as propostas sobre pedagogias descoloniais, se sugere uma contribuição para o debate e se inclui uma perspectiva da pedagogia da transgressão. Finalmente se propõem algumas reflexões que, a partir das abordagens das pedagogias descoloniais tratadas, permitam pensar formas de articulação entre as lutas específicas dos movimentos pelo acesso à educação superior e as demandas políticas e sociais dos setores que se poderiam enquadrar neste âmbito.

PALAVRAS-CHAVE: pedagogia descolonial – pedagogia da transgressão – educação popular – lutas democráticas

ABSTRACT:

This article aims to analyze and reflect on the decolonial pedagogies, and the pedagogy as counter-hegemonic act, in order to propose ways of articulating social and popular struggles. First, it is proposed a reading of the decolonial pedagogies from three of the main authors who have reflected broadly on the theme. Then, the proposals on decolonial pedagogies are intertwined, a contribution to the debate is suggested and a perspective of the pedagogy of transgression is included. Finally, we propose some reflections that, based on the approaches of the pedagogies treated, allow us to think of ways of articulating the specific struggles of the movements for access to higher education and the political and social demands of the sectors that could fit in this scope.

[1] Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo – Academia Paulista de Direito (CIDHSP) – Núcleo I: Histórias, Narratias e Memórias dos Direitos Humanos.

KEY-WORDS: decolonial pedagogy – pedagogy of transgression – popular education – democratic struggles

1. INTRODUÇÃO ÀS PEDAGOGIAS DESCOLONIAIS

A pedagogia descolonial pode ser considerada como um horizonte que retoma legados históricos e pedagógicos das lutas contra as violências decorrentes da subjugação, dominação, submissão, hierarquização, segregação, marginalização, opressão e exclusão de sociedades, comunidades e seus conhecimentos. Estas lutas que aconteceram e acontecem nos territórios reorganizados sob lógicas de racialização e sexualização, e vítimas dos processos de invasão colonial e de imposição de procedimentos econômicos e sociais para sustentar a consolidação do capitalismo, fazem parte de um histórico próprio de estratégias culturais, materiais e pedagógicas para resistir e responder aos desafios próprios de uma condição de subalternização. Em termos fundamentais, a pedagogia descolonial retoma o histórico de lutas populares na América Latina e o Caribe e se fundamenta nas bandeiras das pedagogias críticas e a educação popular para articular o pedagógico com o descolonial.

As propostas e intervenções na questão sobre as pedagogias descoloniais ainda são limitadas, mas são substanciais. Isto possibilita pensar as pedagogias descoloniais como um campo de elaboração constante que permite articulações, formações e proposições imaginativas, embora também possa gerar certa incerteza em relação aos seus objetivos, postulados e histórias. No entanto, alguns autores posicionam as pedagogias descoloniais a partir da *práxis*, propostas e legados dos educadores populares, humanistas e cientistas sociais que se tornaram estandartes para as lutas sociais na grande região da América Latina e o Caribe.

Catherine Walsh, uma acadêmica estadunidense que desenvolve grande parte da sua trajetória intelectual e militante no Equador, tem pesquisado sobre as pedagogias *decoloniais*[2], a partir dos seus trabalhos em interculturalidade, estudos culturais latino-

[2] Walsh introduz o termo *decolonial*, sem a letra ésse, em conformidade com a sua proposta de revestir o termo de uma conotação para além de desfazer o colonial. No entanto, embora respeitemos essa intenção, consideramos que para pugnar a colonialidade, o capitalismo, o racismo, a sexualização, o patriarcado e a xenofobia, entre outras, são suficientes as pedagogias descoloniais. Também concordamos com a ideia de que o risco de ser confundidas com pedagogias anticoloniais, independentistas, libertadoras ou de outra natureza é baixo. É importante esclarecer que não é uma questão de delimitar categorias e em consequência capacidades de ação, pois entendemos que muitas das lutas se sobrepõem, relacionam e às vezes fogem dos alcances das teorizações logocêntricas. O objetivo desta discussão não é impor um termo em favor de certa notoriedade acadêmica, mas sim é contribuir ao diálogo e reflexão dos processos da luta popular. Assim, daqui em diante, quando falamos de *decolonial*, nos referimos principalmente às contribuições feitas pelos intelectuais que já

americanos e pensamento descolonial. Walsh, quem esteve envolvida na organização Panteras Negras[3] e depois chegou a acompanhar as lutas dos movimentos afro no Equador, é coordenadora do Doutorado em Estudos Culturais Latino-americanos da Universidad Andina Simón Bolívar, no Equador. Ela editou uma coletânea para articular a pedagogia e o descolonial, reunindo autores que abordem esses temas, e escreveu um capítulo para contribuir a sua compreensão a partir da questão sobre a implicação de "pensar o decolonial pedagogicamente e o pedagógico decolonialmente" (WALSH, 2013, p. 31, *tradução nossa*).

O processo argumentativo de Walsh almeja situar as bases das pedagogias descoloniais a partir do trabalho de Paulo Freire para pensar o pedagógico politicamente (e o político pedagogicamente) e as reflexões de Frantz Fanon[4] para pensar pedagogicamente a humanização e a descolonização.

Assim, o pensamento de Paulo Freire é entendido como um processo que se inicia desde uma busca da libertação, por meio da prática político-educativa, e essa busca se desenrola para pensar em outras complexidades das condições da opressão, o que permitiu Freire "pensar no poder que se exerce não só desde a economia, senão também desde a racialização e colonização" (WALSH, 2013, p. 39, *tradução nossa*). Por sua parte, a interpretação que faz Walsh de Fanon para as pedagogias descoloniais consiste em atribuir o processo de entendimento, descrição e narração da condição colonial para empreender a luta contra a violência daquela condição colonial. Este procedimento ou "método pedagógico sócio-diagnóstico" (WALSH, 2013, P. 44, *tradução nossa*) constituiu a base para pensar a humanização, como eixo central do processo de descolonização e finalmente como fundamento do projeto de libertação.

Entretanto, Walsh também se foca em outros precedentes para a educação descolonial além de Freire e Fanon. Por exemplo, ela revisa antecedentes históricos como os

---

abordaram o tema desta forma. Mantemos de maneira respeitosa as suas escolhas, mas misturamos com a nossa opção pelo descolonial.

[3] O Partido Panteras Negras (Black Panther Party, em inglês) foi uma organização revolucionária que defendia as causas negra e socialista, nos Estados Unidos, entre 1966 e 1982.

[4] Frantz Fanon (1925 – 1961) nasceu em Martinica, estudou medicina e psiquiatria em Lyon, França, e fez parte da Frente de Libertação Nacional na guerra de independência da Argélia, desde 1954 até 1957. Foi discípulo de Aimé Césaire (1913 – 2008), um poeta e político martinicano de grande influência intelectual e histórica. Fanon (2009) parte da base do problema colonial e estabelece que a humanização é o eixo central no processo de descolonização. A humanização seria uma resposta ao processo de desumanização realizado pelo poder colonial que, por meio de um racismo anti-negro, tira a humanidade das pessoas, despojando-as de suas caraterísticas ontológicas para torná-las objetos ou coisas. A desumanização se daria de forma violenta e repulsiva em contextos profundamente coloniais, como quando as forças navais francesas chegaram em Martinica, expulsadas pelo exército nazi em 1940, dando tratamento vergonhoso para a população local.

manuscritos do Huarochirí[5] e Popol Vuh[6], do século XVI nos vice-reinados do Peru e Guatemala respectivamente. Ademais, também retoma a *Nueva crónica y buen gobierno* de Guamán Poma de Ayala entre os séculos XVI e XVII, de onde ela resgata os desenhos para explicar as infâmias da invasão colonial como "ferramentas pedagógicas que dão presença à persistência, insistência e preservação do decolonial, ao mesmo tempo que é construído, representado e promovido pedagogicamente" (WALSH, 2013, p. 36, *tradução nossa*).

Do mesmo modo, Walsh reivindica os *palenques*, quilombos e o *cimarronaje*[7] como legados históricos e exemplos da articulação entre o descolonial e o pedagógico, na medida em que constituem lutas para "recuperar e reconstruir a existência, liberdade e libertação em face das condições de desumanização da escravidão e racialização, e a sua criação de práticas, espaços e condições-outras de re-existência (...) e humanização" (WALSH, 2013, p. 36, *tradução nossa*). Finalmente, a autora traz à consideração um outro intelectual comprometido com as lutas negras, Manual Zapata Olivella, que utiliza a escritura como "arma e ferramenta de desalienação e transformação" (WALSH, 2013, p. 57, *tradução nossa*) e também como proposta metodológica-pedagógica, para visibilizar a "interseção de raça e classe e a pigmentocracia das sociedades latino-americanas" (WALSH, 2013, p. 58, *tradução nossa*).

Desta forma, Catherine Walsh retoma pilares históricos e bases fundamentais para pensar a articulação entre o pedagógico e o descolonial e, além disso, argumenta que não existe uma forma só, senão várias maneiras de vincular as duas questões. Ela examina as diferenças nos lugares de enunciação entre Freire e Fanon, bem como "as formas de conceber e posicionar estrategicamente o saber" (WALSH, 2013, p. 52, *tradução nossa*) e de realizar a pedagogia. Consequentemente, ela entende que "não há uma forma só de ligar a pedagogia, a descolonização e a humanização, senão formas, estratégias e práticas múltiplas" (WALSH, 2013, p. 52, *tradução nossa*), que é o que ela propõe demonstrar no livro. Assim, conforme acontece com os artigos que Walsh compila, é possível sugerir muitas outras formas de pensar as pedagogias descoloniais.

Esta seria uma forma de entrelaçar os aportes dos movimentos, resistências e

[5] O Manuscrito de Huarochirí foi escrito totalmente em quéchua, compila uma grande parte da espiritualidade, religiosidade, tradições e conhecimentos das populações dos Andes Centrais por meio de mitologias e fábulas.
[6] O Popol Vuh ou livro da casa comum, de grande importância histórica e espiritual para os k'iche, da civilização maia no que hoje se conhece como Guatemala, compila narrações míticas e históricas em torno do tema da criação do mundo segundo os estes povos.
[7] Os *palenques* e o *cimarronaje* foram estratégias para enfrentar a escravidão. Os *palenques* seriam semelhantes aos quilombos, especificamente na região do Caribe hispânico, enclaves de resistência onde se organizavam povos negros em condições de liberdade. O *cimarronaje* seria a estratégia de fugir do sistema prisional nas fazendas e plantações dos colonizadores.

lutas sociais e a pedagogia crítica de matriz freireana, a sociogenia fanoniana e a intelectualidade negra de Zapata Olivella, para elaborar um argumento em torno das pedagogias descoloniais. Walsh considera que "as lutas sociais também são cenários pedagógicos" (2013, p. 29, *tradução nossa*), o que reivindica um caráter eminentemente educativo aos processos históricos das demandas populares. Estas lutas estão acompanhadas de práticas entendidas pedagogicamente para "questionar e desafiar a razão única da modernidade ocidental e o poder colonial ainda presente" (WALSH, 2013, p. 29, *tradução nossa*). Igualmente, estas práticas permitiriam pensar, ser, fazer, existir, conhecer, sentir, agir, olhar de outras maneiras, como é enunciado habitualmente no entorno descolonial, a partir das raízes, genealogias, processos civilizatórios históricos e subalternizados. Em consequência, isto possibilitaria pensar em práticas pedagógicas em contraposição à ordem hegemônica imposta violentamente e, assim, surgiriam práticas pedagógicas fora da disposição ocidental, concebida como a organização de um hipotético sistema universal.

A proposta, elaborada a partir de um exercício de tecer, entretecer, entrelaçar, articular e refletir, resulta não em um corpus teórico, nem em um "novo campo de estudos ou paradigma crítico" (WALSH, 2013, p. 63, *tradução nossa*), senão, em um horizonte que possibilite sinalizar caminhos de insurgência e ação, levando em conta as histórias e antecedentes próprios. Walsh planteia entender as pedagogias como "as práticas, estratégias e metodologias que se entretecem com e se constroem tanto na resistência e oposição, quanto na insurgência, o cimarronaje, a afirmação, a re-existência e a re-humanização" (WALSH, 2013, p. 29, *tradução nossa*). Assim, se para a autora "a decolonialidade não é uma teoria por seguir senão um projeto por assumir" (WALSH, 2013, p. 67, *tradução nossa*), então a pedagogia descolonial seria o cenário de aprendizagem, desaprendizagem, reflexão, criação, articulação, planejamento e ação de e para as lutas sociais. Este esforço, em relação às pedagogias descoloniais, que se concentra em trazer algumas vozes para um lugar preponderante, teria como um dos seus objetivos desafiar "as pretensões teórico-conceituais e metodológicas-acadêmicas, incluindo suas presunções de objetividade, neutralidade, distanciamento e rigor" (p. 66, *tradução nossa*), como parte do projeto da descolonização.

Por outro lado, João Colares da Mota Neto (2016) elabora uma proposta sobre a pedagogia descolonial, retomando as trajetórias de vida comprometida e militante, o pensamento e a *práxis* de Paulo Freire e Orlando Fals Borda[8]. Mota Neto, professor da

[8] Orlando Fals Borda (1925 – 2008), intelectual e pesquisador colombiano foi fundador, junto com Camilo Torres, de uma das primeiras faculdades de sociologia na América Latina, na Universidad Nacional de Colombia, em Bogotá. Fals Borda estudou literatura inglesa e história na University of Dubuque, nos Estados

Universidade do Estado do Pará (UEPA), tem pesquisado sobre temas tais como as especificidades da educação popular amazônica, incluso em contextos religiosos, os desdobramentos do pensamento descolonial, considerando particularmente a pedagogia, e a educação popular em diferentes contextos pedagógicos, a partir de Paulo Freire, se interessando também pelas peculiaridades latino-americanas presentes nos trajetos da educação popular em cada contexto. Como consequência desses interesses, desenvolveu uma pesquisa doutoral, no programa de educação da Universidade Federal do Pará (UFPA), para abordar a pedagogia descolonial, examinando detalhadamente os debates dentro da Rede Modernidade / Colonialidade e a vida e obra de Paulo Freire e Orlando Fals Borda, assim como o contexto da educação popular no Brasil e na Colômbia.

A pesquisa de Mota Neto começa apresentando e analisando os debates teóricos do pensamento descolonial, focando-se nos antecedentes – especialmente Frantz Fanon – e nas contribuições contemporâneas, principalmente as que surgem dos membros do programa modernidade / colonialidade. A primeira dessas contribuições é o conceito de *colonialidade* de Quijano, quem vincula a categoria de modo pleno à compreensão da modernidade, e introduz a ingerência da raça na trajetória histórica e mundial do capitalismo. Depois, o conceito de *transmodernidade* de Dussel que seria um projeto político-espistemológico "capaz de estabelecer um diálogo intercultural entre diferentes culturas e racionalidades do mundo" (MOTA NETO, 2016, p. 82). Terceiro, as contribuições de Mignolo que ajudariam na "compreensão do que seja um pensamento decolonial" (MOTA NETO, 2016, p. 91), por meio de conceitos como *diferença colonial*, *paradigma outro*, *geopolítica do conhecimento* e *epistemologia de fronteira*. Quarto, o conceito de *colonialidade do poder* de Lander que se explicaria como um desdobramento "para o campo da epistemologia, do conceito seminal de colonialidade do poder de Quijano" (MOTA NETO, 2016, p. 92), a fim de apontar a marginalização das contribuições das ciências sociais latino-americanas em favor da produção hegemônica dos centros globais do capitalismo. Finalmente, o conceito de *colonialidade do ser* de Nelson Maldonado-Torres, "para dar conta das dimensões éticas e ontológicas implicadas na (de)colonialidade" (MOTA NETO, 2016, p. 96). Assim, abordando os autores e conceitos que estruturam e organizam o pensamento descolonial, é possível avançar na direção de uma pedagogia descolonial.

Para continuar refletindo sobre a pedagogia descolonial, Mota Neto (2016)

Unidos, assim como realizou um mestrado em sociologia na University of Minnesota e um doutorado em sociologia latino-americana na University of Florida, respectivamente. Realizou contribuições fundamentais para a *investigación-acción participativa* (IAP), assim como para as lutas e a educação popular.

parte da hipótese de que "as obras de Paulo Freire e Orlando Fals Borda, inseridas no movimento da educação popular latino-americana, são um antecedente do debate da decolonialidade na América Latina e uma importante contribuição para a constituição de uma pedagogia decolonial" (p. 19). Escolhe as figuras históricas de Freire e Fals Borda por antecipar "no campo da educação, da pedagogia, da epistemologia, as tentativas de superação de uma concepção eurocêntrica de ciência" (MOTA NETO, 2016, p. 21) e por representar dois referências transcendentais para a pedagogia e a sociologia, especificamente, e as ciências sociais e humanidades, em geral, na região latino-americana e além dela. Destaca de Fals Borda o fato de, entre outras, ser um dos instituidores "do que no Brasil é chamado de *pesquisa participante* (ou, como preferia o autor, investigação-ação participativa – IAP), a um só tempo método de pesquisa, técnica educacional e ação política" (MOTA NETO, 2016, p. 25, grifos originais) e, a partir daí, contribuir para a educação popular, até o ponto de chegar a ser "o segundo presidente honorário, após Paulo Freire, do Conselho de Educação Popular da América Latina e do Caribe (CEAAL)" (MOTA NETO, 2016, p. 25). Quanto a Paulo Freire, além da sua grande influência nas lutas sociais e estudos acadêmicos ao longo de muitas geografias e momentos históricos, Mota Neto também destaca "a abrangência e o caráter heterodoxo de seu pensamento" (MOTA NETO, 2016, p. 147), pois outras pesquisas permitiram-lhe constatar como tem sido abordado e relacionado com correntes e tendências teóricas bastante distantes. Assim, as propostas de ambos são relacionadas e colocadas em perspectiva para estabelecer uma "concepção (libertadora) de educação popular" (MOTA NETO, 2016, p. 32) e continuar com a argumentação.

Produto desta análise, Mota Neto (2016) consegue desenvolver "a ideia de uma pedagogia decolonial como expressão da educação popular latino-americana" (p. 317). As reflexões da sua pesquisa permitem-lhe concluir a seguinte definição para o tema aqui abordado:

> *A pedagogia descolonial refere-se às teorias-práticas de formação humana que capacitam os grupos subalternos para a luta contra a lógica opressiva da modernidade/colonialidade, tendo como horizonte a formação de um ser humano e de uma sociedade livres, amorosos, justos e solidários. (MOTA NETO, 2016, p. 318)*

Assim, sustenta esta definição a partir de cinco descobertas ao longo da pesquisa que indicam que a pedagogia descolonial "a) requer educadores subversivos; b) parte de uma hipótese de contexto; c) valoriza as memórias coletivas dos movimentos de resistência; d) está em busca de outras coordenadas epistemológicas; e) afirma-se como uma utopia política" (MOTA NETO, 2016, p. 321). Os desenvolvimentos dessas descobertas permitiriam delinear algumas das caraterísticas de um educador descolonial, a fim de corporalizar as reflexões da pesquisa e traçar algumas pistas nos caminhos da pedagogia descolonial. Por exemplo, o educador descolonial "requer educadores subversivos, no sentido falsbordiano de que a subversão está ligada, teleologicamente, a um projeto de reconstrução da sociedade" (MOTA NETO, 2016, p. 321) e, desde uma perspectiva mais freireana, "deve desenvolver a inclinação para a leitura crítica do mundo, recriando a educação popular a partir de outros territórios e em diálogo com outros sujeitos políticos" (MOTA NETO, 2016, p. 323).

Igualmente, a pedagogia descolonial deveria partir de um diálogo de saberes e uma síntese cultural, interessando-se em "estabelecer outra relação com o saber local, com as histórias de vida dos educandos, com as necessidades concretas dos movimentos sociais, com os desejos e os medos das classes populares" (MOTA NETO, 2016, p. 324). O projeto da pedagogia descolonial, então, forneceria vários caminhos e variáveis sobre uma base compacta, o que permitiria continuar as reflexões sobre os problemas atuais a partir de um legado histórico.

A memória coletiva também tem um papel importante neste tipo de pedagogias, pois "tem sido o espaço onde se relaciona, na prática mesma, o pedagógico e o decolonial" (MOTA NETO, 2016, p. 327), além de ter sido o campo onde se alojam os conhecimentos, a cultura e a história que sustentam as lutas e resistências que vem desde baixo. Adicionalmente, a pedagogia descolonial procuraria descentrar o lócus epistemológico eurocêntrico para estabelecer diálogos com histórias e epistemologias motivadas ou adaptadas às necessidades locais e concretas, olhando para o passado próprio e para os grupos e pessoas que permitiram pensar nossos conceitos, marcos, abordagens, modelos, categorias e teorias. Finalmente, após argumentar que Freire e Fals Borda "apontaram para o caráter eminentemente político de todo e qualquer processo de formação humana e, dialeticamente, enfatizaram o aspecto pedagógico da luta política" (MOTA NETO, 2016, p. 331), a pedagogia descolonial poderia ser entendida como uma utopia política que indica certos destinos,

estratégias e trajetórias para assumir de forma comprometida e responsável o confronto para a transformação da sociedade e da realidade.

Esta outra forma de entrelaçar fatos, conceitos e experiências constitui um aporte relevante que retoma e recria o descolonial e a educação popular. Já que a intenção nesta seção é focarmos na pedagogia descolonial, é importante entendê-la como uma expressão e um desdobramento da educação popular em diálogo com outras perspectivas. Walsh (2013) e Mota Neto (2016) examinam cuidadosamente aportes históricos, coletivos e individuais, que ajudam a elaborar esse cenário. Eles providenciam fundamentos, antecedentes, fatos históricos e epistemológicos para estruturar e fornecer definições sobre as pedagogias descoloniais. A partir destas sistematizações, torna-se possível situar questões e inserir-se no debate.

No entanto, antes disso, também é importante mencionar a relevância da memória coletiva nesta discussão. Para Walsh (2013), "A memória coletiva tem sido – e ainda é – um espaço entre outros onde se entrelaça na prática mesma o pedagógico e o decolonial" (p. 26, *tradução nossa*). A memória coletiva tem relações estreitas com a educação popular e a investigação-ação participativa. Cuevas (2013), na sua proposta para pensar projetos no âmbito da memória coletiva como práticas descoloniais, examina a recuperação coletiva da história como "um dos antecedentes mais claros na configuração dos cenários políticos e epistêmicos críticos no campo da memória coletiva" (p. 69, *tradução nossa*). Recuperar a memória coletivamente significaria escutar outras histórias, geralmente esquecidas e apagadas pelo ordem epistemológico hegemônico. As formas de recuperar e assentar essas histórias se dariam por meio de correntes que disputem tal ordem epistemológico a partir de contribuições como a investigação-ação participativa e a educação popular, assim como a influência de intelectuais como Orlando Fals Borda e Paulo Freire. Esta discussão é retomada por debates atuais que questionam as bases epistemológicas hegemônicas, a partir de uma problematização das formas de produção e reprodução do conhecimento. Estes debates tentariam sistematizar de forma mais ampla as contribuições que permitiriam pensar e produzir a história e o conhecimento a partir de uma pluralidade de vozes e geografias que tradicionalmente foram subalternizadas, invisibilizadas e apagadas. Assim, o debate descolonial recuperaria antecedentes que ajudariam a avançar em um projeto de transformação e sua relação com o debate da memória coletiva enriqueceria muito o projeto em torno de temas como a legitimidade, produção e interpretação da história e o conhecimento.

Além do mais, Cristhian James Diaz (2010), que tem pesquisado sobre temas em pedagogia, docência e educação religiosa Lasalliana, planteia algumas perguntas e reflexões para considerar a possibilidade de uma pedagogia descolonial ou pelo menos em chave descolonial. Ele configura um marco a partir do programa modernidade/descolonialidade, abordando a colonialidade do poder como conceito central e, depois, outros conceitos derivados como a colonialidade do ser e do saber, para plantear um diálogo e levantar questões relacionadas a um projeto pedagógico que confronte os problemas da colonialidade. Assim, Diaz propõe uma educação descolonial que assuma "como horizonte de trabalho as categorias propostas e desenvolvidas a partir do denominado 'giro decolonial'" (DIAZ, 2010, p. 221, *tradução nossa*) por meio de uma compreensão crítica da história, o reposicionamento de práticas educativas de natureza emancipatória e um descentramento da perspectiva epistêmica colonial.

A compreensão crítica da história está ligada ao coração da perspectiva descolonial. Diaz (2010) argumenta como ponto de partida que a modernidade/colonialidade tem ocupado todos os âmbitos da vida humana e, em consequência, a escola tem canalizado o sistema de conteúdos e valores para reproduzir os ideais modernos de razão, progresso e capital. Esta instituição paradigmaticamente moderna, a escola, reproduz também uma visão da história exclusivamente a partir das categorias e noções estabelecidas por Ocidente, silenciando e exaltando certos personagens, eventos e geografias. Assim, a grosso modo, uma compreensão crítica da história procuraria reverter a condição de uma escola e uma pedagogia baseadas em um pensamento e umas categorias da modernidade, permitindo a participação e pluralidade de histórias, epistemologias, assim como "recuperar as vozes, experiências e saberes formativos dos sujeitos marginalizados pelas abordagens dominantes que estruturam e validam uma história objetivista e eurocêntrica" (DIAZ, 2010, p. 225, *tradução nossa*).

O reposicionamento de práticas educativas de natureza emancipatória, segundo Diaz (2010), se foca nos sujeitos, experiências e saberes, por um lado, e nas práticas educativas, por outro lado. Na primeira parte, o autor retoma a concepção freireana das práticas pedagógicas como eminentemente éticas e políticas. Assim, as experiências dos sujeitos e coletivos "que têm descoberto uma forma alternativa de produzir saber" (DIAZ, 2010, p. 225, *tradução nossa*), junto com ações que vão além do compromisso, são essenciais e teriam que ser incorporadas em um contexto pedagógico em chave descolonial. Por outra parte, as práticas educativas emancipatórias são fundamentais para se opor à tradição pedagógica estruturada sobre bases e categorias modernas e, assim, conseguir

"desestabiliza[r] o sistema, além de introduzir outro tipo de categorias e compreensões sobre o ser humano e o mundo ao colocar em evidência os campos de luta que põem em jogo dia a dia o devir simbólico e político da ação educativa" (DIAZ, 2010, p. 227, *tradução nossa*).

Finalmente, a questão de descentrar a perspectiva epistêmica colonial constituiria uma parte fundamental para abordar a pedagogia em chave descolonial, a partir da proposta para pensar mais desde o local e com categorias e conhecimentos próprios e relegados. Isto porque "o conhecimento é um produto histórico, geopoliticamente delineado, ancorado em interesses de poder que o definem, configuram e estabelecem" (DIAZ, 2010, p. 228, *tradução nossa*), com pretensões de neutralidade, objetividade e universalidade. Assim, estabelece-se uma forma hegemônica de conhecimento que domina e deslegitima outras epistemologias, bem como impõe e naturaliza hierarquias. Descentrar uma perspectiva epistêmica, neste caso, significaria temporalizar, localizar e corporalizar o conhecimento para incluir diferentes formas não hegemônicas de conhecer e ensinar.

Diaz (2010) estabelece uma proposta para uma pedagogia em chave descolonial baseada em três pilares. Esses postulados apontam a problematizar questões centrais relacionadas às visões e concepções da história, pedagogia, epistemologia e as relações de poder nas formas de determinar, ler, refletir, agir, sentir e pensar a sociedade e o mundo. Estas propostas estão também destinadas a "propiciar espaços formativos onde a consciência histórica e a capacidade crítica sejam eixos impulsores de novas formas de conhecimento, novas formas de aprender e novas maneiras de produzir, recriar e transformar a cultura" (DIAZ, 2010, p. 231, *tradução nossa*). Em consequência, além dos aspectos que sustentam a pedagogia em chave descolonial, é igualmente relevante promover as condições, com ajuda da educação popular, onde a consciência histórica e a capacidade crítica sejam protagonistas nos processos educativos e revolucionários.

Recapitulando, primeiro abordamos um enfoque que desenvolve a pedagogia descolonial a partir de entrelaçar antecedentes e referentes de lutas históricas, conduzidas por coletividades ou representantes de ideais e movimentos, levando em conta grandes períodos históricos. Segundo uma análise dos postulados do programa de estudo Modernidade / Colonialidade e sua correspondência com um desdobramento da educação popular como seria a pedagogia descolonial, a partir das figuras de Paulo Freire e Orlando Fals Borda. Finalmente, uma proposta de uma pedagogia em chave descolonial que se sustentaria em três pilares principais e retomaria dois postulados fundamentais da educação popular: a conscientização histórica e a capacidade crítica. Depois de abordar estas propostas para uma

pedagogia descolonial, surgem algumas reflexões para contribuir ao debate.

Estas propostas para uma pedagogia descolonial são exemplos de como poderia ser configurado um campo que dispute desde o pedagógico questões como a labor educativa, a produção e interpretação da história, as relações de poder na legitimidade do conhecimento e a articulação das lutas que surgem a partir de questões classistas, raciais, ambientais ou de sistemas de opressão como o capitalismo e o patriarcado. Estas lutas podem acontecer em cenários locais ou mais generais, porém é importante manter uma acuidade que permita relacionar e estabelecer redes para enfrentar os desafios que decorrem das forças opressoras universais. A pedagogia descolonial se apresentaria como um desdobramento que contribuiria a combater estas forças, a partir de exercícios de união, reflexão e disputa em espaços locais, lugares onde se construiriam as resistências e propostas populares. Assim, a partir das formulações abordadas, poderiam considerar-se algumas das caraterísticas que teriam certa recorrência na pedagogia descolonial. No entanto, mais do que estabelecer uma taxonomia, pretende-se contribuir ao entrelaçado de aportes para recriar a pedagogia descolonial.

De tal modo, *propomos uma pedagogia descolonial, considerada como um desdobramento das lutas e pedagogias populares, que atualizaria alguns conceitos e introduziria outros para fazer frente aos desafios recentes*. Esta seria uma perspectiva que acolhe as lutas que travam grupos sociais por causas unificadas como raça, gênero, orientação sexual, direitos ambientais, direitos pela terra, por moradia, defesa dos direitos humanos, entre outros, para alinhar e fortalecer ações. Isto se faz por meio de um processo onde estas lutas se tornam equivalentes nas margens dos sistemas opressores, o capitalismo, o racismo e o patriarcado, embora estejam localizadas em posições diferentes. Laclau e Mouffe (2001, P. XVIII) ajudariam nessa conceituação, propondo uma cadeia de equivalências que entrelace as lutas democráticas que surgem diante diversas formas de subordinação. Assim, a pedagogia descolonial como decorrente da educação popular e do giro descolonial, que compreende que as lutas seriam cenários pedagógicos, estabeleceria um horizonte para articular as lutas contra o racismo, sexismo, discriminação sexual e em defensa do meio ambiente, com as lutas dos trabalhadores de um novo projeto hegemônico de esquerda. A proposta de Laclau e Mouffe (2001) sobre uma necessidade para que a esquerda enfrente simultaneamente os temas da redistribuição e do reconhecimento, encontraria na pedagogia descolonial um espaço para ser pensada, articulada e recriada.[9]

[9] Vale a pena referir-se sintética e especificamente ao conceito de equivalências de Laclau e Mouffe (2001, p. 127-134). O casal propõe uma teoria sobre a cadeia de equivalências a partir da diferencia gerada pela negação do social. Quer disser, eles argumentam que as identidades são elaboradas por causa de não pertencer à norma ou

2 A PEDAGOGIA COMO ATO REVOLUCIONÁRIO E CONTRA-HEGEMÔNICO

Em um trabalho sobre Ensinar a transgredir, onde bell hooks (1994) visa "compartilhar visões, estratégias e reflexões críticas sobre a prática pedagógica" (p. 10, *tradução nossa*), a autora oferece outras possibilidades para idear e estimular um pensamento e prática pedagógica descolonial. hooks, a partir da sua experiência como estudante negra proveniente de um contexto operário na Região Sul dos Estados Unidos, onde se enfrentou a uma educação fundamental precária e racialmente segregada que depois contrastou com o ambiente burguês e elitista na educação superior, apresenta uma serie de ensaios críticos sobre o caráter revolucionário, transgressor e libertador da educação. Igualmente, a partir da sua experiência como estudante de pós-graduação, professora universitária e testemunha das práticas opressoras e não estimulantes dos professores e colegas ao longo da sua formação como professora, escritora e intelectual, ela reflete criticamente sobre a labor docente no ensino superior.

Influenciada profundamente por Paulo Freire, hooks retoma a pedagogia crítica a partir de uma ressignificação e recriação para abrir as possibilidades dentro da sala de aula. Entende que a proposta de Freire fornece as ferramentas para uma autocrítica e coloca que "a sala de aula continua sendo o espaço mais radical de possibilidade na academia" (bell hooks, 1994, p. 12, *tradução nossa*). Assim, trata assuntos como o compromisso político na educação, o reconhecimento dentro da sala de aula como estratégia de inclusão, a celebração da diversidade, a estimulação da habilidade para pensar criticamente, o intercâmbio dialógico e, entre outras, a valorização de quem vem de entornos não burgueses por meio de estratégias que confrontem o conceito de classe social na aula, já que isto geraria possibilidades de inclusão e aprendizagem conjunta.

---

de se opor a uma identidade completa (por exemplo, ser negro em oposição a ser branco, ser mulher em oposição a ser homem), o que eles chamam de antagonismo. Porém, este antagonismo pode dar-se de formas múltiplas, pois a diferenciação causa numerosas identidades objetivadas e subordinadas. Laclau e Mouffe diferenciam esses antagonismos nas sociedades de industrialização avançada e na periferia do capitalismo mundial. Para eles, as formas centralizadas e brutais de exploração, como acontece e aconteceu na periferia do capitalismo, proporcionariam às lutas populares um inimigo central claramente definido, diferente do que acontece com as lutas democráticas nos centros do capitalismo. O casal também leva em conta que se as lutas democráticas fossem entendidas a partir de um sentido clássico, a única saída verdadeiramente radical seria a toma do poder e as outras seriam lutas secundarias, isto dividiria o espaço do político em dois campos. Cada uma dessas lutas democráticas requereria uma autonomia e os antagonismos gerados dentro de tais autonomias explicariam a divisão do campo do político. Esta divisão do político implicaria o afastamento das lutas políticas e democráticas – por um lado, as demandas pela redistribuição e, por outro lado, as demandas pelo reconhecimento -, logo, isto faria com que as lutas sociais sejam direcionadas contra referentes empíricos simples, ignorando a especificidade dos espaços políticos de onde surgem outros antagonismos democráticos. Assim, esta proposta da cadeia de equivalências democráticas ajudaria na construção de uma lógica política para diminuir a brecha entre o espaço político e a sociedade. Em consequência, as lutas democráticas atingiriam um outro patamar, onde a unificação como lutas populares, amplas e abrangentes abriria de novo o espaço do político.

Em um diálogo consigo mesma em torno das propostas de Paulo Freire, hooks admite o vínculo que existe entre o processo de descolonização e o enfoque na conscientização de Freire. Ela responde à pergunta sobre se existe uma relação entre esses dois conceitos da forma seguinte:

> *Absolutamente. Porque as forças colonizadoras são tão poderosas neste patriarcado capitalista de supremacia branca, que parece que os negros estão sempre tendo que renovar um compromisso com um processo político descolonizador que deveria ser fundamental para as nossas vidas, mas não é. (bell hooks, p. 47, tradução nossa)*

Ademais, complementa comentando o ênfase que fazia Freire, no seu entendimento global das lutas de libertação, em que a conscientização é uma etapa inicial no processo de transformação social. No entanto, não é possível afirmar que a conscientização seja um fim em si próprio, senão que sempre tem que estar acompanhada de uma práxis significativa (bell hooks, 1994, p. 47). Assim, uma parte do processo de descolonização poderia ser entendido como uma etapa inicial de tomada de consciência sobre a exploração e exclusão que se exerce em função de atributos de classe, raça, gênero, orientação sexual, religião e local de nascimento, entre outras.

A partir dessas ideias poderíamos considerar um entrelaçado para elaborar uma pedagogia descolonial. Esta pedagogia intercalaria questões no campo das lutas a partir das identidades e subjetividades, assuntos em um nível mais concreto, com um projeto político de esquerda que seja abrangente, com a capacidade de articular, enriquecer e direcionar as demandas sociais e populares. Ao entendermos a pedagogia como um campo de luta e as lutas democráticas como cenários pedagógicos, resgatamos o espaço pedagógico como um lugar plausível para o projeto político democrático e para as lutas sociais que se apresentam a partir de uma conjuntura política, social, cultural e econômica particular. Esta pedagogia descolonial, igualmente, seria um campo onde ressurgiriam os aportes da educação popular, a partir dos movimentos sociais e das lideranças históricas que contribuíram para construir esse legado.

HOOKS (1994), a partir da sua experiência pessoal como estudante, destaca o

compromisso político das professoras, quase todas negras, do colégio que ela frequentava antes das mudanças subsequentes à integração racial (1954 – 1968). As professoras entendiam que uma educação intelectual era um caminho para que as estudantes pudessem se tornar acadêmicas, pensadoras e trabalhadoras da cultura em geral. hooks (1994) considerou que esse caminho para rejeitar o destino das garotas negras no trabalho braçal e precário dos Estados Unidos era "um ato contra-hegemônico, uma forma fundamental para resistir toda estratégia da colonização branca e racista" (p. 2, *tradução nossa*). Assim, entendendo a educação das garotas negras como "uma pedagogia revolucionária de resistência que era profundamente anticolonial" (bell hooks, 1994, p. 2, *tradução nossa*), poderíamos traçar um paralelo com o que significa realizar um projeto de educação popular com jovens em contextos periféricos no Brasil. Nesses contextos, onde os e as jovens, cada vez mais cedo, estariam sendo induzidos a trabalhar sob condições precárias em detrimento dos estudos no colégio e de uma formação profissional, disputar o campo pedagógico e político estaria na contramão dos planejamentos e propósitos que são oferecidos para eles e elas. De tal modo, este seria um dos caminhos para contribuir a construir projetos de emancipação, onde os e as jovens não estejam determinados a servir como mão-de-obra barata para interesses corporativos, senão que procurem mais os percursos construtivos para a sociedade e onde possam se aproximar mais a ser o que eles queiram ser.

Para este fim, hooks (1994) propõe uma metodologia pedagógica baseada em escutar e compartilhar conhecimentos, experiências, medos e desejos. Este ponto aborda diretamente a questão de como desenvolver uma metodologia para uma pedagogia descolonial dentro da sala de aula. Algumas das motivações de hooks (1994) para elaborar uma práxis de uma pedagogia comprometida podem ser encontradas no trecho seguinte:

> *Entrei nas salas de aula com a convicção de que era crucial para mim e para cada estudante ser um participante ativo, não um consumidor passivo. A educação como prática de liberdade era diminuída continuamente pelos professores que eram ativamente hostis com a noção de participação estudantil. (HOOKS, 1994, p. 14, tradução nossa)*

Para motivar uma participação dos estudantes seria importante escutar aos

outros, valorar as diferenças e as intervenções dos colegas e os professores, assim como também seria importante promover o pensamento crítico por meio de ler e analisar textos ativamente. Ademais, a "pedagogia comprometida não procura simplesmente fortalecer aos estudantes. Qualquer sala de aula que empregue um modelo holístico de aprendizagem será também um lugar onde os professores crescem e são fortalecidos pelo processo" (hooks, 1994, p. 21, *tradução nossa*). No entanto, para que os estudantes arrisquem participar com intervenções profundas e pessoais seria necessário que os professores deem o primeiro passo, pois senão as relações de poder dentro da sala de aula estariam mais acentuadas. Nesse sentido, hooks (1994) coloca o seguinte:

> *Quando os professores trazem narrativas das suas experiências dentro das discussões na sala de aula, isto elimina a possibilidade de que possamos funcionar como interrogadores silenciosos que sabemos tudo. É frequentemente produtivo que se os professores arrisquem primeiro, ligando narrativas confessionais às discussões acadêmicas para que se mostre como a experiência pode iluminar e reforçar o nosso entendimento do material acadêmico. (HOOKS, 1994, p. 21, tradução nossa)*

Esta seria uma reflexão que caberia no componente metodológico dos processos populares de educação, a fim de fortalecer o diálogo e questionar as relações de poder dentro e fora da sala de aula. Em alguns dos espaços fora da aula, existiria um diálogo e reflexões coletivas (ou individuais) que colocariam em questão temas principalmente referentes à exclusão negra e a opressão de gênero, assim como o papel dos jovens na apropriação de espaços públicos e a participação ativa na sociedade. Seria apropriado aos educadores populares continuarem abrindo esses espaços de fala, agindo a partir de uma união entre mente, corpo e espírito. Igualmente, seria vital seguir atuando como educadores que expressam seus sentimentos e pensamentos dentro da sala de aula, para se aproximar aos jovens e seguir crescendo na disputa do social, do político e do cultural, com esse projeto pedagógico-político.

3 REFLEXÕES FINAIS

Este processo nos permitiu ver como a educação popular está vigente e oferece um leque de possibilidades na região. Isto talvez permitiria pensar as possíveis mudanças da educação popular ao longo do tempo e dos desafios específicos que estabelece um local de trabalho ou uma pauta específica. Assim, seria mais acertado falar de educações populares, onde se poderia manter, às vezes mais ou às vezes menos notável, uns traços, legados e heranças de uma matriz na qual Paulo Freire desempenharia como pensador um papel central.

Não nos propusemos, porém, analisar um encaixamento dentro de uma matriz freireana rígida, senão que entenderíamos que a correlação de forças exige mudanças e formas de agir, de acordo aos desafios que demandam estratégias que às vezes se afastam ou desligam das ideias iniciais. Ao contrário, entendemos que cada experiência determina suas próprias variáveis, estratégias e caminhos. Por exemplo, seria difícil determinar até que ponto a luta pelo acesso à educação superior pública seria um objetivo "original" da educação popular, já que uma leitura mais clássica indicaria uma intenção da educação popular por se libertar, diferente de entrar e fazer parte do sistema institucional que materializa alguns dos projetos nacionais da organização social baseada nas hierarquias.

Neste caso, em particular, propusemos que esse desdobramento, considerado dentro do campo das educações populares, poderia ter algumas caraterísticas que o aproximariam a uma pedagogia descolonial. A implicação desta proposta visaria contribuir a uma leitura para as demandas levantas em torno de uma democratização da educação no Brasil, um acesso amplo e justo ao sistema superior de ensino público e de qualidade, mas também incluiria uma consideração das pautas em favor das demandas pela raça, gênero, opção afetiva, condição geracional, acesso às formas de cultura e lazer e de apropriação dos espaços públicos como forma de afirmar um pertencimento a uma sociedade. Várias dessas demandas levantadas teriam uma origem nas opressões derivadas do capitalismo, racialização e patriarcado como sistemas insignes da modernidade, que é ao mesmo tempo colonialidade, para a opressão de setores sociais amplos e específicos. Uma pedagogia descolonial, então, procuraria articular as lutas contra esses sistemas opressores, apontando a fornecer ferramentas para pensar as lutas classistas, antirracistas, feministas, entre outras, como componentes de um projeto democrático ou revolucionário em geral. Isto, igualmente, teria um fundamento na educação popular e seu legado como fonte de luta.

Os desafios que nos propõe o mundo atual forçam a pensar em formas de ação alternativas, emergentes e opositoras. É assim que uma luta pela democratização do acesso ao

ensino superior público e de qualidade poderia ser, ao mesmo tempo, uma luta pela reparação histórica de setores oprimidos como os negros, as mulheres e as dissidências sexuais, e também uma disputa pelo campo político a partir do trabalho de base. Estas frentes divergentes nos permitiriam articular várias ideias que têm sido recorrentes na educação popular, a proposta descolonial e o histórico amplo das lutas populares. Em consequência, o resultado procuraria agrupar e fortalecer mais as organizações e ações a fim de incidir e reunir projetos com uma capacidade maior contra os sistemas opressores.

Igualmente, um dos maiores desafios apresentados, no decorrer desta pesquisa teria sido o fato de como pesquisar estas questões e propor perspectivas desde olhares que talvez sejam provenientes principalmente das reflexões dos movimentos sociais e intelectuais da Hispano-América. No entanto, acreditamos que poderiam ser debates cabíveis e enriquecedores para os processos populares de um projeto que abarcaria uma grande região com passados divergentes, embora semelhantes, processos históricos, sociais e culturais particulares e abundantes em detalhes e nuances, mas que poderiam ser pensados com alternativas e saídas similares.

Além disso, caberia também uma reflexão sobre a labor acadêmica dos estudantes e intelectuais latino-americanos. Esta pesquisa poderia entender-se também como uma opção política e metodológica por dirigir a mirada para os fenômenos e teorias próprias. Isto com o propósito de priorizar as possibilidades e os campos menos predominantes política e academicamente. Assim, permite-se privilegiar temas e abordagens que atingem mais a nossa realidade social, privilegiando o local sobre o externo. Seria um dever para a pesquisa acadêmica destas geografias do mundo conhecer tanto da cultura popular quanto erudita dos nossos contextos, assim como das teorias estrangeiras quanto das locais. Igualmente, dentro do marco dos estudos culturais, seria necessário não só pesquisar criticamente sobre um assunto, senão intervir no andamento social para mudar o curso de injustiça e opressão.

BIBLIOGRAFIA

bell, h. **Teaching to Transgress**. Education as the Practice of Freedom. New York; London: Routledge, 1994.

CUEVAS, P. Memoria colectiva: hacia un proyecto decolonial. In: WALSH, C. (Ed.). **Pedagogías decoloniales**: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir. Tomo I. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2013.

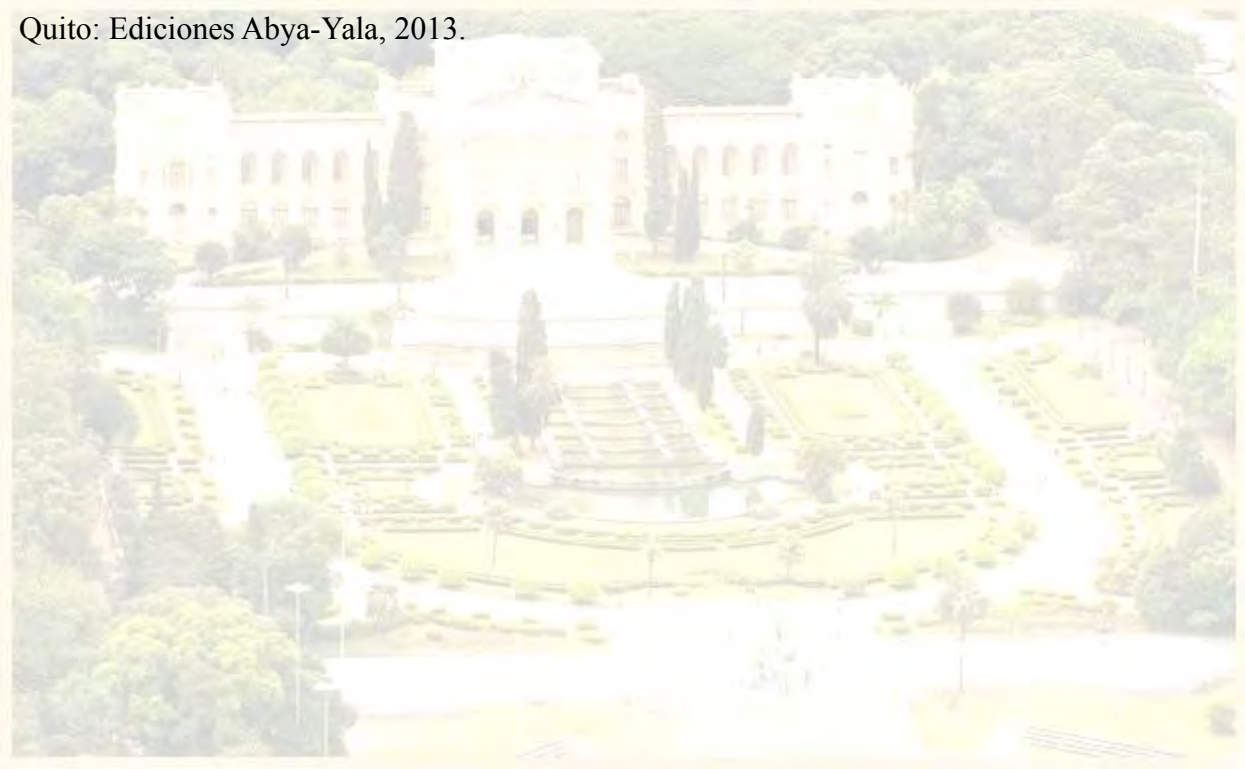
DÍAZ, C. Hacia una pedagogía en clave decolonial: entre aperturas, búsquedas y posibilidades. **Tabula Rasa**, Bogotá, No. 13, p. 217-233, Jul./dic. 2010.

LACLAU, E.; MOUFFE, C. **Hegemony and Socialist Strategy**: Towards a Radical Democratic Politics. 2. ed. London; New York: Verso, 2001

MOTA NETO, J. **Por uma pedagogia decolonial na América Latina**: reflexões em torno do pensamento de Paulo Freire e Orlando Fals Borda. Curitiba: Editora CRV, 2016.

WALSH, C. (Ed.). **Pedagogías decoloniales**: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir. Tomo I. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2013.

_____. Lo pedagógico y lo decolonial: entretejiendo caminos. In: WALSH, C. (Ed.). **Pedagogías decoloniales**: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir. Tomo I. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2013.



O IMPACTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

THE IMPACT OF THE 1988 CONSTITUTION ON THE RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN BRAZIL

Paola Bettamio Mendes[1]

RESUMO:
A Constituição Federativa de 1988 traz um novo paradigma para a questão infantojuvenil no Brasil, é com referência nos seus Artigos 227 e 228 que, posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado. O objetivo deste artigo é fazer um pequeno regaste histórico sobre as legislações e algumas instituições para crianças e adolescentes existentes no Brasil antes de 1988, demonstrando, em seguida, o impacto dos princípios constitucionais para formação do ECA e de um novo olhar para a justiça juvenil.
PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Direito Juvenil. ECA. Doutrina de Proteção Integral

ABSTRACT:
The Federative Constitution of 1988 brings a new paradigm to the issue of children and youth in Brazil, it is with reference in its Articles 227 and 228 that, later, the Statute of the Child and the Adolescent is created. The purpose of this article is to give a brief historical review of the legislation and some institutions for children and adolescents existing in Brazil before 1988, then showing the impact of the constitutional principles for the formation of ECA and a new look at juvenile justice.
KEY WORDS: Constitution. Juvenile Law. ECA. Doctrine of Integral Protection

1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE ENTRE A COLÔNIA E O IMPÉRIO

Antes de 1890 as questões tratadas como "vida civil" para a criança e adolescente, conceitos até então confusos ou e similares, eram resolvidas pelo espaço jurídico doméstico, onde caberia ao pai, varão, tomar as decisões pertinentes, a intervenção do Estado neste período era exceção. No que dizia respeito da questão a responsabilidade criminal,

[1] Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo da Academia Paulista de Direito (CIDHSP/APD).

Méndez (2006) denomina como carácter penal indiferenciado período que vai até 1830, as crianças e adolescentes acima dos sete anos eram vistas tais como adultos, tendo os mesmos tipos de pena.

> *La etapa del tratamiento penal indiferenciado se caracteriza por considerar a los menores de edad prácticamente de la misma forma que a los adultos. Con la única excepción de los menores de siete años, que se consideraban, tal como en la vieja tradición del derecho romano, absolutamente incapaces y cuyos actos eran equiparados a los de los animales, la única diferenciación para los menores de 7 a 18 años consistía generalmente en la disminución de la pena en un tercio en relación con los adultos. Así, la privación de libertad por un poco menos de tiempo que los adultos y la más absoluta promiscuidad constituían una regla sin excepciones (MÉNDEZ,2006, p.8 e 9).*

O Código Criminal de 1830 traz uma nova perspectiva sobre a responsabilidade penal dos chamados "menores", se até então adultos, crianças e adolescentes eram vistos de forma igualitária para o mundo do crime, em 1830 há uma pequena curvatura para diferenciar a responsabilidade conforme o discernimento etário.

Somente os que obtinham idade superior aos 14 anos poderiam responder criminalmente por algum ato. Para os menores de 14, caso ficasse provado que haviam cometido crime ou delito, agindo com discernimento, seriam encaminhados para as casas de correção, sendo que o período não poderia ser estendido depois dos 17 anos. Outra questão interessante sobre o Código de 1830, era sobre as penas de galés[2] que não poderiam ser aplicadas as mulheres e aos menores de 21 anos.

A legislação de 1830 trazia grande influência jurídica do ideal reformista[3], a própria ideia de condenação com a pena de prisão culminada com o trabalho forçado,

2Se refere a pena de trabalho forçado.

3Entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX surge na Europa várias propostas de reformas para o sistema penal. Dentre os principais autores a retratar estas propostas, destaca-se Cesare Beccaria com BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas.São Paulo: Edipro, 1993.

destacava o interesse duplo entre repressão e reabilitação. Contudo, foi somente com a construção da Casa de Detenção da Corte em 1856, no Rio de Janeiro, que esta concepção de reabilitação ou reforma moral se solidificou, "até aquela data as prisões e cárceres da corte não tinham a intenção de reabilitar ou obter a reforma moral do criminoso" (PESSOA, 2000,p.24).

2. NA REPÚBLICA VELHA

A transição do Império para República irá inaugurar um Rio de Janeiro completamente diferente do até então visto, trazendo um novo modelo de cidade que irá mudar a política de institucionalização de crianças e adolescentes. Mas antes de mergulhar de cabeça na *belle époque* é importante entender os principais marcos jurídicos transitórios para o começo da antiga República.

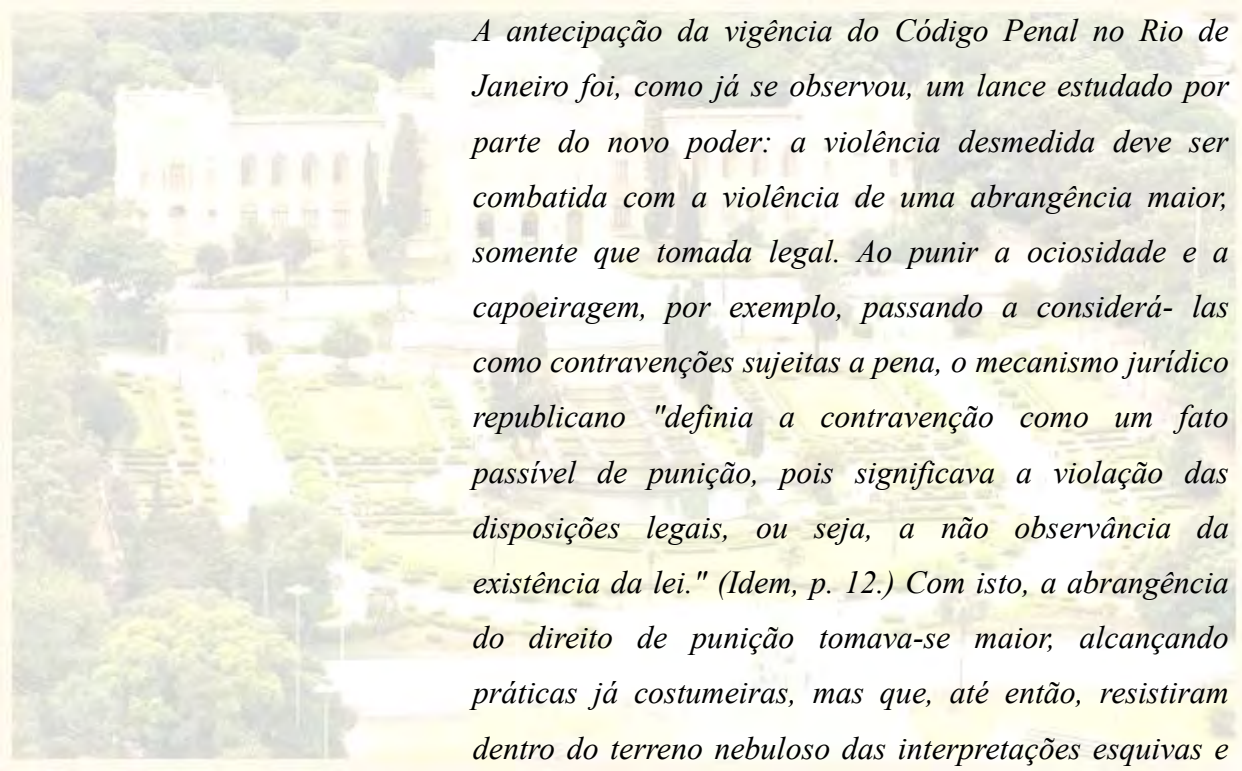
Depois de 1888, a circulação da população negra nas cidades não era mais de responsabilidade dos senhores de terra ou de ex-escravos, ocasionando uma grande mudança na imagem urbana. A tal liberdade de 1888 não foi plena, pois, não houve qualquer política de reparação histórica aos negros e negras e nem tampouco havia preocupação em reorganizar as estruturas sociais privilegiadas da branquitude. Visivelmente aumentava-se o número de moradores em situação de rua, de crianças abandonadas e de uma juventude marginalizada. Era uma verdadeira fotografia do descaso, da miséria e pobreza. Nas palavras de Lima Barreto(1952,p.225), "nunca houve anos no Brasil em que os pretos (...) fossem mais postos à margem".

Também pairava sobre a cabeça dos antigos colonos, aqueles que açoitaram até a última gota negra escravizada, aquela revolta do Haiti. A revolta negra haitiana, do final do século XVIII, misturada com a liberdade tão tardia era um pesadelo tão real para o Brasil branco que o tirava do sono. O aumento da circulação de negros e negras nos centros urbanos virou uma inquietude misturada de medo e ojeriza. Não havia muito para população negra. As opções de trabalho a época eram preenchidas conforme a política de incentivo a imigração branca no Brasil, justamente objetivando o clareamento dos centros urbanos e por fim, preterindo a mão de obra negra. Viviam, no que Roberto Schwartz(1983) vai classificar, em "situação escorregadia".

Não tendo propriedade, e estando o principal da produção

> *econômica a cargo dos escravos, vivem em terreno escorregadio; se não trabalham são uns desclassificados, e se trabalham só por muito favor serão pagos e reconhecidos. (SCHWARZ, 1983, p. 47.)*

E é diante desta ruga franzina na testa e das noites mal dormidas, que em 1890 o Brasil elabora seu novo Código Penal[4], antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1891. E o mais interessante é que a lei entra em vigor primeiramente no Rio de Janeiro, DF, em outubro para somente em março ser aplicada no país todo.



> *A antecipação da vigência do Código Penal no Rio de Janeiro foi, como já se observou, um lance estudado por parte do novo poder: a violência desmedida deve ser combatida com a violência de uma abrangência maior, somente que tomada legal. Ao punir a ociosidade e a capoeiragem, por exemplo, passando a considerá- las como contravenções sujeitas a pena, o mecanismo jurídico republicano "definia a contravenção como um fato passível de punição, pois significava a violação das disposições legais, ou seja, a não observância da existência da lei." (Idem, p. 12.) Com isto, a abrangência do direito de punição tomava-se maior, alcançando práticas já costumeiras, mas que, até então, resistiram dentro do terreno nebuloso das interpretações esquivas e discussões legislativas intermináveis e estéreis (DIAS, 2001, p.81).*

A antecipação na promulgação do Código Penal de 1890, e com vigência automática ao Rio de Janeiro, demonstra a preocupação em não permitir que houvesse qualquer tipo de desordem nos centros urbanos, principalmente quando se tratava da capital do país. A criminalização da capoeira e da vadiagem já demonstrava o interesse social higienista em tirar qualquer resquício de negritude das fotografias das cidades.

4Baptista Pereira foi o elaborador deste Código Penal que foi promulgado em 11 de outubro de 1890.

Em respeito às infâncias e juventudes, o Código Penal de 1890 reafirma a mudança do caráter penal indiferenciado da forma que era tratada a criança e adolescente, contudo, comparado ao Código de 1830, ele trazia certo retrocesso ao definir uma diminuição da idade penal de 14 para 9 anos.

Entre os 9 e os 14 anos, o Artigo 30 previa, "Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos"[5]. No caso específico de vadiagem ou capoeiragem, o Artigo 399, parágrafo 2º específica, "Os maiores de 14 annos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, onde poderão ser conservados até á idade de 21 annos". Nitidamente, o alvo do novo Código era o tal "menor delinquente" que era inválido (mendigo e insano) e ou vadio (Artigos 29 e 30) e não é à toa que caberia a estes o recolhimento até os 21 anos, diferente dos demais crimes que previa a idade máxima de 17 anos. É neste contexto jurídico, que os primeiros anos da República são marcados pela criação de espaços que buscavam o recolhimento, de forma específica, de uma infância e juventude majoritariamente negra que se encontrava órfã de uma assistência do Estado e, ao mesmo tempo, considerada perigosa para a fotografia da cidade e para a branquitude carioca.

Diferente do Império e da Colônia, na República surgem instituições com a finalidade de não só colocar jovens e crianças reclusas, mas também de tornar esta reclusão uma forma de limpeza étnica para os grandes centros urbanos. Recolhimentos de menores, escolas para crianças abandonadas, escolas de reformas e as colônias correcionais para "delinquência juvenil" são criadas e multiplicadas como política pública de controle institucional das infâncias e juventudes sendo separado por faixa etária, gênero e também pelo crime cometido e sua periculosidade.

Irma Rizzini (2005) especifica que até meados da década de 1920 os menores presos do Rio de Janeiro eram conduzidos aos estabelecimentos subordinados à 2º Seção da Diretoria da Justiça do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Estes menores eram encaminhados para Escola Premonitória Quinze de novembro (1899), para a Escola de Menores Abandonados (1907), para Colônia Correcional de Dois Rios (1902), para Casa de Detenção ou para o Depósito de Presos.

As três últimas instituições citadas eram compartilhadas entre menores, homens e mulheres. Incialmente se mantinham juntas e juntos no mesmo espaço, após um

5Código Penal de 1890. Ver em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049.

período foi determinado que se separasse conforme gênero e faixa etária e em setores distintos, mas ainda sim no mesmo espaço físico. Além disso, estas três instituições também recebiam menores por deliberações distintas do processo legal, atuando como Irma Rizzini(2005) relata "local de castigo", destinado aos menores insubordinados das Escolas sem que houvesse um processo formal.

Neste sentido, os primeiros anos da República estavam focados em uma limpeza racial e social das cidades e centros urbanos e esta relação de expurgar o sujo, maltrapilho e doente, se baseando em uma política pública de institucionalização e reclusão de moradores em situação de rua, pobres, negros, acamados mentais, prostitutas e toda uma população já considerada marginalizada.

Para a infância e juventude que entrava em conflito com a lei ou que se encontrava em situação de rua e precariedade, o tratamento também era o de clausura e rigidez, contudo, com pouca interferência e responsabilidade do Estado e enxergando poucas diferenças no tratamento entre a vida adulta e a fase infanto-juvenil. A partir de meados do século XX existe uma reformulação sobre as concepções sobre jovens e crianças para que o Estado tivesse mais presença na direção de medidas que assegurassem direitos e controle sobre estas categorias e, além disso, que tornasse explícita a diferença entre adultos, adolescentes e crianças. Neste sentido, Rizzini e Rizzini (2004):

> *Se a grande questão do Império brasileiro repousou na ilustração do povo, sob a perspectiva da formação da força de trabalho, da colonização do país e da contenção das massas desvalidas, no período republicano a tônica centrou-se na identificação e no estudo das categorias necessitadas de proteção e reforma, visando ao melhor aparelhamento institucional capaz de "salvar" a infância brasileira no século XX. Os debates tomaram conta do cenário da assistência à infância no Brasil, escorados na meta da construção da nação republicana, e subsidiados pelas resoluções dos congressos internacionais sobre assistência social, médico-higienista e jurídica à já consolidada categoria dos menores. A partir da ampla categoria de menor abandonado, definida tanto pela*

> *ausência dos pais quanto pela incapacidade da família de oferecer condições apropriadas de vida à sua prole, uma série de subcategorias foi criada ao longo do século XX pelos órgãos oficiais de assistência. Trata-se de um período de forte presença do Estado no planejamento e na implementação das políticas de atendimento ao menor. Os meios especializados cobravam dos poderes públicos a centralização da assistência, acusada de não passar de uma "caridade oficial", sem uma orientação unificada e dentro dos moldes preconizados pelos avanços das ciências. A movimentação em torno da elaboração de leis para a proteção e assistência à infância também é intensa, culminando na criação, no Rio de Janeiro, do primeiro Juízo de Menores do país e na aprovação do Código de Menores em 1927, idealizado por Mello Mattos – primeiro juiz de menores do país e de mais longa permanência, de 1924 até o ano de seu falecimento, em 1934. (RIZZINI;RIZZINI,2004,p.28 e 29)*

O Código de 1927 é marcado por uma grande influência que surge no fim do século XIX conhecida como Movimento dos Reformadores[6], que tinha como objetivo questionar o tratamento igualitário dado às crianças, jovens e adultos e trazia consigo uma doutrina conhecida por "direito do menor" ou "menorista". Além disso, este código é promulgado em 1927 apresentando uma política de assistência e responsabilidade do Estado, onde o Poder Judiciário se torna o ente hegemônico nas questões sociais referentes à criança e ao adolescente (CARVALHO, 2012), criando e regulamentando o Juizado de Menores e todas as demais instituições complementares.

É também, a partir do Código de 1927 que passa a ser usado o conceito de menoridade para definir as crianças e adolescentes que eram abandonadas ou pervertidas. Adorno(1991) define bem este entendimento:

6Ver em Méndez, Emilio García. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por qué una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

> *O termo menor de larga utilização no senso comum, na imprensa e mesmo na pesquisa científica, tem uma origem pouco nobre. Cunhado, no Brasil, pela medicina legal e reconhecido pelo direito público para divisar a população entre responsáveis e irresponsáveis, segundo o critério do discernimento moral e do desenvolvimento psicológico, seu emprego generalizou-se para designar um tipo específico de criança, aquela procedente das classes populares, em situação de miséria absoluta, expulsa da escola desde tenra idade, que faz da rua seu habitat e lugar privilegiado de reprodução cotidiana e imediata de sua existência. Trata-se da criança cuja existência social e pessoal é reduzida à condição de menoridade, passível, por conseguinte, da intervenção "saneadora" das instituições policiais de repressão e das instituições de assistência e de reparação social. (ADORNO,1991,p.183 e184)*

A grande novidade trazida pelo Código de 1927 foi esta relação de tutela do Estado com a criança e adolescente, ainda que limitada, em que o menor deveria ser protegido e não cabia a ele em qualquer momento autonomia sobre suas condutas. Para as práticas institucionais podemos destacar que como o objetivo era de proteção, o menor em situação de abandono ou pervertido deveria ser encaminhado não mais para instituições prisionais de adultos, o código propõe "instituição de caridade ou de ensino publico ou privada, asilo, casa de educação ou escola de preservação".

3. CRIAÇÃO SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA AO MENOR (SAM) E DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO BEM-ESTAR DO MENOR (FUNABEM)

Criado durante a época ditatorial de Vargas, em 1941, o Serviço de Assistência ao menor é instituído com desígnio de substituir o Instituto Sete de Setembro e conforme o próprio Decreto-lei 3.799 de 1941 previa:

Art. 2º O S. A. M. terá por fim:

a) sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinquentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares ;

b) proceder à investigação social e ao exame médico-psicopedagógico dos menores desvalidos e delinqüentes;

c) abrigar os menores, á disposição do Juízo de Menores do Distrito Federal;

d) recolher os menores em estabelecimentos adequados, a fim de ministrar-lhes educação, instrução e tratamento sômato-psíquico, até o seu desligamento;

e) estudar as causas do abandono e da delinquência infantil para a orientação dos poderes públicos;

f) promover a publicação periódica dos resultados de pesquisas, estudos e estatísticas.

Era na verdade um órgão ligado ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores articulado com o Juízo de Menores do Distrito Federal, que tinha um caráter centralizador sobre a assistência de crianças e adolescentes no Distrito Federal, e, posteriormente, aos demais territórios brasileiros.

Berger e Gracino (2005, p.172) afirmaram que o SAM veio para materializar uma política infanto-juvenil de repressão e assistência, que mais se assemelhava com um sistema penitenciário para menores de idade. Neste sentido, Vicente Faleiros:

A implantação do SAM tem mais a ver com a questão da ordem social que da assistência propriamente dita. [...] Vinculada ao Ministério da justiça e do juizado de menores, tem como competência orientar e fiscalizar educandários particulares, investigar os menores para fins de internação e ajustamento social, proceder ao exame médico-psicopedagógico, abrigar e distribuir os menores pelos estabelecimentos, promover a colocação dos menores, incentivar a iniciativa particular de assistência a

> *menores e estudar as causas do abandono (FALEIROS, 2009, p. 55).*

Nota-se que o objetivo do SAM era controlar a assistência e através de suas medidas internas normatizar este controle, longe deste objetivo estava o amparo as questões que tangenciavam as infâncias e juventudes. Inclusive, dentro desta lógica permanecia uma "visão reducionista da assistência ao menor, quando em seus objetivos priorizava o abrigamento e a "distribuição" dos menores em estabelecimentos", segundo Ana Costa (2012).

Uma mudança trazida pelo SAM importante para época foi à diferenciação entre o menor abandonado e o menor que fosse autor de ato infracional. Enquanto, que o primeiro deveria ser encaminhado para patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem, os segundos deveriam ser internados em casas de correção ou reformatórios. O SAM fez questão de mostrar que deveriam ter tratamentos e cuidados distintos, interagindo mais ainda com o imaginário popular sobre a descaracterização de um menor infrator enquanto criança e adolescente e sua caracterização como criminoso.

A terceirização do cuidado com as crianças e adolescentes também foi uma característica indissociável do projeto SAM, se o Estado se preocupava muito com os procedimentos para institucionalizar esta criança e adolescente, pouco se atentava com o processo posterior. As internadas eram submetidas a maus tratos em espaços de nenhuma salubridade, com uma má alimentação e constantes constrangimentos e violações. A situação era tão precária no SAM que passaram a chamar SAM de "Sem Amor ao Menor". Contribuindo um pouco mais do que se tornou a fama do SAM, as irmãs Rizzini(2004):

> *Mas foi em relação aos chamados transviados que o SAM fez fama, acusado de fabricar criminosos. No imaginário popular, o SAM acaba por ser transformar em uma instituição para prisão de menores transviados e em uma escola do crime. A passagem pelo SAM tornava o rapaz temido e indelevelmente marcado. A imprensa teve papel relevante na construção desta imagem, pois ao mesmo tempo em que denunciava os abusos contra os internados, ressaltava o grau de periculosidade dos "bandidos" que*

> *passaram por suas instituições de reforma. Sob o regime democrático, o órgão federal freqüentou as páginas de jornais e revistas anunciando os escândalos que ocorriam por detrás dos muros de seus internatos. (RIZZINI;RIZZINI,2004, p. 34)*

A existência do SAM foi essencial para criação do estigma do "menor delinquente" e para fomentar um medo popular sobre estas crianças e adolescentes, contudo, diante de tantas falhas, já não era bem quisto. E diante de tantas imperfeições, o Serviço de Assistência aos Menores deu origem ao projeto que na verdade era um anteprojeto, um Anti-Sam:

> *A "segurança nacional" tornou-se o sustentáculo ideológico do novo órgão de proteção aos menores – o "Anti-SAM", que resgatara a defesa nacional contra a ameaça comunista, vislumbrada pela ditadura Vargas. A Política Nacional de Bem-Estar do Menor (PNBEM) teve suas diretrizes fixadas pelo governo Castelo Branco (lei n. 4.513, de 1/12/1964). A tônica era a da valorização da vida familiar e da "integração do menor na comunidade". O mote "internar em último caso" figuraria com insistência na produção discursiva da instituição. Como órgão normativo, o seu objetivo não era o atendimento direto. O planejamento e coordenação da ação assistencial e do estudo do menor eram a sua missão. A "herança", deixada pelo SAM, transformou-se no Centro-Piloto, laboratório de experimentos na internação de menores. As escolas de Quintino e da Ilha do Governador foram recuperadas, melhorando-se sensivelmente as condições de vida dos meninos e meninas internados, que antes viviam em condições subumanas. Manteve-se o atendimento pelo órgão normativo nos treze estabelecimentos oficiais do Rio de Janeiro, então agrupados como Centro-Piloto, sob a justificativa da experimentação de modelos a serem implementados nos estados, por meio de uma rede nacional de entidades públicas – fundações ou secretarias pertinentes e entidades privadas. (RIZZINI; RIZZINI,*

2004, p.36)

A criação da Fundação Nacional de Bem Estar do Menor (FUNABEM) no seio da Ditadura Militar, com um novo Código de Menores em 1979, inaugura, nas palavras de Méndez (2006), a fase "tutelar", onde o "menor em situação irregular"[7] era de total responsabilidade do Estado.

A Doutrina da Situação Irregular oficializou a institucionalização como a mais eficiente forma de recuperação ou educação para as crianças e adolescentes em situação de conflito com a lei ou em abandono, enaltecendo, mais uma vez, abrigos e reformatórios. E este formato oscilava entre um assistencialismo ruim ou uma total segregação e privação, colocando jovens e crianças desvinculadas da vida em sociedade, isto tudo sob o arbítrio do judiciário. Norival Engel (2006, p.14), diz que a doutrina da situação irregular "era aquela em que menores passam a ser objeto da norma quando se encontram em estado de patologia social".

Interessante desta época é que foi justamente durante a doutrina da situação irregular que passou a se destituir o pátrio poder familiar e que as sentenças que averiguavam o abandono da criança e adolescente retiravam automaticamente a responsabilidade parental e a transferia para o Estado.

As próprias diretrizes na formação da FUNABEM já afirmavam o caráter da doutrina irregular:

> *A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor assume, no entanto, como seu campo de trabalho, aquelas faixas populacionais que não são atingidas pelos esforços correntes de criação de condições de bem-estar, ou porque não se conta com recursos que permitam cobrir de necessidades de todas as camadas populacionais; ou porque, por carências de ordem sócio-econômico-cultural, muitos grupos populacionais não tem possibilidades de se beneficiar das condições porventura postas à sua*

7Considerado "menor em situação irregular", de acordo com o Artigo 1º do Código de Menores de 1927, "O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo" Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html.Acesso em: 13 jan. 2017.

> *disposição, ou de criar as condições de seu cargo. O Campo de trabalho da Fundação se define, assim, como a faixa populacional, cuja parcela de indivíduos de menor idade, está sujeita a um processo de marginalização, entendendo-se por marginalização do menor, o seu afastamento progressivo, de um processo normal de desenvolvimento e promoção humana, até a condição de abandono, exploração ou conduta anti-social.*[8]

A FUNABEM com suas ramificações estaduais, Fundação Estadual de Bem Estar do Menor (FEBEM)[9], concretizava fielmente a doutrina da situação irregular, e trazia como justificativa central para a tal delinquência juvenil um desmonte da estrutura familiar somado a superpopulação urbana à época.

Mas a verdade é que a criação da FUNABEM e o Código de 1979 vieram acoplados da Ditadura Militar brasileira, que foi marcada por um período de elevadas taxas de crescimento econômico acompanhado de um processo excludente e fomentador de grandes desigualdades sociais. Não há como olhar para a política criminal de um país ignorando a sua realidade política e social.

Além disso, Franciele Becher (2011) traz um importante olhar sobre como era vista esta relação de criminalização e juventudes pela FUNABEM:

> *Empenhada em criar um "saber oficial" sobre o problema dos "menores", a atuação da FUNABEM se organizava, ao menos teoricamente, em torno de dois eixos básicos: a correção e a prevenção das causas do "desajustamento do menor", aplicando um método terapêutico-pedagógico com a finalidade de sua reeducação e reintegração a sociedade, procurando corrigir sua "conduta anti-social". Para os ideólogos da Fundação, o processo de marginalização social era visto como uma anomalia*

8Ver documentação: BRASIL, Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor. Diretrizes e Normas para Aplicação da Política do Bem-Estar do Menor Rio de Janeiro: Coordenadoria de Comunicação Social, 1966. P. 15.

9No Rio de Janeiro, a criação da FEBEM se deu em 1967. A partir de 1975, começou a ser chamada de Fundação Estadual de Educação do Menor e, em 1995 de Fundação para a Infância e Adolescência.

> *decorrente do desenvolvimento industrial e da modernização da sociedade: o "menor" era visto como "vítima" desse contexto por estar afastado de um modo "normal" de desenvolvimento. Esse posicionamento revela uma noção de comportamento social linear e funcionalista, que toma a marginalidade como um desvio, uma disfunção "a partir da qual se discriminam os que se afastam do padrão, como grupo desviante, anômico, não integrado, em suma marginal em relação à sociedade como um todo" (ARRUDA apud RODRIGUES, 2001:89). Em outras palavras, um indivíduo que falhava na sua participação junto à sociedade produtiva. A marginalidade representava, portanto, um fator de risco para a harmonia e o bem-estar social, o que sob o ponto de vista da Doutrina de Segurança Nacional deveria ser evitado a todo custo, sob a pena de afastamento dos objetivos do Brasil enquanto nação-potência. (BECHER, 2011, p.10 e 11)*

E não há como esquecer também do caráter repressivo da formação da FUNABEM, afinal, era um período onde a repressão e a violência eram fundamentos para forma de governo e manter espaços de reclusão e vigilância era essencial para o controle.

Para além dos espaços institucionais da FUNABEM, para onde também iam militantes políticos, havia os espaços clandestinos de punição. E aqui vale lembrar os diversos mecanismos de tortura que eram aplicados para a juventude brasileira que ousava lutar contra a Ditadura Militar[10].

Como exemplo, trago a história da Nilda Carvalho Cunha como memória para todos e todas que sofreram durante o período da Ditadura Militar.

> *Nilda Carvalho Cunha morreu cega, asfixiada e delirante duas semanas depois de ser libertada. Tinha acabado de completar 17 anos quando caiu presa em Salvador, na*

10Há relatos trazidos pela Comissão da Verdade de estupros coletivos, inserção de animais na vagina das mulheres, desfiguração de mamilos e diversas outras formas de tortura que eram específicas.

> *madrugada de 19 para 20 de agosto de 1971. Nas mãos dos órgãos de repressão foi torturada a tal ponto que jamais se recuperou. Sua morte nunca foi esclarecida, pois, conforme a versão oficial, um incêndio destruiu o prontuário médico. Dos arquivos militares sumiram também o laudo cadavérico e os registros sobre o ocorrido. Secundarista e bancária, a baiana Nilda ingressou muito cedo na organização clandestina Movimento Revolucionário 8 de Outubro (MR-8). Na mesma época, uniu se a Jaileno Sampaio, apenas um ano mais velho do que ela. O casal abrigou Iara Iavelberg – companheira do chamado "inimigo público número 1" do regime naquele momento, o líder revolucionário Carlos Lamarca – quando ela se refugiou na capital baiana. Durante o cerco, Iara foi morta e os dois jovens capturados. A prisão durou cerca de três meses, tempo suficiente para destruir a sanidade da adolescente. (HISTÓRIA DE MENINAS E MENINOS MARCADOS PELA DITADURA. Direito à memória e à verdade: histórias de meninas e meninos marcados pela ditadura. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, p.39)*

Na virada dos anos 1970 para 1980 começam a pipocar diversos debates sobre a eficácia do modelo de internação, Rizzini e Rizzini(2004):

> *No final dos anos 1970 e início dos anos 1980, passam a ser perceptíveis as inquietações em relação à eficácia deste tipo de medida. É indicativo desse novo momento o grande número de seminários, publicações e discussões em torno de iniciativas que indicassem novos caminhos. A palavra de ordem na época era a busca de alternativas, subentendendo-se que se tratava de alternativas à*

> *internação. Este momento histórico de transição política rumo ao processo de redemocratização do país trouxe, no tocante à questão em foco, um outro nível de conscientização para a mudança, impulsionado por diversos fatores. Dentre eles, destacam-se: (a) a presença de movimentos sociais organizados, que reinauguraram a possibilidade de manifestação e participação popular no período pós-ditadura16; (b) o despontar, a partir dos primeiros anos da década de 1980, de diversos estudos que ressaltavam as conseqüências da institucionalização sobre o desenvolvimento das crianças e adolescentes e os elevados custos para a manutenção dos internatos (Guirado: 1980; Campos: 1984; Rizzini: 1985; Rizzini e Altoé: 1985; Altoé: 1990); (c) o interesse de profissionais de diversas áreas do conhecimento para atuação neste campo também contribuiu para o aprofundamento da reflexão e da produção sobre a questão; (d) os protestos dos meninos e meninas internados, expressos nas rebeliões e nas denúncias veiculadas pela imprensa e por depoimentos publicados em diversos livros (Herzer: 1983; Luppi: 1981e 1987; Collen: 1987). Foi uma década de calorosos debates e articulações em todo o país, cujos frutos se materializariam em importantes avanços, tais como a discussão do tema na Constituinte e a inclusão do artigo 227, sobre os direitos da criança, na Constituição Federal de 1988. (RIZZINI;RIZZINI,2004, p.46)*

O processo de redemocratização brasileira irá inaugurar questionamentos e encerrará com alguns mitos sobre a questão infanto-juvenil. Mitos como os que diziam que crianças em situação de rua necessariamente estavam abandonadas, que as mesmas estariam em situação irregular e até mesmo que estavam todas em delinquência (Rizzini; Rizzini,1991).

Foi tomando forma uma concepção social do porquê crianças estariam em

situação de abandono ou de mendicância, ligando a desigualdade social com a realidade concreta do que era a vida infantil brasileira. E neste sentido, se mostrava não só falha como limitadora a internação.

> *A pressão pelo fechamento dos grandes internatos aumentou, acompanhando tardiamente o movimento internacional de revisão das políticas de atendimento baseadas nas instituições totais, como os internatos para crianças e adolescentes e os manicômios. O processo de redemocratização do país dos anos 1980 possibilitou que setores organizados da sociedade e os próprios internos questionassem esta modalidade de assistência, a qual permanecera no silêncio durante os 20 anos de ditadura militar. As reações vêm de dentro dos internatos, da sociedade civil, e também, da esfera governamental. (Rizzini e Rizzini; 2004,p.47)*

Apesar do avanço no debate, na prática ainda continuávamos atrelados à política da FUNABEM, portanto, o Projeto Diagnóstico Integrado para uma Nova Política do Bem-Estar do Menor (1987) foi criado como uma proposta revisional, mas que acabou mantendo a lógica corretiva no que dizia respeito ao atendimento infanto-juvenil. A lógica era manter as crianças e jovens na internação, evitando, assim, a situação de abandono e a tal "delinquência". O resultado da manutenção desta perspectiva foi mais uma vez uma enorme institucionalização da pobreza, da população negra e dos mais carentes de políticas públicas e acesso a uma vida plena.

Posteriormente, a FUNABEM passa por mais um processo de reformulação:

> *O processo de reformulação foi intenso, em relação aos aspectos identificados como os principais obstáculos às diretrizes originais da não-internação. Assim, o atendimento nos grandes internatos do Rio de Janeiro e Minas Gerais foi desativado, iniciando-se uma política de busca de alternativas à internação, nos centros integrados*

> *de atendimento ao menor (CRIAMs) e no apoio a projetos alternativos de atendimento a meninos de rua, como indicado. Ao final da década de 1980, atendendo à reestruturação e à mudança de imagem da instituição, a FUNABEM transforma-se no Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência (CBIA), assumindo a missão de apoiar a implantação da nova legislação no país. (RIZZINI;RIZZINI,2004,p.47 e 48)*

Entretanto, todo este debate trazido pela redemocratização só será verdadeiramente reformulado com a Constituição de 1988, com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente e por fim, com a doutrina de proteção integral.

4. CONSTITUIÇÃO DE 1988, CRIAÇÃO DO ECA E SEUS LIMITES

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é promulgada diante de um cenário intenso de debate sobre a diminuição das desigualdades sociais e em respeito às diferenças raciais, de sexo e idade. E foi neste mesmo período, que os movimentos sociais foram criando identidade própria, área de atuação, reinvindicações, debates e pautas que os identificavam e distinguiam de outros.

E nisto, é importante destacar a incorporação de movimentos, como o MNMMR, Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, que integraram a construção da nova Constituição brasileira. Os integrantes do MNMMR, junto de outros movimentos[11], ajudaram na divulgação de duas campanhas, durante o processo da Constituinte. A primeira chamada de "Criança e Constituinte (setembro/1986)", que tinha o olhar sobre na primeira infância, era de iniciativa do Ministério da Educação e atraiu diversos setores governamentais e da sociedade civil. A segunda, "Criança e Prioridade Nacional (junho/87)", que tinha o objetivo de alcançar adolescentes e acabou culminando numa mobilização por coleta de assinaturas, com a finalidade de aprovar uma emenda popular[12] com o próprio nome da

[11]Outros movimentos pioneiros pela defesa infanto-juvenil no Brasil foram, a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança, criada em 1985 e a Pastoral do Menor de 1978.

[12]Uma das reivindicações desta movimentação era que creches e pré-escolas fossem abrangidas pelo novo texto constitucional, não apenas enquanto uma solicitação das mulheres, mas como direito próprio da criança à educação.

campanha[13]. As duas campanhas foram fundamentais, posteriormente, para a criação dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, que terá seu conteúdo reescrito no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seguida.

A verdade é que a Constituição Federal foi promulgada como um suspiro no que tange ao direito infanto-juvenil. Era a primeira vez que no Brasil, reconhecíamos o direito da criança pequena fora do Direito da família, o acesso à educação em creches e pré-escolas e o entendimento que criança e adolescente eram sujeitos plenos de direitos, indiretamente ou diretamente[14].

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, nas palavras de Salo de Carvalho (2012,p.17), "projeta, portanto, um Estado materialmente democrático em relação à efetividade dos direitos fundamentais, procurando superar o anterior modelo de Estado autoritário". A Constituição efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana, o que garante direitos que podem ser conceituados como bens e valores essenciais ou básicos ao ser humano, ou seja, aqueles que transferem ao homem e a mulher, a dignidade para ser o que são e para desenvolverem e usufruírem seus potenciais.

As crianças e adolescentes, ainda que estejam em condição de desenvolvimento, são merecedores desta garantia e neste sentido, o artigo 227 do texto Constitucional traz a responsabilização integral do Estado, da sociedade e da família na proteção destes indivíduos.

> *No caso específico dos direitos da criança e do adolescente, a Constituição projeta a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana a partir da adequação às diretrizes internacionais do direito humanitário. Assim, incorpora em seu texto preceitos de Direitos Humanos como os da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (COSTA,2012,p.128). Não obstante, para regulamentação dessas diretrizes humanistas no tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes previstos na Constituição, o legislador*

[13]Desta iniciativa surge o Fórum Nacional Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criada e do Adolescente- Fórum DCA-, em março de 1988, passando a ser um dos principais interlocutores da sociedade civil junto ao Congresso Nacional.

[14]Art. 7°, incisos XVIII, XIX e XXV, do capítulo Dos Direitos Sociais, Art. 203 da seção Da Assistência Social e o parágrafo 4° do Art. 212 da seção Da Educação todos da Constituição Federal.

originário promulgou o ECA. (CARVALHO, 2012, p.18)

Além disso, é importante lembrar que foi a partir da Constituição Federal de 1988 que o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995.

Com a promulgação da Constituição de 1988 acoplada do ECA (Lei 8.069/90) é consolidada uma grande conquista pra sociedade brasileira em contraponto as legislações anteriores. As crianças e adolescentes se tornam sujeitos de direitos e não menores tutelados pela presença paternalista do Estado. Há a efetiva troca da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral.

A adoção da doutrina da proteção integral é influência direta da Convenção Internacional dos Direitos da Criança[15]. Ainda que a convenção não inclua adolescente, ela usa como padrão, menores de 18 anos, portanto, compatível ao ordenamento jurídico brasileiro. É importante ressaltar a dimensão deste documento, porque a Convenção sobre os Direitos da Criança é um dos instrumentos dos direitos humanos que mais foi aceito na história, ratificada por 193 países, e o Brasil foi o primeiro país da América Latina a incorporar o modelo da Convenção através da Constituição de 1988.

A partir da Constituição, há incorporação da doutrina da proteção integral enquanto princípio fundamental para formação do Estatuto da Criança e do Adolescente[16]. Neste sentido, o ECA passa a entender como essencial a autonomia cultural e política da criança que está em desenvolvimento, proporcionando prioridades no atendimento, convivência familiar e comunitária e a liberdade individual, como regras gerais. "Além disso, a municipalização de atendimento e, sobretudo, a segregação somente em razão da prática de atos infracionais, jamais em razão da desigualdade" (Machado,2015,p.6) marcam um importante rompimento com o que previa o antigo Código de Menores.

[15]Tratado que objetiva à proteção de adolescentes e crianças em todo o mundo. Foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.
[16]Junto dos princípios do melhor interesse do menor e da absoluta prioridade.

> *Nesse sentido, toda a estrutura normativa pauta-se na ideia de emancipação a partir da inclusão, razão pela qual as medidas socioeducativas em meio aberto devem ter prioridade à segregação. Até porque não se pode olvidar que o núcleo familiar deve ter proteção prioritária por parte do Estado, cabendo aos adultos a defesa e proteção do ser em crescimento, e não o Estado. Aliás, o encorajamento da família na proteção e consagração dos direitos da criança deve ser estratégia para a própria efetividade desses direitos, porque quando "se faz necessária a presença do Estado para defender uma criança, ele chega sempre tarde" (JUNQUEIRA, 1989, p. 71). A proteção de crianças e adolescentes passa a ser incorporada como programa de concretização de direitos humanos (TUARDES DE GONZÁLEZ, 1996), reconhecendo o interesse superior da criança. (MACHADO,2015,p.6)*

É notório que a Constituição Federal de 1988, conjugada com o Estatuto da criança e do Adolescente e demais documentos para proteção infanto-juvenil, inauguram uma nova perspectiva, revogando a Doutrina da Situação Irregular e seu caráter de vigília, o controle repressivo e tutelar. Ao mesmo tempo, introduz a Doutrina da Proteção Integral como locomotiva do sistema (SPOSATO,2006,p.256).

Contudo, como afirma Emilio García Méndez (2006), que vai fazer uma análise mais ampla sobre o debate dos direitos das crianças e adolescentes, o ECA nascerá no meio de uma dupla crise: a de implementação e a interpretativa. A primeira crise diz respeito à ausência de implementação das políticas sociais garantidas pelo ECA, tais como o direito à educação, saúde, alimentação e tantas outras garantias fundamentais. A precariedade no que tange à implementação deste sistema garantidor de direitos fundamentais irá se estender nas estruturas institucionais destinadas a acolher a juventude que cumpre medida socioeducativa em regime aberto, semiaberto e na própria internação. No último caso, a precariedade na estrutura das unidades de internação as aproxima cada vez mais dos cárceres e menos do caráter "educativo".

A segunda crise, Salo de Carvalho (2012) afirma a direta relação com a proximidade de conceitos relativos ao "neomenorismo"[17]. Neste sentido:

> *O grande dilema enfrentado pelos atores que trabalham com adolescentes em conflito com a lei está nessa espécie de interpretação retroativa produzida nas práticas jurídicas, na qual os direitos são interpretados como concessões ou benefícios, reintroduzindo-se a lógica inquisitória da doutrina menorista nos critérios de aplicação das garantias postas no ECA. (CARVALHO,2012,p.27)*

Esta segunda crise atinge diretamente a opinião pública, entendendo que não se pode dissociar da mesma o projeto que segue em discussão pela redução da maioridade penal.

CONCLUSÕES

Em 2018 a Constituição de 1988 comemora 30 anos, neste sentido, este artigo contou um pouco da história do direito juvenil no Brasil e como ele foi impactado de forma positiva pelos princípios que nortearam a Carta Magna de 1988. Até então, adolescentes e crianças não eram entendidos como merecedores de direitos e garantias, é através da doutrina de proteção integral estabelecida pelo ECA, com influência constitucional, que passamos a enxergar o público infantojuvenil de uma outra perspectiva. Pela primeira vez na história do país o direito juvenil passa a ser integrado não só por questões que envolvem a ceara da responsabilidade penal, o ECA estabelece uma gama de direitos para as crianças e adolescentes, como direito ao lazer, cultura, educação, saúde e entre outros.

Apesar do texto constitucional e do estatuto serem um avanço, não só para o Brasil, mas pra os demais países latino-americanos, existem alguns limites que são observados: como a falta de implementação das políticas públicas elencadas nos textos legislativos e a ausência de uma nova interpretação sobre o direito juvenil, não mais menorista.

17Práticas novas que reforçam as concepções antigas sobre a Doutrina da Situação Irregular.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. **A socialização na delinqüência: reincidentes penitenciários em São Paulo**. Cadernos CERU, n. 3, série 2, p. 113-147, 1991.

BECHER, Franciele. **Os "menores" e a FUNABEM: influências da ditadura civil-militar brasileira**. EM: Anais do XXVI Simpósio Nacional de História– ANPUH. São Paulo, julho 2011.

CARVALHO, Salo; FERNANDES, Eduardo; MAYER, Denise. **Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral**. Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei. Porto Alegre: Editora Mediação, 2012.

DIAS, Luiz Sérgio; **Quem tem medo da Capoeira?** 1890-1904; Dissertação de mestrado; Rio de Janeiro; UFRJ; 1993.

ENGEL, Norival. ***Prática de ato infracional e as medidas socioeducativas:* uma leitura a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente e dos princípios constitucionais**. Dissertação(Mestrado). Univali – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, SC, 2006. Disponível em: http://siaibib01.univali.br/pdf/Norival%20Ac%C3%A1cio%20Engel.pdf. Acesso em: 19 nov. 2018.

FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. In: PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene. **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil.** Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Nino, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995.

MÉNDEZ, Emilio García. **Das relações públicas ao neomenorismo: 20 anos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança na América Latina (1989-2009)**. In: Minas Gerais. *Medidas socioeducativas* – Contribuições para a prática. Belo Horizonte: Ed. Fapi.

_____. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por qué una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional:* socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

_____.Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, 2013, (8): 1-22.

PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. **Trabalho e resistência na penitenciária da Corte (1855-1876)**. Dissertação de mestrado em História, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2000.

RIZZINI, Irma. **O Surgimento das instituições especializadas na internação de menores delinquentes**. In. ZAMORA, Maria Helena (org.). Para além das grades: elementos para a transformação do sistema socioeducativo. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2005

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**.Rio de Janeiro: Puc/Rio; Edições Loyola, 2004.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHWARZ, Roberto. **Os pobres na Literatura Brasileira**. In: A velha pobre e o retratista. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 47.

_____.**Duas meninas.** São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

O MOVIMENTO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUINTE DE 1987

THE NATIONAL HUMAN RIGHTS MOVEMENT AND THE CONSTITUTIONAL ASSEMBLY OF 1987

Naiara Alves da Silva [1]

RESUMO:
O artigo a seguir pretende apresentar o contexto político no qual surge o Movimento Nacional dos Direitos Humanos, fundado em 1982, e claramente relacionado com a transição democrática e com os trabalhos constituintes realizados no país. Pretende-se apresentar como setores da Igreja católica contribuíram para a profusão da militância em direitos humanos, formulando um sentido amplo para a expressão, de modo a abarcar a denúncia da violação de direitos civis e políticos bem como a luta por justiça social.
PALAVRAS-CHAVE: CNBB. Direitos Humanos. Constituinte

ABSTRACT:
This article intends to present the political context in which the National Human Rights Movement, founded in 1982, and clearly related to the democratic transition and to the constituent works carried out in the country. It is intended to present how sectors of the Catholic Church contributed to the profusion of militancy in human rights, formulating a broad meaning for expression, to cover the denunciation of the violation of civil and political rights as well as the struggle for social justice.
KEY WORDS: CNBB. Human Rights. Constituent works

1. INTRODUÇÃO

A década de 1980 marcou diversos processos de transição porque passava a sociedade e o Estado brasileiro. É sabido e reconhecido que a CNBB, depois de um apoio inicial, desempenhou papel relevante no processo de oposição ao regime militar e na defesa

[1] Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo da Academia Paulista de Direito (CIDHSP/APD).

do retorno da democracia (Della Cava, Klaiber, Serbin)[2]. No campo político, desde o decênio anterior, a quantidade de organizações da sociedade civil crescia significativamente com a abertura política (conservadora) anunciada. A lei de número 6.683, do ano de 1979, instituiu a anistia e pode ser considerada um dos importantes marcos elucidativos do tipo de transição democrática efetuada na cena brasileira. Ela alcança os crimes cometidos entre 1961 e 1979 e traz uma compreensão acerca da expressão "crimes conexos" que na prática resultou no perdão concedido tanto aos crimes políticos cometidos contra a ditadura quanto às violações dos direitos humanos cometidas pelos agentes do Estado autoritário.

Sob a égide de uma transição profundamente marcada pela seguridade do aparelho repressivo estatal – isento de qualquer responsabilização penal -, a lei de anistia foi anunciada como a tradução legal de um esforço de reconciliação nacional. Porém, "a jurisprudência do sistema interamericano e do sistema global de proteção reconhece que leis de anistia violam obrigações jurídicas internacionais no campo dos direitos humanos" (PIOVESAN, 2010, p.100). Como se constituem a partir de arranjos políticos entre atores políticos de oposição e representantes do status quo, as leis de anistia em conjunturas de justiça de transição geralmente carregam consigo o silenciamento das violações de direitos humanos cometidas ao longo das ditaduras e um perdão que se estende aos agentes de Estado perpetradores de tais crimes.

Na área econômica, o "milagre" deixava claro seu esgotamento. Em 6 de janeiro de 1983, o governo brasileiro submeteu a primeira carta de intenções ao Fundo Monetário Internacional (FMI) (MODIANO; CARNEIRO, 2014, p. 330). O país passava a submeter-se às severas orientações para a política macroeconômica e comercial ordenadas pela entidade internacional. Entre 1981 e 1984, uma política severa de socialização dos prejuízos da crise com os setores pobres e de classe média conseguiu acumular um superávit capaz de tornar positiva a balança de pagamentos do governo. O custo desta realização foi "uma política de redução de investimentos públicos, contenção de salários e elevação nas taxas internas de juros." (MODIANO; CARNEIRO, 2014). Durante a segunda metade da década de 80, ainda seguindo a cartilha imposta pelo acordo com o FMI, os esforços da política econômica do governo voltaram-se para o combate à inflação. Três programas de

[2] DELLA CAVA, Ralph. A Igreja e o Estado no Brasil: sete monografias recentes sobre o catolicismo brasileiro (1916/64). XXVI Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Recife, 1974. KLAIBER, Jeffrey S.J. The Church, Dictatorships and Democracy in Latin America. Eugene, Oregon: Wipf and Stock Publishers, 1998. SERBIN, Kenneth P. Diálogos na sombra – bispos e militares, tortura e justiça social na ditadura. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2001.

estabilização foram desenvolvidos num espaço de tempo de 4 anos: Plano Cruzado (28/02/1986), Plano Bresser (12/06/1987) e Plano Verão (14/01/1989).

No fim da ditadura ainda foram testemunhados os últimos atos da repressão militar: em 20 de outubro de 1980, dois soldados montaram guarda à frente da casa do bispo de Juazeiro (BA), Dom José Rodrigues de Souza (SEDOC, 1981). No mesmo ano em que Lyda Monteiro da Silva, secretária-chefe da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), "foi assassinada pela explosão de uma bomba na sede da entidade." (O GLOBO, 2013). Meses depois, na madrugada do dia 26 de março de 1981, "um grupo armado com bombas invadiu o jornal *Tribuna da Imprensa*, na Rua do Lavradio, no Centro do Rio." (O GLOBO, 2013). O grupo de 15 criminosos armados algemou dez funcionários que se encontravam no local e colocaram seis bombas de alta potência, que atingiram as impressoras e provocaram um incêndio, danificando também as demais instalações do jornal (O GLOBO, 2013)[3].

Na segunda metade do decênio, em levantamento feito pela Comissão Pastoral da Terra, foram identificados 125 nomes de pessoas ameaçadas de morte devido à militância pela defesa da reforma agrária e dos direitos dos trabalhadores rurais. Figuravam na listagem quatro bispos diretamente ligados às atividades pastorais. Eram eles: "D. Marcelo Pinto Carvalheira, bispo de Guarabira (PB), [responsável pelos leigos e comunidades de base da Comissão Episcopal de Pastoral (CEP)], Dom Antônio Possamai, [Bispo de Ji-Paraná (RO)], Dom Aldo Mongiano, italiano, [bispo de Boa Vista (RR)] e Dom Pascásio Retttler, [bispo de Bacabal (MA)]" (FOLHA DE SÃO PAULO, 1987, p. 6).

Esta reflexão busca entender as origens do ativismo do Movimento Nacional dos Direitos Humanos (doravante MNDH), nos idos dos anos oitenta, chamando atenção para a participação católica no processo de mobilização da ideia de direitos humanos como vocabulário político relevante na cena política brasileira. Diferentemente do que ocorreu nos países desenvolvidos, a militância em direitos humanos no Brasil lança mão desta expressão para realizar uma dupla denúncia durante a ditadura militar: a argumentação em nome dos direitos humanos constituiu o argumento para condenar a ausência de direitos civis e políticos, de um lado, e de outro, serviu para fazer uma denúncia do regime militar enquanto acelerador das desigualdades sociais e econômicas. Desta forma, a militância atrelava retórica e discursivamente a luta por direitos e garantias individuais à reivindicação por justiça social.

[3] No fim da ditadura, carta-bomba explodiu na OAB, no rio, matando secretária. Acervo digital d'O Globo. 26/08/2013.

Do ponto de vista da retórica, a crítica ao modelo econômico era entendida como violação dos direitos humanos dos mais pobres, que permaneciam invisibilizados. Por outro lado, a partir de uma concepção foucaultiana do discurso, isto é, compreendendo-o como enunciados que levam a certas práticas, o MNDH surge como o lugar de exercício desta forma mais ampla de conceber os direitos humanos. Por isso é possível afirmar que a militância brasileira, inspirada pela retórica católica dos bispos que denunciavam o regime militar desde fins de 1960, utilizava-se de um sentido lato para a ideia de direitos humanos. Ela se constituía pelos dois aspectos mencionados: a denúncia do status quo na ordem política e social e também de ordem econômica. Também buscar-se-á apresentar a experiência dos centros de defesa de direitos humanos surgidos nos idos dos anos setenta como locais em que a retórica do MNDH se estabeleceu como prática, configurando a dimensão dupla do discurso.

O ponto desenvolvido pelo internacionalista Steve Hopgood, acerca de dois usos básicos da categoria direitos humanos, vai de encontro à premissa inicial da polissemia da expressão. Direitos humanos, escritos com letra maiúscula, representam um "movimento de humanismo global, composto por leis internacionais, cortes, arrecadação de fundos e campanhas" (HOPGOOD, 2013, p. 14)[4]. Os Direitos Humanos consistiriam no sistema penal internacional e seus atores essenciais – tribunais penais internacionais, a ONU e grandes entidades privadas cujos membros "trabalham em defesa dos direitos alheios porque seus próprios estão salvaguardados". Em suma, o sistema internacional representa, predominantemente, o engajamento de organizações de países desenvolvidos voltadas para questões locais de regiões estrangeiras. Em contrapartida, direitos humanos descritos com caracteres minúsculos representam o movimento articulado por grupos locais, em oposição à engrenagem anterior, inserido no contexto transnacional. Os direitos humanos, por sua vez, representam uma espécie realidade **local** vivida (HOPGOOD, 2013, p. 14). Nesta perspectiva, a expressão é mobilizada por grupos que não aspiram nenhum tipo de hegemonia no contexto global, e os direitos são maleável e frequentemente integrados em outros sistemas sincrético de crença (inclusive podem vir a integrar-se aos valores advindos da religião) (HOPGOOD, 2013). Dessa forma, pode-se afirmar que:

[4] No original: "They work on the rights of others because their own rights are secure." (HOPGOOD, 2013, p. 14)

> *"Fixaram-se no léxico de organizações internacionais, movimentos sociais, partidos e governos de diferentes vocações políticas. Mais do que isso: instalaram-se também no vocabulário e na imaginação social dos cidadãos comuns." (MOYN, 2010 APUD HOLLANDA, 2018, p. 2).*

O MNDH surgiu dentro de uma perspectiva que extrapola a intervenção direcionada apenas aos direitos civis e políticos (SILVA, 1999, p. 67). No Brasil, a realidade estrutural, aliada às exigências conjunturais, alinhavou, desde o primeiro momento da constituição do MNDH, "a luta pelos direitos humanos por segurança, moradia, terra, saúde, educação, liberdade, organização e participação popular para todos." (SILVA, p. 67) Uma das frases finais da plenária do encontro de 1986 resume bem o argumento: "A plenária final transcorreu num clima de franco congraçamento e celebração da luta pelos Direitos Humanos no Brasil como caminhada ao lado dos empobrecidos pela sua libertação." (RELATÓRIO FINAL IV ENCONTRO MNDH, 1986, sem página) Esta afirmação, tanto no seu significado quanto nas palavras escolhidas para compor o enunciado ("libertação", "caminhada ao lado dos empobrecidos") sinaliza para o papel relevante desempenhado pelos bispos, dioceses e movimentos eclesiais na constituição do MNDH e de seu discurso, o que é reconhecido pela literatura. (DOIMO, SILVA)[5]

2. MOVIMENTO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: BREVE LEVANTAMENTO HISTÓRICO

Em maio de 1982 ocorreu o I Encontro Nacional dos Direitos Humanos, do qual resultou a institucionalização do MNDH. Dele participaram centros de defesa dos direitos humanos, Comissões de Justiça e Paz e movimentos sociais com afinidade temática nas pautas ou proximidade ideológica. Os centros de defesa dos direitos humanos davam concretude a uma das metas idealizadas pela CNBB na sua XIII Assembleia Geral, em 1973, na qual o tema dos direitos humanos ganhou uma visibilidade inédita na comunidade católica.

[5] DOIMO, Ana Maria. A voz e a vez do popular. Movimentos sociais e participação política no Brasil pós-70. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.
SILVA, Valéria de Brito e. O Movimento Nacional dos Direitos Humanos e a questão da violência institucionalizada (1986-1996). Brasília: UNB, 1999. (dissertação de mestrado).

No conjunto de proposições previstas para os anos subsequentes, na declaração final da assembleia de 1973, constava no item de número 12 que, "considerando a necessidade de fundamentar devidamente os testemunhos relativos aos Direitos Humanos, propõe-se: a criação de centros de informação nas dioceses e Regionais, de maneira a organizar melhor a circulação de informações em âmbito diocesano, regional e nacional" (SEDOC, 1973, p. 1379). Mais do que coletar informações sobre casos individuais de violações de direitos civis e políticos, os centros passaram a se articular com sindicatos e associações culturais, de moradores e outros tipos de mobilizações populares e incorporaram as agendas ligadas às condições do trabalho e acesso aos serviços essenciais de saúde e educação, colocando em prática o significado lato de direitos humanos.

A primeira edição do encontro do MNDH foi sediada em Petrópolis, no estado do Rio de Janeiro, no Centro de Estudos Franciscanos e Pastorais para a América Latina (CEFEPAL), entre os dias 20 e 24 de janeiro de 1982. "Houve abertura ecumênica realizada pela sra. Rosa Marga Rothe, pastora luterana." (REB, 1982). Leonardo Boff, então frei franciscano, realizou a conferência de abertura intitulada *Direitos dos pobres como direitos divinos*. O perfil deste encontro inaugural evidencia a influência da atuação católica nas décadas anteriores no que se refere à defesa dos direitos humanos. A conferência inaugural, o local escolhido para sediar o encontro elucidam o peso de setores da Igreja – movimentos de católicos leigos, os movimentos eclesiais de base e pastorais carcerárias e da terra, e bispos ligados diretamente à teologia da libertação ou simplesmente simpáticos aos valores dessa interpretação do evangelho. Estes setores ativistas em direitos humanos ligados à Igreja têm sua visão bem sintetizada na passagem do discurso de frei Leonardo Boff: "evangelizar e servir a Deus é promover e defender os direitos dos homens especialmente dos pobres." (SEDOC, 1982, p. 1041).

No ano de 1983, realizou-se a segunda edição do evento. O número de entidades participantes cresceu exponencialmente – de 33 para 60 – e o encontro realizou- se dos dias 25 a 29 de janeiro de 1983, em Taboão da Serra (SP), recebendo a denominação de "II Encontro **Ecumênico** de Comissões e Grupos de Direitos Humanos do Brasil" (SILVA, 1999, p. 72) [grifo meu]. A referência a Deus e à matriz teológica ativista foi significativa, em continuidade com o ambiente da primeira edição. O III Encontro ocorreu na cidade de Vitória (ES), organizado pela arquidiocese da cidade, entre 25 e 28 de janeiro de 1984, e contou com a participação de 87 entidades, sendo "58 Centros de Defesa de Direitos Humanos e Comissões de Justiça e Paz e 29 grupos ou movimentos que defendiam os direitos humanos

em áreas específicas" (SILVA, 1999, p. 73). O arcebispo de Vitória, Dom João Batista, realizou a conferência de abertura. Também se definiu que o encontro passaria a ser bienal e intercalados com os encontros regionais, que serviriam de preparo para as edições nacionais. "A estruturação das entidades participantes foi modificada desde a primeira edição em decorrência do número crescente de organizações credenciadas" (SILVA, 1999).

Em 1985, foi publicado pela primeira vez o relatório *Brasil: nunca mais*, resultado de um projeto que contou com a forte participação da arquidiocese de São Paulo, especialmente na figura de seu arcebispo, D. Paulo Evaristo Arns, e pelo Conselho Mundial de Igrejas, com destaque para o reverendo presbiteriano James Wright, com uma equipe de voluntários e advogados que trabalharam sigilosamente durante cinco anos na coleta de informações sobre os processos do Superior Tribunal Militar, que corriam em segredo. A versão em livro foi lançada no mesmo ano pela Vozes, tradicional editora católica fundada por freis franciscanos.

É possível identificar diferenças entre a abordagem do tema dos direitos humanos feita pelo recém fundado MNDH e a militância política da Anistia Internacional (doravante AI). Na seção Crônica Eclesiástica da *Revista Eclesiástica Brasileira* de março de 1986, constava breve matéria, *O Brasil no relatório da Anistia Internacional*: as informações providas pela entidade focavam os casos relacionados com a violação dos direitos individuais, tanto civis quanto políticos. O maior objeto de acompanhamento e denúncia da organização consistia nas ações que representassem violações dos direitos civis. A salvaguarda das garantias e liberdades individuais constituíam o rol de direitos humanos para os quais a AI voltava seus olhos no Brasil dos anos 1980. Pela entidade, eram relatados casos de "prisão arbitrária, abuso policial, rebeliões carcerárias devido às péssimas condições, crises decorrentes de disputas por terras, esquadrões da morte, maus tratos a presos políticos e comuns" (REB, 1986, p. 988).

Também neste período a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (doravante CNBB) produziu um documento chamado *Igreja e Constituinte - subsídios para reflexão e ação pastoral;* nesta proposta reflexiva sobre a assembleia constituinte, há um epílogo da *Pacem in Terris* de João XXIII. Ele esclarecia, em linguagem de fácil acesso, o que é a constituição e a assembleia constituinte, quantas o Brasil já teve e em quais contextos, explicava o papel dos congressistas constituintes e o contexto de transição para retorno da democracia no país. Para cada artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos foram selecionadas passagens bíblicas para fundamentar o fato de que a defesa dos direitos humanos

era – da perspectiva das diretrizes da CNBB - antiga, universal e, sobretudo, cristã. Além da apresentação de cada item à luz da doutrina católica, num percurso que passava pela Grécia clássica e pelos textos sagrados, o documento buscava sacramentar a história dos direitos humanos:

> *"A sagrada Escritura, em diversas ocasiões, faz referências a normas a serem observadas nas relações humanas. Observar estas normas é uma exigência da própria natureza do homem.*
> *Como ilustração da presença da ideia dos direitos humanos que estão acima da lei e existiram em todos os tempos, há um trecho de uma tragédia grega, Antígonas (sic), escrita por Sófocles, cinco séculos antes da era cristã, que é muito expressiva. Acusada de haver enterrado o corpo do irmão contrariando uma ordem do rei diz Antígona que se baseou em leis que 'não são de hoje ou de ontem; são de sempre; ninguém sabe quando foram promulgadas." (SEDOC, 1986, p. 1113).*

Além do subsídio, cujo intuito era oferecer um material aos evangelizadores e sacerdotes para fazerem uma introdução ao tema junto à comunidade de fiéis, a entidade também organizou uma comissão que serviu como veículo de informação da CNBB para transmitir às demais dioceses o conteúdo dos debates constituintes em Brasília. O IV Encontro do MNDH, ocorrido na cidade de Olinda (Pernambuco), entre os dias 22 e 26 de janeiro de 1986, também produziu uma reflexão concentrada neste tópico. Foram aprovadas no evento 26 propostas para o texto constitucional nos temas: questão indígena, quilombola, direito à função social da propriedade (estes itens serão discutidos mais à frente, na próxima seção deste artigo). É perceptível o surgimento de uma conduta frente ao novo Estado que se formaria com a Constituição democrática no sentido de projetar nele um compromisso com os direitos humanos. Pois ao poder públ co caberia assegurar "a propriedade que se destina à manutenção e sobrevivência individual ou coletiva dos seus ocupantes e/ou trabalhadores e ao abastecimento e moradia da sociedade brasileira como um todo"(SEDOC, 1986, p. 326). O Estado também deveria "estimular a livre iniciativa privada desde que está realize o

desenvolvimento econômico e ao mesmo tempo patrocine e contribua com o bem-estar social da coletividade" (SEDOC, 1986, p. 327). Esse imperativo sobre as obrigações estatais com a população se converteria numa das frentes de ação da militância nacional em direitos humanos; na prática, significou uma postura de vigilância e denúncia do poder político realizada pelo movimento.

Entre 27 e 31 de janeiro de 1988, realizou-se o V Encontro do MNDH cujo tema era *A estrutura e conjuntura brasileira, os desafios do movimento nacional de defesa dos direitos humanos.* A essa altura, "a organização contava com oito regionais espalhadas pelo Brasil e 134 delegados e entidades congêneres latino-americanas representando Chile, Venezuela, Colômbia, Argentina e Nicarágua." (SEDOC, 1988) Para a quinta edição, formulou-se um subsídio para a retrospectiva dos eventos anteriores. A retórica do discurso de 1988 mantém uma linha muito voltada para a questão econômica da conjuntura da "década perdida" e se define como divisor de águas com relação às demais edições neste aspecto específico. Esse ponto de vista compartilhado pelos atores do V Encontro do MNDH não se verifica historicamente quando se confronta tal assertiva às atas das quatro primeiras edições do evento. Nos registros dos encontros de 1982, 1983, 1984 e 1986, a conduta crítica e centrada na pobreza e desigualdade já estava claramente constituída. O sentido lato da ideia de direitos humanos fundamentou o tipo de militância originado no MNDH em 1982. Não foi o V Encontro quem sacramentou o tema da justiça social; sem sombra de dúvidas ele deu continuidade à temática com muita ênfase, mas ela já era constante no movimento.

> *"Contexto atual das lutas em defesa dos direitos humanos: com a 'abertura' e a saída dos militares do governo, mudaram as formas de dominação. O projeto político da 'Velha República' mudou de roupa, mudou de aparência, mudou de tática e se apresentou como 'Nova República'. Mas por detrás da nova forma/roupa/aparência/tática, manteve um sistema que não possibilita a observância dos direitos das grandes maiorias; sistema construído sobre relações sociais injustas e desiguais, onde a acumulação do capital por parte de uma minoria gera/implica a exploração daqueles*

que são obrigados a vender sua força de trabalho." (SEDOC, 1988, p. 210)

A constatação pessimista era a de que a Nova República não conseguiria alcançar todos os compromissos firmados desde o anúncio da redemocratização. Ela é sintetizada como farsa, uma vez que seria apenas a Velha República travestida. A estratégia retórica da rememoração dos encontros passados para enfatizar a crítica econômica pode ser identificada na frase que inicia a passagem: "com a 'abertura' e a saída dos militares do governo, mudaram as formas de dominação". Provavelmente essa estrutura argumentativa tinha o objetivo de reiterar que, em fins dos anos oitenta não seria possível falar apenas dos direitos civis nem compreender que o restabelecimento destes bastaria para assegurar a nova democracia no país. Porém, vale destacar que, do ponto de vista das evidências históricas textuais, a desigualdade e a dominação de ordem econômica estavam na ordem do dia da militância em direitos humanos dos bispos e dos Centros de Defesa de Direitos Humanos diocesanos surgidos desde o começo dos anos 1970. Não era o fim da ditadura militar que inaugurava essa agenda e essa percepção da luta em nome dos direitos humanos, ela já estava posta no debate da militância desde o decênio anterior.

Também ficaram estabelecidas como funções do MNDH na edição de 1988: a promoção efetiva da "conscientização libertadora, tanto no esforço de campanhas e cartilhas quanto na pedagogia, bem como no apoio às lutas e organizações em defesa de direitos fundamentais como moradia, terra, saúde, trabalho e outros". (SEDOC, 1988, p. 211) Também se pretendia "evitar a ação isolada e agir em cooperação com outros movimentos específicos com vistas ao poder popular" (SEDOC, 1988, p. 211). Além disso, realizaram uma avaliação dos efeitos de sua própria militância, concluindo:

"O MNDDH, apesar de ter conquistado a estruturação em quase todos os Estados do país, não conseguiu intervir de forma consequente na sociedade brasileira. O movimento, do ponto de vista prático, ainda é embrionário. A criação da Comissão Nacional, no último Encontro (Olinda), não criou um fato político marcante, que fizesse avançar nossa luta. Isto não é falha da Comissão, mas um problema que diz respeito ao conjunto do próprio movimento. (...) O

> *importante é termos uma política que nos leve a legitimação do movimento, onde extrapole os CDDHs [Centro de Defesa dos Direitos Humanos], CJPs, [Comissões de Justiça e Paz] e atinja a sociedade civil brasileira." (SEDOC, 1988, p. 235)*

A convergência da militância em direitos humanos com as mobilizações populares de esquerda é clara. Na passagem acima, a conscientização desejada pelos militantes do MNDH era a de matriz libertadora. Os locais de referência deste ativismo, citados na passagem, foram os CDDHs, e comissões de justiça, ambos estimulados e geridos por setores da diocese, pela militância leiga e mesmo com o papel dos bispos em muitos casos. Os participantes do MNDH constatavam, no fim da chamada década perdida que não foram capazes de alcançar a sociedade civil como um todo. O discurso de conclusão da quinta edição do evento afirmava o desejo de articular diferentes agendas populares dispersas pelo país; daí a palavra de ordem ser "unificar":

> *"O movimento deverá descobrir objetivos capazes de unificar, a nível nacional, as lutas que os agentes dos Direitos Humanos realizam em suas regiões, comunidades. Descobrir, propor e realizar objetivos comuns é nosso desafio." (235)*
> *"Nesse sentido o papel estratégico permanente do MNDH é ser parte de um processo e construção dessa sociedade através do apoio e fortalecimento de um projeto político participativo e popular. Por isso seu papel implica profunda vinculação às lutas populares, fortalecimento das organizações populares em sua autonomia e permanente crítica da conjuntura econômico-político-ideológica (cultural) a partir dos marginalizados." (SEDOC, 1988, p. 236) [grifos meus]*

Os obstáculos diante da sociedade civil ainda eram muitos: a falta de adesão e a hostilidade da maioria da população frente à expressão. O imaginário negativo em torno dos direitos humanos no Brasil ainda é muito forte e eles são compreendidos como "direitos de bandido" (ADORNO, 1999). A estigmatização da expressão direitos humanos e, por conseguinte, dos grupos sociais que militam em seu nome remete aos primeiros anos da ditadura. Os militares incluíram o ativismo em direitos humanos na categoria subversiva, afirmando que este engajamento significava subversão à ordem política e configurava atividade comunista. Nos anos oitenta, o cenário adquire mais complexidade com a consolidação e ampliação de outros movimentos estigmatizados, como o de defesa à população carcerária, por exemplo. Desde sua emergência na cena política brasileira, portanto a ideia de direitos humanos foi encarada como "esquerdista" e por isso foi muito mal recebida pelos setores ultradireitistas e conservadores da sociedade brasileira. Essas etiquetas rotularam negativamente o movimento para grande parte da população não militante em geral. Exemplo elucidativo é o relato de D. Paulo Evaristo Arns:

> *"Em uma reunião de superiores religiosos até nos apresentaram a proposta: 'substituam a pastoral dos direitos humanos pela pastoral da dignidade do homem. Seria mais cristão, quem sabe, menos visado como comunista. Responderíamos a isto: 'embora muito justa a equiparação, ela torna toda a ação mais vaga e indefinida. Talvez até estéril." (ARNS, 1978, p. 97)*

Seguindo a memória produzida pelo MNDH do V Encontro, alguns autores corroboram essa informação (ENGELMANN; MADEIRA, 2015)[6]. Diferentemente disso, creio que a novidade dos anos 1990 é fazer proliferar a organização de minorias sexuais,

[6] "Já no final dos anos 70, ocorre uma progressiva autonomização da pauta dos direitos humanos em relação às organizações católicas. A partir desse momento, a causa atinge uma perspectiva mais ampla, voltada para a preservação de direitos coletivos, sendo as áreas prioritárias de ação, a violência policial, o saneamento básico, as creches, a orientação trabalhista e a organização de grupos de saúde. (VIEIRA 2005, p. 49 APUD ENGELMANN; MADEIRA, 2015, p. 627). Essa demarcação sequer considera o material produzido no I MNDH, quando essas agendas já estavam opostas; também comete o equívoco de mencionar uma autonomização da pauta frente às organizações católicas sem esclarecer qual seria a pauta destas últimas. Pelo fragmento trazido é como se a agenda das organizações leigas e aquelas católicas fossem profundamente distintas, o que tampouco é esclarecido no decorrer do texto.

grupos pró-aborto e outros que também passariam a se utilizar da categoria de direitos humanos para suas agendas mais específicas. Emblemático é o caso da organização não-governamental Católicas pelo Direito de Decidir (CDD), originado nos Estados Unidos e atualmente sediado em diversos países latino-americanos, inclusive no Brasil. O grupo feminista afirma sua confissão católica e possui como tema central a defesa da legalização do aborto, além de outras pautas como o tema da justiça social. Afirma seu posicionamento pró-aborto a partir do princípio político de que a mulher tem o direito ao próprio corpo, um item pertencente aos direitos humanos para o CDD. Também se afirmou na quinta edição do evento o papel do MNDH junto à sociedade civil e o seu compromisso de transformação da realidade. Com a ordem democrática novamente estabelecida, a militância também se preocupou em fixar a relação entre democracia e direitos humanos no contexto nacional:

> *"Papel do Movimento Nacional dos Direitos Humanos: seu papel é e deverá ser sempre um papel estratégico, isto é, a construção de uma sociedade alternativa que crie condições para se viver estruturalmente os direitos humanos. Uma sociedade verdadeiramente democrática, onde o povo participe do poder/governo para defender seus próprios interesses e anseios a partir das maiorias marginalizadas, discriminadas. Isto é bem diferente de uma democracia burguesa é excludente, onde o povo participa apenas na hora de votar e onde a maioria dos que participam do poder em nome do povo na verdade defendem seus interesses pessoais e/ou interesses de minorias possuidoras de todos os direitos." (SEDOC, 1988, p. 210)*

A institucionalização do Movimento não veio sem suscitar alguns dilemas. Como aspectos negativos, a militância colocava em pauta o fato de que a legalização exporia a organização à lógica do poder dominante, "sob o risco de terminar como braço de política paternalista e não empoderadora dos movimentos sociais, e implicaria aceitar as regras do jogo do Estado e de suas instituições." (SEDOC, 1988, p. 213) Em contrapartida, a medida traria como benesses a entrada mais fácil nas instituições oficiais, o que auxiliaria na

realização de acordos e convênios com a administração pública e "também a entrada de verbas e outras formas de ajuda oficial, além da maior seguridade dos ativistas em tempos de crise pelo respaldo legal." (SEDOC, 1988, p. 213). Sendo esta úl ima uma pauta conjuntural plausível num país recentemente redemocratizado, portanto, ainda se temia reviravoltas ditatoriais.

3. A EXPERIÊNCIA DOS CENTROS DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Os Centros de Defesa dos Direitos Humanos foram organizações que surgiram na cena política brasileira ao longo dos anos setenta, inspirados pela trajetória pessoal de bispos opositores ao regime militar desde os anos sessenta, como D. Paulo Evaristo Arns, D. Hélder Câmara e D. Pedro Casadáliga – para ficar nos mais conhecidos. Também puderam obter apoio da CNBB, que desde o ano de 1973 assumiu uma posição crítica mais contundente devido à disputa interna por que passou no fim dos anos sessenta e da qual saíram vitoriosos os bispos da corrente contrária à ditadura. Esses centros tiveram um importante papel nos primeiros anos de vigência do MNDH. Devido à sua ligação com a Igreja desfrutavam de unidades espalhadas pelo país, seguindo a divisão regional e administrativa da Igreja, o que serviu de primeiro modelo para a constituição de uma rede de organizações de ativismo em direitos humanos.

Os CDDHs davam concretude a uma das metas idealizadas pela CNBB na sua XIII Assembleia Geral, em 1973, na qual o tema dos direitos humanos ganhou uma visibilidade inédita na comunidade católica. No conjunto de proposições previstas para os anos subsequentes, na declaração final da presidência constava no item de número 12 que:

> *"considerando a necessidade de fundamentar devidamente os testemunhos relativos aos Direitos Humanos, propõe-se: a criação de centros de informação nas dioceses e Regionais, de maneira a organizar melhor a circulação de*

> *informações em âmbito diocesano, regional e nacional" (SEDOC, 1973, p. 1379).*

Mais do que arrecadar informações sobre casos individuais de violações de direitos civis e políticos, os centros passaram a se articular com sindicatos e associações de moradores e incorporaram as agendas ligadas às condições do trabalho e acesso aos serviços essenciais de saúde e educação, colocando em prática o significado lato de direitos humanos. Na edição de julho/agosto do ano de 1981, a Revista SEDOC anunciava o balanço geral do primeiro ano de atividade do Centro de Defesa dos Direitos Humanos, organizado pela prelazia do Acre e de Purus. Originalmente publicado no boletim da mesma diocese que se chamava *Nós irmãos*, a SEDOC transcrevia a seguinte passagem:

> *"Nesse seu primeiro ano de trabalho o Centro de Defesa dos Direitos Humanos no Acre atendeu cerca de 50 casos de trabalhadores que foram despedidos do seu emprego sem receber a ilusória 'indenização' devida pelos patrões. Mulheres que foram demitidas porque estavam gestantes, trabalhadores que foram demitidos quando da aproximação dos reajustes semestrais, foram alguns dos muitos casos registrados e acompanhados pelo Centro de Defesa. Diante disso, achamos oportuno aproveitar o espaço concedido pelo Nós irmãos para falarmos sobre o fundo de garantia e a estabilidade." [grifos do documento] (SEDOC, 1981, p. 319)*

A Comissão Pastoral dos Direitos Humanos e dos Marginalizados da Arquidiocese de São Paulo organizou, em novembro de 1981, um *Manual de Orientação Política.* "A publicação contava com duas partes: uma exposição doutrinal referente aos problemas da política e uma série de 150 slides, de caráter didático e ilustrativo." (SEDOC, 1981, p. 445). Os CDDH devem ser entendidos enquanto organizações populares capazes tanto de reivindicar direitos relacionados à saúde, educação, moradia e mesmo ao mundo do trabalho, quanto de realizar a denúncia dos crimes cometidos pelo Estado. O princípio desses centros era de que o exercício eficaz da democracia careceria de organismos variados de

mobilização popular para encabeçar as reivindicações dos trabalhadores. Segundo esse raciocínio, podemos inferir que os CDDH também realizariam a tarefa de defender e de promover os cidadãos livres, na visão da Comissão Pastoral da Arquidiocese de São Paulo:

> *"A Igreja tem insistido que, antes de pensar apenas nos partidos, é preciso se esforçar e lutar põe uma organização social que multiplique os organismos intermédios. Tudo isso são as ferramentas e os instrumentos dos cidadãos para fazer valer a sua cidadania, e conquistar os direitos humanos mais básicos. A democracia se faz por esta rede de organismos de defesa e de promoção dos cidadãos livres." (SEDOC, 1981, p. 463)*

O campo de atuação do CDDH do Acre não constituía uma exceção, pelo contrário, ele expressava a grande maioria da atuação dos centros. Em 1984, a diocese de Caxias do Sul (RS) instalava o seu Centro de Defesa dos Direitos Humanos. Em pronunciamento intitulado *Em defesa dos direitos e da dignidade humana*, a fala do padre que representava o bispo D. Paulo Moretti na cerimônia expressava que:

> *"A Campanha da Fraternidade de 1984, 'Para que todos tenham vida', na nossa diocese, estará marcada com este gesto concreto [criação do centro de defesa dos dh] de apoio e solidariedade com os que serem violações nos seus direitos fundamentais, principalmente os menores abandonados, os favelados, os desempregados e com intensidade crescente os trabalhadores do campo e da cidade." (SEDOC, 1984, p. 127)*

As atividades descritas do Centro de Defesa dos Direitos Humanos (CDDH) são todas ações de amparo ao trabalhador e aos seus direitos. Assim como este centro, outros espalhados pelo país, nascidos entre os anos 1970 e 1980, realizavam trabalho semelhante. Na publicação de novembro de 1981 consta um documento de análise da situação nacional

assinado por D. Claudio Hummes, bispo de Santo André (SP), D. Aloísio Lorscheider, cardeal-arcebispo de Fortaleza (CE) e D. Orlando Dotti, bispo de Barra (BA). Na arquidiocese de São Paulo, a Comissão Pastoral de Direitos Humanos e Marginalizados publicava um *Manual de orientação política*, série com 150 slides para servir de roteiro aos animadores da ação pastoral (SEDOC, 1981). As expectativas em torno da redemocratização na década de 80 animaram muitas dioceses país afora. Algumas delas publicaram cartilhas políticas. Foi o caso das dioceses de Vitória (ES), Juazeiro (BA), São Paulo (SP), Porto Alegre (RS) e houve também a publicação do mesmo gênero feita para abranger todo o estado de Santa Catarina e outro da arquidiocese de Curitiba (PR). "O Regional Nordeste I da CNBB também ofereceu cartilha aos fiéis da sua região." (SEDOC, 1982)

No I Encontro do MNDH, seis entidades apresentaram relatórios regionais. Foram elas: o CDDH do Acre, a Comissão Justiça e Paz de Vitória (ES), que se definia a partir da atuação em "problemas da terra, moradia, família, trabalho, situação dos estrangeiros, índios, despejos, desapropriações, indenizações - acompanhamento e encaminhamento jurídico" (SEDOC, 1982, p. 1041-1042) e a Comissão Pastoral Arquidiocesana dos Direitos Humanos de Belo Horizonte (MG), dotada de "comissão de direito à moradia, comissão de saúde, comissão de educação popular" (SEDOC, 1982, p. 1045). A Comissão de Defesa dos Direitos Humanos de Betim (MG) não foi organizada pelos bispos, "mas contou com a participação de membros da pastoral operária, partidos de oposição, igreja metodista, membros da comissão de luta pelo transporte coletivo e da comissão de luta contra poluição" (SEDOC 1982, p. 1048). O CDDH de Juiz de Fora (MG) definia sua atividade como "interligada com Pastoral carcerária, Renovação Cristã, Pastoral da Saúde, Pastoral Operária e da Juventude" (SEDOC, 1982, p. 1048), a Comissão Diocesana Justiça e Paz de Teófilo Otoni (MG) agia nos "casos de violação da justiça, desapropriação, organização de cursos, cartilhas e outros subsídios, orientação jurídica no local da violação, assessorar agentes de pastoral, denunciar violações de direitos humanos" (SEDOC, 1982, p. 1050). Apenas a Comissão de Betim não era diretamente ligada à Igreja ou a organismos católicos. Os temas eram diversos e nesse aspecto os centros de defesa de direitos humanos extrapolavam as demandas anti-autoritárias e abarcavam pautas políticas de conflito de interesses entre o trabalhador e o patronato, as multinacionais e mesmo contra o Estado.

O Centro de Defesa dos Direitos Humanos, Assessoria e Educação Popular de João Pessoa centrava-se no "direito do agricultor como prioridade", com a realização de cursos para sindicatos sobre direito agrário, os atuantes dessa entidade se viam como

apoiadores da "luta popular". Convergia para esse enfoque a Comissão Pontifícia de Justiça e Paz da Arquidiocese de Natal (RN), cuja "maior ênfase" estava no direito da terra (SEDOC, 1982, p. 1085). Já o Movimento de Justiça e Direitos Humanos de Porto Alegre (RS), que atuava junto aos refugiados políticos de países vizinhos, denunciou a "situação dos presídios de Punta Riales e Libertad (Uruguai), realizou acompanhamento das investigações de desaparecidos no sul do país e nos países vizinhos (Uruguai e Argentina)" (SEDOC, 1982, pp. 1088-1089), além de ter participado de mediações no conflito dos agricultores da região rural do município e prestado assistência jurídica e apoio à formação de associações de moradores nas áreas urbanas da cidade. A Comissão Arquidiocesana de São Paulo centrava-se "nos operários, índios, posseiros, bóias-frias, direitos das mulheres" (SEDOC, 1982, pp. 1091-92). A Comissão de Justiça e Paz de Lins (SP) promovia a "educação popular sobre direitos; o trabalho de libertação das mulheres e trabalho com presos e favelados" (SEDOC, 1982, p. 1093). Por fim, constava nas atas do I MNDH o Grupo de União e Consciência Negra Nova Iguaçu (RJ), cuja atuação se voltava para a mobilização racial: tratava-se de registrar e denunciar a "violência contra o negro, [realizar] campanha de conscientização da desigualdade e discriminação contra a população negra, [com uma] ênfase inicial na cultura rural do município, com foco na cultura negra." (SEDOC, 1982, p. 1114).

É possível constatar que o ativismo surgido nos anos setenta e oitenta ainda encontram voz nos dias atuais, pois a dinâmica dos centros de defesa de direitos humanos geridos e/ou com participação de membros da Igreja junto à comunidade católica leiga ainda existe nos dias atuais [7]. Um outro fator para o qual gostaria de chamar atenção reside no fato de que algumas entidades filiadas ao MNDH mesmo não sendo de gestão de católicos foram batizadas com nomes de bispos[8] que se destacaram na promoção deste sentido lato da ideia de direitos humanos. Ou seja, dentro do ativismo brasileiro, esses atores se fixaram como personagens essenciais na mobilização política dos direitos humanos.

5. O MNDH E A CONSTITUINTE DE 1987

Na ata do quarto encontro do MNDH, realizado em 1986, na cidade de Olinda, estado de Pernambuco, consta um relatório da mini plenária intitulada Trabalho e

[7] Levantamento realizado no segundo semestre do ano de 2016.

[8] Centro Dom Hélder Câmara de Estudos e Ação Social (PE), CDDH Dom Thomás Balduíno (ES), Casa da Cidadania Dom Hélder Câmara (TO), CDDH Pedro Casaldáliga (ES), Centro de Defesa da Criança e do Adolescente Dom Luciano Mendes (RJ). Fonte: página do MNDH na internet: www.mndh.org.br

Constituinte. No documento consta a previsão das atividades que seriam realizadas pelos grupos do movimento envolvidos com a assembleia constituinte antes de instituído o início das atividades constituintes, tais como a criação de plenárias nos ambientes de trabalho e moradia para levantar o máximo de propostas surgidas nestes espaços e, na sequência, encaminhá-las ao Congresso Constituinte. Também esteve previsto a criação de material explicativo do processo constituinte e sobre os partidos políticos participantes; para o propósito de esclarecimento da população em áreas marginalizadas também propuseram a atuação do teatro popular.

O MNDH também buscou promover, sempre que possível, militâncias centradas numa temática específica, como grupos pertencentes ao movimento negro. O sentido lato da categoria de direitos humanos legitimava todas essas militâncias e o MNDH procurava ampliar a voz desses grupos. Na definição dos meios para participação popular antes da instauração da assembleia estava previsto o lançamento de candidaturas do Movimento da Consciência Negra à Constituinte e de outras comprometidas com movimentos populares e de trabalhadores. Eles também buscaram, sem sucesso, impedir a participação de senadores eleitos em 1982 para o Congresso Nacional – do regime ditatorial, ou seja, num contexto em que as instituições representativas funcionavam com severa censura e restrição -, que foram incorporados aos parlamentares eleitos pelo povo especificamente para participar do processo de promulgação da nova Constituição. No encontro de 1986 três moções de repúdio se destinavam à insatisfação com relação ao perfil do Congresso Constituinte. Através de votação entre os deputados eleitos para a assembleia constituinte foi decidido que esta não teria caráter exclusivo, ou seja, não seria composta apenas de parlamentares eleitos exclusivamente para a elaboração da nova Constituição. Dessa forma, senadores eleitos na última legislatura da ditadura puderam compor o Congresso Constituinte. Constava na Moção de repúdio à convocação autoritária da assembleia nacional constituinte:

> *"Os participantes do IV Encontro Nacional dos Direitos Humanos, realizado em Olinda, PE, de 22 a 26 de janeiro de 1986, nos dirigimos às Conferências Religiosas Cristãs para que permaneçam se manifestando contra o processo constitucional conduzido pelo governo, como injusto e ilegítimo. Firmamos nossa posição de que a Assembleia Constituinte seja específica e eleita em separado, com a*

> *revisão das proporções de representatividade e real eliminação da legislação autoritária. (RELATÓRIO FINAL IV ENCONTRO MNDH, 1986, sem página)*

A segunda moção repudiava os parlamentares que votaram a favor do Congresso constituinte brasileiro, o que viabilizou a participação de senadores eleitos anteriormente e impediu a realização de uma assembleia exclusiva. Também repudiaram, numa terceira moção, a criação de uma comissão constitucional, presidida pelo Jurista Afonso Arinos de Melo Franco que se antepunha ao Congresso Constituinte a à população no que se referia ao debate sobre a nova Carta Magna. Na moção o MNDH afirmava que "não podemos aceitar que sejam ouvidos, sobre a nova Carta Magna, os mesmos personagens que, durante os 20 anos recentes da nossa histori , reprimiram e esmagaram o nosso povo." (RELATÓRIO FINAL IV ENCONTRO MNDH, 1986, sem página) Essa derrota, assim como a da campanha das Diretas Já evidenciam o traço conservador dos arranjos institucionais criados pelas elites políticas para que a redemocratização fosse viabilizada.

Dentre as atividades previstas durante a elaboração da Constituição, a organização do movimento disporia um convite de vigilância, isto é, a organização do MNDH exortaria alguém para acompanhar todos os trabalhos da Constituinte, de modo a divulgar as atividades lá realizadas, bem como as temáticas e disputas de interesse ocorridos na assembleia. Os organizadores criam que essa mobilização durante a Constituinte seria capaz promover um exercício de politização muito importante para uma sociedade civil que saía de um regime ditatorial. Todo o processo constituinte foi encarado como uma oportunidade para organizar uma grande mobilização com frentes diversificadas de atuação. No evento subsequente, no ano de 1988, no documento final do V Encontro do MNDH constava a reflexão sobre a transição política que marcou a redemocratização brasileira:

> *"Para compreender o agravamento da crise política, é preciso, antes de tudo, considerar o caráter da transição do regime militar para o regime civil através da chamada "Nova Republ ca". Ao contrário do que é apregoado pelo governo e pelos partidos que o apoiam, o que ocorreu, de fato, foi uma transação política, de cúpula, mantendo os privilégios tanto das elites civis, quanto das elites*

> *militares dominantes. A etapa política que o país vive hoje representa mais um momento na transição sob controle das classes dominantes, iniciada no governo Geisel — com a "distencão lenta e gradual" – e completada no governo Figueiredo, quando foram feitos os acordos para a passagem do regime militar para o regime civil, sob tutela militar. Uma fatalidade – a morte de Tancredo Neves – fez com que subisse à Presidência da República o ex-presidente do PDS, partido de apoio à ditadura militar, José Sarney." (MNDH, SEM PÁGINA, 1988)*

Também é importante demarcar que no fim dos anos oitenta o MNDH passa por uma reavaliação crítica, na qual a hegemonia simbólica da Igreja perde força, ainda que muitos centros de defesa continuassem a desempenhar suas atividades. Pode-se falar numa maturidade uma vez que mesmo reconhecendo a importância da atuação da Igreja, a mesma também passa a ser alvo de críticas. O MNDH mostrou-se atento aos fatores externos por que passava a Igreja Católica desde o papado de João Paulo II (1978-2005), assumidamente conservador e contrário à teologia da libertação. Na passagem a seguir, ainda que o nome do Papa não seja mencionado, afirma-se a força do "conservadorismo externo" nas Igrejas brasileiras, de modo a eleger bispos afinados com a sua orientação.

> *"A Igreja (as Igrejas) vivem também um momento de dificuldades. A impressão é que também não estão sabendo lidar com essa conjuntura. Uma forte pressão externa e interna da linha conservadora tem esfriado o entusiasmo que a Igreja manifestava durante o período de repressão e de ditadura. O conservadorismo externo conseguiu notáveis vitórias no Brasil, conquistando pontos chaves com a nomeação de bispos moderados e até retrógrados para ocupar dioceses importantes. As bases engajadas têm perdido o apoio em muitos lugares e não estão sabendo lidar com essa nova realidade. Algumas campanhas oficiais da CNBB (sobre o menor, sobre saúde, higiene e nutrição) talvez devam merecer um*

> *questionamento crítico, não para desmerecê-las mas para ajudá-las a se revestir cada vez mais de um caráter abrangente, que toca as raí es dos fatos." (MNDH, SEM PÁGINA, 1988)*

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na pesquisa de fontes históricas, se procurou mostrar como a militância católica iniciada por certos bispos dissidentes desde fins dos anos sessenta tornou-se hegemônica na CNBB a partir do ano de 1973. Nesta data o discurso de defesa e promoção dos direitos humanos assumiu uma feição institucional, tornando-se tema de políticas específicas, tais como a criação dos centros de defesa de direitos humanos. Nesta dinâmica organizativa predominou o sentido lato da ideia de direitos humanos, o que prática se traduziu numa prática discursiva que compreendia os interesses de movimentos sindicais, tanto do campo quanto da cidade como itens essenciais da militância em direitos humanos, que se traduzia tanto numa denúncia da violação dos direitos civis quanto na luta por justiça social. Por este sentido mais amplo, os movimentos de reforma agrária e as demandas relacionadas ao mundo do trabalho passaram a constituir o rol da militância local brasileira por direitos humanos. Tal é a dupla dimensão do caso brasileiro: de um lado os tradicionais direitos civis e políticos e, de outro, a justiça social. Ambos entendidos, dessa forma, como partes complementares de uma mesma mobilização social e política. Esta característica não se limitou ao campo da retórica, como as passagens registradas pelos centros de defesa dos direitos humanos puderam comprovar. Os centros apoiavam e mesmo contribuíam na articulação de demandas de sindicatos próximos a si.

Um outro aspecto relevante consiste no fato de que a contribuição da militância católica de forma alguma se limitou ao papel de transmissores da politização da ideia de direitos humanos realizada pelos bispos católicos. O baixo clero também atuou na oposição à ditadura de forma significativa e compuseram majoritariamente, na prática, a atuação dos centros de defesa de direitos humanos. Além desta importante contribuição, merece destaque à guisa de conclusão desta reflexão o fato de que a resistência ao regime militar não ocorreu exclusivamente através do marcador discursivo dos direitos humanos. A própria teologia da libertação apresenta-se como outra forma autônoma dessa oposição ao regime, ainda que tenha influenciado sobremaneira os argumentos defendidos pela militância que afirma

defender os direitos humanos. Por questões de recorte de pesquisa o baixo clero e a teologia não foram analisados detidamente neste artigo, mas fica registrado o reconhecimento de sua atuação no contexto ditatorial brasileiro.

O historiador Samuel Moyn afirma que os direitos humanos surgem como a última utopia no mundo contemporâneo após o fim da Guerra Fria e a derrocada dos regimes socialistas. (MOYN, 2011) Para o autor, com o fim da ordem mundial bipolarizada e o fracasso do chamado socialismo real, o nascente projeto utópico projetado no mundo político seria o da defesa dos direitos humanos, entendida como uma agenda mínima de direitos, marcados pela ideia da dignidade da vida humana. No caso do cenário político brasileiro ditatorial e no período transicional se buscou apresentar, ao longo desta reflexão, a importância desta ideia, que passou a ser mobilizada na cena política como importante demarcador de demandas com caráter assumidamente progressista.

BIBLIOGRAFIA:

AARÃO REIS, Daniel. Ditadura, anistia e reconciliação. Rio de Janeiro: Revista Estudos Históricos, volume 23, número 45, pp. 171-186, janeiro-junho de 2010.

ADORNO, Sergio. Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 11(2): 129-153, out. 1999.

ARNS, Paulo Evaristo. Em defesa dos direitos humanos – encontro com o repórter. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

AVRITZER, Leonardo (org.). A participação em São Paulo. São Paulo: UNESP, 2004. Bresser- Pereira. Luís Carlos. As revoluções utópicas dos anos 60. São Paulo: Editora 34, 2006.

AZEVEDO, Dermi. Igreja Católica e seu papel político no Brasil. São Paulo: Revista Estudos Avançados (USP), volume 18, número 52, 2004. Pp 109-120.

BEOZZO, José Oscar. Padres conciliares brasileiros no Vaticano II: participação e prosopografia (1959-1962) 2001. São Paulo: USP.

CARVALHO, Aloísio Castelo de. Geisel, Figueiredo e a liberalização do regime autoritário (1974-1985). Revista Dados, volume 48, no 1, 2005.

CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. Curitiba: Revista Sociologia Política, número 25, novembro de 2005. Pp. 83-106.

DELLA CAVA, Ralph. A Igreja e o Estado no Brasil: sete monografias recentes sobre o catolicismo brasileiro (1916/64). XXVI Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Recife, 1974.

ENGELMANN, Fabiano. MADEIRA, Lígia Mori. A causa e as políticas de direitos humanos no Brasil. Salvador: CRH (Centro de Recursos Humanos), volume 28, no 75, p. 623-637, setembro-dezembro de 2015.

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

FUSER, Claudia Maria. A economia dos bispos – o pensamento econômico da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Dissertação de mestrado. FGV: 1985.

HOLLANDA, Cristina Buarque. Direitos humanos e democracia- a experiência das comissões de verdade no Brasil. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Ciências Sociais: 33, (96), 2018, pp. 1-18.

HOPGOOD, Steve. The end times of human rights. Ithaca; Londres: Editora da Universidade de Cornell, 2013.

HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos – uma história. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

MOYN, Samuel. The last utopia – human rights in history. Cambridge: Harvard, 2010.

_____. Christian Human Rights (Intellectual History of the Modern Age). Filadélfia: editora da Universidade de Pensilvânia, 2015. Edição Kindle.

NETTO, José Paulo. Pequena história da ditadura militar brasileira. São Paulo: Cortez Editora, 2014.

SERBIN, Kenneth P. Diálogos na sombra – bispos e militares, tortura e justiça social na ditadura. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2001.

SILVA, Valéria de Brito e. O Movimento Nacional dos Direitos Humanos e a questão da violência institucionalizada (1986-1996). Brasília: UNB, 1999. (dissertação de mestrado).

SOUZA, Luiz Alberto Gómez de. As várias faces da Igreja Católica. São Paulo: Estudos Avançados, volume 18, número 52, 2004. Pp. 77-95.