Polifoni Academia Paulist de Direito



Edição Especial 2021

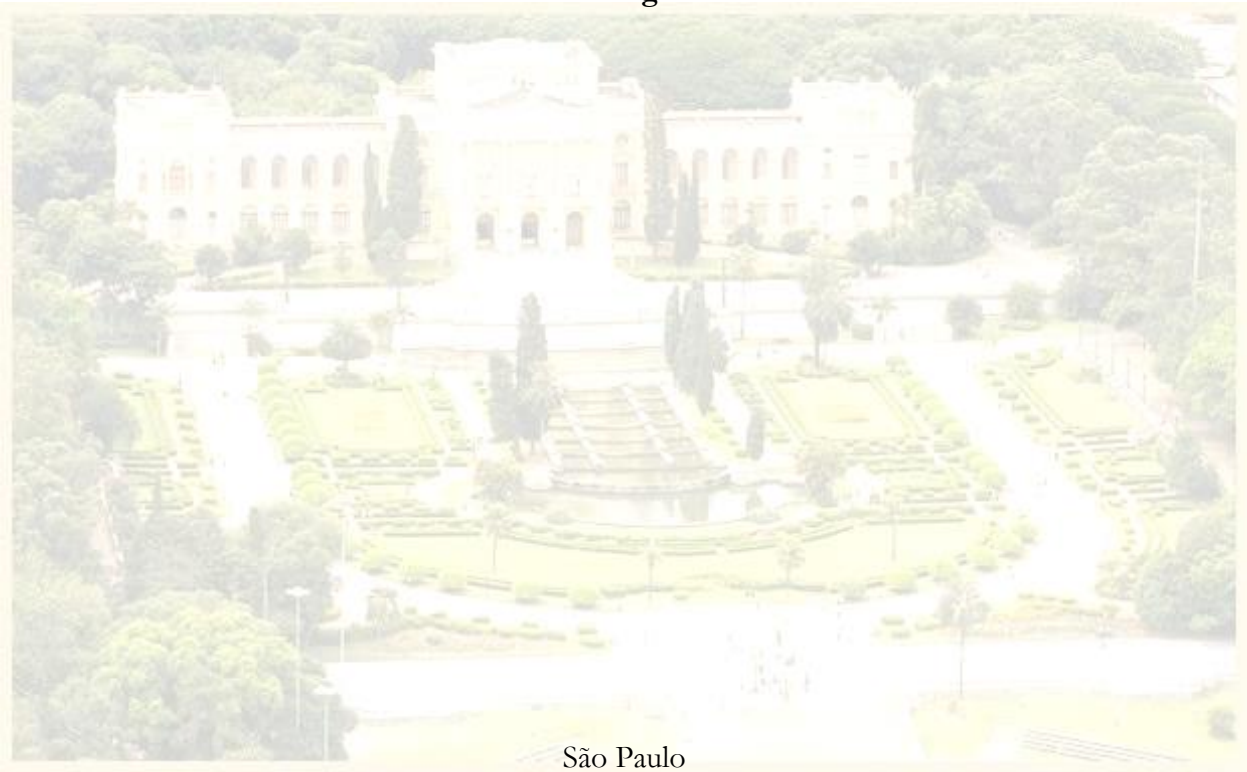
POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N. 8 Nova Série

2021

Edição Especial

ISSN da versão impressa: 2236.5796
ISSN da versão digital: 2596-111X



São Paulo

2021

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

EQUIPE EDITORIAL

EDITOR CHEFE
ALFREDO ATTIÉ JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM)/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NETI USP)

EDITORA ADJUNTA
ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTIÉ - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL (CEDES)

DIRETORIA EDITORIAL
ALFREDO ATTIÉ JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM)/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NETI USP)
ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)/ FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELLA SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI - SUN
ROQUE CARRAZZA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)
WAGNER BALERA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)

DIRETORA EXECUTIVA
ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTIÉ - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL (CEDES)

ASSISTENTES DE EDIÇÃO
CELSO DE OLIVEIRA SANTOS
JULIÁN CUASPA ROPAÍN

GERENTE DE PRODUÇÃO EDITORIAL
DIEGO DE ANDRADE SILVA

DIAGRAMAÇÃO E ARTE
DIEGO DE ANDRADE SILVA

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

CONSELHO EDITORIAL:

ALFREDO ATTIÉ JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJSP/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA - EPM/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO -NETI USP
ALÍPIO DE SOUSA FILHO - INSTITUTO HUMANITAS/UFRN – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (RN)
ANTONIO CARLOS MORATO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
CARLOS EDUARDO A. BOUCALT - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO" - UNESP
CELSO FERNANDES CAMPILONGO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP/ UNIVERSIDADE DE NAVARRA - ESPANHA
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 "JÚLIO DE MESQUITA FILHO" - UNESP
FLÁVIA PIOVESAN - PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO/ HARVARD LAW SCHOOL - EUA
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
FRANCESCO SIDOTI - UNIVERSITÀ DI AQUILA - ITÁLIA
FAUZI HASSAN CHOUKR - FACULDADES DE CAMPINAS – FACAMP/ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - MPSP
GISELDA M. F. NOVAES HIRONAKA - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
HELENO TAVEIRA TORRES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP
HUMBERTO ÁVILA – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS/UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP
ILTON GARCIA DA COSTA - UNIVERSIDADE ESTADUAL NORTE DO PARANÁ – UENP
JOÃO GRANDINO RODAS - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP / CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL - CEDES
JOSÉ JORGE RODRIGUES BRANCO - FACULDADE SANTO ANGELO - FASA/INSTITUTO NOVOS PARADIGMAS - INP
JORGE LUÍS MIALHE - CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO - UNISAL
JULIO ROBERTO DE SOUZA PINTO - PÓS-GRADUAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – BRASÍLIA (DF)
KAZUO WATANABE - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
LUCIANA CORDEIRO DE SOUZA FERNANDES - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP
LUIS EDUARDO SCHOUERI - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
LUIS RENATO VEDOVATO - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP
MANOEL DAVID MASSENO - INSTITUTO POLITECNICO DA BEJA - PORTUGAL
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 DEGLI STUDI DI CAMERINO - ITÁLIA
MARIA PEREZ PEREIRA - UNIVERSIDAD FRANCISCO DE VITORIA – ESPANHA
MARIA TERESA DE MENDONÇA CASADEI – UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO – MATO GROSSO DO SUL
MAURO JOSÉ DO NASCIMENTO CAMPELLO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA – UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA - UFR
MICHEL CANUTO DE SENA - UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - UFMS
MICHAEL J. FLOYD - CUMBERLAND SCHOOL OF LAW, SAMFORD UNIVERSITY - ESTADOS UNIDOS
RAPHAEL DE CARVALHO VASCONCELOS - UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO -UFRRJ

RICARDO HASSON SAYEG - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUCSP/ CONSELHO SUPERIOR DA CAPES DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)/ FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELLA SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI - SUN
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
VANESSA VILELA BERBEL – INSTITUTO FEDERAL DO PARANÁ – CAMPUS PALMAS
WAGNER BALERA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
WLADIMIR CERVEIRA DE ALENCAR - UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES - RIO DE JANEIRO

EQUIPE CONSULTIVA/REVISORES

CONSELHO CIENTÍFICO:

ANTONIO CARLOS MARCATO
ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
ARNOLDO WALD
ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO
CANDIDO RANGEL DINAMARCO
EDUARDO REALE FERRARI
ESTEVÃO MALLET
GEORGETTE NACARATO NAZO
GHEYSA MARIELA ESPÍNDOLA
HAMILTON DIAS DE SOUZA
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
JOÃO DÁCIO ROLIM
JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ
KATIA MARIA ABUD
LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
MARCO AURÉLIO TAVARES
MAURIDES RIBEIRO
NELSON NERY JUNIOR
NEWTON DE LUCCA
OTÁVIO PINTO E SILVA
PEDRO B. DE ABREU DALLARI
PAULO DE BARROS CARVALHO
SERGIO SEIJI SHIMURA
VICENTE PLÁ Y TREVAS

CONSELHO CONSULTIVO:

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

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N. 8 Nova Série

2021

Edição Especial

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.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual e não cobra nenhuma taxa para nenhum leitor fazer o download de artigos e resenhas para seu próprio uso acadêmico.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** é licenciada por uma licença CREATIVE COMMONS: Atribuição – Não Comercial – Sem Derivações 4.0 Internacional



É permitido: copiar, distribuir, exibir e executar a obra e criar obras derivadas, sob as seguintes condições: a. ATRIBUIÇÃO de crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante; b. USO NÃO COMERCIAL; c. SEM DERIVAÇÕES - Se você remixar, transformar ou desenvolver o material, não poderá distribuir o material modificado. Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra: Licença Jurídica (licença integral): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N. 8 Nova Série

2021

Edição Especial

ISSN da versão impressa: 2236.5796
ISSN da versão digital: 2596-111X

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO:

ADRIANA FERREIRA SERAFIM DE OLIVEIRA
AFONSO SOARES DE OLIVEIRA SOBRINHO
ALEX SILVA OLIVEIRA
ALICE MARIA AUGUSTO GALLIAN
ALÍCIA SANTOS SOARES
ANDRÉ RICARDO DOS SANTOS LOPES
AMANDA MONTENEGRO LEMES DE A. ALENCAR
ANTONIO GRILLO NETO
BEATRIZ MENDES NIYAMA
DÉBORA MATTEI
ELLEN AKEMY KUROCE
FERNANDA CLÁUDIA ARAÚJO DA SILVA
GIANLUCA BIAGINI
HAYDÉE PAIXÃO FIORINO SOULA
HENRIQUE RABELLO DE CARVALHO
ISABELLE DE SOUZA BORDALO
KELVIN DOS SANTOS
LEONARDO DE OLIVEIRA CARVALHO
LUCIANA CORDEIRO DE SOUZA FERNANDES
MARCELO VAZ DE OLIVEIRA JÚNIOR
MARIANNA HAUG
PATRÍCIA MARLENE PINTO ALVES
RENATA ROSSI IGNÁCIO
RENATA ALVES AMORIM
TATIANE DUTRA VILELA
VANESSA VILELA BERBEL
WALQUIRIA DE PAULA FERNANDES DA SILVA

REVISORES DESTA EDIÇÃO:

EDUARDO PELEGRINI DE ARRUDA ALVIM - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
FRANCESCO SIDOTI - UNIVERSITÀ DI AQUILA - ITÁLIA
FRANCISCO LUÍS DE FREITAS MARZAGÃO BARBUTO ATTIÉ - NEW YORK UNIVERSITY – NYU - EUA
JULIO ROBERTO DE SOUZA PINTO - PÓS-GRADUAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS - BRASÍLIA (DF)
LUIS RENATO VEDOVATO - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP
MANOEL DAVID MASSENO - INSTITUTO POLITECNICO DA BEJA - PORTUGAL
MARCO AURÉLIO TAVARES - CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL - CEDES
NELSON FARIA DE OLIVEIRA – COMUNIDADE DE JURISTAS DE LÍNGUA PORTUGUESA - CJLP

MARIA TERESA DE MENDONÇA CASADEI – UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO – MATO GROSSO DO SUL
RICARDO HASSON SAYEG - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUCSP/ CONSELHO SUPERIOR DA CAPES DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
WLADIMIR CERVEIRA DE ALENCAR - UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES - RIO DE JANEIRO

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

NOTA DO EDITOR – EDITOR'S NOTE:

POLIFONIA chega a seu número 8, às vésperas do Bicentenário brasileiro, do centenário da Semana de Arte Moderna e do cinquentenário da **Academia Paulista de Direito (APD)**.

Quando assumi sua Presidência, em setembro de 2017, em cerimônia que fez o ritual de retorno da **Academia Paulista de Direito** ao Salão Nobre das Arcadas, local de seu Nascimento, assumi alguns compromissos perante não apenas os queridos confrades e as consórores, mas igualmente perante a comunidade jurídica brasileira, representada pelos Ministros das Cortes Superiores, o Tribunal de Justiça de São Paulo, A Faculdades de Direito da USP, da PUC.SP, da Unesp, do Mackenzie, docentes, estudantes, juristas das profissões públicas e privadas, bem como a sociedade civil e os movimentos sociais, no processo que iniciei de refundação da Academia, no sentido de pô-la como instituição de vanguarda na recuperação e revitalização do processo civilizacional do direito em nosso País.

Esses compromissos foram cumpridos, na renovação dos quadros acadêmicos; na construção de um website definitivo e inovador; na criação dos **ACADEMIA PESQUISA**, Núcleos e Centros de excelência para o estudo, a pesquisa a extensão e a participação da sociedade; nos temas jurídicos de fronteira, assim compreendidos aqueles não apenas em que o direito vinha alargando seus limites e se desenvolvendo com mais vigor, mas igualmente, aqueles em que o direito empreendia um processo de construção de pontes com outros saberes e práticas, outras experiências científicas e de saberes tradicionais; na renovação editorial da Academia, com a criação de instrumentos de comunicação mais ágeis e atuais, com a utilização das ferramentas das redes sociais e de tecnologia da informação, de modo virtuoso, como os podcasts, as lives, na TV ACADEMIA, os posts, o

engajamento nas questões vivas da política e do direito, na defesa dos valores constitucionais e internacionais de direitos humanos, dos povos e da natureza, e na resistência ativa contra um regime que já se fazia anticonstitucional; na **POLIFONIA**, em transcriação da revista que vinha acompanhando os passos acadêmicos desde sua fundação, com a abertura a pesquisadores e pesquisadoras e a artigos de excelência, debates, textos de resgate de memória, revisão rigorosa das contribuições, qualificação; no Congressos Internacionais, já realizados o primeiro e o segundo, sobre os temas dos Trinta Anos da Constituição Cidadã, dos Setenta Anos da Declaração Universal de Direitos Humanos, das Cidades, e avizinhando-se o terceiro, em que serão, em celebração crítica, debatidos os temas dos 200 Anos do Brasil, dos 100 Anos da Semana de Arte Moderna, dos 50 ANOS da **Academia Paulista de Direito (APD)**, e do Meio Ambiente, em torno da concepção da **ERA dos DEVERES e RESPONSABILIDADES**, conceito por mim grafado para entender as transformações que levaram ao término da chamada Era dos Direitos e iniciaram o curso de um novo passo naquele processo civilizacional jurídico que tenho tanto feito relevar; na participação ativa em eventos internacionais e nacionais, em debates que importem na defesa da expressão jurídica autêntica e sintonizada com a democracia; na realização das Conversas da Academia e do Brasil 2022 Uma Celebração Crítica, ambas pelo YouTube, constituindo série de programas que alcançaram e vêm alcançando imenso sucesso de público e de participação; nas ações sociais da Academia, sobretudo no curso da pandemia e de suas consequências; na atuação judicial, com a propositura da inédita e desafiadora Ação de Incapacidade perante o Supremo Tribunal Federal, ao lado de intelectuais de alta envergadura brasileiros; na realização de Convênios e Parcerias com instituições e Universidades nacionais e estrangeiras; na publicação de livros e de artigos em revistas e livros; no envolvimento de pesquisadores e pesquisadoras, trazidos à Academia para participar dos **ACADEMIA PESQUISA** e das iniciativas editoriais, jovens oriundos de centros de estudo e pesquisa do mundo todo; nas aulas e rodas de conversa feitas em praça pública, em diversas localidades, para difundir e construir uma cultura de defesa do meio ambiente, da cidade e dos direitos humanos; nas propostas a organismos internacionais, para o aprimoramento dos direitos humanos, dos povos e do meio ambiente, inclusive por meio de parcerias inteligentes e democráticas.

Enfim, esses foram os compromissos e essas as realizações, que expandiram os projetos iniciais apresentados a Acadêmicos e Acadêmicas e à sociedade brasileira.

Na Celebração Crítica que se avizinha, repensaremos o que chamamos de Brasil, e os desenraizamentos que proporcionou, ao negar o próprio direito ao nome aos povos indígenas ou originários de Pindorama, Aby Yala, Tawantinsuyu, Anauhuac, Pachamama etc., bem como aos povos que viriam a constituir a maior nação afrodescendente do mundo, assim com o amálgama de povos europeus, asiáticos e de todos os cantos do mundo, suas culturas e línguas, enfim, um País plurinacional extremamente rico, mas em que o conflito vedou a expressão e a expansão dessa riqueza. Repensaremos os projetos dos cem anos do Brasil, a partir da Semana de 1922, mas sobretudo qual o papel da **Academia Paulista de Direito**, em seus cinquenta anos de participação e recente protagonismo na vida político-jurídico brasileira.

É preciso preparar não apenas a recuperação do processo civilizacional do direito, mas igualmente na reinvenção da política e na transformação da justiça, tudo em conjunto com a sociedade civil e seus movimentos político-sociais, com as instituições brasileiras e internacionais, num conjunto de propostas e projetos renovadores e criadores de novas possibilidades para o humano inserido na natureza.

POLIFONIA 8 indica esse percurso, de realização de uma gestão renovadora, mas de indicação de novos passos, novas perspectivas, novas intervenções e inclusões, num processo de permanente democratização e enriquecimento da existência e da convivência.

Aos leitores e leitoras de Polifonia, convidamos, uma vez mais, à participação ativa e crítica nos projetos da **Academia Paulista de Direito (APD)**.

Feliz 2022 a todas, todos e todes, nessa linguagem que se atualiza e se liberta, convidados a participarem dos caminhos e encantos de uma civilização mais plural e autêntica.

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

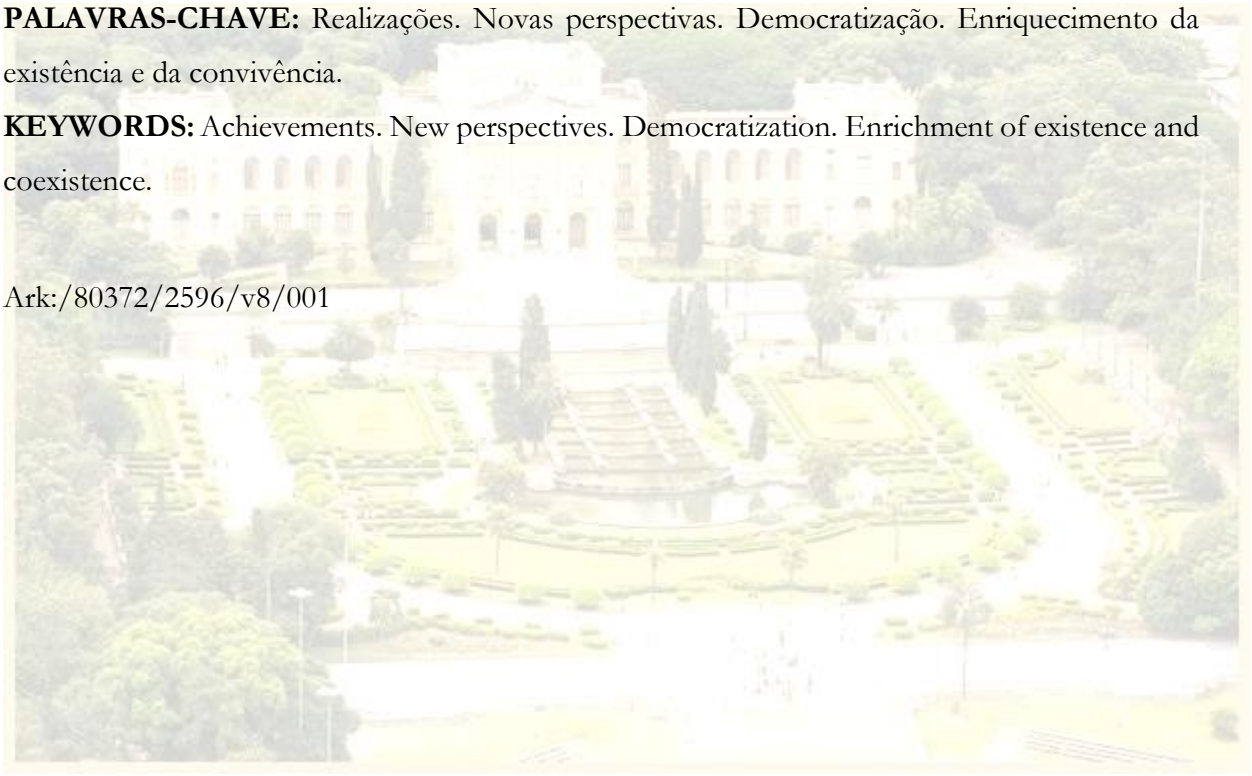
RESUMO:

Os compromissos e as realizações empreendidas na **Academia Paulista de Direito**, gestão renovadora, mas de indicação de novos passos, novas perspectivas, novas intervenções e inclusões, num processo de permanente democratização e enriquecimento da existência e da convivência.

PALAVRAS-CHAVE: Realizações. Novas perspectivas. Democratização. Enriquecimento da existência e da convivência.

KEYWORDS: Achievements. New perspectives. Democratization. Enrichment of existence and coexistence.

Ark:/80372/2596/v8/001



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

O Direito Quântico*.

Goffredo Telles Junior
Professor Titular da Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito.

Por causa de suas *interações,* dentro dos *campos* de suas recíprocas influências, as micropartículas da matéria se organizam em grupos, com constituições definidas, e que se chamam *átomos.*

O átomo é uma *associação de* micropartículas. Sua coesão resulta da interação das micropartículas que o compõem.

Por causa de suas *interações,* dentro dos *campos* de suas recíprocas influências, os átomos, também, se organizam em grupos, com constituições definidas, e que se chamam *moléculas.*

A molécula é uma *associação* de átomos. Sua coesão resulta da interação dos átomos que a compõem.

Um corpo é uma *associação* de moléculas. A infinita variedade de moléculas é o que explica a infinita variedade de corpos.

Os espaços que separam os átomos dentro da molécula são *campos de interação* dos átomos. Forças de atração e repulsão mantêm, entre os átomos, uma distância de equilíbrio.

Entre as moléculas, também, existem forças que se parecem com as forças interatômicas. As moléculas se atraem e se repelem umas às outras. Se não se atraíssem, os

*. Este artigo é uma súmula de alguns capítulos do livro *O Direito Quântico,* do Prof. GOFFREDO TELLES JUNIOR, editado por Max Limonad, São Paulo, 1971.

corpos sólidos e líquidos se decomporiam em moléculas. Se não se repelissem, tais corpos se comprimiriam violentamente, o que, na realidade, não se verifica. Entre as moléculas de um corpo, como entre os átomos de uma molécula, existem distâncias de equilíbrio.

Por causa de suas *interações* dentro dos *campos* de suas recíprocas influências, os corpos simples, denominados *elementos químicos,* em que todos os átomos têm constituição identica, se organizam em grupos, com constituições definidas, e que se chamam *substâncias compostas.*

Da combinação de elementos químicos, surge tôda a diversidade da matéria. Assim como a imensa literatura do mundo surge da combinação de vinte e quatro letras, assim, também, todas as espécies de matéria resultam da combinação de uma centena de elementos. Combinados de diversas maneiras, os elementos químicos produzem a variedade infinita do Universo.

Os corpos são associações de uma enorme multidão de átomos. Cada corpo tem suas propriedades.

A causa dessas propriedades está nas propriedades dos átomos e das moléculas que os constituem, e nas propriedades resultantes das combinações de tais átomos e moléculas.

As próprias faculdades da vida têm sua causa em complexas combinações atômicas. Pois todo sêr vivo é composto de átomos, dos mesmos átomos que constituem o mundo mineral.

Por causa de suas *interações,* dentro dos campos de suas recíprocas influências, moléculas de ácidos nucleicos e de aminoácidos se organizam em grupos, com constituições definidas. Estes grupos se chamam *células.*

Dentro do núcleo de cada célula, nucleótidos se dispõem em filamentos. Estes filamentos foram organizados ao sabor de bilhões de anos de experiência. Constituem o ácido desoxirribonucleico, o DNA, que é, ao mesmo tempo, o

patrimonio genético da célula (a "memoria" celular) e o centro de seu sistema cibernético governante.

Na qualidade de moléculas mestras, os segmentos do DNA, como que preocupados com a sorte da célula, expedem mensagens ou informações aos outros elementos constituintes da unidade. Uma maquinaria química, de extrema complexidade, se incumbe de as transmitir.

Cada transmissão implica uma grande serie de interações, entre os elementos da própria célula. Por meio de interações sucessivas, a mensagem vai sendo transmitida de elemento para elemento. Cada elemento receptor da mensagem tem a propriedade especifica de "reconhecer" o elemento a que a deve transmitir. Os últimos elementos a receber a mensagem são os ribossomos, no citoplasma da célula. Estes corpúsculos possuem a extraordinaria capacidade de "ler" as mensagens nucleicas e de cumprir os mandamentos que nelas se contêm.

Obedientemente, o ribossomo vai "fisgando" aminoácidos de qualidades diferentes, e os vai enfileirando, *na ordem determinada pela mensagem.*

Esta ordenação de aminoácidos resulta na síntese (produção) de *proteínas,* As proteinas, portanto, são as *traduções aminoácidas* das mensagens nucleicas.

Note-se que cada elemento incumbido de transmitir a mensagem do DNA somente "reconhece" o elemento com que ele interage diretamente. Os primeiros elementos da série responsável pela informação ignoram as reações que se realizam no outro extremo da cadeia. Disto se conclui que não há nenhuma relação cognitiva *direta* entre as sequências codificantes de nucleótidos e as proteínas, que são os aminoácidos codificados (cfr. MONOD, *O acaso e a necessidade,* Cap. VI).

Embora não haja relação entre as seqüências de nucleótidos e as disposições dos aminoácidos, a ordem dos nucleótidos, num filamento do DNA, determina a ordem dos aminoácidos, na proteína correspondente. Ordenações diferentes

de aminoácidos constituem proteínas de espécies diferentes. Logo, a especificidade da proteína é sempre a expressão de uma mensagem nucleica.

Pois bem. Da atuação das proteínas, depende o destino da célula.

Este é o motivo pelo qual o DNA ordena a síntese de proteínas específicas, isto é, de proteínas especializadas nas funções diversas, de que a célula necessita, para a sua preservação.

De fato, por determinação do DNA, uma célula possui um grande número de espécies diferentes de proteínas. A bacteria *Escherrichia coli,* por exemplo, feita de uma só célula (como todas as bactérias), contém de duas a três mil espécies de proteínas. Considerando-se que tal bactéria pesa cinco décimos de um trilhonésimo de uma grama ($5\text{-}^{13}g$), causa pasmo a fabulosa usina protéica existente nessa micriscópica unidade.

A primeira função das proteínas é a função catalítica. Chama-se *catalítica,* a função de provocar alteração na composição de um corpo, sem que o elemento, que a exerce, sofra alteração em sua própria composição.

A função catalítica das proteínas consiste em provocar a assimilação de moléculas que, em virtude de suas respectivas estruturas atômicas, constituem elementos necessários ou úteis ao crescimento e à multiplicação da cédula Consiste, também, em provocar a desassimilação de moléculas nocivas, que se formem no seio da célula.

As referidas funções de assimilação e desassimilação constituem o fenômeno denominado *metabolismo.*

Ao provocar o metabolismo, por meio de sua ação catalítica, as proteínas visam a preservação da célula ou, em termos mais precisos, o desenvolvimento dela e sua multiplicação. Este, é, sem dúvida, o fim visado pelo ácido nucleico, ao expedir suas mensagens aos aminoácidos, ordenando a síntese de proteínas.

Para exercer função catalítica, a proteína possui uma propriedade especialíssima: a de "reconhecer" outras moléculas, inclusive moléculas de outras proteínas. Reconhece-as pela sua *forma*. A forma das moléculas reconhecidas é determinada pelas suas respectivas estruturas atômicas. A proteína somente reconhece as moléculas que tenham certa estrutura, isto é, as moléculas capazes de serem convertidas em elementos constitutivos da célula.

Uma vez feito o reconhecimento, a proteína e a molécula, unidas, constituem um complexo, em que a molécula reconhecida é o *substrato* da proteína conhecedora.

Formado o complexo, segue-se a ação propriamente catalítica da proteína, a provocação das reações de que resulta a conversão do substrato em algum produto necessário ao crescimento e à multiplicação da célula.

É de se salientar a rigorosa especificidade de cada proteína. Cada proteína constitui uma unidade funcional totalmente independente. A proteína de uma espécie só reconhece e escolhe as moléculas de determinada forma, de determinada estrutura. Ela ignora todo corpo que não seja seu substrato específico. Ela permanece desligada de tudo que acontece na célula, fora da esfera de sua competência (cfr. MONOD, *O acaso e a necessidade*, Caps. III e IV).

A especificidade de cada proteína, portanto, é uma *especificidade cognitiva*.

Não parece absurdo ver, na extraordinária propriedade discriminadora da proteína, a origem das faculdades cognitivas e volitivas dos seres vivos.

Para que a célula consiga assimilar todas as espécies de moléculas, que seu crescimento e multiplicação exigem, é preciso que muitas proteínas diferentes estejam em funcionamento.

A função catalizadora das proteínas é causa de milhares de reações químicas, que se realizam no interior da célula. Por meio destas reações é que se elaboram os constituintes

celulares necessários, e se expelem os elementos prejudiciais.

Prodigiosos, por sua extrema complexidade, são os fenômenos físico-químicos, no seio da mais simples das células.

Essas polimórficas atividades, provocadas por proteínas, que são unidades funcionais independentes, levariam forçosamente ao caos, se elas não se sujeitassem umas às outras, para formar um sistema coerente. Ora, a maquinaria química da célula é de extrema eficácia. Uma rede cibernética de proteínas *reguladoras* assegura a coordenação das inúmeras reações internas da célula (Cfr. MONOD, *O acaso e a necessidade,* Cap. IV).

Regular as reações intracelulares constitui, em verdade, a segunda função das proteínas. Dela se incumbem proteínas especializadas, entre as quais as que melhor se estudarem são as *enzimas alostéricas.*

Estas proteínas, como as demais, tem as propriedades de reconhecer determinadas moléculas e de provocar sua conversão em produtos necessários à célula. Mas, além de tais propriedades, possuem a de reconhecer, eletivamente, um ou vários outros compostos, com que formam complexos, não para provocar a conversão desses compostos em produtos, mas para constituir uma associação cujo efeito é ativar ou inibir a atividade catalítica da própria proteína.

Mesmo sem examinar os processos de funcionamento de tais associações, verifica-se que elas controlam e regulamentam a atividade metabólica da célula.

Uma enzima alostérica média pesa um centésimo da quatrilhonésima parte de uma grama (10^{-17}g), ou seja, um centésimo de um milhonésimo de um milhonésimo de um milhonésimo da milhonésima parte de uma grama.

Uma célula pode dispor de centenas ou de milhares de espécies desses seres microscópicos, com dimensões quânticas. E note-se que as enzimas alostéricas constituem apenas uma das classes das proteínas reguladoras.

Seres microscópicos, em verdade, mas que agem como se fossem dotados de inteligência. O que surpreende é precisamente a autonomia, a "racionalidade" de seu comportamento. Pois, nenhuma imposição química determina sua ação. Nenhuma relação quimicamente necessária existe entre o substrato de uma enzima alostérica e os compostos que ativam ou inibem a função catalisadora da proteína.

Em seu famoso livro, o biologo JACQUES MONOD põe em destaque esse fato excepcional. Escreve ele: "em matéria de regulamentação por intermédio de uma proteína alostérica, *tudo é possível*. Uma proteína alostérica deve ser considerada como um produto especializado em "engineering" molecular, permitindo que uma interação, positiva ou negativa, se estabeleça entre corpos desprovidos de afinidade química e, assim, submeta uma reação qualquer à intervenção de compostos químicos estranhos e indiferentes a essa reação. O princípio operatório das interações alostéricas autoriza, pois, uma inteira liberdade na "escolha" das sujeições que, escapando de todo constrangimento químico, poderão melhor obedecer apenas aos constrangimentos fisiológicos, em virtude dos quais elas serão selecionadas, segundo o acréscimo de coerência e de eficácia que conferem à célula (*O acaso e a necessidade*, Cap. IV).

Não são, portanto, imposições de natureza química, o que decide da atuação das proteínas reguladoras. Livres dessas imposições, tais proteínas se dirigem com autonomia, em conformidade com os interesses fisiológicos da célula, isto é, não se sujeitam se não aos fins que a célula "almeja", o que significa que elas somente visam, em suas atuações, a preservação, o crescimento e a multiplicação da célula a que pertencem.

Em virtude do comportamento dessas proteínas, realizam-se, na célula, reações quimicamente arbitrárias ou gratuitas, mas fisológicamente úteis.

Como todas as proteínas reguladoras se comportam dessa maneira, forma-se, dentro da célula, sob o império de

seus fins fisiológicos, uma imensa rede de interconexões cibernéticas.E a célula se faz um sistema coerente, uma unidade funcional.

Nada mais é preciso dizer para patentear que as proteínas impedem o advento do caos, e exercem a notável função de *criadoras da ordem celular.*

A célula é uma estrutura complexa. Ela é construída por agregação de seus constituintes proteicos. Essa agregação se verifica em virtude da propriedade de *reconhecimento específico,* de que as proteínas são dotadas. Tal reconhecimento como se viu, produz a construção de complexos moleculares, sem os quais o metabolismo seria impossível.

Por força do comportamento espontâneo das proteínas, uma miscelânia de moléculas é transformada numa estrutura *ordenada.*

Tais estruturas ou células, em virtude das *interações* mantidas umas com as outras, nos *campos* de suas recíprocas influências, se organizam em tecidos e órgãos, de que são formados os seres multicelulares.

Observe-se que as células, também, são dotadas da propriedade de reconhecimento específico. De fato, elas se reconhecem umas às outras. E as células, que reciprocamente se reconhecem, são células que se unem.

As interações entre essas células, e a conseqüente formação de tecidos, resultam, em última análise, das inumeras interações entre as moléculas que as constituem. Realmente, de interações entre moléculas, depende a "forma" de cada célula. Das "formas" das células, depende sua ligação. Logo, não parece ousado dizer que a construção dos seres multicelulares e macroscópicos repousa, fundamentalmente, sôbre a propriedade de reconhecimento específico, de que são providas as microscópicas proteínas.

Durante bilhões de anos, nos núcleos das células, nucleótidos se dispuzeram, em incontáveis formações, constituindo patrimônios genéticos, nos cromossomos do ácido nucleico. Durante bilhões de anos, o ácido nucleico expediu mensa-

gens genéticas aos aminoácidos, os aminoácidos constituiram proteínas, as proteínas ordenaram as células, e as células formaram a prodigiosa diversidade dos organismos, que foram povoando a Terra.

Prodigiosa diversidade de organismos, sem dúvida. Mas o que causa assombro, nessa polimorfia biótica, é a identidade de natureza e de funcionamento dos primeiros elementos constituintes de todos os seres vivos.

Todos os seres vivos são construídos, essencialmente, com os mesmos quatro tipos de átomos: átomos de carbono, de hidrogênio, de oxigênio e de nitrogênio. E todos apresentam estrutura celular.

O instrumental da célula única de uma ameba é o mesmo instrumental de cada célula de um elefante ou de um homem. O da célula de um vegetal, o mesmo da célula de um animal.

Em todas as células, encontram-se, sem variação, duas classes principais de macromoléculas: moléculas de ácido nucleico e moléculas de proteína. Em todos os seres vivos, sem exceção, essas macromoléculas são formadas pela agregação, dos mesmos poucos radicais: quatro tipos de nucleótidos, no ácido nucleico; vinte tipos de aminoácidos, nas proteínas (Cfr. MONOD, *O acaso e a necessidade*, Cap. VI).

Quanto às operações essenciais das células de *toda* a biosfera, cumpre assinalar a impressionante monotonia com que os mesmos fenômenos se repetem. Em todas as células, filamentos de nucleótidos conservam um patrimônio genético; o DNA, em consonância com esse patrimônio, emite mensagens; o RNA transporta as informações do DNA aos ribossomos; os ribossomos "lêem" as mensagens e, passando a cumprir os mandamentos que nelas se contêm, "fisgam" aminoácidos e os enfileiram em cadeias; as cadeias de aminoácidos são proteínas específicas; estas proteínas reconhecem outras moléculas agregam-se a elas e, em operações catalíticas, provocam as reações do metabolismo.

Assim com um mesmo instrumento musical produz um número infinito de melodias, um mesmo instrumental molecular produz todas as espécies de seres vivos. E assim como cada melodia depende do manejo dado pelo executante ao instrumento, cada sêr vivo depende dos mandamentos que o DNA transmite aos ribossomos.

O que, agora, importa assinalar é que todo organismo é sempre a expressão de um certo patrimônio genético. Deste patrimônio, em verdade, depende a especificidade das proteínas. Da especificidade das proteínas, depende a natureza e conseqüentes funções das células. Da atuação das células, depende a estrutura e o desempenho dos tecidos, dos órgãos e dos organismos macroscópicos.

Em suma, os caracteres de cada indivídduo estão na dependência de seus gens.

Isto significa que as propriedades e as atuações dos seres vivos, inclusive do homem, podem ser explicados pelos filamentos microscópicos, por assim dizer *quânticos*, de seus nucleótidos encadeiados.

Esta é uma das mais notáveis descobertas da ciência moderna.

O comportamento dos seres vivos, inclusive do homem, se acha sob controle genético.

O *primeiro fundamento* das tábuas morais, dos sistemas axiológicos de referência, dos usos e costumes, das ordenações jurídicas se encontra nos elementos quânticos, de que se compõem as moléculas do ácido nucleico, no núcleo das células humanas.

Ora, o patrimônio genético de cada sêr é produto da *experiência*. Não, é certo, da exclusiva experiência de cada indivíduo. Mas da longa experiência dos cromossomos, através das gerações.

Ao embate das vicissitudes da vida, em tentativas inumeráveis, os velhos colares de nucleótidos, de cada linhagem de seres, foram sofrendo, durante milênios sem conta, as mutações que a inexorável seleção natural se incumbiu

de inscrever, definitivamente, nas moléculas mestras do DNA. Este é o motivo pelo qual um patrimoniô genético é sempre o resultado de um imemorial processo de triagem.

Quanto mais "vivido" é o sêr, quanto mais evoluído e complexo, mais seu comportamento é plástico. Sem perder suas tendências básicas, o sêr se aperfeiçoa com a experiência. Aprende a responder, convenientemente, aos desafios de cada circunstância.

Toda *aprendizagem* pressupõe memória. É claro que aprender implica lembrar o aprendido.

Experiências recentes, realizadas com coelhos, indicam que a faculdade da memória está associada ao ácido nucleico. Ora, os filamentos dos nucleótidos constituem o que se chama a "memória" da célula. Esta "memória" é o patrimônio genético, que a célula transmite a suas descendentes. Não se deve estranhar que, pouco a pouco, a aprendizagem e a especialização, adquiridas pelos animais, conservadas em suas memórias, acabam por causar mudanças nos referidos filamentos, determinando mutações genéricas, transmissíveis hereditariamente.

Esta hipótese se confirma pelos estilos de vida próprios de cada variedade de seres da mesma espécie. Assim, os animais de determinada espécie podem ter, na China, um comportamento "tradicional" muito diferente do comportamento "tradicional" dos animais da mesma espécie, vivendo no Brasil.

Os esquilos que vivem a dois mil metros de altitude, nos altos da margem do Grand Canyon, do Rio Colorado, têm um estilo de vida que não se compadece com os estilo de vida dos esquilos que vivem nos desertos quentes da margem sul. Os dois grupos se alimentam de substâncias diferentes. Os esquilos de um grupo nem siquer conseguem mais se cruzar com os esquilos do outro.

Às formas *inatas* e *hereditárias* de comportamento, se vão acrescentando formas *adquiridas*. E as formas *adquiridas* de comportamento, após mutações das estruturas gené-

ticas de que dependem, acabam se tornando formas *inatas* e *hereditárias*.

Para se conservarem, para garantir a sobrevivência das espécies, os seres se vão especializando em comportamentos eficientes, ou seja, em comportamentos adequados a suas respectivas contingências.

A maneira pela qual uma espécie ou variedade de seres se comporta, determina sua sobrevivência ou seu extermínio. As espécies e variedades que se comportam *bem,* se conservam e evoluem. As que se comportam *mal,* acabam por desaparecer.

Essa discriminação genética, entre *bons* e *maus* comportamentos, é o fundamento de todos os *códigos morais*.

Por causa de suas *interações,* dentro dos *corpos* de suas recíprocas influências, muitas espécies de seres vivos se organizam em grupos, com constituições definidas, e que se chamam *populações*.

Uma *população* é um grupo de seres vivos, dentro de um espaço delimitado. Constitui uma *unidade biótica*. Conserva sua identidade, apesar da modificação constante de suas partes. Tem limite certo, como a célula tem sua membrana. Como as células e os organismos, uma população possui estrutura e funções próprias: cresce, desenvolve-se, pode adaptar-se às condições do meio.

São populações, as samambaias num tronco de árvore, as avencas nas frestas de um muro, os moluscos presos a uma pedra, os peixes num lago, as pombas num pombal, os antílopes numa reserva florestal, as abelhas numa colméia, os homens numa cidade.

Há populações que surgem por artifício ou acidente, como, por exemplo, a das margaridas plantadas num jardim e a dos organismos arrastados para as praias por correntes marítimas. Em regra, porém, as populações se formam por força das exigências da vida, como as de alimento, habitação, defesa. Unem-se diversos indivíduos, com comportamentos análogos, na superação dos obstáculos da vida, e a população tem início.

Em certas populações de animais, os indivíduos componentes apenas se toleram, achando-se frouxamente unidos. Tais populações não são mais do que *agregados de animais*.

Em outras, entretanto, os indivíduos componentes, assim como os grupos de indivíduos, formados dentro das populações, constituem *comunidades,* onde uns suprem o que aos outros falta, e onde todos, em conjunto, procuram criar e manter as condições necessárias à consecução de seus objetivos comuns. Estas populações se chamam *sociedades*.

Cabe fazer, aqui, algumas observações que são importantes.

Até o advento do homem, a evolução era mudança na organização física dos seres. Com o aparecimento do homem, um sistema nervoso central de vários trilhões de neurônios e de quasi um quadrilhão de sinapses possibilitou, não só o conhecimento de objetos do mundo (a tradução cerebral desses objetos), mas, ainda, a conversão do próprio conhecimento em objeto de conhecimento: possibilitou o que se denomina *consciência* ou, mais precisamente, *consciência reflexiva*. E, então, a evolução passou a ser, também, um movimento da própria consciência.

No estofo da matéria cósmica, engendrou-se a matéria viva; a matéria viva engendrou a consciência, e a consciência, por sua vez, saindo de seu estado primitivo — estado em que ela não era muito mais do que instinto — se foi gradualmente desenvolvendo, em formas sempre mais organizadas da matéria viva, até se fazer inteligência racional, no sêr pensante, propriamente humano.

A evolução anterior ao homem, desde a matéria primitiva até o animal racional, se deu sem a participação da consciência. A evolução do sêr humano, porém, é marcada pela consciência que dela tem o próprio homem. A evolução deixou de ser uma evolução dentro da ignorância, para ser uma evolução dentro do conhecimento.

Diferentemente dos outros animais, o homem tem consciência de suas imperfeições. Ele sabe que algo há que pre-

cisa ser atingido, para além do que ele é, em cada momento de sua história. Ele sabe que algo há de que ele necessita para seu perfazimento, para sua perfeição.

Assim como, há um milhão de anos, a natureza fez surgir, entre os animais e na vizinhança dos símios, um sêr dotado, desde sua origem, dos rudimentos da mentalidade humana, com aspirações que o transformaram no *Homo sapiens,* a mesma natureza fez surgir, no seio da humanidade o tipo humano que, pela progressão crescente de sua consciência, é conduzido por aspirações sempre mais altas.

O fato de haver o sêr humano *tomado consciência* do problema de suas origens e de seu destino, problema que implica o de sua realização e perfazimento, determinou que a sociedade dos homens tivesse um caráter que a distingue, nitidamente, das sociedades dos outros animais gregários.

Nas sociedades dos irracionais (das abelhas, formigas, termitas, etc.) a defesa da espécie parece sempre ser o objetivo soberano. Desinteressada e indiferente, mantém-se a comunidade, ante a sorte individual de seus componentes. Em verdade, nesses agrupamentos, os indivíduos são apenas partes de um todo e, em conseqüência, integralmente submetidos aos interesses da sociedade global.

Nas sociedades dos homens, porém, a inteligência submeteu a sociedade ao homem, isto é, fez da sociedade, um *meio* a serviço de *cada* sêr humano. Nesses agrupamentos, a sorte de seus componentes é o que sobretudo interessa. A sorte da sociedade também interessa, mas na medida em que a sociedade é *instrumento* de cada homem.

Este é, sem dúvida, um fato novo, um fato extraordinário. É o fato em que culminam bilhões de anos de experiência. O patrimônio genético do homem se fez capaz de determinar a síntese das proteínas com especificidade cognitiva necessária para levar o organismo a se constituir *fim, causa final, razão de ser* do *todo,* de que é *parte!* O desabrochamento da consciência no sêr vivo, resultado de uma fenomenal complexificação dos centros nervosos, produziu

uma sociedade *instrumental,* submetida essencialmente aos fins superiores do homem.

Da disposição de corpúsculos quânticos, em microscópicos cromossomos, dimanou a ordem instrumental das sociedades humanas.

Cada homem, ao viver em sociedade, *se serve* do meio em que se encontra.

Ao viver em sociedade, cada homem cria, em torno de si, um *campo,* que é onde se manifesta sua energia. Todo homem tem seu *campo,* criado por suas várias atividades, nos diversos ambientes por êle freqüentados.

Um homem em sociedade não é um simples sêr, delimitado por seu corpo. É esse sêr, mais seu *campo* de influência. O homem e seu campo constituem uma só realidade, uma realidade incindível.

Como se manifesta o *campo* de um homem? Manifesta-se pela alteração que ele causa no comportamento de qualquer outro homem, que, dentro desse campo, se venha situar.

Os campos, na vida social, são tão verdadeiros e universais quanto o corpo humano. Os espaços entre os homens não são espaços separando os homens, porque não são espaços vazios. Os vazios, na sociedade, não são vazios: são *campos.* Só seres humanos e seus respectivos campos enchem todo o espaço social.

Enquanto vivem em sociedade, os homens se acham sempre sob influências de outros homens, e estarão sempre exercendo influências sôbre os outros. Por conseguinte, acham-se sempre situados dentro de um ou outro campo, ou dentro de vários campos ao mesmo tempo.

Nesses campos, é que os homens e os grupos humanos agem uns sôbre os outros. Neles, portanto, é que se dão as *interações* dos homens e dos grupos.

Tais interações são quase infinitas e extraordinàriamente variadas. São interações das mais diversas espécies, nas multifárias esferas das atividades humanas.

O *homem* e sua *interação* constituem duas coisas que não se separam. Não existem homens sem interação. A interação dos homens não é algo introduzido de fora, algo de acrescentado, mas é parte integrante e natural de sua estrutura. A estrutura do homem é um reflexo de tôdas as suas interações. Nenhum homem seria o que é se não fôsse a ação que ele exerce sôbre os outros homens, e a ação dos outros homens sôbre ele.

A sociedade existe, como foi dito, *para servir o homem*. Em conseqüência, por imposição da inteligência, ou seja, por imposição do princípio de que os *meios* se sujeitam aos *fins*, cada homem, para poder servir-se da sociedade, está autorizado a exigir do próximo certas ações e certas abstenções, em seu próprio benefício. Mas isto implica a obrigação, a que se acham sujeitos todos os homens, de praticar certas ações e de abster-se de outras, em benefício de seus semelhantes.

Numa sociedade, certas exigências serão sempre *autorizadas*, e certas *proibições*, sempre impostas. Isto decorre da função *instrumental* das sociedades humanas.

Essas *autorizações e proibições* implicam interações *necessárias*. Necessárias, em verdade, porque são vitais, uma vez que constituem a *condição* para que a sociedade atinja seus objetivos.

Pelo simples fato de existir, a sociedade impõe tais interações. A unidade biótica da sociedade não se realizaria, se as mencionadas autorizações e proibições não existissem. Analogamente, a unidade física do átomo não seria o que realmente é, se proibições e permissões não existissem para os saltos dos elétrons.

Conclui-se do que acaba de ser exposto que, em toda a massa de movimentação, verificada numa sociedade, há sempre um *quantum de movimentação* que pode ser oficialmente exigida, e um *quantum de movimentação* que pode ser oficialmente proibida. A expressão *oficialmente* é em-

pregada para significar que as referidas exigências e proibições são *autorizadas pela sociedade.*

Além desses *quanta,* o restante da movimentação pode ser aconselhada, recomendada, desejada, ou desaconselhada, reprovada, combatida; mas não poderá ser *oficialmente* exigida ou proibida. E não o poderá ser, porque a existência ou não existência dessa movimentação-extra não constitui condição para que a sociedade atinja seus objetivos.

Os movimentos que podem ser oficialmente exigidos e oficialmente proibidos são consignados em *mandamentos,* ditados pela inteligência.

Em toda sociedade, há uma inteligência governante, um centro cibernético. Este centro é o "DNA" da grande célula social. Nele, deve encerrar-se o patrimônio gerado pela experiência de um povo. Dele, devem provir os mandamentos aconselhados por esse patrimônio.

Em cada sociedade, a inteligência governante, exercendo sua função específica de escolhedora de *meios,* discrimina e configura as espécies dos movimentos exigíveis e as dos movimentos proibidos.

Tais mandamentos da inteligência governante se chamam *normas jurídicas* ou *normas de Direito.*

Note-se que, sejam ou não sejam jurídicas, *todas* as normas são *mandamentos.* Todas as normas são *imperativos.* Algumas imperam mais do que outras. Umas mal imperam, como, por exemplo, a norma que manda rezar. Outras imperam soberanamente, como, por exemplo, a norma que manda pagar o que é devido. Tanto são mandamentos e imperativos as normas que somente vigoram no mundo subjetivo das consciências, como as que fixam as diretrizes do comportamento em sociedade.

A *imperatividade* distingue as fórmulas do comportamento humano, das fórmulas do comportamento dos outros seres.

Mas somente a norma jurídica é um *autorizamento.* Diferentemente de todas as demais, somente ela *autoriza* o

lesado pela sua violação a exigir o seu cumprimento, ou a exigir a reparação do mal sofrido. Nenhuma norma não jurídica constitui um autorizamento desse tipo. E a razão de tal fato está em que a norma jurídica é a que somente se refere a ações oficialmente exigíveis e oficialmente proibidas.

Seja, por exemplo, a norma: "Praticarás a caridade" Se alguém não praticar a caridade, estará violando a citada norma. Prejudicados estarão os que se beneficiariam dessa caridade. Mas *ninguém estará autorizado* a exigir o cumprimento da norma violada. O mendigo de braço estendido, chapéu na mão, não pode exigir a esmola que lhe foi negada. A norma citada não é uma norma jurídica.

A norma jurídica se define: *imperativo autorizante.*

Na definição da norma jurídica, a nota da *imperatividade* revela seu *gênero próximo,* incluindo-a no grupo das fórmulas do comportamento humano, e diferenciando-a das fórmulas do comportamento dos outros seres. E a nota do *autorizamento* revela sua *diferença específica,* pois, todas as normas são imperativos, mas somente a norma jurídica é *autorizante.*

Tanto podem ser normas jurídicas os artigos das leis, como as cláusulas de um contrato, de um estatuto, de um regulamento, de um pacto. Serão jurídicas as normas que forem *autorizantes,* isto é, que autorizem o lesado pela sua violação a exigir, com apoio oficial da sociedade, o cumprimento da norma que foi violada, ou a reparação do mal sofrido.

O conjunto de todas as normas jurídicas de uma sociedade se chama *Direito Objetivo.*

O autorizamento é uma *permissão.* A norma jurídica *permite* que o lesado pela violação dela, exija o cumprimento dela. Em virtude do autorizamento, o lesado pode, com fundamento jurídico, complementar sua interação com quem o prejudicou. Após a *ação,* violadora da norma jurí-

dica, a própria norma violada autoriza e permite a *reação* competente.

O autorizamento *não é uma atribuição* de faculdade especial, a quem tenha sido lesado pela violação da norma jurídica. Este é um ponto que precisa ser assinalado com clareza.

A norma jurídica *não atribui* ao lesado a faculdade de reagir contra quem o lesou. Não tem a norma jurídica nenhuma possibilidade de fazer essa atribuição. Ela própria não possui nenhuma faculdade de reagir contra quer quem quer que seja. Reagir é agir. A norma não age. Ela não tem a faculdade de agir. Logo, não pode, a norma jurídica, atribuir o que não tem. Como poderia ela dar o que ela própria não possui?

Não se diga, portanto que a norma jurídica é *atributiva*. Consideramos êrro sobre a natureza dessa norma, defini-la; "norma atributiva".

A faculdade de reagir contra o violador da norma jurídica não é atribuída pela norma. Tal faculdade, o lesado a possui, exista ou não exista a norma jurídica. A faculdade de reagir é uma faculdade própria do sêr humano, independente de quaisquer normas.

O que compete à norma é *autorizar* ou *não autorizar* o uso dessa faculdade. Não lhe compete nada mais do que isto.

A faculdade de reação, repita-se, pertence *ao lesado*. O que pertence à norma é somente o autorizamento, para o uso dessa faculdade. Em termos exatos: a norma é a *expressão de tal autorizamento*.

Em rigor, o autorizamento para o uso da faculdade de exigir o cumprimento da norma, *pertence à sociedade*. Pois, certas ações são efetivamente exigíveis e outras são efetivamente proibidas, porque cada sociedade é o que é. Mas, a norma jurídica, segundo o que já foi explicado, é o que as enuncia. Nada impede, portanto, que se diga que o autorizamento pertence à norma.

A norma jurídica autoriza o credor, por exemplo a exigir o pagamento do que lhe é devido. Mas não lhe atribui a faculdade de exigir esse pagamento. Tal faculdade, o credor a possui, com ou sem norma jurídica. Mas a norma jurídica é que o *autoriza* a fazer uso dessa faculdade, e a exigir o referido pagamento. Por tal motivo, esta exigência é *lícita.*

O que cumpre assinalar, para evitar equívocos na conceituação da norma jurídica, é que a coação é exercida *pelo lesado,* e não pela norma jurídica. A norma se limita a exprimir a autorização para o exercício da referida coação. O lesado, autorizado pela norma, exerce essa coação, se assim o quiser.

Analogamente, a pressão, sofrida por um corpo qualquer, é sempre exercida por *outro corpo.* O que atrai e o que repele um corpo é sempre outro corpo. Não são as leis, obviamente, que exercem essa pressão. A lei da gravidade, por exemplo, não atrai nem repele corpo nenhum. O que ela faz é descrever, sinteticamente, a maneira pela qual *a matéria* atrai a *matéria.*

Observe-se que a norma jurídica não se limita a autorizar o emprego da coação. Ela autoriza, expressa ou tácitamente, a prática das ações que ela não proíbe.

Todas as autorizações dadas pelas normas jurídicas chamam-se *Direitos Subjetivos.*

Os Direitos Subjetivos *não são faculdades.* As faculdades humanas existem por natureza, independentemente do Direito. Os Direitos Subjetivos são, isto sim, *autorizações* ou *permissões,* para o uso dessas faculdades — *autorizações ou permissões dadas pelas normas jurídicas* (*pelo Direito Objetivo*).

O *autorizamento das normas jurídicas* é causa da *autorização das pessoas.* Esta autorização é que constitui o Direito Subjetivo.

Por este motivo, o Direito Subjetivo se define: *Autorização dada por norma jurídica.*

Em conformidade com tais normas, a movimentação humana, dentro da sociedade, é *delimitada*. Um *quantum* de movimentação é exigível. A movimentação além de um certo *quantum* é proibida.

Em conseqüência, delimitada, também, é a energia humana, gasta na produção dessa movimentação.

De fato, a energia humana, para os fins dessa movimentação, é liberada em *porções delimitadas*, em quantidades comedidas, porções e quantidades de energia que se podem chamar *quanta humanos*.

Os *quanta humanos* são porções *"discretas"* (descontínuas) de energia humana.

Como a delimitação dos movimentos humanos, dentro da sociedade, é manifestada em normas jurídicas, e como tal delimitação implica, obviamente, a delimitação da energia necessária para a produção de cada um desses movimentos, os *quanta humanos* são, em última instância, quantidades de energia delimitadas pelas normas jurídicas.

As quantidades de energia delimitadas pelas normas jurídicas se chama *quanta humanos*, porque tais quantidades são, precisamente, as que não podem deixar de se manifestar, para que a sociedade seja o que é. Outras quantidades de energia poderão se manifestar ou não; mas somente as quantidades de energia delimitadas pelas normas jurídicas conferem à sociedade o seu sêr.

Nas micropartículas da matéria, há, também, uma *quantidade mínima de perturbação* a partir da qual a perturbação não pode ser desconhecida por quem se propõe observá-la, sob pena de ignorar o que as micropartículas são, essencialmente. Essa quantidade mínima de perturbação é causada por uma quantidade de energia, que os cientistas calcularam com rigor, e a que chamaram *quantum de energia* ou, simplesmente, *quantum*.

Os corpúsculos, em que as perturbações causadas por *quanta* não podem ser desconhecidas por seus observadores, são denominados *objetos quânticos*.

O átomo é uma sociedade de objetos quânticos.

A movimentação das micropartículas e suas interações dependem da contínua liberação de *quanta*. Estas aquisições e liberações de *quanta* dependem de condições, que a Física moderna conseguiu discernir e que, depois, sintetisou em leis.

As *leis da probabilidade*, formuladas pela Física moderna, exprimem os graus de probabilidade dos percursos eletrônicos. Acuradas experiências estão demonstrando que estas leis se aplicam aos percursos de todas as micropartículas.

A Física moderna não anunciaria, jamais, que um eléctron, ou um grupo de eléctrons, fará um determinado percurso. Diria, isto sim, que não sabe qual o percurso que o eléctron, ou o grupo de eléctrons, irá fazer, mas que x% de eléctrons farão o percurso A; y% farão o percurso B; z%, o percurso C, não sendo possível prever quais eléctrons farão êste ou aquêle percurso. Para a Física moderna, predeterminado é, somente, o *grau de probabilidade* de cada percurso.

Este é o motivo pelo qual as referidas leis são *leis de probabilidade*.

Os saltos dos eléctrons, no seio de cada sociedade atômica, não podem ser considerados como simples passagens de uma órbita para outra. Tais movimentos são saltos dentro de nuvens, saltos que modificam as nuvens eletrônicas dentro do átomo. As emissões e absorções de *quanta* sacodem a "geléia" atômica, produzindo modificações em suas formas globais.

Mas tais saltos só se podem executar dentro de determinadas condições. Certos saltos são impossíveis. E os saltos possíveis nem sempre se executam: são saltos mais ou menos *prováveis*.

Poder-se-ia afirmar que certos saltos são *proibidos;* outros, *permitidos*. Os físicos descobriram as condições de

uns e de outros, e as sintetisaram em leis, que denominaram *leis de seleção*. Este nome foi dado a tais leis, porque elas como que *selecionam* as condições em que as transições dos eléctrons são permitidas, discriminando-as das condições em que tais transições são *proibidas*.

Cumpre observar que os eléctrons, uma vez ou outra, violam estas leis. Principalmente nos átomos pesados, de eléctrons muito numerosos, com sua imensa confusão de nuvens, as proibições são freqüentemente infringidas.

Pois bem. Nas sociedades dos homens, certos movimentos são sempre exigíveis e outros sempre são proibidos. Para produzir os primeiros e para vedar os segundos, necessário é liberar energia humana.

Mas essa liberação é *comedida*. É uma liberação com delimitações certas, com as delimitações impostas pelas exatas exigências dos movimentos a produzir. E é por êste motivo que a energia de cada homem não se esgota num jato, mas vai sendo liberada em porções *"discretas"*, à medida que a movimentação de cada homem se torna necessária.

A movimentação dos homens em sociedade é determinada pelas fôrças atuantes em seus respectivos *campos*.

As interações resultantes do encontro de *quanta* humanos constituem *relações jurídicas*.

Uma relação jurídica é sempre uma interação *quântica*.

Em cada relação jurídica, movimentos comedidos de uns propiciam movimentos comedidos de outros. Esse movimentos são *comedidos*, em razão de dois fatores. Primeiro, porque são, somente, os movimentos *autorizados* pelas normas jurídicas. São, apenas, os movimentos produzidos por quem tem o Direito Subjetivo de produzi-los. Segundo, porque, em cada relação jurídica, Direito Subjetivos de uns e de outros se confrontam e, depois, se compõem, limitando-se reciprocamente, a fim de que deles resultem movimentos convenientes para uns e outros.

As interações, nas relações jurídicas, são *quânticas*, porque as ações correlatas, de que elas se constituem, não são quaisquer ações, mas, precisamente, as ações que as normas jurídicas autorizam e *quantificam*.

O Direito Objetivo é a ordenação de determinadas espécies de interações humanas. É a ordenação que quantifica a liberação das energias humanas, para assegurar o equilíbrio das forças, e para garantir que, a cada direito, corresponda uma obrigação. É a ordenação que delimita a liberação da energia, nos *campos* dos homens, para que a sociedade seja efetivamente o que ela precisa ser, isto é, um *meio* a serviço dos *fins* humanos.

Pelo prisma do Direito, os homens são partículas delimitadas de energia. São objetos quânticos, ou *quanta*.

As interações dos homens — dos homens considerados como *quanta* (quantidades *discretas* de energia) — são regulamentadas por uma *ordenação quântica*.

O Direito é a ordenação quântica das sociedades humanas.

Mas, em matéria de ordenação, por meio do Direito, *tudo é possível*. Assim como a proteína reguladora deve ser considerada como um produto especializado em "engineering" molecular, assim também o Direito deve ser considerado como um produto de uma inteligência especializada em "engineering" social. Assim como nenhuma imposição química decide da atuação das referidas proteínas, assim também nenhuma imposição *absoluta* determina o Direito. Assim como essas proteínas se dirigem com autonomia, em conformidade com os interesses fisiológicos da célula, assim também o Direito, livre de imposições *absolutas*, se pode dirigir pelos interesses reais da sociedade, de acordo com os sistemas de referência efetivamente vigorantes. Pode o Direito não se sujeitar a não ser aos fins que a sociedade almeja.

A Ciência do Direito não anunciará jamais que um homem, ou um determinado grupo de homens, procederá

desta ou daquela maneira, como a Física não pode prever o percurso que um eléctron ou um grupo de eléctrons irá fazer. A Ciência do Direito dirá, sim, que não sabe como um homem, ou um determinado grupo de homens, irá proceder, mas que esse homem, ou esse grupo de homens, tem mais probabilidade de proceder da maneira X, do que da maneira Y. A maneira X de proceder é a que é mais conforme ao sistema ético de referência, dentro do qual age esse homem ou esse grupo de homens. É a maneira de proceder que o Direito Objetivo deve preconizar.

As leis humanas são, portanto, *leis de probabilidade*, como as demais leis da Sociedade Cósmica.

A ordenação jurídica é a própria ordenação universal. É a ordenação universal no setor humano.

O Pensamento Jurídico-Filosófico do Professor Goffredo Telles Junior.

Aloysio Ferraz Pereira

Professor Livre Docente de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O pensamento jurídico-filosófico do professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR, tal como se apresenta em sua obra escrita e como ele o tem exposto em suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, revela, ao longo de quarenta anos, inegável unidade, que se estende sobre algumas tendências permanentes. Estas constantes não se mostram desde logo ao leitor superficial e ao ouvinte distraído. Dissimulam-nas o variado caráter de seus escritos e a diversidade das direções em que essas mesmas tendências o têm conduzido em seu esforço de atualização e aprofundamento. Mas a unidade se patenteia e as invariantes terminam por se manifestar claramente, de tal modo subtendem o seu pensamento, que segue por pesquisas e por métodos só em aparência divergentes. Ainda mais: essas características só se desvelam através da leitura atenta e do exame crítico de todos os trabalhos do autor. É o que tentaremos resumir aqui, com apoio em suas obras fundamentais.

Descortinemos antes, e de pronto, aquelas constantes, esperando que o lineamento unificante surja ao fim naturalmente, como corolário do exame sucinto que se fará das obras que contêm o essencial da reflexão jurídico-filosófica do mestre paulista.

As tendências constantes são, a nosso ver, as seguintes: 1. Fidelidade, que ainda é a da maioria da intelectualidade brasileira, à formação filosófica tradicional, nas linhas do humanismo europeu e cristão. 2. Primordialidade da aporia da liberdade, a qual aparece como termo referencial, indispensável à colocação da problemática da justiça e do direito. 3. Persistência do interesse pela investigação das ciências experimentais. 4. Reconhecimento da ordem institucional e jurídica como dado primitivo e realidade irredutível.

Na apreciação dos caracteres gerais da atividade do professor GOFFREDO TELLES JUNIOR, é interessante ainda assinalar alguns aspectos peculiares. Desde o início dessa atividade percebe-se que se está diante de uma experiência moral e intelectual autêntica, em que se empenha toda uma personalidade. Estamos em presença de alguém que vive e procura viver aqueles mistérios e problemas chamados universais, porque são de todos, do homem comum, de ontem e de hoje, do rico e do pobre, mais do pobre que do rico. São esses os seus problemas, que seriam triviais se não fossem essenciais, isto é, se não deitassem raízes na existência. São os problemas que mais se omitem e escamoteiam, mas que nunca cessam de pulsar no coração nem de desafiar a inteligência.

Outro aspecto de sua atividade que merece menção é atinente ao estilo em que se exprime. Deve-se constatar, antes de tudo, como fato hoje raro, que o professor GOFFREDO TELLES JUNIOR possui estilo bem pessoal e próprio, vale dizer, que o seu modo de ser individual se manifesta distintamente no que fala e escreve. Seu estilo é sóbrio, solene e claro. A sobriedade é obtida em frases curtas onde se sente o pensamento contido, tenso, subjugado. A solenidade não é retórica ou buscada, mas lhe é natural, refletindo, por certo, comportamento que tem a guiá-lo um modelo humano de grandeza. A clareza é própria do docente, mais preocupado em transmitir o que aprendeu e meditou nos livros e na vida do que estadear originalidade e erudição. Disto resulta a parcimônia de citações (com exceção de *A Criação do Direito*, onde eram indispensáveis) e a escassez de referências bibliográficas, ao arrepio de nossa cultura dependente e contra a corrente moderna dos hábitos universitários. O aparelho crítico, em nosso tempo, serve freqüentemente para acobertar a esterilidade da produção intelectual e dissimular o óbvio sob a cortina dos ouropéis europeus (inclusive americanos)... Não há em suas obras aquela fluência popular e a estereotipia atualizada do jornalismo, nem os cacoetes do arrazoado forense ou os padrões impessoais do relatório comercial e burocrático, que são todos, em geral, característicos de nossos livros de filosofia e ciências humanas.

Poder-se-ia, quem sabe, dizer que faltam ao nosso autor o sal do ceticismo e o acre sabor da ironia. É que nele prevalecem o sentimento da seriedade do trabalho intelectual e o senso de responsabilidade social. Daí o papel que sempre exerceu na vida universitária e política de seu Estado natal e fora dele. Daí

também a insubstituível função mediadora e moderadora que lhe reconhecem os estudantes.

Nota distintiva de sua concepção da filosofia do direito, que de resto permanece subentendida: pelo menos em seus trabalhos escritos ele vê o direito a partir da filosofia. Noutros termos: a disciplina que pratica não é *jurídica*, pois é certo que a verdadeira *filosofia* não se deixa adjetivar, restringindo-se. A filosofia nunca é *jurídica*, como não é *social* ou *política* ou *científica*. . Ela é só a reflexão ou a preocupação enquanto se volta ou se demora sobre este ou aquele aspecto da existência. Mas que prossegue aberta a todas as manifestações da realidade.

Como objeto deste rápido estudo, teremos em mira apenas as obras que se ocuparam mais particularmente dos temas que se tem convencionado reunir sob o rótulo de *filosofia do direito*, mas que também caem sob o exame da teoria geral e da introdução ao direito. São três essas obras, referidas na ordem de sua publicação: 1. *A Criação do Direito*, 2. *Filosofia do Direito* e 3. *O Direito Quântico* [1].

I. À procura do fundamento.

A Criação do Direito tem por fim determinar a gênese e a essência da norma jurídica, buscando, antes, fundar a liberdade. É o registro de uma aventura, como um descobrimento dos *conquistadores*. É uma espécie de diário de viagem do espírito que, para acertar contas com os enigmas do mundo e da liberdade fez um cruzeiro pela história da filosofia e da ciência social. Mas não partiu a esmo; escolheu as terras que percorreria: teorias, sistemas, livros, autores...

Esta obra tem três partes, etapas da mesma rota: 1.ª — *O Problema da Liberdade*; 2.ª — *Posição e Oposição das Escolas*; 3.ª — *A Criação da Ordem Humana*, com o seguinte subtítulo: *Esboço de uma Teoria Natural do Direito*. A primeira contém o ponto de partida do escritor, o desafio que o pôs em movimento: *Termos em que se coloca o problema*. Vejamos, em suas palavras, alguns acicates dessa aporia: "De todos os fenômenos do Universo, o que mais nos deve maravilhar é o da liberdade humana. Quando, no espaço e no tempo, desde o primeiro princípio até o último fim, e desde o ínfimo até o máximo dos seres, tudo se acha ordenado e dirigido, de um

1. *A Criação do Direito*, 2 vs., São Paulo, 1953; *Filosofia do Direito*, 2 vs. São Paulo, 1965; e *O Direito Quântico*, São Paulo, 1.ª ed., 1971, 5.ª ed. 1980. Neste trabalho a sigla CD indica o primeiro livro, FD o segundo e DQ o último.

modo inflexível e fixo, invariável e eterno, haverá realmente lugar para o que os homens denominam sua liberdade? No campo da Filosofia do Direito, essa é a questão que transcende todas as demais. Se a liberdade do homem realmente existe, nada, nas sociedades humanas, sobrelevará em importância o direito, que seria a disciplina da liberdade. Mas se esta não existe, o direito passa a ser uma fantasia vã". [2]

Filósofo, o jovem professor GOFFREDO TELLES JR. não teme renovar e repetir aquelas perenes perguntas: "Afinal, que é o homem dentro do Universo?... Mas, que é o mundo?" [3]. Buscando respostas a essas questões e a outras semelhantes, o autor explora a história do pensamento filosófico e jurídico segundo um plano dialético, sem por isso promover a dialética a processo universal do ser e do *logos*, como demasiado freqüentemente se tem feito desde HEGEL. A sua opção pela *démarche* dialética é tributária de ARISTÓTELES e descendência: é um modo de por em relevo e de melhor examinar as opiniões que assim se opõem e contrastam. Não é a dialética absolutista que se converte numa forma de prodígio e de magia, abarcando, em seu processo inexorável ou *divino*, tanto o movimento da razão lógica como o determinismo da natureza.

O nosso filósofo, na tela da primeira parte deste livro, destinada a provar a existência da liberdade, desenha-nos o desdobrar-se das idéias no tempo historiográfico, repartindo-as em dois monismos distintos, opostos por suas características: o materialista e o espiritualista. Exemplifica o primeiro com TOBIAS BARRETO, que de fato tão bem resume as correntes materialistas do seu século, com algum ingrediente metafísico a mais. Tipifica, por outro lado, o monismo espiritualista na solitária figura de ESPINOSA, de cuja obra consegue extrair síntese suficiente ao objeto da sua pesquisa, que é, mais precisamente, a determinação da existência e da possibilidade da liberdade. TOBIAS e ESPINOSA, cada qual em sua medida própria, soçobram nas contradições do seu monismo. Anterior às incongruências internas de uma e outra doutrina, aquém da contrariedade que as opõe como congérie (TOBIAS) e sistema (ESPINOSA), o dualismo de DESCARTES é também conduzido, em seguida, a seus limites e insuficiência. A crítica a LEIBNIZ e MALEBRANCHE vai levar-nos ainda a resultados negativos, por não satisfazerem à coerência teórica ou prática.

2. CD, pp. 9-10.
3. CD, p. 12.

O desenvolvimento do resumo e da crítica daquelas filosofias, examinadas na *Criação do Direito*, pode ter suas conclusões ilustradas sucintamente mediante passagens do próprio texto. Eis como o professor paulista apanha TOBIAS BARRETO em contradição: "No Universo, há uma só lei, que é a lei da natureza; mas além desta lei, outra existe, que é a lei do direito, feita para torcer e ajeitar a natureza..." [3]. Em favor de TOBIAS, contudo, poder-se-ia talvez dizer que a chave da sua coerência estaria no princípio ou lei da evolução, constituindo a *cultura* (de que o direito é parte) uma forma de *transformação* da própria *natureza*. Concluindo sobre ESPINOSA, o autor endossa DEL VECCHIO [4]: "Não é difícil dar-se conta de que, havendo Spinoza identificado o direito natural com o poder e a necessidade física, tal identificação equivale à pura e simples negação daquele pretendido Direito. A total supressão dos valores jurídicos, a ausência de todo critério e de toda regra de comportamento é a conseqüência da redução do ser humano ao conceito da necessidade universal"

Embora não se tenha comprometido com uma ou outra direção monista, que terminaria no impasse da matéria ou do espírito isolados, a pesquisa de DESCARTES foi impotente para encontrar a ponte exigida pelos abismos que cavou entre o corpo e a alma, o conhecimento e a vontade, a física e a moral. Todavia, se o dualismo lhe permitiu preservar, em princípio, a liberdade como "poder positivo de se determinar" [5], DESCARTES não conseguiu desatar o nó górdio do seu sistema, constituído pela relação entre as substâncias espiritual e material, e, em conseqüência, entre a alma e o corpo. A liberdade, que é só do espírito, reduz-se assim à ineficácia por sua incapacidade de agir sobre a matéria, isto é, de modificar o processo natural necessário. E a *Criação do Direito* [6] conclui em cima de um texto cartesiano: "Não me informo, agora, sobre se os anjos e os pensamentos dos homens têm a força de mover os corpos; é uma questão que reservo para o tratado que espero fazer a respeito do homem". Mas a antropologia de DESCARTES não trouxe a esperada solução do problema crucial. Ora, essa mesma dificuldade, acrescentamos, tinha de se projetar sobre o plano social, onde, *ad instar* do composto humano, o estado jurídico aparece como espécie de união entre corpo e alma, ou

4. CD, p. 19.
5. CD, p. 45.
6. CD, p. 56.

melhor, entre a sociedade civil e a justiça [7]. Esta virtude participaria da essência do espírito e da liberdade, enquanto o social seguiria sujeito à necessidade das leis naturais.

Como se pode ver na seqüência da exposição do livro que examinamos, as doutrinas do *paralelismo* de ESPINOSA, da *harmonia preestabelecida* de LEIBNIZ e do *ocasionalismo* de MALEBRANCHE não passam de engenhosas mas frustradas tentativas de encontrar solução para o problema, cujos dados e dificuldades se tornaram claros na sua oposição a DESCARTES.

Dir-se-á, a esta altura, que o Dr. GOFFREDO TELLES JUNIOR poderia ter acompanhado esses ilustres filósofos, por seus meandros e intimidades, com mais paciência e simpatia, até saturar-se passivamente do seu pensamento, como fazem os bons historiadores, que "à força de comer castanhas, em castanhas se transformam"... Mas o nosso professor não está a fim de fazer só história. Se as idéias historizadas são a matéria de sua reflexão (como queria LÉON BRUNSCHVICG), esta se exerce com inflexível crítica. Ele não se detém nas idéias dos outros senão o tempo de sopesá-las, para sentir em que medida o ajudam a investigar e penetrar a realidade e seus problemas. Afinal, nada melhor, para testar as intuições próprias, do que esfregá-las nas teorias alheias. E nada melhor, para conhecer as verdades descobertas por outrem, do que rastreá-las com o faro do seu interesse, que exprime o temperamento e a vocação. Ninguém procura a verdade das coisas sem tê-la antes, de alguma forma, pressentido. Quando se caminha ao encontro de uma solução satisfatória, isto é, original, tem-se que percorrer, e até destruir, muitas respostas e propostas.

Foi assim que o nosso professor enfrentou o seu KANT, ainda na primeira parte da *Criação do Direito*, no mesmo estado de entusiasmo e de crítica. Como antes, emprega seu costumeiro método, que consiste em dar a volta a toda uma filosofia, fazendo o balanço de suas grandes articulações (teorias do conhecimento, do ser, ética, etc.), para afinal fazer convergir as diversas perspectivas sobre o mesmo ponto visado: o fundamento da liberdade e do direito. De modo que a teoria jurídico-política vem a aparecer como resultante dos pressupostos gerais, dos primeiros princípios, ou então, explicar-se, muito naturalmente, pelo lugar que ocupa no conjunto e as relações que mantém com as demais partes de um sistema.

7. CD, p. 59.

Não me propus aqui resenhar os livros do Professor GOFFREDO TELLES JR., resumindo os autores e correntes que constituem objeto do seu estudo. Meu objeto é o seu pensar *pensado* e o seu pensar *pensando*: idéias, originalidade, métodos, procura, intenções..

Depois de compendiar rigorosa e vigorosamente a *Crítica da razão pura*, eis o professor a tirar dela os princípios formais da antropologia e da ética do filósofo regismontano, retomando por fim, na segunda parte do livro, a concepção kantiana da liberdade e do direito. Não o satisfaz, porém, o formalismo da *razão prática*, como não o convencera o intelectualismo e o hipotético da *razão pura*. Reconhecendo embora que o grande mérito de KANT está em ter *demonstrado*, de modo *universalmente válido*, que a experiência é condição da ciência [8], rejeita a conseqüência, que ele daí deduziu, ou seja, que "a existência da alma não pode ser demonstrada por experiência" [9]. Ora, se o direito é disciplina da liberdade, esta é atributo da alma. Mas se a alma não pode ser conhecida na experiência, onde apenas se manifestam *fenômenos*, é forçoso concluir que a liberdade, fundamento do direito, participa, como o espírito, da natureza do *númeno*. Escapando pois ao alcance da ciência, "a liberdade e o direito pertencem mais à esfera da crença e da religião". [10] Mas o ânimo perquiridor do mestre brasileiro, apoiado confiantemente no mais íntimo *sentimento*, abre seu próprio caminho para dizer com modéstia: "Mas, ouso perguntar, quem se convenceu de que a existência da alma não pode ser demonstrada por experiência?" [11]. Então, como que olhando em torno o horizonte, parece divisar na forma coeva do intuicionismo uma esperança de saída: "A obra de Henri Bergson nos servirá de roteiro." [12]

O encontro do Dr. GOFFREDO TELLES JR. com a filosofia de BERGSON estava, digamos assim, prefigurado no temperamento do escritor brasileiro, no qual descobrimos, com efeito, duas tendências convergentes: uma para o sentimento da ciência, outra para a ciência do sentimento. Querem provas dessa dupla inclinação? Ei-las, ainda na *Criação do Direito*. Representação da primeira tendência: "Na verdade, tudo é prodígio e maravilha — seja o movimento dos electrons dentro do átomo,

8. Cf. PIERRE MESNARD, *Essai sur la morale de Descartes*, Paris, 1936, p. 226.
9. CD, p. 103.
10. CD, p. 105.
11. CD, p. 104.
12. CD, p. 105.

seja a rota das estrelas nos espaços celestes, seja a liberdade do Homem sobre a Terra" [13]. Ilustração da segunda: "Petrazycki (. .) demonstrou que o direito autêntico é uma expressão do amor. O certo é que o direito, como o amor, tem a sua fonte originária no coração dos homens" [14]. Como em BERGSON, há nessas frases, se não um lirismo, pelo menos a subjetivação ou humanização de conceitos científicos, ao mesmo tempo que a verificação do papel da intuição no conhecimento científico do direito.

Com efeito, depois da filosofia neo-escolástica, BERGSON foi decerto fonte decisiva do pensamento do Professor GOFFREDO TELLES JR.. Ficou-lhe daquela indelével revestimento básico, à semelhança da camada de argamassa do afresco, sobre a qual, depois, o pintor lança e deixa embeberem-se as tintas que o seu talento escolhe. Sentem-se, ao longo destes escritos, o cuidado e o tempo que o mestre dedicou aos estudos, quer propedêuticos, quer substanciais, da tradição escolástica renovada. Esta influência formadora efetuou-se através do aprendizado da linguagem filosófica, da técnica lógico-formal e da arte de pensar, bem como da assimilação das noções e conteúdos que compõem o cerne dessa escolástica, que se poderia qualificar (sem conotação valorativa) de *perennis*. O seu *Tratado da Conseqüência* documenta esse labor, como um honesto exercício didático.

Em BERGSON o professor de São Paulo viu pois um filósofo que seguia adiante dele mas na mesma direção; que tinha acumulado a prestigiosa ciência do tempo, sem dela cair cativo; que acrescentava ao corpo, no processo mecânico, o *suplemento de alma* de que o homem carecia para preservar e fundar a liberdade. Ao mesmo tempo, reconhecia no bergsonismo a vindicação do ser enquanto vida, contra o absolutismo da razão enquanto forma (abstrata). Sobre o mural escolástico, sobre as linhas da ciência e as cambiantes dos sistemas, é ver então o nosso autor espalhar os fortes tons do *impulso vital*: duração, consciência, intuição, liberdade, criação.

O que, no pensador da *Evolution créatrice* atrai o autor da *Criação do Direito* não é a sedução do estilo ou a tentação do indeterminado, mas a evidência de que o mestre do Collège de France conseguia provar experimentalmente, contra a metafísica abstrata e o cientismo materialista: 1. a irredutibilidade

13. CD, p. 138.
14. CD, p. 606.

do espírito à atividade física; 2. a existência da liberdade acima da causalidade material [15]. Mas, outro aspecto dessa filosofia, capital para a compreensão do pensamento que estudamos, deve ter confirmado o professor em sua convicção: a legitimidade da vida interior, a autenticidade reveladora da *consciência íntima do tempo*. De fato, é nessa experiência espontânea do *eu*, do próprio ser entregue à duração, que ele confessa identificar a liberdade: "Dentro de mim, sempre senti, provindo de regiões ignotas, mas dominando todo meu ser, como a se manifestar em cada uma das células de meu corpo, a seiva quente de uma liberdade sempre viva. Quem haverá que não experimente esse mesmo sentimento" [15A]

Parece que aí tocamos a rocha firme do pensamento (ia escrevendo: do *sentimento*...) do professor GOFFREDO TELLES JR.

Nas páginas que precedem não buscamos descobrir ou *estabelecer as premissas* do autor em exame. Apenas procuramos acompanhar o movimento do seu espírito no curso da pesquisa decisiva de sua carreira, tal como ficou registrada na *Criação do Direito*. A essa etapa de seu desenvolvimento cultural pode-se bem denominar *orientação*, no sentido que KANT deu ao termo (no opúsculo de 1786: *Que significa: orientar-se no pensamento?*) É um amplo "tour d'horizon", em que se exploram problemas e soluções possíveis, a fim de, reconhecido o terreno e determinados os pontos de referência, partir no rumo de seu próprio objetivo.

Assim, ao cabo dessa *primeira parte*, já está o nosso jovem professor de posse de alguns critérios teóricos para prosseguir no trabalho crítico que a existência lhe impunha, no esforço de provar a liberdade e definir a origem e a essência da norma jurídica. Esta *segunda parte*, a que dá o título de *Posição e Oposição das Escolas*, divide nos seguintes capítulos: I. *Contratualismo e Historicismo;* II. *O Direito Metafísico;* III. *O Direito Sociológico;* IV *O Direito Psicológico;* e V *O Direito Institucional*. Cada um desses títulos abrange uma variedade de doutrinas, que o autor trata dialeticamente, opondo-as para melhor discutí-las e rebatê-las, sempre em função das questões que interessam aos fins da investigação empreendida. Através dessa crítica, por vezes áspera, oferecem-se ao leitor as condições *ótimas* para o conhecimento dos problemas estudados e das

15. CD, p. 137; e a reiteração à p. 525.
15A CD, p. 115.

linhas dominantes de cada teoria, assim postas energicamente em relevo.

Note-se que o livro revela, em sua maior extensão, a observância da regra de ouro da pedagogia universitária, que reside em estudar diretamente os grandes autores na sua própria obra. Tal norma só é precedida e só se subordina, hierarquicamente, àquele preceito que E. HUSSERL formulou nestes termos: "ir às coisas mesmas". Claro está que a evidência desses princípios desde sempre repousou na natureza do homem.

A *segunda parte*, pois, passa em revista certo número de doutrinas, procurando as soluções que propuseram ao problema da gênese e da natureza do direito. A *terceira* e última parte registra o esforço do autor de dar, mesmo que seja em esboço, solução própria e geral ao problema que se pôs. Cumpre verificar, ao fim, se o conseguiu.

A análise que deparamos do pensamento de ROUSSEAU mostra bem a intimidade do professor GOFFREDO TELLES JR. com a obra do revolucionário genebrino, desde suas audaciosas teorias, sua maneira personalíssima de filosofar, até alguns pormenores anedóticos de seu caráter. Contudo, o racionalismo de ROUSSEAU, ao lado do de KANT, como também os exageros do contratualismo artificial são segura e firmemente denunciados pelo professor paulista, à medida mesma em que os vai expondo. Esta refutação é feita, em geral, em nome da realidade histórica e social. Ele se vale, freqüentemente, dos acertos de determinada doutrina para descobrir os defeitos da oposta, de modo que os erros se anulam no confronto e, às vezes, fica um resíduo comum de verdades. É o que faz, por exemplo, na comparação dialética de ROUSSEAU e os racionalistas, de um lado, com a escola histórica e a doutrina da contra-revolução, de outro. Cumpre anotar logo a plena consciência que tem o mestre do caráter apriorístico e irreal da chamada *escola do direito natural*, essa espécie de jusnaturalismo "sem natureza" ou desnaturado, que se situa como antípoda da teoria aristotélica *e* tomasiana do direito natural.

O auge porém da contundência crítica da *Criação* é atingido na análise do que apropriadamente chamou de *direito metafísico*, onde penetra o âmago do logicismo neokantiano. Sem poupar STAMMLER, junta-se a LEGAZ Y LACAMBRA para demolir o sistema lógico-lingüístico do normativismo formal da escola de Viena. Sua refutação de HANS KELSEN seria feroz se não assentasse, com lógica férrea, sobre a natureza das coisas. Sua dialética disseca e dilacera, golpe sobre golpe, as articula-

ções essenciais dos textos kelsenianos. A parte conclusiva deste capítulo é fundamental à compreensão, em profundidade, do pensamento do Dr. GOFFREDO TELLES JR. no seu conjunto. Sejam-nos permitidos, a seguir, alguns destaques. Resumindo o positivismo jurídico, a propósito de KELSEN: "Segundo eles (os positivistas), as causas, os fins, a razão de ser do direito não constituem problemas jurídicos. Os conceitos doutrinários de justiça, as concepções ideológicas da sociedade e do Estado, nada disto entra na esfera de competência dos juristas. Para o jurista, o direito é a norma positiva, seja ela qual for, contanto que haja sido promulgada em conformidade com o que estatui norma positiva anterior. Direito e natureza, direito e vida passam a ser, portanto, duas realidades paralelas, que jamais se encontram. Mas, em conseqüência, o direito se transforma num estranho castelo-fantasma, erguido no espaço, sem alicerces na realidade da existência humana" [16]

Prossegue: "E, desde logo, ressalta que desconhecer o fim do direito é impedir sua criação. Será necessário repetir que o fim é causa? Que arquiteto serei eu, se minhas obras são erguidas sem consideração do fim para que se destinam? (...) Ora, não é humano agir para nada" [17]

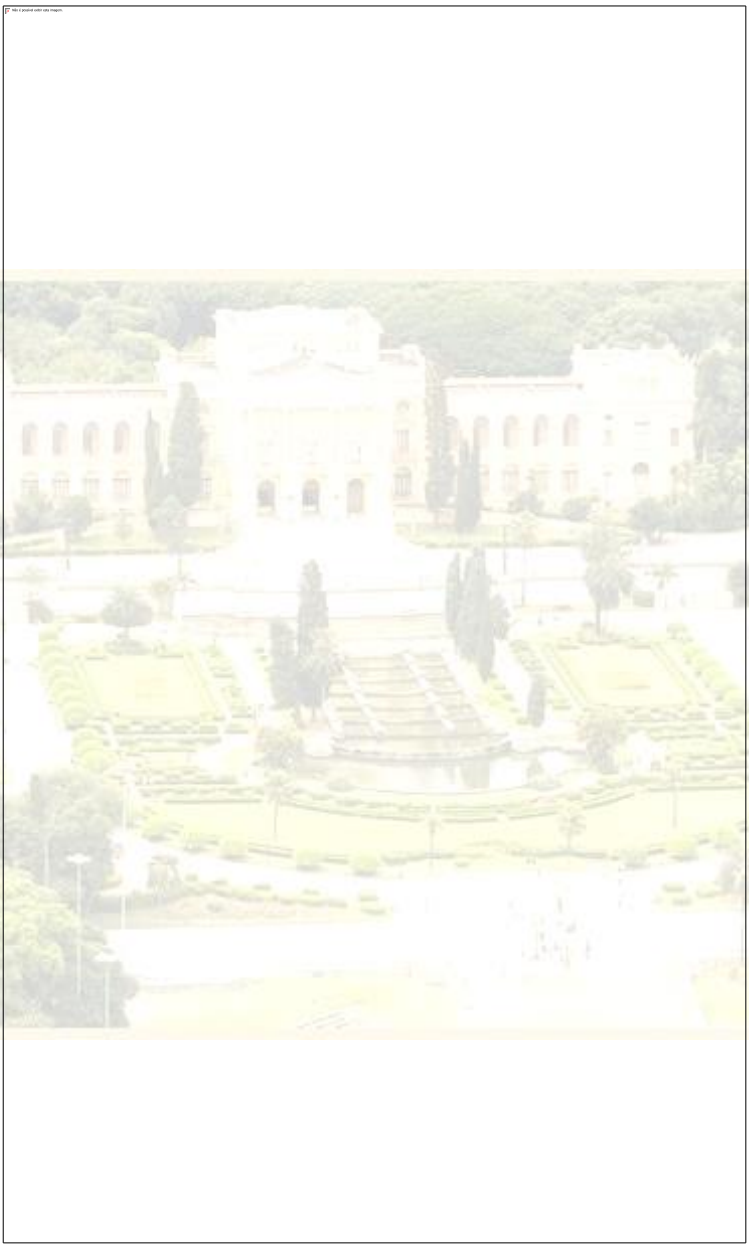
O movimento da argumentação, alcançando seu termo, lança finalmente, entre os escombros do *positivismo racional*, a fundação ontológica do direito sobre o desfundamento *(Abgrund)* do ser. E o faz do seguinte modo: "Esta doutrina, como também o racionalismo, permite que se atribua o conceito do direito ao justo e ao injusto, à verdade e ao erro. Nada mais é preciso acrescentar para que fique patenteado que racionalismo e positivismo constituem, em suma, duas construções cerebrinas, sem contato com o mundo do *ser* — como se o *dever ser* e o direito não existissem, em última análise, para o *ser*; como se o *ser*, não nas suas aparências circunstanciais, mas em sua realidade profunda, autêntica e natural, não encerrasse a razão última do *dever ser* e do direito" [18].

Tenho certeza de que um representante do pensamento existencial, situado na confluência do direito natural aristotélico-tomasiano com a filosofia heideggeriana do ser, subscreveria serenamente essa tomada de posição.

16. CD, p. 243.
17. CD, pp. 243-244.
18. CD, p. 244.











A IMPORTÂNCIA DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS NO CENÁRIO HÍDRICO BRASILEIRO

THE IMPORTANCE OF UNDERGROUND WATERS IN THE BRAZILIAN'S WATER SCENERY

Luciana Cordeiro de Souza-Fernandes [1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-4754-1010

Submissão: 29/07/2020 Aprovação: 30/08/2020

RESUMO:

As águas subterrâneas são utilizadas pela humanidade há milênios, e apesar disto, ainda é tida como 'água invisível'. A água subterrânea é parte componente do ciclo hidrológico, tendo sua proteção legal no Direito Ambiental brasileiro, e, constitucionalmente, compete aos estados da federação, legislar para proteção dos aquíferos em seus territórios. Ainda mais, porque os dois maiores aquíferos do planeta se encontram sob o território nacional, necessitando a integração dos aspectos urbanísticos e ambientais para sua proteção.

PALAVRAS-CHAVE: Aquíferos. Águas invisíveis. Legislação ambiental. Sistema Aquífero Guarani. Aquífero Alter do Chão.

ABSTRACT:

Groundwater has been used by mankind for millennia and, despite this, it is still considered "invisible water". Groundwater is part of the hydrological cycle, having its legal protection in the Brazilian Environmental Legislation, and, constitutionally, it is up to the states of the federation to legislate for the protection of aquifers in their territories. The two important aquifers on the planet are located in national territory, requiring the integration of urban and environmental aspects for their protection.

KEYWORDS: Aquifers. Invisible water. Environmental law. Guarani Aquifer System. Alter do Chão Aquifer.

[1] Professora de Direito da Faculdade de Ciências Aplicadas – FCA/UNICAMP e do Programa de Pós Graduação em Ensino e História das Ciências da Terra (PEHCT) do Instituto de Geociências, UNICAMP. Doutora e Mestra em Direito Ambiental pela PUCSP. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ/Unicamp AQUAGEO Ambiente Legal. Advogada, Parecerista e Consultora Ambiental. Sócia Fundadora da APRODAB. E-mail: lucord@unicamp.br

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Desde 1950, terras secas aumentaram quase 2% em todo o mundo por década, segundo dados da ONU. As secas têm afetado principalmente as regiões do Chipre, da África e do Sahel, EUA, México, Brasil, partes da China e da Índia, Rússia e o sudeste da Europa. Além disso, 168 países afirmam ser afetados pela desertificação, um processo de degradação do solo em terras secas que afeta a produção de alimentos e é agravado pela seca[2].

Segundo a UNESCO (2013), a humanidade não pode prosperar sem a cooperação no manejo da água, e o desenvolvimento da assistência pelos recursos hídricos envolve uma abordagem que reúne fatores e disciplinas culturais, educacionais e científicas e deve cobrir diversas dimensões: religiosa, ética, social, política, legal, institucional e econômica, tanto que o ano de 2013 foi declarado pelas Nações Unidas, o 'Ano Internacional de Cooperação pela Água', com o objetivo de conscientizar sobre a necessidade de cooperação por esse recurso e sobre os desafios no que diz respeito à gestão da água.

Entretanto, o que realmente tem sido feito para proteção das águas superficiais e subterrâneas, a escassez poderá ser tornar realidade. Em 2018 foi previsto o "Dia Zero"[3], com a apresentação de uma relação de cidades no planeta, onde a água poderia secar a partir de julho de 2018. Felizmente ações foram empreendidas e este cenário não se confirmou, mas estas populosas cidades ainda sofrem com estresse hídrico e, em algumas regiões, até com a escassez.

[2] AGUAONLINE. Disponível em <http://www.aguaonline.com.br/materias.php?id=3606&cid=14&edicao=560>. Acesso em 16/06/2020.

[3] O 'Dia Zero' havia sido estabelecido com uma lista de 11 cidades onde haverá seca total, a começar pela Cidade do Cabo na África do Sul, a qual possui uma densidade populacional de 4 milhões de habitantes, com limitada de 50 litros de água diária sob pena de descumprimento, contra os anteriores 87 litros estabelecidos, e esta previsão estabelece que em julho de 2018 não haverá mais água, ou seja, as torneiras secarão na Cidade do Cabo. Segundo este estudo, este cenário se repetirá nas cidades do México (México), São Paulo (Brasil), Miami (EUA), Bangalore (Índia), Jacarta (Indonésia), Pequim (China), Istambul (Turquia), Londres (Inglaterra), Moscovo (Rússia) e Tóquio (Japão).
Nuno Patricio, Dia Zero. O momento em que as torneiras vão secar na Cidade do Cabo. Disponível em: <https://www.rtp.pt/noticias/mundo/dia-zero-o-momento-em-que-as-torneiras-vao-secar-na-cidade-do-cabo_es1058105>. Acesso em 17/06/2020. Vide também: O dia zero da Cidade do Cabo e as 11 cidades que podem ficar sem água. Disponível em: <https://observador.pt/2018/02/12/o-dia-zero-da-cidade-do-cabo-e-as-11-cidades-que-podem-ficar-sem-agua/>. Acesso em 17/06/2020.

Neste sentido, também temos o chamado Abismo Climático[4] - aumento do CO^2 pelo desmatamento e queimadas para expansão de áreas de produção de carne e grãos visando atender mercado internacional – também é um fato alarmante, posto que se o desmatamento da Amazônia continuar neste patamar, isto afetará dezenas de milhões de pessoas da América do Sul, em razão do sistema de gerenciamento da água pela floresta, ocasionando aos moradores da região sul do Brasil, do Uruguai e de áreas da Argentina e Paraguai um cenário de seca também, a ser contabilizado como Dia Zero em algumas décadas, se não houver reversão do desmatamento nesta área.

Importa ressaltar que quando falamos em água, estamos a falar, notadamente, das águas doces que se encontram na superfície e no subsolo do planeta. O Brasil detém cerca de 13% desta riqueza, possuindo em seu território o rio mais caudaloso do planeta – rio Amazonas, e os maiores aquíferos da Terra - tanto em volume de água como em extensão territorial, o Aquífero Alter do Chão e o Aquífero Guarani, respectivamente.

A riqueza e a beleza hídrica presente no território brasileiro são inigualáveis. Apesar disto, diante da dimensão continental do país, evidenciam-se cenários de estresse e de escassez hídrica, decorrentes da variabilidade territorial da disponibilidade hídrica; do grande adensamento populacional em algumas regiões, comprometendo os mananciais em razão das diversas atividades econômicas, como agricultura, pecuária e indústria; ao desperdício e a poluição deste bem da vida, entre outros tantos fatores.

> *Neste sucinto panorama, vale destacar alguns dos grandes números da água doce no Brasil, o rio mais caudaloso do mundo é o Amazonas com 6675 km e que percorre mais de 3000 km em território brasileiro até alcançar o Oceano; o maior aquífero mundial em volume de água é o Alter do Chão com 86.000 m^3 estimados, localizado sob os estados do Amazonas, Pará e Amapá na Região Norte; o maior aquífero em extensão territorial é o Sistema Aquífero Guarani que possui uma área de 1.087.879 km e é compartilhado com a Argentina, Paraguai e Uruguai, sendo que o Brasil detém 61,65% de sua extensão; o*

[4] Reinaldo José Lopes, Abismo climático na Amazônia se aproxima, dizem cientistas. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2018/02/abismo-climatico-na-amazonia-se-aproxima-dizem-cientistas.shtml>. Acesso em 17/06/2020.

Pantanal[5]*, imensa planície inundável na Região Centro Oeste possui uma área aproximada de 150.355 km; a cachoeira Araçá, localizada na Serra do Araçá no município de Barcelos – AM - conta com 365 m de altitude; as Cataratas do Iguaçu, conjunto de cerca de 275 quedas de água no rio Iguaçu, localizada entre o Parque Nacional do Iguaçu no Paraná e o Parque Nacional Iguazú em Misiones, na Argentina, na fronteira entre os dois países, entre outra riquezas hídricas presentes em seu território*[6]*.*

E será sobre as águas subterrâneas, sua importância no cenário hídrico brasileiro que repousará este trabalho.

2. DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

Quase toda a água subterrânea existente na Terra tem origem no ciclo hidrológico, isto é, sistema pelo qual a natureza faz a água circular do oceano para a atmosfera e daí para os continentes, de onde retorna, superficial e subterraneamente, ao oceano. Esse ciclo é governado, no solo e subsolo, pela ação da gravidade, bem como pelo tipo e densidade da cobertura vegetal e na atmosfera e superfícies líquidas (rios, lagos, mares e oceanos) pelos elementos e fatores climáticos, como por exemplo, temperatura do ar, ventos umidade relativa do ar (função do déficit de pressão de vapor) e insolação (função da radiação solar), que são os responsáveis pelos processos

[5] IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/21052004biomashtml.shtm>. Acesso em 04/05/2016.

[6] Luciana Cordeiro de Souza-Fernandes. Águas doces e a responsabilidade civil ambiental. Águas doces e a responsabilidade civil ambiental. In: 21 Congresso Nacional de Direito Ambiental, 2016, São Paulo. Jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no século XXI. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016. v. 1. p. 163-180.

> *de circulação da água dos oceanos para a atmosfera, em uma dada latitude terrestre*[7].

Cumpre destacar que a UNESCO estima que os aquíferos do mundo que participam mais ativamente do mecanismo de renovação das águas da Terra, estocam cerca da 10,3M km³ do volume total de água doce da Terra (34,6M km³) e a sua contribuição aos fluxos dos rios é de 13.000 km³/ano. Por sua vez, a demanda total de água – consumo humano, industrial e irrigação – da humanidade no ano 2000 era estimada em apenas 4.000 a 5.000 km³/ano. O Programa Hidrológico Internacional (PHI) da UNESCO, há 10 anos estimava que entre 600 e 700 km³/ano são extraídos pelos poços, para abastecimento de 50% do consumo de água potável do mundo, 40% das demandas das indústrias e 20% da agricultura irrigada, e, com certeza, estes números hodiernamente aumentaram. Regra geral, a falta de qualidade construtiva e operacional de grande parte dos poços favorece a ideia de que a sua utilização é pouco confiável como obra de produção de água, afirma Rebouças[8], o que por vezes, transforma a água subterrânea em água de segunda classe.

Nas últimas décadas, em diversos países, tem-se tornado evidente a importância das águas subterrâneas, tanto para o abastecimento das populações como para outros usos, daí a importância deste estudo.

Segundo dados informados pela ABAS[9] - Associação Brasileira de Águas Subterrâneas,

> *Assim como a distribuição das águas superficiais é muito variável, a das águas subterrâneas também é, uma vez que elas se inter-relacionam no ciclo hidrológico e dependem das condições climatológicas. Entretanto, as águas subterrâneas (10.360.230 km³) são aproximadamente 100 vezes mais abundantes que as águas superficiais dos rios e lagos (92.168 km³). Embora elas encontrem-se armazenadas nos poros e fissuras milimétricas das rochas, estas ocorrem em grandes extensões, gerando grandes volumes de águas subterrâneas na ordem de,*

[7] MANOEL FILHO, João. Ocorrências das águas subterrâneas. Hidrogeologia – conceitos e aplicações, p. 13.
[8] REBOUÇAS, Aldo da Cunha. "Ano Mundial da Água (VIII)". Disponível em: <http://www.abas.org.br/abasinforma/141/paginas/03.htm>. Acesso em 25/01/2018.
[9] ABAS. Disponível em: <http://www.abas.org/educacao.php>. Acesso em 07/05/2018.

> *aproximadamente, 23.400 km^3, distribuídas em uma área aproximada de 134,8 milhões de km^2 (SHIKWMANOV, 1998), constituindo-se em importantes reservas de água doce.*

3. AS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS DO BRASIL

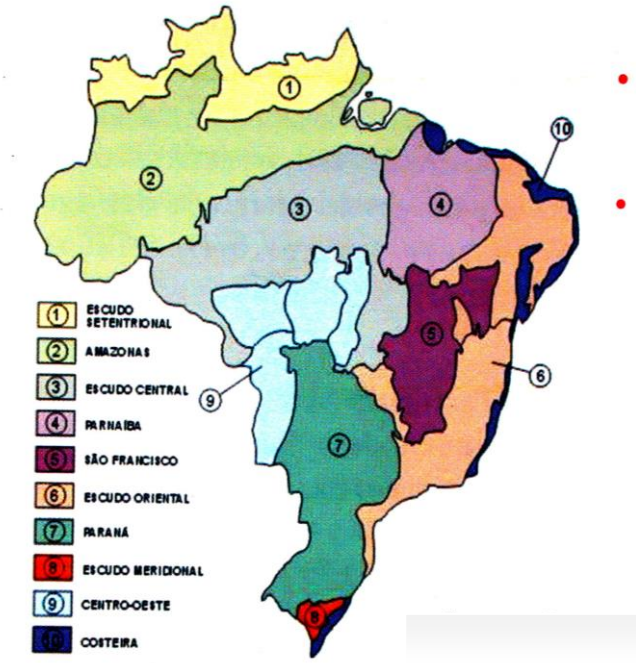
Apesar da geologia do Brasil ser considerado como uma das mais recentes do planeta, pois data de milhões de anos, sua estratigrafia é jovem em relação à do velho continente, possuindo uma imensa quantidade de água subterrânea de excelente qualidade e, por não dispor de dados suficientes e de um controle adequado para sua utilização, exsurge um quadro de usos irregulares dessas águas, super exploração/explotação[10] em algumas regiões, desperdício em outras, milhares de poços irregulares e uma constatação reiterada de casos de poluição e de contaminação desses recursos.

No território brasileiro para facilitar o estudo das águas subterrâneas criou-se regiões homogêneas (combinação de fatores geológicos, geomorfológicos e climáticos), formando 10 províncias hidrogeológicas[11] (Figura 1), a saber: Escudo Setentrional, Escudo Central, São Francisco, Escudo Oriental, Escudo Meridional, Centro Oeste, Amazonas, Paraíba, Paraná e Costeira, que comportam sistemas aquíferos.

[10] Cotidianamente, usam-se as duas denominações quanto à extração da água subterrânea, porém, esclarecemos que tecnicamente, exploração significa fazer o estudo da jazida; enquanto explotação é que se refere à retirada a água subterrânea.

[11] No MMA/SRH é possível encontrar a descrição de cada uma destas províncias hidrogeológicas. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=167&idConteudo=8112>.

Figura 1. Províncias Hidrogeológicas do Brasil



Os limites dessas províncias não coincidem necessariamente com os das bacias hidrográficas, estas províncias são regiões onde os sistemas aquíferos apresentam condições semelhantes de armazenamento, circulação e qualidade de água[12].

Na Província Hidrogeológica do Paraná, nas regiões hidrográficas do Paraná, Paraguai, Uruguai e Atlântico Sul, está situado o Sistema Aquífero Guarani (SAG)[13], um dos maiores aquíferos do mundo. O Aquífero Guarani[14] é um reservatório de água subterrânea. Trata-se de um conjunto de rochas arenosas localizadas por baixo do nível do terreno com água em seus poros e fendas. Estas rochas depositaram-se neste lugar há aproximadamente 245 e 144 milhões de anos.

Costuma-se dizer que o aquífero é transfronteiriço porque está localizado sob o território de quatro países sul-americanos: na Argentina sua extensão é de 225.500 km², no Brasil de 840.000 km², no Paraguai de 71.700 km² e no Uruguai 58.500 km² totalizando

[12] MMA, Águas subterrâneas – Um recurso a ser conhecido e protegido, p. 22.
[13] SOUZA, Luciana Cordeiro de. Águas Subterrâneas e a Legislação Brasileira, Curitiba: Juruá, 2009, p. 53-68.
[14] Batizado em homenagem à população indígena que dominava a Bacia Platina, na época do descobrimento da América, o Aquífero Guarani é um dos maiores reservatórios de águas subterrâneas do mundo, com 50 mil km³ de água doce, armazenada em uma área de 1,2 milhões de km² da Bacia do Paraná e parte da Bacia do Chaco – Paraná.

1.200.00 km^2 ao sudeste da América do Sul, entre 12º e 35º de latitude sul e 47º e 65º de longitude oeste, área equivalente aos territórios da Inglaterra, França e Espanha juntos[15].

Sendo distribuído sob o território brasileiro entre oito Estados, com as seguintes áreas territoriais em cada um destes estados[16]: Mato Grosso do Sul = 213.200 km²; Rio Grande do Sul = 157.600 km²; São Paulo = 155.800 km²; Paraná = 131.300 km²; Goiás = 55.000 km²; Minas Gerais = 51.300 km²; Santa Catarina = 49.200 km²; e, Mato Grosso = 26.400 km².

A importância do Sistema Aquífero Guarani se traduz na vantagem de oferecer água de boa qualidade para os consumos doméstico, industrial e irrigação, principalmente. Além disso, em relação à captação, transporte e tratamento da água extraída dos rios, o custo da sua utilização, regra geral, é mais baixo, à medida que pode ser captada no local da própria demanda e a sua água não necessita ser previamente tratada para consumo doméstico, industrial ou agrícola. Todavia, alertamos que este importante manancial hídrico subterrâneo vem sofrendo com inúmeras fontes de contaminação.

> *Estudo financiado pelo Banco Mundial – PSAG- revelou que o Guarani não tinha tanta água assim como se pensava. "As pessoas diziam que era uma reserva de 30 mil km³ de água. Isso é irreal. Porque nós não temos acesso a toda essa água. Temos acesso, na área confinada, a cerca de 2,1 mil km³ - mais os 40 km³ de recarga anual", explica o geólogo Ricardo Hirata, da USP.*
>
> *Segundo ele, usamos anualmente cerca de 1 km³ de água do Guarani: 94 % no Brasil, 3% no Uruguai, 2% no Paraguai e 1% na Argentina. Cerca de 80% do total é usado para abastecimento público e 15%, para processos industriais*[17].

[15] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Aquífero Guarani: programa estratégico de ação = Acuífero Guaraní: programa estatégico de acción – Edição bilíngue. – Brasil; Argentina; Paraguai; Uruguai, p. 67.

[16] Idem.

[17] Karina Ninni. País faz mapeamento de águas subterrâneas. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,pais-faz-mapeamento-de-aguas-subterraneas-imp-,790652>. Acesso em 17/06/2020.

Todavia, pesquisas realizadas na Província Hidrogeológica do Amazonas identificaram o maior aquífero do planeta[18], o Aquífero Alter do Chão, exclusivamente brasileiro, que abrange parte dos territórios dos estados do Amazonas, Pará e Amapá, ainda pouco estudado e com riscos a contaminação. Apesar de contestações[19] de alguns estudiosos que afirmam que o maior aquífero se encontra na Austrália. A figura abaixo (Fig. 2) espacializa os maiores aquíferos do Brasil.

Figura 2. Maiores aquíferos do Brasil



3.1 IMPORTÂNCIA DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS NO BRASIL

A importância das águas subterrâneas no abastecimento da população brasileira se refere a sua utilização por mais da metade dos municípios brasileiros. De acordo com Hirata et al[20] a água subterrânea é o recurso natural mais extraído do subsolo brasileiro. O total de água bombeada, pelos mais de 2,5 milhões de poços tubulares, supera os 17.580 Mm3/ano (557 m3/s)[2], ou seja, volume suficiente para abastecer a cada ano a população atual

[18]O GLOBO. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2010/05/aquifero-alter-do-chao-e-o-maior-reservatorio-de-agua-do-planeta.html>. Acesso em 01/05/2020.
[19] ECODEBATE. Disponível em <http://www.ecodebate.com.br/2010/04/11/aquifero-alter-do-chao-no-norte-do-pais-pode-ser-o-maior-do-mundo/>. Acesso em 10/06/2020.
[20] Ricardo Hirata *et al*. Estudo de águas subterrâneas. 2019, p. 6.

brasileira ou 10 regiões metropolitanas do porte de São Paulo, o equivalente a 217 milhões de pessoas.

Inúmeras atividades econômicas utilizam as águas subterrâneas para suprir suas necessidades pelo país, sendo o seu uso distribuído entre atendimento doméstico (30%), agropecuário (24%), abastecimento público urbano (18%) e abastecimento múltiplo (14%), no qual o destino da água é em grande parte diversificado para a prestação de serviços urbanos. Alguns estados são mais dependentes desse recurso, destacando-se São Paulo, Piauí, Ceará, Rio Grande do Sul, Bahia e Paraná. Já para o uso rural, o principal estado usuário de águas subterrâneas é Minas Gerais, seguido de São Paulo, Bahia, Tocantins e Rio Grande do Sul, apontam os autores[21].

4. PROTEÇÃO LEGAL DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

A Constituição Federal brasileira dispõe no seu artigo 20, III, *in verbis*, "São bens da União: quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado..." E, no artigo 26, I, *in verbis*, "incluem-se, entre os bens dos Estados, as águas superficiais ou subterrâneas..."

As águas subterrâneas, constitucionalmente, conforme art. 26, I, são consideradas *bens dos Estados-membros*, ou seja, sua *gestão* deve ser feita pelo Estado–membro, então, caberá a cada unidade da federação (UF) a competência para legislar sua gestão e proteção.

Apesar do ditame constitucional previsto no Art. 26, I, somente 12 unidades da federação legislaram[22] especificamente sobre águas subterrâneas: São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Alagoas, Pernambuco, Maranhão e Pará. Nas demais UF foram criados leis, decretos, regulamentos e portarias voltados para as águas superficiais, que juntamente com a PERH, são utilizados nesta gestão.

Cabe anotar ainda, que há dispositivos legais de amplitude nacional que disciplinam sobre o tema, os quais devem ser observados na gestão da água subterrânea dos estados e DF, como a Resolução CONAMA 396/2008[23] que dispõe sobre a classificação e

[21] Idem.
[22] Em nossa última pesquisa eram somente 10 UF que possuíam regulamentações específicas
[23] Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=562>. Acesso em 24/02/2020.

diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas e dá outras providências; e o Anexo XX da Portaria de Consolidação GM/MS nº 5, de 28 de setembro de 2017, que dispõe sobre os procedimentos de controle e de vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade, e que sofreu recente alteração[24] pela Portaria GM/MS nº 888, de 04 de maio de 2021[25].

Nesta esteira de normativos legais, cumpre destacar o estado de São Paulo como pioneiro em legislar[26] sobre a preservação das águas subterrâneas com a Lei n.º 6.134, de 02 de junho de 1988, regulamentada pelo Decreto de n.º 32.955, de 7 de fevereiro de 1991. Outrossim, a Política Estadual de Recursos Hídricos - Lei nº. 7.663, de 30 de dezembro de 1991, teve seus artigos 9º a 13 referente à outorga de direitos de uso dos recursos hídricos subterrâneos, regulamentado pelo Decreto n.º 41.258, de 31 de outubro de 1996.

Tendo em vista a competência de cada estado em gerir as águas subterrâneas sob seu território, e o fato de que muitos ainda não legislaram sobre o assunto, convém listar somente os diplomas legais advindos da competência federal, como a Lei Federal n.º 6.938/1981 que estabeleceu a Política Nacional de Meio Ambiente, instituindo o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), que possui como órgão consultivo e deliberativo, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Sendo que a Lei Federal n.º 9.433/1997, ao regulamentar ao artigo 20, inciso III da Constituição Federal, institui a Política Nacional de Recursos Hídricos composta de fundamentos, princípios e instrumentos para gestão das águas superficiais e subterrâneas. Neste sentido, temos que, com exceção dos usos considerados isentos (art. 12, § 1º da Lei Federal nº 9.433/1997), a explotação das águas subterrâneas está sujeita à obtenção de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, e esse instrumento constitui o ato administrativo que define os termos e as condições mediante as quais o Poder Público permite, por prazo determinado, o uso de recursos hídricos.

[24] Estas alterações precisam ser analisadas e terão prazos de 12 e 24 meses para sua implementação. Em conversa com o especialista Ricardo Hirata, os novos parâmetros representam uma melhoria para a qualidade das águas subterrâneas.

[25] Esta Portaria está disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-888-de-4-de-maio-de-2021-318461562>. Acesso em 20/05/2021.

[26] Souza Fernandes & Oliveira, Coletânea da Legislação de águas subterrâneas do Brasil, 5 volumes, disponível em: < https://materiais.aguasustentavel.org.br/coletanea>. Acesso em 15/07/2020.

Destarte, as águas subterrâneas são bens de domínio estadual, portanto cabe aos órgãos e entidades estaduais gestoras de recursos hídricos autorizar a perfuração de poços e uso dos aquíferos[27], ou seja, outorgando os poços e a captação das águas subterrâneas em seu território.

E no tocante ao Sistema Aquífero Guarani, aquífero transfronteiriço internacional, compartilhado entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, foi firmado em 02/08/2010 um Acordo Internacional[28] entre os quatro países, em San Juan, República Argentina, para gestão compartilhada do Aquífero Guarani. No Brasil, foi ratificado por meio do Decreto 52/2017[29], publicado no Diário do Senado Federal de 23/2/2017. O Paraguai o último a ratificar, de forma que o Acordo somente passou a vigorar em 26/11/2020[30].

Neste evoluir legal, ainda há muito que fazer, e diversas legislações haverão de ser criadas para regulamentar dispositivos já existentes oferecendo efetividade e proteção às águas subterrâneas, notadamente com relação ao uso do solo sobre as áreas aquíferas com a participação dos munícipios no legislar o uso e ordenamento do solo, sobretudo em áreas de recarga de aquíferos.

5. CONCLUSÕES

Diante do grande potencial hídrico subterrâneo brasileiro, das legislações existentes e primando pela conservação desta importante fonte de água doce, utilizada desde tempos imemoriais, urge que encontremos e adotemos ferramentas capazes de oferecer uma efetiva proteção da qualidade e quantidade das águas subterrâneas, notadamente com relação ao uso do solo, uma vez que o Brasil já se tornou dependente desta fonte hídrica.

A Constituição Federal instituiu a água, onde quer se encontre, como bem ambiental de natureza difusa, e estabeleceu competência aos estados membros e ao Distrito Federal de *gerenciar* estas águas, legislando neste sentido. E também conferiu aos municípios a competência de bem ordenar o uso e a ocupação do solo, para proteção dos recursos naturais

[27] Ricardo Hirata et al. Estudo de águas subterrâneas. 2019, p. 10.

[28] Disponível em http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/acordo-sobre-o-aquiferoguarani e/ou <http://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Guarani_Aquifer_AgreementPortuguese.pdf>. Acesso em 20/06/2020.

[29] Disponível em <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=17688744&id=17688749&idBinario=17688753&mime=application/rtf >. Acesso em 20/02/2020.

[30] Disponível em: <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/el-26-de-noviembre-entra-en-vigor-el-acuerdo-sobre-el-acuifero-guarani>. Acesso em 05/11/2020.

presentes em seu território, daí o unir o direito ambiental ao urbanístico, na competência comum de todos os entes federativos no zelo pela proteção ambiental, notadamente das águas subterrâneas.

BIBLIOGRAFIA

ABAS. Disponível em <http://www.abas.org/educacao.php>. Acesso em 07/05/2020.

AGUAONLINE. Disponível em http://aguaonline.com.br, acesso em 23/05/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20/06/2020.

BRASIL. **Lei n.º 6983/1981.** Lei da Política Nacional de Meio Ambiente. Disponível em < http://wwww.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 17/06/2020.

BRASIL. **Lei n.º 9433/1997.** Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em <http://wwww.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9433.htm>. Acesso em 17/06/2020.

CONAMA. **Conselho Nacional de Meio Ambiente**. Disponível em <www.mma.gov.br/conama>. Acesso em 17/06/2020.

ECODEBATE. Disponível em <http://www.ecodebate.com.br/2010/04/11/aquifero-alter-do-chao-no-norte-do-pais-pode-ser-o-maior-do-mundo/>, acesso em 20/05/2020.

HIRATA, Ricardo *et al.* Estudo de águas subterrâneas. In: **A revolução silenciosa das águas subterrâneas no Brasil: uma análise da importância do recurso e os riscos pela falta de saneamento**. Brasília: Instituto Trata Brasil, 2019.

LOPES, Reinaldo José. **Abismo climático na Amazônia se aproxima, dizem cientistas**. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2018/02/abismo-climatico-na-amazonia-se-aproxima-dizem-cientistas.shtml>Acesso em 17/06/2020.

MANOEL FILHO, João. Ocorrência das águas subterrâneas. In: FEITOSA, Fernando A. C.; MANOEL FILHO, João. (coord.) **Hidrogeologia – conceitos e aplicações**. 2ª ed., Fortaleza: CPRM/REFO, LABHID-UFPE, p. 13-34, 2000.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Águas subterrâneas: programa de águas subterrâneas**. Brasília: MMA, 2001.

MRE (2020). **El 26 de noviembre entra en vigor el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní**. Disponível em <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/el-26-de-noviembre-entra-en-vigor-el-acuerdo-sobre-el-acuifero-guarani> Acesso 05/11/2020.

NINNI, Karina. **País faz mapeamento de águas subterrâneas**. Disponível em <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,pais-faz-mapeamento-de-aguas-subterraneas-imp-,790652> Acesso em 17/06/2020.

O GLOBO. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2010/05/aquifero-alter-do-chao-e-o-maior-reservatorio-de-agua-do-planeta.html>, acesso em 01/05/2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Aquífero Guarani: programa estratégico de ação** = Acuífero Guaraní: programa estatégico de acción – Edição bilíngue. – Brasil; Argentina; Paraguai; Uruguai. OEA, 2009. 424p.

REBOUÇAS, Aldo da Cunha. **Ano Mundial da Água (VIII).** Disponível em <http://www.abas.org.br/abasinforma/141/paginas/03.htm>, acesso em 25/01/2020.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. **Águas e sua proteção**. Curitiba: Juruá, 2004.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. **Águas subterrâneas e a Legislação brasileira**. Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA-FERNANDES, Luciana Cordeiro de. Águas doces e a responsabilidade civil ambiental. **Anais 21º Congresso Nacional de Direito Ambiental, 2016, São Paulo. Jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no século XXI**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, v. 1, 2016, p. 163-180.

SOUZA-FERNANDES, Luciana Cordeiro de; OLIVEIRA, Everton. 2018. **Coletânea da Legislação de águas subterrâneas do Brasil,** 5 v. Disponível em: <https://materiais.aguasustentavel.org.br/coletanea>. Acesso em 15/07/2020.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

COMÉRCIO ELETRÔNICO E OS IMPACTOS NAS CIDADES: ANÁLISE DO RELATÓRIO THE FUTURE OF THE LAST-MILE ECOSYSTEM DO FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL (JANEIRO 2020)

ELECTRONIC TRADE AND IMPACTS IN CITIES: ANALYSIS OF THE FUTURE OF THE LAST-MILE ECOSYSTEM REPORT OF THE WORLD ECONOMIC FORUM (JANUARY 2020)

Vanessa Vilela Berbel[1]
Debora Mattei[2]
Leonardo de Oliveira de Carvalho[3]
Kelvin dos Santos[4]
Tatiane Dutra Vilela[5]

Orcid: https://orcid.org/0000-0003-1060-3510
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3930-3717
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-0576-0554
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5667-0298
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-5661-4576

Submissão: 30/09/2020 Aprovação: 09/10/2020

[1] Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; mestre em Direito pela Universidade Estadual de São Paulo (USP); graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora Adjunta do Instituto Federal do Paraná – Campus Palmas. Atualmente é coordenadora-geral do sistema integrado de atendimento às mulheres em situação de violência/ central de atendimento à mulher - ligue 180, no âmbito do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Coordena o grupo de pesquisas em Direito e desenvolvimento Econômico do Instituto Federal do Paraná (Nyaya IFPR). vanessa.berbel@mdh.gov.br

[2] Formada no curso Técnico em Administração Integrado ao Ensino Médio pelo Instituto Federal do Paraná (IFPR) - Campus Coronel Vivida. E, atualmente, Acadêmica de Direito no Instituto Federal do Paraná (IFPR) - Campus Palmas. Integrante do grupo de pesquisas em Direito e desenvolvimento Econômico do Instituto Federal do Paraná (Nyaya IFPR). de_mattei@outlook.com

[3] Formado no curso Técnico em Administração Integrado ao Ensino Médio pelo Institito Federal do Paraná-Campus Avançado Barracão; Acadêmico de direito no Instituto Federal do Paraná - Campus Palmas. oliveira.leo@live.com

[4] Graduando em Direito pelo IFPR - Campus Palmas e, graduando em Gestão de Serviços Jurídicos e Notariais pelo Centro Universitário Internacional Uninter. Integrante do grupo de pesquisas em Direito e desenvolvimento Econômico do Instituto Federal do Paraná (Nyaya IFPR). klvn9499@gmail.com

[5] Formada no curso Técnico em Administração integrado ao ensino médio pelo Instituto Federal do Paraná - Campus Coronel Vivida (IFPR); Acadêmica de Direito no Instituto Federal do Paraná - Campus Palmas (IFPR). Integrante do grupo de pesquisas em Direito e desenvolvimento Econômico do Instituto Federal do Paraná (Nyaya IFPR). Tatiane Aparecida Dutra Vilela. tatianedutravilela@gmail.com

RESUMO:
O presente estudo objetiva analisar as externalidades e os impactos econômicos do e-commerce para as cidades, à luz do relatório do Fórum Econômico Mundial "The Future of the Last-Mile Ecosystem do Fórum Econômico Mundial", publicado em janeiro 2020, bem como o panorama do tratamento jurídico brasileiro destas consequências previamente regulado pela legislação brasileira.
PALAVRAS-CHAVE: Comércio. Internet. Externalidades. Cidades.

ABSTRACT:
This article aims to analyzes the externalities and economic impacts of e-commerce for the cities according to the World Economic Forum report named "The Future of the Last-Mile Ecosystem do Fórum Econômico Mundial" and published in january 2020, as well as the treatment determined for the brazilian legal system.
KEYWORDS: Commerce. Internet. Externalities. Cities.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo inicia-se com um passeio histórico sobre a origem do e-commerce até as relações atuais, demonstrando como sua ocorrência redelimitou os espaços geográficos do jurídico e, principalmente, das cidades. Após a revolucionária invenção de Samuel Morse, o telégrafo, o Intercâmbio Eletrônico de Dados (EDI), mola propulsora do comércio eletrônico, transformou a maneira de se sucederem as trocas de informações. Posteriormente, com a chegada da internet, esses impactos nas trocas se estenderam para objetos, pessoas, comunicações; o e-commerce finalmente foi apresentado ao globo.

Atualmente, o globo enfrenta um período de pandemia, o qual tem afetado diretamente as economias mundiais, que só não estão sendo mais abaladas devido ao e-commerce, que nesses tempos de crise tem se destacado e corroborado para à circulação e manutenção do mercado. Todavia, apesar dos avanços nas tecnologias da informação que influenciam diretamente na produção das organizações, e de sua inerente participação na atual situação, o comércio eletrônico traz também consigo externalidades negativas; algumas delas foram pontualmente destacadas em Relatório do Fórum Mundial Econômico (WEF- Word

Economic Forum), publicado em janeiro do corrente ano com o título The Future of the Last-Mile Ecosystem.

Nesse campo, há uma espécie de ambiguidade perversa, na qual por uma lado tem-se a ultrapassagem de obstáculos geográficos e novas formas de realizar transações que enaltecem a esfera econômica e, por outro ângulo, os espaços geográficos também se afetam: negócios locais são postos em xeque, carência de espaço físico, problemas de mobilidade urbana pelas entregas imediatas, aumento do aquecimento global; ainda, a própria legislação nacional, marcada pela soberania do espaço territorial Estatal se afeta. Diante deste cenário, o presente estudo, por meio de revisão bibliográfica, visa analisar as externalidades negativas para os espaços geográficos e, principalmente, para as cidades, do e-commerce.

2. O DESENVOLVIMENTO DO COMÉRCIO E DA ATIVIDADE MERCANTIL

Os primeiros agrupamentos humanos buscavam na natureza os produtos para consumo e, na medida em que houve um aumento populacional, surgiu com ele a necessidade de mais oferta para a nova demanda. As comunidades locais começaram, então, a praticar o escambo[6], forma primeva de troca mercantil; aparecem, assim, os sujeitos mediadores de bens/serviços.

Após a fase inicial marcada pelo escambo e a subsistência, dá-se a atividade comercial, caracterizada pela prática que facilita a circulação de riquezas, ou seja, a produção de bens e o consumo visando o lucro. Na Idade Média, os mercadores passaram-se a se organizar em ofícios (corporações de Ofício) para criar um conjunto de regras que disciplinavam o comércio, surgindo, a partir daí, o regramento jurídico desses atos, conhecido por "*ius mercatorum*" ou "direito comercial", pautado nos usos e costumes da época; trata-se de direito pujante mas não estável, plástico às alterações sociais. Este período é ainda marcado pelo renascimento das cidades ('burgos') e do comércio, sobretudo o marítimo (RAMOS, 2006, p. 02)

Como se observa, o direito comercial não surgiu do Estado, foi um direito corporativista (atendia aos interesses dos comerciantes). Contudo, em momento histórico posterior, a partir do fortelecimento dos Estados-nação, passou-se a, ao lado do combate ao monopólio das corporações e a proclamação das liberdades, a se exigir uma codificação

[6] Troca de serviços ou mercadorias, no caso, sem fazer uso de moeda identificada por historiadores e arqueólogos desde a pré-história, durante o período neolítico (a cerca de 10 mil anos).

unificada; pioneira, a França edita o Código Civil e o Comercial para dar conta das novas circunstâncias sociais e comerciais, copiado posteriormente ao redor do globo.

O comércio faz parte da vida do homem: desde os núcleos comerciais em torno dos castelos feudais; as grandes navegações em busca do comércio nas Índias e, com elas, o desenvolvimento dos transportes; o expansionismo territorial do Império Romano que teve como consequência a supremacia econômica; dentre outros marcos históricos centralizados no comércio.

Outrossim, o comércio decorrente da produção de excedentes e a busca do lucro nunca foi restrito às bases territoriais; espraiava-se para além dos Estados, em cavalos, carroças e navios; assim, a evolução do comércio e da humanidade permitiu que a simples troca de itens (o escambo) se transformasse nos atuais mercados globalizados.

A Revolução Industrial teve o condão de elevar a mercancia aos mais altos níveis de ruptura terrestre de toda a estrutura econômica e social existente. A atividade mercantil, responsável pelo fluxo de mercadorias, precisava então atender as demandas entre as cidades, que cresciam cada vez mais, e entre os países, que buscavam a expansão. Seja nos países de industrialização tardia ou não, esta prática, nos dias atuais, não possui apenas a função de circulação de bens e serviços, mas também de comunicação entre as culturas; troca-se bens tangíveis e intangíveis e, com eles, valores culturais.

É dispensável lembrar que o comércio exerceu uma colaboração muito importante nas sociedades e no desenvolvimento de novas tecnologias; com o avanço digital – destaque para a internet – é possível comercializar algo com qualquer parte do planeta sem precisar locomover-se. Mas, isso não significa que o comércio tradicional, face a face, tenha perdido seu lugar de destaque na sociedade; pelo contrário, ele continua em evidência e tem como maior símbolo os *shoppings centers* que se multiplicam nas grandes cidades e, vale notar, o "comércio de rua", aquele que se realiza na via pública, no passeio público, ocupa os espaços de forma regular e "irregular". Como nos lembra Steven Van Belleghem (2020) "*In the future, e-commerce will move into two different categories. On the one hand, customers want faster and faster deliveries: some items are just very urgent. On the other hand, there are some orders for which we are happy to wait a few days*".

É assim que o comércio permeia e infiltra a vida dos transeuntes, dos internautas, das crianças, dos jovens, dos adultos, enfim, da sociedade, reconfigurando os espaços físicos e digitais.

2.1. COMÉRCIO ELETRÔNICO E GLOBALIZAÇÃO

O surgimento exato do comércio eletrônico difere entre os autores, mas, de forma geral, pode-se dizer que uma condição necessária para sua realização foi a construção do primeiro cabo transatlântico de telégrafo próximo à virada do século XIX, mas precisamente no dia 25 de setembro de 1956 quando ligou a Escócia ao Canada, permitindo a comunicação telefônica entre de 36 telefonemas ao mesmo tempo através de estações retransmissoras e conectando pela primeira vez as redes telefônicas do Reino Unido e da Europa continental com as do Canadá e dos Estados Unidos (HEINISCH, 2019).

Contudo, o comércio eletrônico, digital e moderno, realmente começou com a criação do Intercâmbio Eletrônico de Dados (EDI), que pode ser definido como sendo "fluxo eletrônico e padronizado de dados entre empresas que permite melhorar os resultados, tanto em termos operacionais quanto estratégicos" (Porto, Braz e Plonski, 2000)

Deveras, o comércio eletrônico, como se sabe, tornou-se popular com a facilitação de acesso à rede mundial de computadores (*internet*), ferramenta que tem como objetivo facilitar e ampliar a comunicação global entre as pessoas e as instituições, cujos impactos econômicos decorrem da ampliação das tecnologias voltadas a apoiar processos produtivos e transações de bens e serviços. Outrossim, o comércio eletrônico é também observado como uma nova forma de promoção do desenvolvimento econômico, ao eliminar barreiras geográficas e viabilizar programas de integração monetária e comercial.

As tecnologias da informação vêm promovendo uma ampla mudança nas formas de organização da produção, constituindo um instrumento para o aumento da produtividade e da competitividade das empresas. O comércio eletrônico, em particular, é essencialmente voltado para as atividades de coordenação da produção entre agentes geograficamente dispersos, permitindo a comunicação instantânea com fornecedores, parceiros e clientes.

Não há dúvidas sobre o fato de a internet estar revolucionando a economia. Com o advento do ciberespaço, o importante não é mostrar que as coisas estão mudando, mas sim entender para quem está mudando e por que está mudando. Afinal, quais os impactos sobre empresas individuais dos impactos, pessoas, cidades e países?

As novas tecnologias digitais segregam seus benefícios aos países desenvolvidos (como os Estados Unidos, a União Europeia e o Sudeste Asiático) que

dominam a economia global de informações pelo comando das grandes empresas intensivas em tecnologia e estruturadas em redes? São eles capazes de eliminar o comércio de rua, porta a porta, artesanal e de consumo imediato? Quais os impactos para a mobilidade urbana e alocação dos espaços das cidades? Algumas dessas questões são debatidas ao longo deste ensaio e embasam-se nas análises oriundas do recente relatório do Fórum Econômico Mundial denominado "The Future of the Last-Mile Ecosystem do Fórum Econômico Mundial" (2020).

3. DESENVOLVIMENTO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO NO BRASIL

Relata-se que o primeiro contato que o Brasil teve com a internet foi em 1988 com o Laboratório Nacional de Computação Cientifica (LNCC), que se localiza no Rio de Janeiro. O acesso à rede mundial de computadores foi realizado com auxílio da Universidade de Maryland, visto que na época o Brasil ainda não possuía estrutura para essa nova tecnologia (GUIZZO, 1999).

Assim, segundo Souza e Vieira (2015), em abril de 1995 o Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia tomou a iniciativa de implementar a rede de internet para uso acadêmico e comercial no Brasil; a partir de então as empresas privadas também começaram a ter acesso à internet, surgindo a potencialidade de venda de produtos e serviços de forma virtual, dando início ao que ora se conhece por comércio eletrônico (*e-commerce*) no Brasil.

A partir do desenvolvimento das tecnologias da informação tem-se a eclosão do e-commerce; segundo Araújo et.al. (2019), o comércio eletrônico (também conhecido como *e-commerce*) pode ser definido como o ato de negociação entre os fornecedores e destinatários através de redes virtuais, ou seja, diferencia-se do comércio tradicional apenas pela plataforma de venda.

Bastos (1999) ensina que o comercio eletrônico é visto como uma nova forma de transação, que auxilia em demasia a economia dos países, eliminando barreiras geográficas do comercio tradicional e transformando completamente o sistema econômico. Portanto, pode-se compreender que o objetivo do e-commerce, além de fortalecer o desenvolvimento econômico de um país, é quebrar fronteiras geográficas, viabilizando as relações econômicas para qualquer região do mundo; notadamente esse fenômeno traz por consequência a alteração das dinâmicas da composição de vendas locais. Vale notar que, no momento em que

este artigo foi elaborado, notou-se que o enfrentamento de uma crise sanitária – no caso a pandemia do COVI-19- intensificou a dinâmica do comércio eletrônico, em razão do afastamento social necessário à contenção da doença.

Quanto à prática do comércio eletrônico no Brasil, observa-se que o varejo virtual se iniciou na década de 90, junto com a implementação da internet no país. Outro marco foi em 1996 com a criação da *Booknet*, uma das principais lojas virtuais que se protagonizou na venda de 120 mil títulos de livros brasileiros e mais de 4 milhões de títulos estrangeiros, além de CDs e vídeos (VAROTTO, 2018); o sucesso permitiu que no início de 1999, um grupo de investidores acabou comprando ações dá *Booknet*, entre elas a Submarino – é importante salientar que ambas as lojas existem somente na internet. Como decorrência da massificação do acesso à internet, outras lojas virtuais eclodiram, como a Lojas Americanas, que iniciou sua operação digital 2000, tornando-se a maior varejista virtual brasileira, por meio de vendas físicas e virtuais, cujo título teve que declinar posteriormente à Submarino e às Americanas que, após unirem-se, formaram a B2W, maior varejista do Brasil em meados 2006 – (VAROTTO, 2018).

E-Commerce e o comércio tradicional tornaram-se grandes adversários conforme os avanços tecnológicos foram se sofisticando, um dos principais fatores para essa rivalidade encontra-se na facilidade e conforto que o comércio eletrônico oferece, já que pode ser acessado em qualquer local e a qualquer momento. Os consumidores tem expressado, desde seu surgimento, uma tendência para comprar através desse tipo de mercado *(Business-to-Consumer)* que além de ser mais cômodo, também tem um número mais elevado de produtos e preços mais acessíveis em virtude da redução de custos para a manutenção do negócio. Com a chegada das inovações, o modo de produção e o de vendas se alterou drasticamente, nas décadas passadas havia o comércio de porta em porta, e existia um maior contato entre vendedor, cliente e produto. Nos modelos atuais com novas possibilidades e contração de despesas que um e-commerce proporciona, as organizações terceirizam e investem nesse novo modelo que tem se tornado cada vez mais competitivo no mercado.

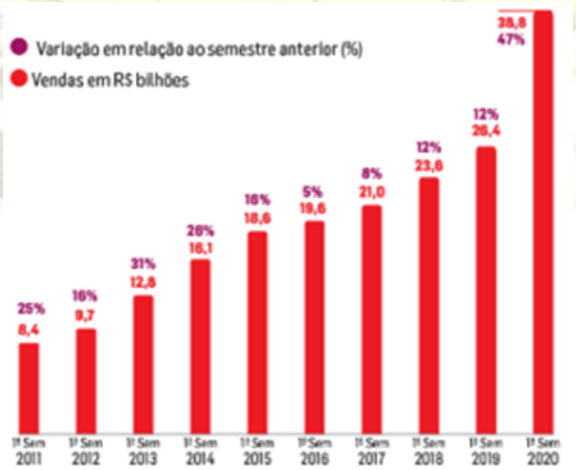
Agilidade e flexibilidade são as duas importantes características do E-Commerce, entretanto o ponto crucial para seu funcionamento é o investimento em Tecnologia da Informação, porque sendo ela de extrema importância para a solução de problemas de forma rápida e eficiente, proteção de dados internos das empresas, melhoramento da logística e no desenvolvimento de novas tecnologias que auxiliem na otimização dos serviços, é relevante que os profissionais responsáveis por esse setor estejam

sempre atualizados e bem informados, pois é por meio dessa ferramenta que a organização fica cada vez mais competitiva. As vantagens dessa forma de vender são boas tanto para os consumidores quanto para a própria corporação, visto que, consegue ter um alcance maior do seu público-alvo, já que, através das redes consegue realizar um mapeamento dos seus clientes uma a um, e ainda tem a vantagem de fazer com que a propaganda chegue diretamente em suas residências.

Após décadas de atuação enfrentando diferentes momentos econômicos, o mercado brasileiro finalmente demonstra maturidade para um crescimento mais intensificado do e-commerce (GNATIUC, 2018). Essa afirmação se confirma a partir da crise pandêmica atualmente vivida; mesmo passando por um processo de recuperação econômica, e por uma crise sanitária, o comercio eletrônico pode possuir uma função fundamental de movimentar a economia nesse momento.

Pesquisa publicada pela Webshoppers (2020), em sua 42ª edição, promovida pela Ebit em parceria com a Elo, mostra que o faturamento do e-commerce no Brasil cresceu cerca de 47% no primeiro semestre de 2020. A pesquisa aponta que esse faturamento foi a maior alta em 20 anos de e-commerce, em que ocorreu um aumento de 39% em número de pedidos em comparação com o primeiro semestre de 2019. Por sua vez, as vendas subiram 47%, atingindo a marca de R$ 38,8 bilhões nesse período – como elucidado na figura abaixo:

Figura 1



Fonte: Ebit | Nielsen Webshoppers 42

Julia Avilar, analista e líder da empresa Ebit-Nielsen, afirma que apesar do crescimento significativo do *e-commerce* no período de 2020, ainda há um espaço para o avanço do comércio online no Brasil; ela ressalta: "O resultado do primeiro semestre deixa claro que o comportamento de compra online é um movimento que veio para ficar. A pesquisa Ebit | Nielsen aponta que, a cada semestre, o volume de pedidos e o faturamento crescem." (EBIT, 2020)

Notória a importância do e-commerce para a economia brasileira na contemporaneidade e a certificação disso está no auxílio que esse meio vem trazendo aos empresários brasileiros em uma crise que impôs o isolamento social e, logo, o não transitar físico.

4. TRATAMENTO JURÍDICO DO COMERCIO ELETRÔNICO E AS FRONTEIRAS GEOGRÁFICAS DO ESTADO BRASILEIRO

O comércio eletrônico no Brasil é regulado centralmente pelo Código Civil (Lei n° 10.406/2012) e Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078 de 11 de setembro de 1990); porém, é de fundamental importância para seu regramento a Lei n° 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), a atualíssima Lei n° 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de dados), além do Decreto n.°7.962/2013 (conhecida como Lei do e-commerce), não pretendendo-se esgotar as remissões.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor prevê como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. Outrossim, disposta no art. 4° preconiza que o interesse dos participantes na relação comercial deve se dar na base da boa-fé e com equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, vedando qualquer pretensão que lesione um dos sujeitos do negócio jurídico.

Dada a inovação trazida pelo e-commerce, com todas as características e particularidades de um contrato eletrônico de compra e venda, é notável a posição de vulnerabilidade existente entre qualquer das partes, mas, principalmente, do consumidor, que fica exposto a golpes e outras complicações, além de ter uma baixa participação no

estabelecimento dos termos contratuais (LEAL, 2007) e muitas vezes desconhecer a pessoa do outro lado da operação. Tal vulnerabilidade indica a necessidade do estabelecimento de uma segurança jurídica maior nas relações eletrônicas de comércio, sobretudo, no âmbito internacional.

Em razão do princípio insculpido no *caput* do art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, exige-se que as partes da relação de consumo atuem com estrita boa-fé, é dizer, com sinceridade, seriedade, veracidade, lealdade e transparência, sem objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo ao outro. Bem por isso é que a legislação do consumidor contém diversas presunções legais, absolutas ou relativas, para assegurar o equilíbrio entre as partes e conter as formas sub-reptícias e insidiosas de abusos e fraudes engendradas pelo poder econômico para burlar o intuito de proteção do legislador.

O Código de Defesa do Consumidor repleto de presunções que objetivam a proteção do consumidor, como previsão da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto e do serviço (CDC, art. 12), a autorização à inversão do ônus da prova em favor do consumidor no processo civil (art. 6º, VIII), para listar algumas. (ALMEIDA, 2003, p. 43).

Outras leis que se aplicam ao e-commerce é a Lei Federal n.º 10.9602/04, que está relacionada ao preço dos produtos ou serviços, o Decreto 5.903/04, que regulamenta a lei sobre os preços, e a Lei Federal n.°8.846/94, que dispõe a obrigatoriedade de emissão de nota fiscal, em conjunto com a legislação estadual do ICMS, e em municípios, a cobrança do ISS.

Nota-se que o comércio eletrônico, no Brasil, mesmo com o desenvolvimento tardio do comercio eletrônico, possui solido tratamento jurídico, focado, principalmente, na proteção do consumidor, bem jurídico tutelado pela Constituição Federal. O legislador não negou esforços para apurar legislações pertinentes para tal prática.

Como a maioria das coisas, o comércio eletrônico também tem seu outro lado da moeda, se por uma análise mais superficial tem-se a comodidade, acessibilidade, quantidade maior de variedade de produtos e preços baixos, por outro lado, tem-se uma fragilidade no que diz respeito a segurança dos dados pessoais dos consumidores, infelizmente, muitas vezes acabam sendo fraudados e utilizados por outras pessoas. Talvez esse seja o ponto que faça com que muitos indivíduos ainda prefiram o velho e tradicional modo de comprar, pois as lojas físicas transmitem uma sensação maior de segurança, além disso, quem trabalha com E-Commerce precisa ser específico e verdadeiro para transmitir credibilidade ao seu comprador, tendo em vista que este só irá ter contato com o produto após

a entrega do mesmo, razão pela qual a legislação brasileira previu o direito ao arrependimento.

Quem compra através do e-Commerce também sabe que corre constantemente o risco de ter seus dados clonados ou de realizar uma compra fantasma e, caso isso chegue a ocorrer, o cliente tende a pensar duas vezes antes de realizar uma compra via internet por não ter a certeza de que o contrato estabelecido será cumprido e se a integridade de seus dados estará devidamente protegida.

Os dados de uma pessoa não são passíveis de serem utilizados por qualquer um ou para qualquer fim, os indivíduos possuem o direito de terem essas informações íntimas garantidas e protegidas. A disponibilização desses elementos deve ser realizada de forma segura, e por esse motivo as empresas devem disponibilizar *websites* seguros e capazes de manter em total sigilo a troca desses dados entre consumidor e organização para evitar que seus clientes sofram danos. Quando situações como o vazamento de dados ocorrem, assim como o consumidor que é o sujeito diretamente afetado, a empresa perde a confiança do mesmo e, portanto, sua credibilidade é abalada.

Com a disseminação dos meios de comunicação, homens, mulheres e crianças passaram a ter um acesso ilimitado as informações. O sistema econômico capitalista cria nos seres humanos uma sensação de necessidade a todo momento e com a popularização das tecnologias, sites e aplicativos ficou cada vez mais fácil induzir os sujeitos a consumirem. Isso só é possível porque os dados e informações pessoais são disponibilizados pelo próprio usuário no momento que está utilizando o computador e celulares; assim, seus perfis são traçados e estereótipos de suas personalidades passam a ser criados e os conteúdos e produtos passam a ser direcionados. Até nesse ponto, está tudo bem, pois trata-se de uma estratégia de marketing e todos temos consciência que a partir do momento que disponibilizamos nossos dados estes serão utilizados para nos levarem a consumir, mas e se esses dados não forem devidamente protegidos?

Caso as informações de alguém sofram qualquer atentado como clonagem ou a exposição indevida, o direito à privacidade é automaticamente ferido e é necessário agir rápido para que os danos sejam imediatamente reparados. A Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 enuncia sobre a proteção de dados pessoais e entrou em vigor nesse ano de 2020, o objetivo é que os titulares dos dados possam ter maior controle sobre os mesmos e saibam para o que exatamente estão sendo destinados a fim de manter a integridade de sua privacidade.

É teoricamente simples, o indivíduo tem um direito garantido pela lei e, sendo assim, somente ele é capaz de autorizar seu uso. Se houver violação, significa que existiu um crime e, portanto, deve haver uma punição. Infelizmente no Brasil, apesar de existir uma norma que dispõe sobre a Lei Geral de Proteção de Dados, não existe um órgão responsável pela fiscalização a aplicação das devidas sanções, isso acaba criando uma insegurança em massa, porque dessa maneira o próprio titular fica responsável pela fiscalização e as empresas por sua vez precisam ficar atentas para que um terceiro não invada seu sistema e roube seu banco de dados lesionando assim a intimidade do sujeito.

Vê-se que a legislação brasileira pertinente às relações comerciais digitais cumpre o seu papel de proteção do consumidor. Contudo, vale notar que quando se trata do comércio eletrônico entre nações distintas o cenário muda de figura. A questão da competência legislativa sobre o e-commerce, em âmbito internacional encontra respaldo no embate entre a soberania dos Estados de um lado e, da universalidade do direito de outro. Alguns teóricos do Direito, como Hans Kelsen, identifica o direito com a figura do próprio Estado; trata-se do direito posto, sancionado. Logo, nesta perspectiva, parece estranha a ideia de se delegar a tarefa de elaboração de leis a figuras estranhas não estatais; contudo, na atualidade, uma atuação cada vez maior de órgãos internacionais e até mesmo nacionais, atuando na esfera legislativa, regulando matérias diversas, como é o caso da Organização das Nações Unidas (ONU) encontra-se presente.

Vários são os indicadores que contrariam a internacionalização da regulamentação do comércio eletrônico, entre eles está o argumento de que as leis econômicas internacionais privilegiam economias desenvolvidas em detrimento de economias em desenvolvimento, ou seja, que órgãos não estatais podem visar unicamente o benefício de grandes empresas, bem como as premissas que assinalam a perda do monopólio estatal de legislar, através da reivindicação de tal função por outros órgãos.

Mesmo diante de tamanhas controvérsias, a mudança de paradigma merece atenção, pois, apesar de que o Estado tenha se estruturado para proteger e administrar questões de determinada região, as relações jurídicas do ciberespaço são naturalmente internacionais e requerem uma normatização com generalidade universal. Os Estados soberanos se mostram cada vez mais inaptos a regulamentar tal matéria e assegurar uma segurança jurídica necessária nas transações comerciais internacionais. Porém, faz-se necessário o estabelecimento de um núcleo mínimo de direitos materiais que preservem as soberanias, como pode-se depreender dos marcos normativos emanados da Organização

Mundial do Comércio (OMC), Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), dentre outras.

5. CIDADES E EXTERNALIDADES NEGATIVAS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

A década de 70 foi marcada por um período de recessão econômica e como consequência houve o surgimento da internet, graças aos investimentos nas áreas de comunicação e informática, que possibilitou o aparecimento do comércio eletrônico, responsável por impulsionar o capitalismo. Desde então qualquer pessoa que possua um computador ou um celular pode acessar a qualquer momento e de qualquer lugar essas páginas eletrônicas e comprar sem precisar esperar ou se locomover para isso. A troca de informações se estabelece e em pouco tempo a mercadoria é recebida e é justamente nesse intervalo que a conexão entre espaço geográfico e E-Commerce ocorre.

Apesar do que se pode concluir em um primeiro momento, o e-Commerce necessariamente depende do espaço geográfico, porque para que funcione precisa estar em circulação e isso só se faz possível através da logística em um território. Portanto, o comércio eletrônico, influencia o espaço ao seu redor, as atividades econômicas se organizam para poder atender as suas demandas, desde o fornecimento da matéria prima até o destino final.

Vale ressaltar que a forma como essa tecnologia é percebida pela sociedade e seu comportamento de consumo são fatores que vão determinar onde as empresas vão se fixar para atender as empresas eletrônicas e auxiliá-las em sua eficiência, já que o cliente deve ser atendido no menor tempo possível, a fim de garantir que haja um crescimento de usuários.

Nesta decisão tão importam os custos operacionais, dentre eles os chamados custos de transação, que possuem relação direta com o tratamento jurídico das atividades, seja por meio da tributação ou pelos ricos de indenização aos consumidores. Neste sentido, um país com uma legislação forte na proteção do consumidor possui um alto custo de transação, o qual pode ser compensado pela baixa remuneração da mão de obra ou a abundância dos recursos naturais para a tomada de decisão do capitalista e sua intenção de obtenção de lucros.

Assim, com a incorporação das tecnologias, as organizações passam a atuar em dois espaços, o *ciberespaço* e o físico, isso permite que haja a ampliação de clientes e como consequência as empresas precisam pensar em como organizar suas redes de distribuição,

para conseguirem realizar as entregas dentro dos prazos estipulados, com o menor risco e custo possível. Esse arranjo, entretanto, não deve necessariamente se prender à localização fixa da empresa, pois deve-se levar em consideração que os usuários que compram virtualmente estão localizados pelo mundo inteiro e se os centros de envio não estiverem interligados seguindo uma estratégia de marketing, a logística é afetada e clientes insatisfeitos tendem a procurar as concorrentes, afora a ampliação dos custos de transação decorrentes de eventuais reparações de danos.

Fato é que a organização que investe em tecnologia, transforma o espaço em que está inserida; a necessidade de atendimento do consumidor de forma rápida e eficiente implica em mobilidade, traduzindo-se: o espaço formado desde a produção até o capital é constantemente colocado em processo de transformação e expansão, porque constantemente precisa ser inovado.

A transformação ocorrida no âmbito das relações comerciais dos indivíduos, das organizações e dos governos, trazidas pelo advento do e-commerce, é iminente e enseja uma complexidade fatorial que implica estruturas de infraestrutura, financeiras, tecnológicas, jurídicas etc. Os desafios são inúmeros e encontram-se nas diversas instâncias de aplicação do comércio eletrônico. Por ora, ater-se-á às demandas localizadas no seio das cidades, isto é, nas necessidades encontradas no espaço físico citadino e no âmbito da difusão global do e-commerce, dando-se ênfase à problemática da competência regulatória.

Mesmo com o benefício percentual em números para a economia, é importante salientar que há externalidades negativas do comércio eletrônico. Projeta-se, inclusive, que a intensificação desta modalidade de vendas no ano de 2020 trará muitas consequências a diversos países, o que, com o passar do tempo, podem se tornar irreversíveis.

A alta nas vendas e de pedidos feitos virtualmente fez com que aumentasse, em muitas cidades, o tráfego de entregas; segundo o relatório do Fórum Econômico Mundial (WEF), a Suíça relata que em três anos é possível que muitas cidades entrem em colapso. Portanto, as cidades não saem ilesas à intensificação do comérico digital.

Uma análise realizada pelo WEF, pela McKinsey & Company e pelo Wold Council for *Sustainable Development*, até 2030, com o aumento das entregas, vai ser necessário que haja 36% mais veículos nos centros das cidades.

É importante salientar que, antes da intensificação do e-commerce, o Brasil já possuía problemas de trânsito em suas metrópoles; levando-se em conta a análise citada acima, pode-se concluir que esses problemas que, em muitos locais eram rotineiros, vão

aumentar ainda mais, além de que o aumento do fluxo de veículos nas grandes e pequenas cidades vão intensificar o processo do aquecimento global. Portanto, economicamente o e-commerce irá auxiliar em demasia a recuperação econômica do país pós-pandemia, porém, intensificará muitos problemas já existentes na urbe, fato que não fugirá à realidade brasileira.

Em termos de dinâmica do e-commerce, o espaço cibernético, ambiente onde ocorre grande parte das operações e transações do comércio online, se mostra quase que desprovido de grandes limitações, ao passo que o espaço geográfico (físico) constitui-se como um ambiente limitado; é por isso que o fenômeno da urbanização contribui para uma série de problemas que resultam no comprometimento do ecossistema logístico do comércio eletrônico.

O êxito do comércio eletrônico é notório, pois, sua adesão por boa parte da população, de empresas e dos governos já é uma realidade há um bom tempo. Contudo, tal sucesso não está isento de problemas. O extravio de mercadorias, atrasos nas entregas e o congestionamento urbano são alguns dos principais apontamentos quando o assunto é a negatividade desse tipo de comércio.

O relatório do Fórum Mundial Econômico (WEF), denominado "The Future of the Last-Mile Ecosystem", lança luz sobre essas questões, principalmente aqueles encontrados no interior das cidades, mais especificamente na fase logística da entrega de um produto até a casa do cliente – a chamada *last-mile*; segundo o WEF nas 100 principais cidades globais o número de veículos de entregas será ampliado em 36% até 2030, o que acarretará um crescimento de 32% nas emissões de gases tóxicos provenientes do tráfego das entregas; e um aumento no congestionamento urbano que adicionará 11 minutos a mais de deslocamento para cada passageiro. Em conjunto com tudo isso, tem-se, ainda, um aumento de 78% na demanda por entregas *last-mile* até 2030.

Percebe-se que há um problema residente no fato de que apesar dos desafios a necessidade de agilidade é um fator decisivo para a eficácia do desempenho do comércio eletrônico. De túneis à vácuo de *Elon Musk* a drones da *Amazon*, muitos são os programas que buscam solucionar os entraves que se colocam adiante à agilidade das entregas, todavia, essas mudanças ainda estão no porvir.

6. CONCLUSÃO

Em uma sociedade marcada pelo desenvolvimento tecnológico e pela globalização, o e-commerce acaba por obter êxito devido à sua comodidade e acessibilidade; entretanto, há diversos problemas que precisam de soluções rápidas e criativas, a fim de comportar seu crescente crescimento. Percebe-se que o principal problema desse âmbito se encontra não no ambiente virtual, mas no ambiente físico ou geográfico, do qual o e-commerce é inteiramente dependente para seu funcionamento.

Sendo assim, é preciso utilizar das tecnologias de comunicação e transporte de forma que estas sejam capazes de atender as demandas do varejo eletrônico sem prejudicar o movimento das cidades. É um erro deixar que a situação chegue em seu clímax, devendo-se traçar estratégias para a minimização destas externalidades, seja pelo investimento de tecnologia em transportes mais ecológicos e públicos que possam também ser utilizados para a realização de entregas e para reorganizar o espaço físico, facilitando o fluxo, reorganizando os pontos de entrega de forma estratégica ou redefinindo os modos de alocação do tráfego na urbe.

BIBLIOGRAFIA

BELLEGHEM, Steven Van. Steven Van Belleghem Blog. 2020. Disponível em: https://www.stevenvanbelleghem.com/blog/. Acesso em 10/09/2020

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, 1999.

CNN. 522 mil empresas fecharam as portas na 1ª quinzena de junho pela pandemia 16 de julho de 2020. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/07/16/522-mil-empresas-fecharam-as-portas-na-1-quinzena-de-junho-pela-pandemia Acesso em 01/08/2020.

COSTA, Renata; MENDES, David; GOMES, Mônica Z. **Desempenho financeiro: uma análise comparativa entre e-commerce e comércio tradicional**. XXIV Congresso Brasileiro de Custos – Florianópolis, SC, Brasil, 15 a 17 de novembro de 2017.

EBIT-NIELSEN. **E-Commerce No Brasil Cresce 47% No Primeiro Semestre, Maior Alta Em 20 Anos.** Agosto/2020. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2020/08/EBIT-ecommerce-Brasil-1semestre2020.pdf. Acesso em 10/08/2020.

HEINISCH, Carsten (autora). 1956: Primeiro cabo telefônico através do Atlântico. In: **Calendário Histórico.** Deutsche Welle, edição de 25.09.2019. Disponível em: https://p.dw.com/p/17mW. Acesso em: 10/09/2020

DE MEDEIROS, Luciana Maria. Evolução Histórica do Direito Comercial: da comercialidade à empresarialidade. Jus, 2011. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/18219/evolucao-historica-do-direito-comercial

FORUM ECONÔMICO MUNDIAL. "*The Future of the Last-Mile Ecosystem do Fórum Econômico Mundial*". Janeiro/2020. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_the_last_mile_ecosystem.pdf Acesso em 01/07/0202.

NETO, José Querino Tavares; AZEVEDO, Rodrigo dos Santos. **A Soberania Dos Estados E O Comércio Eletrônico Internacional**: Perspectivas E Limites À Internacionalização Do Direito (pp.49-64). Revista Científica Direitos Culturais – RDC, v. 10, n. 21, ano 2015. Disponível em: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/download/1756/846.pdf Acesso em 10/08/2020.

PORTO, Geciane; BRAZ, Reinaldo N.; PLONSKI, Guilherme A. **O Intercâmbio Eletrônico De Dados - Edi E Seus Impactos Organizacionais**. Revista FAE, Curitiba, v.3, n.3, p.13-29, set./dez. 2000. Disponível em https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/512/407. Acesso em 15/09/2020.

RAMOS, Andre Luiz Santa Cruz. **Direito Comercial ou Direito Empresarial?:** Notas sobre a Evolução Histórica do Ius Mercatorum. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 7, 2006.

VENCESLAU, Igor**. Reflexões sobre o comércio eletrônico como atualização técnica do comércio no atual período técnico-científico-informacional no Brasil.** Simpósio Nacional de Geografia Urbana - XVI SIMPURB. Teatro da UFSC e CCHN. De 14 a 17 de novembro de 2019.

TIGRE, Paulo Bastos. **Comércio Eletrônico e Globalização**: Desafios para o Brasil. Disponível em: <http://www.karenreis.com.br/fmu/2011/si/livroeradoconhecimentocap3.pdf>

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

INSTALAÇÃO DE CÂMERAS E DIREITO À CIDADE: SELETIVIDADE E PRIVATIZAÇÃO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS

INSTALLATION OF CAMERAS AND RIGHT TO THE CITY: SELECTIVITY AND PRIVATIZATION OF PUBLIC SPACES

Núcleo de Direito à Cidade (FD-USP)[1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-0095-7123
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-9440-0261
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-4813-0440
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-0706-6294
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-2014-8331
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-1780-9511

Submissão: 20/02/2020 Aprovação: 07/03/2020

RESUMO:

O presente artigo se propõe a analisar como o fenômeno da hipervigilância se manifesta na cidade através da instalação de câmeras, focando na experiência em curso na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Assim, pretende-se estudar como isso se insere em uma lógica de privatização dos espaços públicos, como isso influencia na dinâmica social nesses espaços, especialmente nas universidades públicas e investigar se realmente há a pressuposta relação entre monitoramento e segurança.

PALAVRAS-CHAVE: Vigilância. Câmeras. Privatização. Universidade Pública.

[1] Núcleo de Direito à Cidade - FDUSP, Cadeira Filosofia e Teoria Geral do Direito, Coordenado pelo Professor Doutor Celso Fernandes Campilongo. Pesquisadores Autores: Alice Maria Augusto Gallian, Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Alícia Santos Soares, Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Gianluca Biagini, Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Marcelo Vaz de Oliveira Júnior, Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Marianna Haug, Mestranda em Crítica Marxista do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Walquiria de Paula Fernandes da Silva, Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

ABSTRACT:
This article aims to analyze how the phenomenon of hypervigilance manifests itself in the city through the installation of cameras, focusing on the ongoing experience at the Faculty of Law of the University of São Paulo (USP). Thus, it is intended to study how this is part of a logic of privatization of public spaces, how it influences the social dynamics in these spaces, especially in public universities and to investigate whether there is really the assumed relationship between monitoring and security.
KEYWORDS: Surveillance. Cameras. Privatization. Public University.

1. INTRODUÇÃO

O medo associado à insegurança urbana, embora envolva processos bioquímicos na região do hipotálamo, não é totalmente natural, tendo em vista que a subjetividade humana é formada através do contexto relacional no qual o indivíduo se insere, contexto este que lhe apresenta elementos potencializadores desse sentimento. Desta forma, contribui para este processo a mídia que, através da reiteração imagética de certos grupos sociais, reforça estereótipos de "delinquentes, marginais" que, ao adentrarem no quadro referencial subjetivo dos indivíduos, passam a ser associados à violência e à insegurança.

Configurando pilares eficazes nos mecanismos de controle social (BRASIL, 2009), que atingem principalmente os setores mais empobrecidos, o medo e a insegurança são assim amplamente disseminados e dramatizados, criando uma atmosfera sociopolítica caótica, por meio da qual agentes sociais, no afã de lucrar, estruturam um tipo de discurso sobre a segurança. Segundo Aguiar (2005), o discurso sobre a "crise da segurança" aparece como um fator constante nas sociedades modernas, acirrando-se em razão do fenômeno da urbanização. Não obstante, mais que uma crise real, este discurso tem o potencial de transmitir uma construção política sobre a insegurança, a fim de justificar o aparelhamento de âmbitos sociais, aparelhamento este feito sob a égide da proposta de coibir essa sensação.

Esse processo implica na configuração de formas urbanas voltadas à proteção e à segregação, pois o medo da violência é confundido com o medo do "outro", "outro" este que é construído em torno de estereótipos muitas vezes racistas e seletivos. Por isso, Oliveira (2018, p. 124) destaca que:

> *Há uma desvirtualização do senso comum, pois, propaga-se o medo personificando-o, geralmente, em um tipo específico de criminoso negro, pobre, estigmatizado, ampliando-se assim, a intolerância, a desigualdade e os preconceitos. O medo passa a ser instrumento de controle maquínico, criminalizante e brutal, frente a um perfil desqualificado pelos meios de comunicação.*

No Brasil, a expansão destes mecanismos de vigilância, destacando-se entre eles as câmeras de monitoramento, deu-se primeiramente em locais públicos de grande movimentação. Esse tipo de relação se acentuou após a década de 1980, período em que se observou uma desestatização da economia, isto é, a passagem de muitos setores, antes monopolizados pelo Estado, para a gestão de agentes privados. Guiando esse processo, os ideais neoliberais serviram de fomento para aprofundar desigualdades sociais, precarizando o trabalho de grande parte da classe trabalhadora e intensificando seu endividamento e empobrecimento. Tal empobrecimento é associado, pela mídia hegemônica, com o aumento da violência, o que contribuiu para a criação de um estereótipo social atinente ao pobre, ao excluído, como uma ameaça social, na lógica da criação de um "inimigo" a quem é atribuída a culpa de todas as desigualdades estruturais.

A fim de coibir este tipo de "ameaça", os mecanismos de segurança passaram a permear espaços privados, financiado pelo mercado internacional de tecnologia militarizada, que constrói a ideia de que câmeras poderiam auxiliar a inibir certos crimes, particularmente os de ordem patrimonial (RIBEIRO, 2017). Com isso, a partir da década de 1980, seguiu-se uma grande quantidade de projetos de lei sobre o assunto nas três esferas federativas.

Hoje em dia, esse tipo de discurso continua e, a ele, aparatos mais modernos são agregados. Em 2019, por exemplo, o Ministério da Justiça e da Segurança Pública anunciou que entregou aos estados aparatos tecnológicos a fim de combater a criminalidade, dentre os quais se encontram câmeras espalhadas por vários municípios, viaturas e tornozeleiras eletrônicas. Com isso, o órgão visa criar um ecossistema de coleta de dados calcado na Internet das Coisas, consolidando o projeto Big Data e Inteligência Artificial (MJSP, 2019).

No estado de São Paulo, a iniciativa voltada à esta aparelhagem se deu mediante a apresentação de quatro projetos de lei, no ano de 1996, à Assembleia Legislativa, mas eles foram arquivados (KANASHIKO, 2006). Todavia, em 1997, o deputado Campos Machado apresentou à Assembleia o Projeto de Lei 12 que, sob o discurso de esta medida ser necessária para se ter um combate efetivo ao crime e à violência, foi convertido, no ano seguinte, em Lei Estadual nº 9.967/1988. Além disso, tem sido comum a instalação de aparatos de monitoramento administrados por empresas privadas de segurança, em órgãos públicos.

Destacam-se como dispositivos comuns neste tipo de projeto as smart cameras, que são programadas para realizar reconhecimentos faciais e identificar padrões de conduta em desacordo com as ações correntes no contexto em que o indivíduo vigiado está inserido. Em tese, as smart cameras acionariam autoridades responsáveis diante de "comportamentos desviantes". Desta forma, a colocação destes mecanismos representa uma forma de gestão dos meios e dos fluxos, havendo riscos de que, por exemplo, as smart cameras identifiquem comportamentos suspeitos e acionar, indevidamente, o aparato de repressão.

Neste sentido, as câmeras de segurança causam preocupação em várias vertentes como a relacionada à privacidade individual, ao acesso aos lugares, à diversidade dos grupos sociais, ao reforço de certos estereótipos e até mesmo à concretização do direito à cidade, que, segundo Lefebvre (2001, p. 134):

> *(...) se manifesta como forma superior dos encontros: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade.*

Em um ambiente monitorado, em que comportamentos fora do padrão acarretam suspeitas, seria possível a plena manifestação da liberdade? Aliás, será que a individualização, no sentido de "ser distinto", poderia se dar? Quais são, portanto, as implicações que a instalação de câmeras de monitoramento em locais públicos acarretam? E se câmeras fossem colocadas em universidades públicas, será que isto aumentaria a segurança dos alunos; outrossim, será que os alunos desejam isto?

Estas são questões que o presente artigo busca responder, dividindo-se em cinco seções além desta introdução. A seção seguinte tem como objetivo tratar do efeito das câmeras de segurança em relação à apropriação do espaço, tendo em vista que, uma vez que a segurança é delegada para ser concretizada por agentes privados, os mesmos podem privatizar o espaço que é público, aplicando métodos próprios de controle de fluxos. A terceira seção, por sua vez, discutirá como o discurso existente em torno da colocação das câmeras estão ligados aos mecanismos societais de produção do medo.

Assim, a quarta seção se aprofundará na questão das câmeras em diversas cidades do Brasil, onde um aparato robusto foi instalado, o qual não foi capaz de diminuir a sensação de insegurança daqueles que andam pelas ruas. Nesta toada, em um plano mais específico, a quinta seção tratará da colocação de câmeras em determinados espaços públicos, focando nas universidades públicas; assim, com base em dados empíricos, isto será ilustrado com o exemplo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP).

Por fim, após problematizar todos estes pontos, a conclusão se dará em um tom propositivo, pois, se câmeras de monitoramento implicam em problemas expostos nesta breve introdução e, mesmo instaladas, não são capazes de diminuir a insegurança da população, qual seria então um mecanismo efetivo para tal? Seria necessário retomar o fulcro original da concepção de direito à cidade sobre a participação da população na construção e administração do espaço? A proposição feita nesta última seção terá como mote responder a essas questões.

2. OS PROCESSOS DE PRIVATIZAÇÃO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS E A RESTRIÇÃO DO DIREITO À CIDADE

Para uma contextualização inicial daquilo que será exposto ao longo deste trabalho, faz-se necessário definir alguns conceitos, como o de “espaço público”. De maneira sintética, “espaço público” pode ser considerado um substrato espacial socialmente produzido que efetiva o acontecimento da cena pública. Cena pública é esse campo de atuação em que se admite e se promove a convivência e, mais que isso, a interação entre indivíduos completamente diferentes. Portanto, no espaço público por excelência, indivíduos têm garantia da expressão de diferentes pontos de vista e de distintas demandas, fazendo uso da cidade à sua maneira, permitindo, como contrapartida, que outros cidadãos se encontrem.

Nesse sentido, o espaço público é uma espacialidade submetida à lógica da cidade e, mais especificamente, à dinâmica da urbanidade. É na cidade que diferentes indivíduos, culturas e interpretações da realidade, antes dispersas na vastidão do mundo rural, são concentradas, postas lado a lado. Note-se que, ao concentrar a exposição de diferentes pontos de vista e leituras do mundo, contrapondo-as, o espaço público assume um caráter eminentemente político, pois nele será sintetizada algo que possa se chamar opinião pública.

A partir disso, pode-se depreender um elemento fundamental para a compreensão da problemática exposta neste artigo. Se a "publicidade" do espaço corresponde, grosso modo, à capacidade de assumir posturas diversas no mesmo local, e assumindo ser ingênuo supor que essa condição está absolutamente presente ou absolutamente ausente em um espaço, um espaço jamais será 100% público ou 0% privado. Pode haver um espaço privado, como um shopping center, em que o uso ocorre de forma coletiva, sendo impossível afirmar que há absoluta homogeneidade no uso daquele espaço.

Por outro lado, na rua, alardeada como "o espaço público por excelência" podem se apresentar elementos que se impõe como óbices ao exercício pleno da urbanidade e da manifestação da diversidade presente no meio urbano. Da mesma forma, dada a natureza política do gozo pleno do espaço público, é razoável supor que as praças, parques e ruas de Munique durante o III Reich não poderiam ser considerados espaços públicos, visto que nesses espaços não se verificava um exercício vigoroso da diversidade, ainda que por fatores exteriores ao espaço propriamente dito.

Nesse sentido, cumpre destacar que a importância do espaço público, como locus sociopolítico privilegiado, apresenta alternância conforme a evolução da história. A noção de espaço público surge na Grécia antiga, mais especificamente na democracia ateniense. A fim de não realizar afirmações anacrônicas e, mesmo entendendo que no modo de produção capitalista a concepção de "espaço público" tem suas particularidades desse período histórico, é interessante pensar em como as interações sociais se davam na Grécia antiga para buscar as mudanças no que se entende por espaço comum ao longo da história. Assim, lá, o espaço público assumiu seu caráter político com intensidade nunca mais vista.

Naquele contexto, a ágora era o espaço no qual qualquer cidadão poderia entrar e definir os rumos de sua cidade, cabendo a ressalva de que, lamentavelmente, a cidadania não era universal em Atenas, pois o conjunto de cidadãos compreendia apenas os atenienses natos, livres e do sexo masculino, havendo ainda outra lógica de organização social, outra concepção de Estado e de lei; dessa forma, estava excluída do processo político

desempenhado no espaço público a imensa maioria dos residentes da cidade-estado. Não obstante, para construir sua democracia, os atenienses tornaram o espaço público como palco de todas as decisões políticas. Essa democracia direta serviu e serve de referência para o funcionamento das democracias representativas burguesas presentes, sobretudo, no mundo ocidental de hoje.

Contudo, essa proeminência do espaço público como locus do poder político se perdeu com o tempo. A tese defendida neste escrito é que, principalmente nas democracias representativas que adotaram uma política econômica neoliberal, em maior ou menor grau, o espaço público vem sofrendo diversos ataques e tem sido enfraquecido, a partir de políticas de privatização constantes Esse tipo de política transfere aos indivíduos, mas principalmente aos agentes econômicos, a gestão do espaço e, ao fazer isso, permite-se que aquilo que anteriormente podia ser aproveitado por todos passe a ser gerido somente por alguns.

Desta forma, já que um espaço jamais é completamente público ou completamente não-público, deve-se discutir as diferentes políticas propostas para o espaço público considerando se essas enfraquecem ou fortalecem sua dimensão pública. Quando se fala em medidas de privatização, não se está postulando que a medida extinguirá em absoluto o espaço público, mas sim que a implementação dessas medidas tornará o espaço menos favorável à promoção da manifestação de diferentes ideias dos diferentes indivíduos que compõem a cidade.

Sob essa ótica, pretende-se avaliar a instalação de câmeras nesses espaços, tendo em vista que essas se caracterizam como aparatos de controle social que se traduz, no âmbito espacial, por controle de fluxos. É de se notar que, a priori, as câmeras pudessem ser concebidas como elementos qualificadores do espaço público, dado o discurso que existe em torno de sua instalação, no sentido de justificá-las como mecanismos voltados à prevenção de crimes. Não há espaço público se os diferentes indivíduos que o constituem são violentos entre si, ou se um cidadão se sente ameaçado ao manifestar sua individualidade. Nesse sentido, os aparatos de vigilância neutralizariam essas “ameaças” ao espaço público.

Contudo, um exame mais detido da questão evidencia os malefícios que políticas como a analisada infligem ao espaço público. O advento da vigilância nessas áreas deve ser compreendido dentro de uma lógica que é cada vez mais reforçada nas cidades do mundo neoliberal: a segregação. Isso deixou de ser há muito tempo uma externalidade negativa, um problema da urbanidade a ser solucionado.

No passado, a segregação se dava de forma negativa, com a formação de guetos, nos quais só viviam pobres ou pessoas de uma mesma etnia, constituindo uma cidade dentro da cidade. Estes espaços, acometidos pela violência e pela carência absoluta de serviços públicos, impediam a interação dos moradores dos guetos com o restante da cidade. A partir do final do século XX, contudo, se verifica nas grandes e médias cidades o que se chama de segregação positiva, ou autossegregação. Nesse novo fenômeno, setores mais abastados da cidade, deliberadamente, empreendem um movimento de isolamento dessa, formando uma verdadeira cidade de muros.

Nos Estados Unidos da América, precursor desse fenômeno, pessoas ricas migravam para áreas mais distantes das cidades sob a promessa de maior qualidade vital através de um ar mais limpo e menor congestionamento, a fim de retomar aspectos bucólicos da vida rural que teriam se perdido na urbanização das cidades atuais. A autossegregação é inovadora no Brasil, ao se dar sobretudo em áreas centrais das cidades, através da proliferação do modelo de condomínio fechado, muros, câmeras e policiamento ostensivo.

Aqui, a tônica da segregação positiva é a promessa da segurança. Apavoradas com uma suposta insegurança crescente nas cidades, setores privilegiados da população veem a segregação como solução, escondendo-se atrás de muros altos. O geógrafo Marcelo Lopes de Sousa denomina cidades como São Paulo e Rio de Janeiro de "fobópolis", já que nelas o medo impregnou de tal forma o cotidiano a ponto de se tornar um elemento proeminentemente estruturante da urbanidade da cidade[2].

Dessa forma, a segregação não se restringe aos espaços privados como a residência, mas passa também a ser vendida como solução para a segurança nos espaços públicos. A instalação de câmeras, a presença de enclaves fortificados e o crescente aumento da presença de segurança privada nas ruas se dá nesse contexto. O impacto de tais medidas sobre o espaço público é nefasto, deixa de se propor como um espaço que reúne e propicia a interação social.

Na maioria das vezes, não há restrições explícitas à liberdade de ir e vir, pois o método segregante é mais sutil e, até por conta disso, mais cruel. A presença de aparatos de vigilância no espaço público faz questão de lembrar a seus frequentadores que há um "outro" a ser temido, que aquele que não é igual, é sempre suspeito, construindo a lógica urbana sobre estereótipos racistas e segregadores. Por outro lado, em um espaço público ideal, deve-se

[2] A entrevista dada pelo geógrafo pode ser encontrada em: ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA SERGIO AROUCA. Fobópole: o medo que ronda a vida nas cidades. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/materia/detalhe/14355>. Acesso em: 09 fev. 2020.

dialogar com o "estranho", garantindo a ele máxima liberdade para expor seus pontos de vista. Nesse espaço público hiper vigiado, contudo, em vez de se promover a interação com o estranho, a presença de aparatos de controle faz questão de explicitar que este, em maior ou menor grau a depender de suas características, representa algum tipo de ameaça.

A interação, o debate, o diálogo e a dimensão política do espaço público se perdem: este se torna apenas um local de passagem, de trânsito de um espaço privado a outro. A presença de aparatos de controle em um determinado espaço público afeta até aquele local no qual essa forma de segregação não foi diretamente implantada. Se o que garante a segurança dos frequentadores de um espaço é uma câmera, o local em que não há câmeras passa a ser considerado inseguro.

Nesse sentido, Richard Sennett (1998) traz outro aspecto da privatização do espaço público através dos aparatos de controle. Para o autor, para que um espaço público seja "vivo", ele tem de ser um local em que é predominante a extimidade, isto é, o frequentador do espaço público tem de ter sua intimidade suspensa para que efetivamente se una ao outro. Essa ideia corrobora o sentido do espaço público como local da valorização das diferentes identidades.

Há que se salientar que aquilo que permite o enfraquecimento da intimidade no espaço público, fator fundamental para seu funcionamento pleno, é justamente o anonimato do indivíduo, que o impulsiona a expor suas ideias e estimula os demais a recebê-las. Em uma fobópole, o medo do outro impõe que se preste mais atenção na personalidade daquele com quem se está compartilhando o espaço, retomando a valorização de sua intimidade. Novas tecnologias, como as câmeras e o reconhecimento facial, corroem de vez o anonimato de quem frequenta o espaço público, tornando este "morto".

Lembra-se que a ideia do direito à cidade supõe que todos os habitantes tenham acesso pleno à vida urbana, acesso este que se dá primordialmente no espaço público. Dessa forma, se é pretendida a construção de uma cidade democrática, acessível e plural, espírito consignado no Estatuto da Cidade de 2001, deve-se haver cuidado redobrado com as políticas que impactam o espaço público. Este deve sempre ser fortalecido em sua essência, que é a valorização de sua pluralidade e do convívio ativo entre os diferentes entendimentos presentes na diversidade urbana. Aparatos de controle e vigilância, cuja implementação se ampara no medo daquilo que é estranho, vão em uma direção diametralmente oposta.

3. VIDEOMONITORAMENTO COMO ESTRATÉGIA SELETIVA DE VIGILÂNCIA E CONTROLE DE CORPOS

Na seção anterior, foi tratada a privatização do espaço público, uma tendência neoliberal, que se difundiu na sociedade brasileira, assim como na maioria dos países do globo. Assim, espaços públicos, como ruas, praças e largos, são privatizados, restringidos e monitorados. Nesse sentido, o videomonitoramento e as novas tecnologias de vigilância apresentam-se como uma expressão da privatização do espaço público, bem como do controle crescente sobre os corpos. Esses dois elementos, expressivos do uso do videomonitoramento, são peças de um sistema estrutural de hiper vigilância e exclusão de corpos específicos - seja pela sua criminalização ou pela marginalização de espaços comuns.

A vigilância por esses objetos técnicos, fruto da nova tecnologia, ajuda a moldar um tipo de sociedade denominada por Gilles Deleuze como "sociedade do controle". Nesse modelo, são ampliadas as funções da polícia de supervisionar e punir, abrindo espaço para a implantação progressiva e dispersa desse novo regime de dominação (MELLO, 2016). Essa característica, no processo de desenvolvimento das cidades, leva ao cenário em que se cria uma espécie de urbanismo militar, em técnicas de vigilância sofisticadas são empregadas para controlar corpos e fluxos.

Para além disso, nas sociedades de controle, os mecanismos de controle não visam mais a disciplinarização em massa; ao contrário, seu objetivo é a personalização das ferramentas para grupos amostrais. Assim, os agrupamentos sociais (classes, setores, segmentos e grupos sociais) são interpretados de forma estatística e o indivíduo é tratado como uma unidade de um corpo. Esse mecanismo afeta a própria organização do espaço, ao criar a percepção de que dados espaços são preferencialmente ocupados por um nicho social. Para organização do espaço urbano, isso significa que a modelação de comportamentos cria territorialidades, em que apenas alguns comportamentos são aceitáveis e certos grupos sociais podem ter sua participação restringida.

Tal relação entre vigilância e controle torna-se, então, uma das demonstrações de que o capital oligopolista, aliado ao Estado, possui capacidades quase ilimitadas de controlar seus cidadãos. Vale ressaltar que esse controle não abrange apenas a não acessibilidade física, como também a simbólica, pois o espaço público deve significar mais

que apenas um simples acesso físico a espaços "abertos". Deve, por outro lado, significar a presença física com a ampla possibilidade de concretizar a pluralidade.

Nas cidades brasileiras, o videomonitoramento surge impulsionado pelas empresas privadas e pelo Estado. Ambos os agentes buscam instrumentalizar tais objetos técnicos como forma de corroborar com uma estrutura de hiper vigilância e exclusão de corpos específicos, como previamente mencionado. Assim, o videomonitoramento torna-se uma peça de propaganda da guerra psicológica em favor da normatização do espaço público (VIEIRA, 2018). Nesse mesmo sentido, essa restrição através da sua hiper vigilância cria alvos declarados e medo entre aqueles que se apropriam do espaço público de forma espontânea, em especial para fins políticos. Destarte, segundo Graham, ocorre um fenômeno de

> *(...) renovação do autoritarismo, que usa a burocracia do Estado para exercer o controle sobre o espaço, identificando populações de risco, realizando criminalizações em massa por representarem o potencial de distúrbio da ordem desejada, ou por simplesmente não aceitarem se restringir ao lugar que lhes foi estabelecido pelo regime vigente. Como o que se combate não é uma força inimiga, mas sim grupos sociais e comportamentos indesejados. (VIEIRA, 2018, p. 3)*

Assim, através das criminalizações em massa definidas por Graham, o videomonitoramento torna-se um instrumento do sistema penal para, cada vez mais, controlar e encarcerar corpos. No discurso dominante, funciona através da pretensão de ser uma prevenção geral negativa, ou seja, uma pena de caráter meramente intimidativo, objetivando dissuadir futuros delitos (ANJOS, 2009). Nesse sentido, vale ressaltar a crítica que Claus Roxin (1988) faz às práticas inseridas no campo da prevenção geral negativa, pois, para o teórico, a pena não pode fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem o limitar nas suas consequências, é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.

Para além da inefetividade do videomonitoramento em si, sabe-se que o controle exercido pelas novas tecnologias, assim como o alcance do sistema penal, não afeta

todos os grupos ou nichos sociais da mesma forma, justamente pela criação de territorialidades. Nesse sentido, o fenômeno de diferenciação dos alvos específicos da vigilância leva ao entendimento da utilização das câmeras enquanto ferramentas "higienizadoras", ou seja, para que as imagens das câmeras sejam utilizadas para expulsar e criminalizar determinados grupos sociais de determinadas áreas.

Desse modo, as populações de risco definidas em relação ao videomonitoramento, no Brasil, são similares às definidas pelo sistema penal: a população preta, periférica e a população em situação de rua. Assim como o sistema penal, seu instrumento, o videomonitoramento, também perpetua práticas racistas e segregacionistas ao estigmatizar grupos selecionados. Nesse sentido, segundo Juliana Borges (2018), o Estado no Brasil é o que formula, corrobora e aplica um discurso e políticas de que negros são indivíduos para se nutrir medo e, portanto, repressão.

Por isso, a construção histórica do negro como um "inimigo interno" obteve respaldo e apoio da mídia, que, através dos meios de comunicação, ofereceu uma realidade filtrada e construída em torno de tais valores. Vale pontuar que a máxima objetividade jornalística é um mito e, por conseguinte, não se pode esperar que os meios de comunicação veiculem informações neutras. Entretanto, a grande mídia esteve ao lado do grande capital brasileiro ao longo da história, reforçando a imagem estereotipada do negro como subalterno e marginal. Nesse sentido, Malkia Cyril, diretora-executiva da 'Center for Media Justice', em depoimento no documentário 13ª Emenda, de Ava Duvernay, afirma que pessoas negras em geral tendem a ser representadas como criminosas, o que cria estereótipos que são socialmente difundidos e consolidados, sem se verificar os verdadeiros fatores sociais envolvidos na criminalidade.

A partir da construção desse estigma, utiliza-se o videomonitoramento para hiper vigiar tais corpos, não seus comportamentos. Assim, não só se coíbe a acessibilidade física, como também a simbólica, como consequência da privação da espontaneidade, em especial das práticas políticas. Portanto, pode-se concluir que não há como pautar o videomonitoramento sem inseri-lo como um instrumento dentro do contexto do sistema penal, que sistematicamente encarcera cada vez mais pessoas.

Alinhada à construção excessiva de pessoas negras como criminosas, há a retroalimentação do sentimento de insegurança da população pelos meios de comunicação. Tal medo tornou-se um dos grandes argumentos utilizados pelas empresas privadas e pelo Estado para justificar a instalação de câmeras ao redor das cidades brasileiras. Essa sensação

cresce na esfera psicológica dos indivíduos como consequência de um discurso midiático que potencializa ansiedades e incertezas, com base em uma interpretação falsa do real e geradora de medo. Assim, o discurso da insegurança não é o espelho da realidade sobre os comportamentos desviantes, mas se constitui por significados construídos em relações subjetivas e intersubjetivas em torno do crime e da desordem.

Em resumo: o medo não resulta apenas do que se vivencia, mas também do que se ouve, se lê, se presume, se imagina e se informa sobre a criminalidade. Desse modo, o enfoque meramente securitarista - segundo o qual haveria um nexo causal entre a quantidade de crimes e o medo - deve ceder à visão construtivista do problema, que toma o medo do crime como

> *(...) um processo interpretativo da realidade criminal, resultado de uma construção social sustentada através da adopção de discursos políticos e dos relatos dos órgãos de comunicação social que amplificam o risco criminal e as vulnerabilidades face a ele, através da dramatização dos acontecimentos. (GOMES, 2015, p. 98)*

Nesse sentido, a partir da dimensão de que o medo é construído principalmente através dos meios de comunicação - alinhados ao grande capital - e dos órgãos vinculados ao Estado, pode-se apontar a manipulação política do medo. Para Alan Gomes (2015), tal controle utiliza-se do pânico moral como forma de gestão da crise social que permite a ilusória recomposição da ordem perdida. Isto é, produz-se um discurso moral sobre o crime voltado à formação de um consenso social mediante a rejeição daqueles considerados "desviantes".

Assim, a exclusão do criminoso considerado perigoso - o outro representativo do mal - reafirma a coesão social e a identificação das "pessoas de bem". Dessa maneira, o fomento à dicotomia entre o inimigo mal e o cidadão de bem ajuda, de um lado, a intensificar o encarceramento em massa de uma população historicamente estigmatizada, como, de outro lado, promove o estereótipo de um cidadão de bem, um sujeito dentro da lei que, em sua maioria, é masculino e branco. Não importa se o indivíduo é ou não perigoso, o importante é aparentar sua "bondade" enquanto cidadão, ao passo que, para a reprodução do modo de

produção capitalista, o "cidadão de bem" tem o interesse na manutenção do status quo (MOURA, 2003).

4. SEGURANÇA PÚBLICA E VIDEOMONITORAMENTO: UM ESTUDO EMPÍRICO NO BRASIL SOBRE A (IN)EFICIÊNCIA DAS CÂMERAS COMO ESTRATÉGIA DE SEGURANÇA

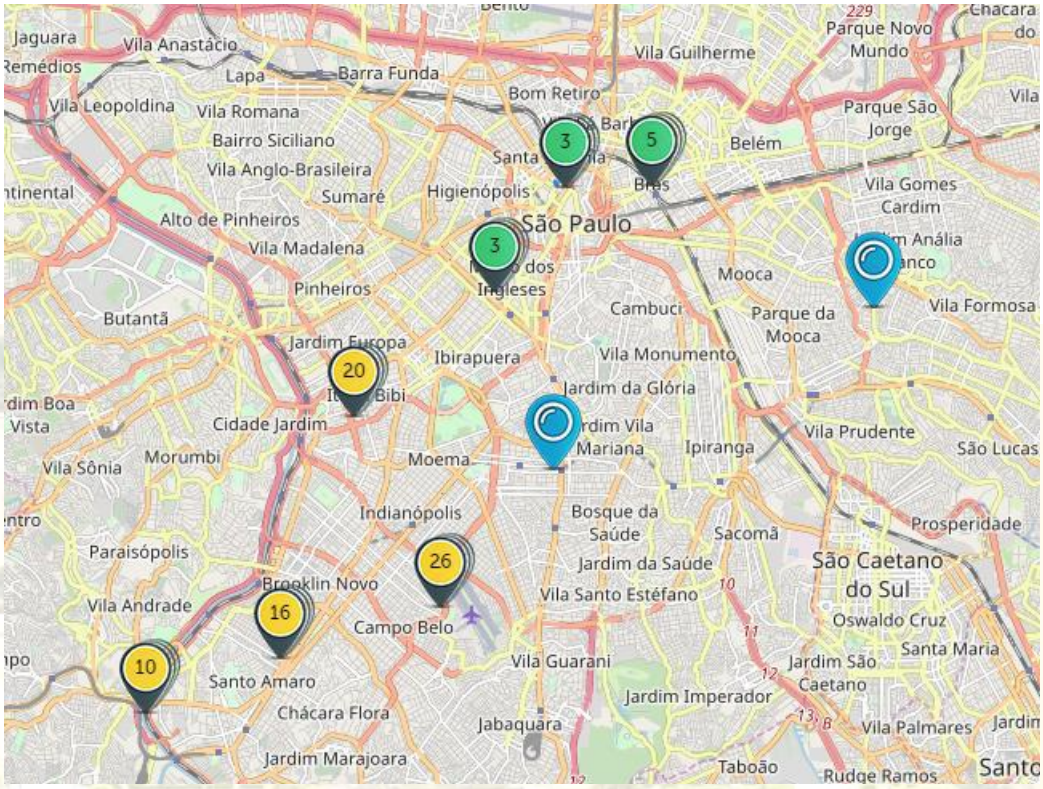
Como tratado nas seções acima, a instalação de aparatos de videomonitoramento implica em efeitos negativos à convivência no espaço público e tenta ser justificada pela existência de "ameaças" construídas socialmente. Tendo isto em vista, a presente seção tem como objetivo demonstrar, por meio de dados empíricos, que os discursos existentes em torno de câmeras de segurança nem sempre se sustentam. Assim, a base utilizada no estudo serão três dos principais argumentos utilizados para justificar sua instalação.

O primeiro deles é a crença no discurso de segurança da população como máxima que orienta a instalação de câmeras em espaços públicos. Todavia, ao se examinar os bairros com os maiores índices de criminalidade até o ano de implementação do sistema de videomonitoramento "City Câmeras" na cidade de São Paulo, é possível perceber que os locais escolhidos para a instalação, em geral, não correspondiam aos locais com os maiores índices.

Além disso, ao comparar as regiões onde há câmeras, conclui-se que a quantidade destas não é proporcional aos números de ocorrências de delitos.

Para compreender essas afirmações, é preciso entender o programa City Câmeras, plataforma de videomonitoramento que têm câmeras de órgãos públicos e agentes privados na cidade de São Paulo integradas a um sistema com acesso da Polícia Militar e da Guarda Civil Metropolitana. Criado na gestão de João Dória, em julho de 2017, o projeto visa "detectar, prevenir e reagir a situações de emergência, ocorrências e manutenção do espaço público" (PREFEITURA DE SÃO PAULO, 2017). No site do programa, é possível observar apenas a localização das 85 câmeras públicas existentes e suas filmagens em tempo real.

4.1. LOCALIZAÇÃO DAS CÂMERAS PÚBLICAS DO CITY CÂMERAS NO MAPA DE SÃO PAULO



Fonte: Prefeitura de São Paulo. City Câmeras, 2017. Câmeras Públicas. Disponível em: <https://www.citycameras.prefeitura.sp.gov.br/>. Acesso em: 20 de fev. de 2020.

4.2. NÚMERO DE CÂMERAS PÚBLICAS DO CITY CÂMERAS POR DISTRITO POLICIAL EM SÃO PAULO:

Distrito policial (DP)	**Número de câmeras públicas**
Santo Amaro (11º DP)	26
Campo Belo (27º DP)	26
Itaim Bibi (15º DP)	20
Pari (5º DP)	5
Jardins (78º DP)	2
Campos Elíseos (3º DP)	2
Vila Clementino	1
Aclimação (5º DP)	1
Vila Diva (5º DP)	1
Sé (1º DP)	1

Fonte: elaborada pelos autores, com base nos dados da Secretaria de Segurança Pública do Município de São Paulo.

Os dados estatísticos de 2016 da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo possibilitaram o entendimento acerca dos locais, por distrito policial, com os maiores Índices de Exposição a Crimes Violentos (ICEV) - definido por crimes letais, sexuais e contra o patrimônio - e ocorrências de furto de veículos um ano e meio antes da implementação do City Câmeras.

4.3. OS DISTRITOS POLICIAIS COM MAIS OCORRÊNCIAS DE FURTO DE VEÍCULOS:

Posição	1º	2º	3º	4º	5º
Distrito Policial (DP)	Pinheiros (14º DP)	Lapa (7º DP)	Perdizes (23º DP)	Vila Gustavo (39º DP)	Ipiranga (17º DP)
Número de veículos furtados	1307	1190	1119	1081	1080

Fonte: Tabela elaborada pelos autores, com base nos dados da Secretaria de Segurança Pública do estado de São Paulo.

4.4. AS VIAS MAIS PERIGOSAS DA ZONA SUL DE SÃO PAULO EM 2015:

Vias mais perigosas da zona sul (nº de furtos de veículos entre jan. e set. de 2015)		
1º	Avenida Octalles Marcondes Ferreira	78
2º	Rua do Manifesto	48
3º	Estrada das Lágrimas	36
4º	Avenida Presidente Wilson	33
5º	Rua Agostinho Gomes	33
6º	Rua Xavier de Almeida	27
7º	Rua Bom Pastor	27
8º	Rua Cipriano Barata	27
9º	Rua Pedro de Toledo	26
10º	Avenida Engenheiro Eusébio Stevaux	25
Fonte: Polícia Civil do Estado de São Paulo		

Fonte: ARCOVERDE, Léo. 10 ruas com mais furto de veículos em São Paulo. Fiquem Sabendo. 15 de nov. de 2015. Disponível em: https://fiquemsabendo.com.br/seguranca/10-ruas-com-mais-furtos-de-veiculos-em-cada-regiao-de-sao-paulo/

4.5. OS DISTRITOS POLICIAIS MAIS EXPOSTOS À VIOLÊNCIA EM 2016:

Posição	Distrito policial (DP)	Índice*
1º	Pari (3ºDP)	58,2
2º	Parque São Rafael	39,3
3º	Santo Amaro	34,7
4º	Itaim Paulista	34,5
5º	Palheiros	33,6
6º	Parque Novo Mundo	32,6
7º	Campo Limpo	32,3
8º	São Miguel Paulista	31,7
9º	Vila Brasilândia	29,5

Fonte: Tabela elaborada pelos autores[3]

4.6. OS DISTRITOS POLICIAIS MENOS EXPOSTOS À VIOLÊNCIA EM 2016:

Posição	Distrito policial (DP)	Índice
1º	Vila Diva	9,0
2º	Vila Maria	10,7
3º	Monções	11,0
4º	Itaim Bibi	11,4
5º	Vila Mariana	11,5
6º	Cambuci	11,6
7º	Vila Carrão	12,2

[3] Tabela elaborada com base nos dados da Instituição Sou da Paz: Ranking de exposição a crimes violentos - Estado de São Paulo / 2017. Instituto Sou da Paz, 2018. Disponível em: <http://soudapaz.org/noticias/ranking-de-exposicao-a-crimes-violentos-estado-de-sao-paulo-2017-2/>. Acesso em 20 de fev. de 2020.

8º	Parque da Mooca	12,3
9º	Sacomã	13,5

Fonte: Tabela elaborada pelos autores, com base nos dados do Instituto Sou da Paz

Em 2016, Pari apresentava o maior ICEV, contudo há somente cinco câmeras públicas do sistema de videomonitoramento instaladas na região (quatro delas em volta do Largo da Concórdia), enquanto o Itaim Bibi conta com vinte e estava em 4º no ranking de distritos policiais com menos exposição à violência. Além disso, Vila Diva, que ocupava a 1ª posição como a região mais segura, possui, também, uma câmera de vigilância. Por outro lado, é interessante notar que Santo Amaro era a 3ª região mais violenta, apresentando vinte e seis câmeras, a maior quantidade por distrito policial junto a Campo Belo, o que parecia seguir a lógica do discurso de garantia da segurança como objetivo de suas instalações. No entanto, ao ampliar o mapa do site do City Câmeras, percebe-se que dez delas estão situadas em volta da Av. das Nações Unidas, via que não apresentava quantidade significativa de furto de veículos na zona sul em 2015, e outras dezesseis estão na Chácara Santo Antônio, bairro nobre, o qual abriga empresas privadas, áreas de lazer e condomínios de luxo. Campos Elíseos, por sua vez, possui duas câmeras, ambas no Largo do Paissandú. Nota-se, assim, que as câmeras, de maneira geral, foram instaladas nos locais que não apresentavam os maiores índices de criminalidade, sobretudo em regiões nobres da cidade de São Paulo (Itaim Bibi, Jardins, Chácara Santo Antônio, Vila Clementino, Vila Diva, Campo Belo e Aclimação) ou em locais com alta concentração de moradores de rua, imigrantes, comércios informais e manifestações políticas recorrentes (Largo do Paissandú e Largo da

Concórdia, no Centro). Portanto, é equivocado afirmar que a escolha dos espaços públicos para a implementação de câmeras é orientada pelo cuidado com a segurança da população. Por trás desse discurso, esconde-se o intuito de utilizá-las para vigiar e criminalizar seletivamente grupos sociais considerados “inimigos”, em benefício dos interesses do Estado e das classes abastadas. Dentre os casos mais explícitos ocorridos em São Paulo, destaca-se a prisão de Guilherme Boulos, líder do Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), em 17 de janeiro de 2017 durante desocupação violenta na zona leste: “temos horas de filmagens suas de outras manifestações e ocupações e sabemos que você é

liderança, você está detido por desacato, obstrução da via, obstrução da justiça e incitação de violência"[4].

Complementarmente, um estudo (PEDRO; BONAMIGO; MELGAÇO, 2017) a respeito da experiência da instalação de 186 câmeras de monitoramento na cidade de Chapecó e do "Programa Bem-Te-Vi: Segurança por Videomonitoramento" em Santa Catarina, realizado em 2013, também trouxe à tona, a partir de análises empíricas, questionamentos acerca da seletividade na distribuição das câmeras em tal cidade e do reforço dos aparatos de vigilância.

Analogamente, o estudo de caso feito por Álice Custode (2019) analisou a Central de Videomonitoramento do município Eusébio sob perspectiva da disposição das oito câmeras espalhadas por pontos da cidade, dotadas de funcionamento diário ininterrupto e do acompanhamento por parte de dois policiais. A autora descreve que as viaturas mais próximas são acionadas para averiguar acontecimentos presenciais em locais nos quais, preliminarmente, os vigilantes identificam comportamentos considerados criminosos ou suspeitos, ratificando-se a prática institucional de controle normativo dos corpos.

As pesquisas supracitadas em São Paulo, Chapecó e Eusébio apresentam os mesmos apontamentos acerca da seletividade dos espaços e indivíduos e a hiper vigilância, o que evidencia o quão intrínsecas são essas questões à utilização de câmeras e não podem ser consideradas falhas de implementação as quais ocorrem em situações isoladas. Nesse sentido, os grupos sociais mais elitizados, detentores dos aparelhos vigilantes e que governam a segurança pública, obtém maior poder em detrimento dos corpos vigiados e disciplinados, representados, em geral, por grupos alijados e estigmatizados perante o meio social. Assim, sob égide de um efeito coercitivo das câmeras, o próprio espaço público se fragiliza e se remodela, com a prevalência de interesses privados, do impacto à liberdade individual e da normatização de comportamentos.

O segundo argumento a ser refutado é a efetividade do poder preventivo das câmeras, ou seja, o "medo de ser filmado" diminuiria o número de delitos praticados na região e, consequentemente, o índice de criminalidade. O terceiro é a convicção no poder reativo delas, isto é, a capacidade de detectar os responsáveis pelas infrações cometidas, o que resultaria em um aumento estatístico dos índices de criminalidade e produtividade policial

[4] Reportagem completa: Guilherme Boulos, do MTST, é preso pela PM em desocupação violenta na zona leste de SP. Rede Brasil Atual, São Paulo, 17 de jan. de 2017. Disponível em: https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Guilherme-Boulos-do-MTST-e-preso-pela-PM-em-desocupacao-violenta-na-zona-leste-de-SP/4/37576>. Acesso em: 11 de jan. de 2020.

pelo fato das gravações elevarem a percepção dos agentes de segurança a respeito de transgressões que anteriormente eram despercebidas (LE BLANC, 2008; OLIVA, 2013). Contudo, essas suposições se mostram falsas ao se analisar esses índices antes e depois da instalação de sistemas de videomonitoramento.

Apesar do assunto carecer de pesquisas nesse âmbito, as já realizadas são suficientes para suscitar dúvida a respeito da eficácia das câmeras de vigilância na segurança. Entre elas, destaca-se a de Diego Coletti Oliva em "Entre olhos eletrônicos e olhares humanos", resultado de um estudo realizado durante 2011 e 2012 com Centro Integrado de Monitoramento de Curitiba (CIMEC). O autor analisa, em sua tese, o aumento do número de câmeras na cidade e relaciona-o com o registro de ocorrências e flagrantes. Segundo Oliva (2013), a CIMEC era responsável por operar 36 câmeras em 2008 e 49 em 2011. Por causa da expansão do sistema de videomonitoramento, era esperado que os registros de ocorrências e flagrantes de crimes aumentassem com o passar dos anos, entretanto, enquanto a primeira expectativa se concretizou, a segunda não, o que coloca em xeque o poder reativo das câmeras, como evidencia a tabela:

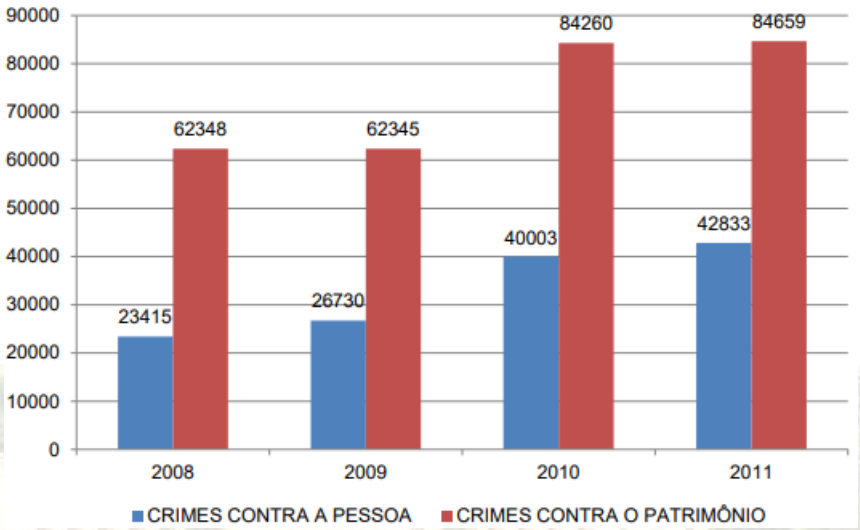
4.7. REGISTRO DE OCORRÊNCIAS E FLAGRANTES DO CIMEC:

	2008*	2009	2010	2011**
Ocorrências	588	608	624	423
Flagrantes	151	120	92	79

Fonte: Tabela montada pelos autores, com base nos dados de OLIVA, 2013, p. 97.

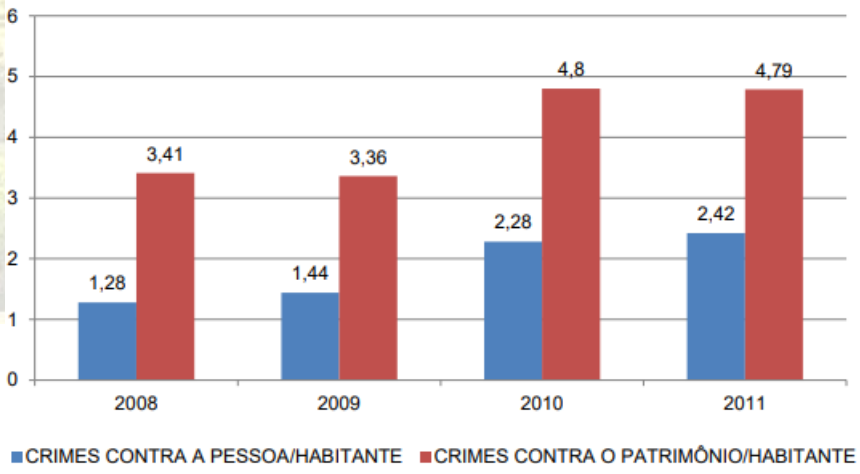
Ademais, Oliva (2013) salienta que o poder preventivo do sistema de vigilância também é questionável ao se observar que, entre 2008 e 2011, o número total de crimes registrados e sua média por habitante em Curitiba se elevaram a cada ano. Ao se analisar os dados, conclui-se que as câmeras provocam uma "migração da criminalidade" (OLIVA, 2013, p. 100) e não a redução desta, pois a real criminalidade e suas causas estruturais não são inibidas. O que ocorre é a redução de delitos nas áreas vigiadas como efeito pontual e o deslocamento das atividades ilícitas para novos locais não monitorados (BROWN; GILL e FISCHER apud OLIVA, 2013). A mesma situação é exposta na pesquisa de Álice Custode, em Eusébio.

4.8. NÚMERO TOTAL DE CRIMES EM CURITIBA:



Fonte: OLIVA, 2013, p. 105.

4.9. MÉDIA DE CRIMES/ HABITANTES EM CURITIBA:



Fonte: OLIVA, Diego. Entre olhares eletrônicos e olhares humanos, 2013. Página 106.

Complementarmente, outra pesquisa, na cidade de Vila Velha, no Espírito Santo, pretende demonstrar a fragilidade da associação entre a instalação de câmeras e a elevação da segurança, a partir de uma análise etnográfica na sala de controle de câmeras da cidade (BRICALLI; ZANOTELLI, 2016). Este estudo empírico foi focalizado em três áreas

monitoradas da cidade (um bairro de elite, um bairro popular e uma região industrializada), desenvolvendo-se no ano de 2014.

Se por um lado a pesquisa reconhece a limitação das câmeras de monitoramento, como o espaço de filmagem e sua incapacidade de resolver eventos cotidianos de violência e determinados bairros, por outro, através de uma comparação estatística de dados, que o número de crimes e delitos, como homicídios, em geral, aumentou ao longo dos anos, de modo a evidenciar que não é possível associar a existência das câmeras com a redução da criminalidade em Vila Velha. No mais das vezes, as câmeras figuram como muros simbólicos, legitimando o desejo de controle de grupos sociais específicos, como moradores de rua, trabalhadores informais e usuários de drogas.

Em suma, conforme tudo que foi apresentado nos casos concretos, refuta-se o ideário de que as câmeras produzem incremento da segurança pública e, sobretudo, corrobora-se que geram a redução da autonomia coletiva e da privacidade individual. Ainda, vale ressaltar que o monitoramento favorece a supervisão e estigmatização de grupos sociais marginalizados, considerados indesejáveis aos olhos dos vigilantes, já que a vigilância não possui caráter neutro e tampouco se dissocia da segregação social, uma vez que potencializa a produção de juízos de valor e perspectivas subjetivas no que tange à análise de comportamentos.

5. AS CÂMERAS NA UNIVERSIDADE PÚBLICA: O CASO DA FACULDADE DE DIREITO DA USP

Se, como tratado acima, os mecanismos de videomonitoramento estão se difundindo por todos os lugares, não causa surpresa que as universidades públicas também sejam atingidas por isto, corroborando para a seleção daqueles que podem frequentar seu espaço físico. Há que se salientar que não é novidade que as universidades públicas brasileiras são bastante elitizadas, compostas principalmente por estudantes e professores brancos de classe média e alta, ao passo que os funcionários dos postos mais precarizados são majoritariamente negros e pobres, o que vem sendo há anos questionado pelos movimentos negros que muito lutaram pela aprovação de cotas raciais e sociais. Assim, há uma série de problemáticas no que diz respeito ao acesso e à permanência nas universidades, o que é ainda mais acirrado com a instalação de mecanismos de "segurança", como catracas e câmeras,

representando uma forma bastante explícita de dizer quem não é "bem-vindo" a esse espaço público.

Cabe aqui apontar o debate sobre a importância da universidade pública, gratuita e de qualidade, que precisa se tornar cada vez mais popular. A universidade hoje é palco de importantes pesquisas, grupos de estudos e projetos de extensão que envolvem debates relevantes para a realidade da sociedade brasileira. No entanto, há cada vez mais ataques dos governos federal e estadual à autonomia e à própria existência desses centros de ensino, principalmente com cortes de verbas tanto para questões estruturais quanto para financiamento de projetos e pesquisas.

Assim, procura-se produzir uma crise de legitimidade da universidade e transferir seu público para um "mercado da educação superior" que coloca como proposta a educação privada, a qual investe gradualmente em cursos à distância e pouco estimula a produção científica, mas foca na transformação dos alunos em potenciais endividados com o mercado de financiamento estudantil. Nesse sentido, intensifica-se a disputa pela universidade pública como espaço de importante produção acadêmica que deveria ser de fato aberto à população e às suas demandas.

Na Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo (FD - USP) esse debate veio se aprofundando nos últimos anos. Ainda, por se localizar no centro de São Paulo, a Faculdade interage com a cidade no entorno e tem uma série de particularidades, como o fato de haver demasiada população em situação de rua ao seu redor, que muito se utiliza de sua estrutura, como banheiros e bebedouros, para sobreviver e fazer sua higiene pessoal. Assim, a instalação de câmeras iria afetar diretamente a entrada desse grupo na faculdade de forma higienista e brutal.

Salienta-se que a primeira tentativa de instalação de câmeras neste espaço foi de 2002 a 2005, quando foi solicitado à Prefeitura da Cidade Universitária da USP a implantação de um sistema de monitoramento. No entanto, o projeto foi arquivado por conta do impacto orçamentário de cerca de R$ 80.000,00 (à época) que ele traria. De 2008 a 2009, houve a tentativa de reabrir o processo, contratando a empresa Microplug Com. Equipamento de Informática para a sua elaboração, com um orçamento de R$ 120.489,21 previsto, focando na instalação de câmeras na biblioteca da faculdade. Após isso, o projeto foi novamente arquivado, mas, entre 2014 e 2015, essa demanda retornou pela diretoria da FD-USP que pretendia implementar equipamentos de monitoramento nas salas de estudo. No entanto, outra vez, o processo foi arquivado por falta de aprovação na Congregação (órgão deliberativo

máximo da faculdade) que chegou à conclusão de que seria necessário um estudo de impacto prévio.

Nesses momentos anteriores, tal questão foi discutida em órgãos da faculdade, porém, em 2019, essa pauta foi reaberta e o novo diretor decidiu que seriam instaladas as câmeras, tanto no prédio histórico - o qual é tombado - quanto no anexo, mesmo sem a abertura de licitação, não avaliando-se, ainda, os impactos orçamentários e sociais que estes mecanismos poderiam trazer, ou mesmo a aprovação prévia da Congregação. Esta atitude foi algo que incomodou os frequentadores da faculdade, de modo geral, mesmo aqueles mais favoráveis à instalação, segundo levantamento feito pelo Núcleo de Direito à Cidade (NDC), em 2020, com estudantes, funcionários e professores da Faculdade de Direito da USP.

Pergunta: VOCÊ ACHA QUE A INSTALAÇÃO DE CÂMARAS EM UMA FACULDADE PÚBLICA PRECISARIA PASSAR PELA INSTÂNCIA MAIOR DELIBERATIVA (CONGREGAÇÃO)?



Com isso, a falta de transparência e de democracia no processo de decisão sobre algo que afeta diretamente todos aqueles que frequentam a faculdade é bastante grave. Ainda, é importante ressaltar como essa política de "instalação das câmeras a qualquer custo" sem diálogo prévio surge em um momento posterior à aprovação de cotas raciais[5] e sociais e do aumento da terceirização de funcionários na FD-USP, sendo eles de maioria negra e pobre. Assim, parece que ao passo que a faculdade é mais frequentada por esses grupos - tanto

[5] A partir de 2016 a Faculdade de Direito da USP passou a adotar cotas sociais via SISU, a partir de reserva de 30% das vagas para alunos de escolas públicas e a partir de 2018, cotas raciais para alunos de escolas públicas autodeclarados pretos, pardos e indígenas, sendo elas 20% dos 30% das cotas sociais. Além disso, para os ingressantes via FUVEST há a reserva de 37,5% de cotas raciais na USP, havendo um aumento de 17% para 25% de alunos negros na universidade nos últimos cinco anos: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/12/com-cotas-aulas-da-usp-comecam-a-perder-brancocentrismo.shtml>

enquanto estudantes quanto funcionários -, mais aumentam as estratégias de vigilância e controle sobre o espaço.

Outra situação que também pareceu contribuir para o fortalecimento do discurso em defesa da instalação de câmeras foi a redução do número de vigias concursados na faculdade por conta de sucessivos cortes por parte da reitoria. Nos últimos anos, passaram de 42 trabalhadores para apenas 11, o quais seriam responsabilizados por cobrir todos os prédios e escadas, não havendo novas contratações desde 2014.

Ainda, segundo o referido levantamento realizado pelo NDC, a maioria dos entrevistados (63,5%) relatou nunca ter sofrido nenhuma violência na faculdade, 6,6% já sofreu assédios sexuais, 9,6% assédios morais, 18% constrangimentos verbais, 7,8% discriminação, 13,5% furtos e 1,2% relatou ter sofrido roubo e lesão corporal. Sendo assim, a maioria das violências descritas não envolvem algo que seria potencialmente captado pelas câmeras, tendo em vista que esse tipo de monitoramento é utilizado para proteger questões patrimoniais sobretudo, como abordado anteriormente.

Ademais, é relevante ressaltar quem são os grupos mais atingidos por essas violências. Dentre as pessoas que disseram que não se sentem seguras na faculdade, 80% compunham as "minorias políticas", sendo 15% delas negras(os), 28% mulheres, 31% LGBTQI+[6] e 5% asiáticas(os). No que diz respeito os que relataram já terem sofrido alguma violência na faculdade, também havia uma grande incidência sobre minorias políticas: dentre as vítimas de assédio sexual, todas compunham minorias, sendo 91% mulheres, 91% LGBTQI+ e 36% não brancas(os); dentre as vítimas de assédio moral e constrangimento verbal 57% eram mulheres, 32% não brancas(os) e 79% LGBTQI+ e, dentre as vítimas de discriminação, 62% eram mulheres, 54% não brancos (86% negras(os) 14% asiáticas(os)) e 77% LGBTQI+.

Esses dados apontam que as principais vítimas de situações de violência na faculdade são mulheres, negras e negros e LGBTQI+ , os quais sofrem com essas circunstâncias cotidianas que não são alvo de câmeras. Dentre esses grupos, a maioria também respondeu que não se sentiria mais segura com a instalação de um sistema de videomonitoramento, o que explicita como esse tipo de instrumento não responde à demanda

[6] A sigla faz referência à população composta por lésbicas, gays, bissexuais, transgêneras(os), travestis, queers, intersexuais, pessoas não-binárias, assexuais, pansexuais e demais sexualidades e identidades de gênero que fogem do padrão cis heteronormativo imposto, ou seja, o padrão de identificação do sexo biológico com a identidade de gênero e com a lógica também de relação afetiva, romântica e sexual voltada apenas para casais entre homens e mulheres heterossexuais.

de segurança deles. Verifica-se que o discurso da violência e do medo não leva em consideração aspectos práticos e dimensões das experiências reais de situações de violência pelas quais as pessoas passaram, não buscando entender quais são essas violências e quem são suas vítimas, pouco se propondo a trazer espaços de acolhimento para as últimas e apenas investimento em instrumentos de punição e controle que não contribuem de fato com qualquer política efetiva de segurança. Sendo assim, vítimas de discriminação, constrangimento e assédio não são acolhidas, ao passo que a lógica de proteção patrimonial a qualquer custo ganha palanque.

Portanto, a falta de compromisso da Faculdade em fazer um levantamento sobre quais as principais violências sofridas, um estudo sobre potenciais encaminhamentos e as melhores e mais efetivas medidas a serem tomadas para prevenir essas violências e acolher as vítimas, expõe um desinteresse em de fato proteger as pessoas e explicita uma proposta de apenas apostar um alto investimento em equipamentos de hiper vigilância e controle.

Como anteriormente abordado, as câmeras, enquanto instrumento de vigilância, são extremamente seletivas e trazem um impacto profundo para a população em situação de rua, as pessoas negras e pobres - que são, frequentemente, alvo desse tipo de tecnologia punitiva - e militantes. Sabe-se que na Faculdade há inúmeros debates políticos que movimentam o dito "pátio das arcadas" e o controle sobre esse espaço a partir da vigilância constante cerceia as liberdades dos grupos que o frequentam.

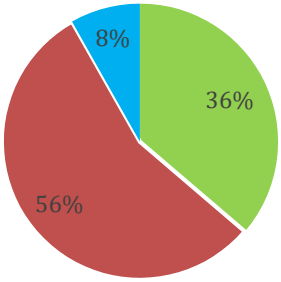
Destaca-se que, quando perguntados se se sentem seguros na Faculdade, 56% dos entrevistados disseram que sim; 30%, não; e o restante apresentou respostas intermediárias. Ainda, ao serem questionados se se sentiriam mais seguros com a instalação de câmeras, a maioria respondeu "não".

Pergunta: VOCÊ SE SENTIRIA MAIS SEGURA/O SE EXISTISSEM CÂMERAS NO PRÉDIO HISTÓRICO DA SF?

SIM

NÃO

NÃO TENHO ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER



Além disso, os entrevistados foram perguntados se enxergavam uma relação de causa e consequência entre o aumento da segurança e a instalação das câmeras e se entendem ser esta a melhor forma de garantir a seguridade de quem frequenta a Faculdade.

Nesse sentido, é possível extrair das respostas dada à enquete que não há uma preocupação da Faculdade em dialogar com os estudantes, professores e funcionários sobre suas demandas em relação à segurança, visto que maioria dos entrevistados demonstrou não se sentir mais protegido com a instalação das câmeras e não acreditar que essa é a melhor forma de garantir a segurança das pessoas. Evidencia-se, assim, a insistência de impor mecanismos de vigilância mesmo sem qualquer comunicação com os afetados e sem estudo de impacto.

Esta não se trata de uma política pontual da Faculdade de Direito da USP, mas algo que vem se tornando cada vez mais difundido, inclusive nas universidades públicas. Em estudo de Eledison de Souza Sampaio (2014), no qual foram analisadas as práticas de videovigilância na Universidade Federal da Bahia, no campus de Ondina, o autor relatou que as câmeras trouxeram como resultado ao local uma constante sensação de desconforto e de vigilância como imposição, adestramento e disciplina (SAMPAIO, 2014) desvinculada da proposta da segurança, além de aumentar a "suspeita de todos contra todos", afetando diretamente o funcionamento da universidade:

> *Por fim, outro elemento gerado pela pesquisa foi o fenômeno da suspeição projetada sobre o público universitário no contexto da UFBA. Nesse caso, o investimento incessante em câmeras sobrevém acompanhado de um acúmulo sucessivo de efeitos em termos de desconfiança em relação ao "outro". (SAMPAIO, 2014, p. 123)*

Com isso, o autor expõe como há uma produção generalizada dessa ideia de que a vigilância é sinônimo de segurança, mesmo que a eficácia das câmeras não tenha sido comprovada por pesquisas e dados relevantes. Assim, há uma grande contradição no discurso institucional, que propõe a transparência e acesso ao espaço público, ao mesmo tempo que há um ocultamento dos olhares vigilantes e encobrimento das estratégias e comportamentos dos operadores de vídeo (SAMPAIO, 2014). Como se pode, então, apostar em uma política supostamente de segurança que vem acompanhada de incertezas sobre como serão tratadas as imagens e sobre quais serão os procedimentos a partir delas? Não há qualquer estudo de impacto ou proposta concreta sobre essa política, apenas convicções de que as câmeras trariam alguma segurança, contrariando a proposta central da própria universidade pública de buscar respaldo na ciência para respostas diante de nossos problemas sociais.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, nota-se que a instalação de sistemas de videomonitoramento está dissociada de seu suposto objetivo de garantir a segurança pública. Ao contrário, a implantação de câmeras corrobora para o desenvolvimento de uma esfera de desconfiança entre os que estão no espaço monitorado, bem como para a gestão privada do espaço público, o acentuamento de estereótipos sociais sobre certas "ameaças" e, ainda, a descaracterização do direito à cidade, que pressupõe, no ideal lefebvriano, manifestações singulares dos habitantes do espaço urbano e sua participação para a configuração deste.

Assim, há que se pensar, de um lado, em alternativas para a garantia da segurança no espaço urbano, que integrem os habitantes como agentes ativos em uma ação conjunta com tal objetivo; e, de outro, em como esta integração é vital para a concretização do direito à cidade. Esta forma de direito que, embora possa ter institutos juridicamente positivados, não se limita às normas jurídicas, mas aparece como uma forma de ação voltada ao uso pleno dos momentos e locais (LEFEBVRE, 2001). Isto não pode ser realizado em um espaço em que o medo do "outro" seja reinante, algo que só pode ser desfeito com o estabelecimento de vínculos de confiança, os quais pressupõem um certo grau de integração.

Em função disso, podem ser estudadas medidas como eventos comunitários; elaboração de metodologias e espaços de acolhimento para vítimas de violência, melhora da iluminação, oficinas participativas para garantir a criação de um sentimento de pertencimento

e de cuidado, dentre outras propostas que busquem pensar de fato como garantir a segurança de forma coletiva, e não apenas a vigilância. É essencial, portanto, pensar na participação social como meio de construção do espaço urbano, buscando uma gestão democrática da cidade, objetivo também almejado pelo Estatuto da Cidade.

Além disso, salienta-se também que estudos acerca da implementação de políticas se segurança são essenciais, a fim de não cair em falsas relações de causa e consequência entre "vigilância" e "segurança", sem que fatores como a seletividade e o acesso ao espaço público sejam avaliados. Tendo em vista a discrepância não rara existente entre a cúpula administrativa do espaço e aqueles que o utilizam, como se evidenciou no caso da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é essencial se voltar ao envolvimento daqueles que frequentam a faculdade para a tomada de uma decisão que afeta tanto seu cotidiano. Somente assim, com a participação de todos neste processo construtivo das cidades, será possível configurar um ambiente seguro, agradável e democrático.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Maria Léa Monteiro de. O aparato de combate ao crime e a sensação de insegurança. Revista Subjetividades, Fortaleza, v. 5, n. 2, p. 225-245, set. 2005.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009.

BORGES, Juliana. O que é encarceramento em massa?. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRASIL, Vera Vital. Subjetividade e violência: a produção do medo e da insegurança. Clínica e Política, v. 2, p. 267-275, 2009.

BRICALLI, Iafet Leonardi. ZANOTELLI, Cláudio Luiz. A fragilização dos espaços públicos a partir da utilização de câmeras de vigilância na cidade de Vila Velha (ES). Geo UERJ, Rio de Janeiro, n. 29, p. 133-169, 2016.

CUSTODE, Álice Thainá Chagas. A implantação do sistema de videomonitoramento no município de Eusébio: um estudo de caso da política de vigilância do espaço público municipal. Centro de Ciências Agrárias, Universidade Federal do Ceará. Monografia (Graduação em Gestão de Políticas Públicas). 2019. ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA SERGIO AROUCA. Fobópole: o medo que ronda a vida nas cidades. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/materia/detalhe/14355>. Acesso

em: 09 fev. 2020. FELETTI, Vanessa Maria. Vende-se segurança: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014

GOMES, Marcus Alan. Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

KANASHIRO, Marta Mourão. Sorria, você está sendo filmado: as câmeras de monitoramento para segurança em São Paulo. Dissertação (Mestrado). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 2006.

LEFEBVRE, Henri. O direito à cidade. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.

MELGAÇO, Lucas; BOTELLO, Nelson Arteaga. Introdução: a securização das cidades latino-americanas. urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana, v. 7, n. 2, p. 149-153, 2015.

MELLO, Rogério Luís Marques de. Vigilância Eletrônica das Ruas: Privatização dos Espaços Públicos e Publicização da Vida Privada. Intertem@s, v. 16, n. 16, 2008.

MJSP. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Ministério entrega aos estados primeiras ferramentas de Big Data e Inteligência Artificial para combater a criminalidade. 20 ago. 2019. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566331890.72>: Acesso em: 05 fev. 2020.

MOURA, João Carlos da Cunha. O cidadão de bem: o discurso jurídico e a construção da subjetividade através da leitura midiática dos blogs. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 7, n. 1, jul/2003.

28

OLIVA, Diego Coletti. Paradigmas da Vigilância: desenvolvimentos tecnológicos da imagem e da segurança. Anais do III Seminário do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCAR. São Carlos, 2012.

OLIVEIRA, Messias Fernandes de et al. Direitos humanos, segurança pública e a produção do medo na contemporaneidade. Cadernos Brasileiros de Saúde Mental/Brazilian Journal of Mental Health, v. 10, n. 25, p. 118-140, 2018.

PEDRO, Rosa Maria Leite Ribeiro; BONAMIGO, Irme Salete; MELGAÇO, Lucas. Videomonitoramento e seus efeitos na cidade: cartografia de redes sociotécnicas em diferentes espaços urbanos. Revista ECO-Pós, v. 20, n. 3, p. 93-110, 2017.

RIBEIRO, Laura Talho. Tecnologias inteligentes de vigilância: percepções sobre segurança nos centros urbanos. Texto elaborado no âmbito do Grupo de Pesquisa do ITS sobre Cidades

e Tecnologias. 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/03/laura_talho_smartsurveillance.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2020.

ROXIN, Claus. Sentidos e Limites da Pena Estatal. In: _____. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998

SAMPAIO, Eledison de Souza. Práticas de Videovigilância na Cidade Contemporânea: O Caso da UFBA - Campus de Ondina. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Desenho, Cultura e Interatividade da Universidade Estadual de Feira de Santana, 2014.

SENNET, Richard. O Declínio do Homem Público: as tiranias da intimidade. Trad. Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

VIEIRA, Letícia Maria. A Contenção da Política: Usos de videomonitoramento para controle social nos espaços públicos de São Paulo. Dissertação (mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 2018



All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

POR UMA CIDADE INCLUSIVA: EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, DIVERSIDADE E CIDADANIA

FOR AN INCLUSIVE CITY: EDUCATION IN HUMAN RIGHTS, DIVERSITY AND CITIZENSHIP

Amanda Montenegro Lemos de Arruda Alencar[1]
Isabelle de Souza Bordalo[2]

Orcid: https://orcid.org/0000-0003-0944-8779
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-2679-9143

Submissão: 02/03/2020 Aprovação: 07/03/2020

RESUMO:
A sociedade brasileira só começou a conviver efetivamente com os direitos humanos ao longo das lutas pela redemocratização do Brasil. No entanto, ainda vivemos, em relação aos direitos humanos no Brasil, a fase dos acontecimentos e das lutas para efetivá-los. Em síntese, nos dias hoje é certo afirmar que o processo de efetivação dos direitos humanos perpassa o caminho da educação e da socialização, pois apenas um trabalho de formação imbricado na cidadania é capaz de priorizar as mudanças de valores, de atitudes, de posições, de comportamentos e de crenças em favor da prática da tolerância, da paz, e do respeito ao ser humano. Dessa forma, a intenção desse artigo é debater a criação de espaços de educação em direitos humanos e participação cidadã nas cidades, com o intuito de promover os direitos humanos e a cidadania. A metodologia adotada será a pesquisa bibliográfica e a análise de casos práticos concernentes à temática pesquisada.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos. Cidadania. Educação. Cidade.

∗ Trabalho apresentado no II Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito, Coordenado pelo Acadêmico Titular da Cadeira SanTiago Dantas, Professor Doutor Alfredo Attié Jr.

[1] Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Especialista em Direitos Humanos (UFPE) e Direito Processual Civil (ESA/PE). Advogada. E-mail: amandalencar@gmail.com.

[2] Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Especialista em Direito Constitucional (CESMAC). Servidora Pública do Tribunal de Justiça de Alagoas. E-mail: isabordalo@gmail.com.

ABSTRACT:

Brazilian society only began to live effectively with human rights during the struggles for the redemocratization of Brazil. However, we are still experiencing, in relation to human rights in Brazil, the phase of events and the struggles to put them into effect. In summary, nowadays it is certain to affirm that the process of realizing human rights goes through the path of education and socialization, besides a work of formation imbricated in citizenship is able to prioritize changes in values, attitudes, positions, behaviors and beliefs in favor of the practice of tolerance, peace, and respect for human beings. Thus, the intention of this article is to discuss the creation of spaces for education and citizen participation in cities, with the aim of promoting human rights and citizenship. The methodology adopted will be bibliographic research and analysis of practical cases concerning the thematic approached.

KEYWORDS: Human Rights. Citizenship. Education. City.

"A cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos."
(Celso Lafer, 1988, p. 150)

1. INTRODUÇÃO

Sabendo que a sociedade vive em incessantes conflitos e a classe menos favorecida não tem o devido acesso à justiça, esse artigo pretende debater e apresentar uma proposta que procura fortalecer a interação democrática entre Estado e Comunidade.

Portanto, no presente artigo pretende-se atuar em prol da execução da justiça não como ideal, mas como uma realidade. Almeja-se, neste contexto, fazer um convite à reflexão acerca da redução da desigualdade social, ao revés da estagnação e do conformismo, baseado na espera pela ação dos órgãos competentes. A proposta, ora apresentada, intenta pensar em uma cidade com perfil inclusivo, que seja fidedigna à ideia de cidadania ativa.

Para tanto serão apresentados aspectos iniciais do direito à cidadania e à educação em direitos humanos, demonstrando que a conscientização do indivíduo perpassa por um processo sistemático e multidimensional na promoção dos sujeitos de direitos. Em

continuidade, será traçada a perspectiva de uma cidade inclusiva, cuja característica recai na visão da *pólis* enquanto mecanismo de efetivação de um espaço público dinâmico, que tem voz e que tem vez. Essa atmosfera pública se insere na urbe como condição indispensável, que marca notadamente o viés democrático dos direitos humanos.

Nesse contexto, serão apresentados projetos que têm como cerne a criação de espaços de visibilidade de efetivação democrática urbanística. Em que pese os casos práticos tenham conteúdos aparentemente díspares, trazem em seu teor o panorama comum de luta pela efetivação de espaços na cidade delineada pelas periferias do ser, dispondo como principal diferencial os institutos ínsitos à educação em direitos humanos.

2. DO DIREITO À CIDADANIA E A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

No Estado moderno, o conceito de cidadania consiste no conjunto de direitos e obrigações legais conferidos aos indivíduos na qualidade de cidadãos. Essa concepção está fundada no pensamento liberal clássico, segundo o qual ser cidadão é ser membro ativo de uma coletividade que goza dos direitos civis e políticos de um Estado e cumpre seus deveres como membro desse Estado [3].

A cidadania confere ao ser humano o seu lugar no mundo e a condição para o exercício da sua singularidade entre homens iguais. A afirmação da simultânea diversidade e igualdade humana é, no fundo, o direito de ser tratado como semelhante e o direito, ao mesmo tempo, à própria intimidade em termos de exclusividade. Para que tais direitos se firmem é preciso, no entanto, resgatar a distinção entre o público e o privado, tornada difusa com o crescimento do Estado sobre a sociedade, como seu tutor e gestor, realçando a relevância do que é público como o comum e o visível, para limitar o efeito deletério da mentira na política e proteger a intimidade como limite ao direito dos outros à informação.[4]

Oportuna, por sua vez, a profunda reflexão de Hannah Arendt onde ela afirma que os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substancialmente a condição humana, que se traduz no ser tratado pelos outros como semelhante. É por essa razão que Hannah Arendt realça, partindo dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro

[3] ABREU, Alzira Alves de (Org.). **Caminhos da Cidadania**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 9.
[4] LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 150.

direito humano é o *direito a ter direitos*, no que explica Lafer: "Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade"[5].

A conscientização com noções de cidadania e direitos fundamentais vem a corroborar com a ideia de militância em prol do efetivo exercício da cidadania, com a promoção da educação em Direitos Humanos. A educação em direitos humanos é um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação de sujeitos de direitos para a emancipação crítica e reflexiva.[6] Assim, educar em direitos humanos significa recuperar a memória do passado e, de forma reflexiva segundo a ótica de Paulo Freire, projetar o futuro, de modo que se torne possível aprender como nos libertar através da luta política da sociedade[7].

A educação está voltada para a cidadania como construção permanente, através de processos pedagógicos sistemáticos, como a pedagogia da indignação, porém, livre de ressentimentos que só causam amargura estéril. Há que se ter - como mostrou Paulo Freire - uma pedagogia da construção, do assombro e da admiração diante de tudo o que afirma a vida, que seja um permanente convite para se compartilhar a alegria de viver.[8]

Conforme Benevides, permear a educação, o que denomina teoria sobre a cidadania ativa[9], possibilita o estímulo e a orientação para atitudes proativas e faz com que a pessoa desenvolva nexos entre o conhecimento teórico e a vivência das práticas sociais. A cidadania ativa é desenvolvida através da educação política, da participação popular. Deve ser vivenciada no cotidiano, pois só assim as pessoas a incorporam no seu modo de ser, pensar e agir.

A formação de atitudes para o despertar do sujeito de direito[10] passa pela educação crítica, dialética e comprometida com a valorização da pessoa humana em todas as suas dimensões. Nesse sentido, a definição de educação em direitos humanos trazida por Abraham Magendzo, especifica bem essa missão:

---

[5] LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 154.
[6] BRASIL**. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. 5. Tir. Atual. Brasília: MEC/SEDH, 2009.
[7] FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p.17.
[8] Idem, p. 33.
[9] BENEVIDES, Maria Victoria. **A cidadania ativa: Referendo, plebiscito e iniciativa popular**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Ática, 1998,p. 28 e ss.
[10] Parte-se do pressuposto de que a mais apropriada concepção de educação para os direitos humanos deve desde cedo relacionar-se com o sentido enquanto preparação para o desafiar. Isto porque uma educação que não seja desafiadora, que não se proponha a formar iniciativas, que não prepare para a mobilização, que não instrumente a mudança, que não seja emancipatória, é mera fábrica de reprodução das formas de ação já conhecidas.

> *A educação em direitos humanos é a prática educativa que se baseia no reconhecimento, defesa, respeito e promoção dos direitos humanos e que tem como objeto desenvolver nos indivíduos e nos povos as suas máximas capacidades como sujeitos de direitos, assegurando-lhes as ferramentas necessárias para fazê-los efetivos.* [11]

O direito à educação em direitos humanos foi sendo conquistado, inicialmente, pelas entidades da sociedade civil que, na modalidade não-formal, desenvolveram as primeiras experiências de educação em e para os direitos humanos, engajadas nos processos de resistências e de conquistas de direitos. [12]

Trata-se de um assunto ainda novo na conjuntura brasileira, uma vez que, só a partir de 1988, com o retorno do Estado Democrático de Direito, é que o Brasil pôde não só ratificar importantes mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, como instituir direitos humanos como política pública[13]. Com o Programa Nacional de Direitos Humanos, em 1996, a Conferência Nacional dos Direitos Humanos propôs, como uma das metas de ação, a implementação do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, que só foi criado em 2003. [14]

Desde então, a Educação em Direitos Humanos vem sendo objeto de políticas públicas, através de programas e projetos junto ao sistema formal e não-formal de ensino, como uma estratégia para sensibilizar e formar educadores e gestores do sistema de ensino a se engajarem na missão de construir uma cultura de e para os direitos humanos. Nesse viés, o Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos aprofundou e fomentou a criação de programas e projetos voltados para formação e capacitação em educação em Direitos

---

[11] MAGENDZO, Abraham. **Educación en derechos humanos – un desafio para los docentes de hoy**. Santiago: LOM Ediciones, 2006, p. 23.

[12] VIOLA, Solon Eduardo Annes. **Direitos Humanos no Brasil: abrindo portas sob neblina**. *In*: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et alii. *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Ed. UFPB, 2007, p. 127 e ss.

[13] SARMENTO, George. **A educação em direitos humanos e a promoção da cidadania brasileira**. *In*: FEITOSA, Enoque (et al). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Vol. 2. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2012, p. 119.

[14] BRASIL. **DECRETO Nº 7.037, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2009**. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Anexo III. Quadro 2.

Humanos nas áreas de educação básica, educação não-formal, educação superior, educação e mídia e educação dos profissionais de justiça e segurança. [15]

Portanto, a educação em direitos humanos é um instrumento eficaz para a promoção da efetividade dos direitos humanos, sobretudo no que concerne à formação para o exercício da cidadania; já que a cidadania ativa surge como ponto de apoio em um possível ciclo de avanços democráticos e de respeito aos direitos humanos.

3. DA CIDADE INCLUSIVA: UMA REALIDADE POSSÍVEL?

Os direitos humanos enquanto uma conquista histórica e política, estão vinculados à solução de problemas de convivência coletiva dentro de uma comunidade política. Para tanto, faz-se necessária uma visão contra hegemônica dos direitos humanos, que pondere a indivisibilidade e a coexistência de direitos individuais e coletivos na execução das políticas sociais.[16]

Na esfera do público, no que diz respeito ao mundo que compartilhamos com os outros, a solução para a criação de espaços democráticos conferida por Lafer, ao dialogar com o pensamento de Hannah Arendt, seria que o princípio da igualdade deve prevalecer, conforme abaixo transcrito.

> *A igualdade resulta da organização humana. Ela é um meio de se igualizar as diferenças através das instituições. É o caso da polis, que torna os homens iguais por meio da lei – nomos. Por isso, perder o acesso à esfera do público significa perder o acesso à igualdade. Aquele que se vê destituído da cidadania, ao ver-se limitado à esfera do privado de direitos, pois estes só existem em função da pluralidade dos homens, ou seja, da garantia tácita de que os membros de uma comunidade se dão uns aos outros.* [17]

[15] SARMENTO, George. **A educação em direitos humanos e a promoção da cidadania brasileira**. In: FEITOSA, Enoque (et al). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Vol. 2. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2012, p. 119 e ss.
[16] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 2011, p. 103.
[17] LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 147- 153.

Fica claro que no pensamento de Hannah Arendt, trazido por Lafer, os direitos humanos resultam da ação[18], pois a *pólis* enquanto artefato humano representa o direito à vida pública, e, consequentemente, o direito ao uso da palavra e da ação.

Portanto, Hannah Arendt enfatizou que a existência desse espaço público da *pólis* é sem dúvida condição indispensável para o exercício da democracia. Como também, é nos espaços públicos institucionalizados e propícios à mediação entre a sociedade e o Estado que se alcançam os fins inerentes a participação cidadã, de maneira efetiva e não apenas de forma representativa.[19]

A definição do termo cidade, para o pensamento ocidental-moderno, seria "um aglomerado humano que, não mais vivendo do cultivo da terra, existe no cruzamento de um eixo econômico e de uma dimensão social[20]".

> *A cidade é complexa porque surpreende, sim, mas também porque tem uma personalidade coerente, uma personalidade que se auto-organiza a partir de milhões de decisões individuais, uma ordem global construída a partir de interações locais. (...) Uma cidade é um tipo de máquina de ampliar padrões: seus bairros são uma forma de medir e expressar o comportamento repetitivo de coletividades maiores – capturar informação sobre o comportamento do grupo e trocar essa informação com o grupo.*[21]

No Brasil, o direito à cidade está descrito no Estatuto da Cidade [22], que dispõe sobre o direito a cidades sustentáveis. Nesse, o direito a cidades sustentáveis é compreendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

---

[18] A ação ou *vita activa*, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não o homem, vivem na terra e habitam o mundo. *In* ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p. 8.

[19] BENEVIDES, Maria Victoria. **A cidadania ativa: Referendo, plebiscito e iniciativa popular**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Ática, 1998, p. 195.

[20] RISÉRIO, Antônio. **A cidade no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2012, p. 16.

[21] JOHNSON, Steven. **Emergência: a vida integrada de formigas, cérebros, cidades e softwares**. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2004, p. 29.

[22] BRASIL. **LEI Nº 10.257, DE 10 DE JULHO DE 2001.** Art. 2o, incisos I e II Lei no 10.257/2001.

A interpretação do direito à cidade deve ocorrer à luz da garantia e da promoção dos direitos humanos, compreendendo os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais reconhecidos internacionalmente a todos. Nesse viés, uma cidade inclusiva pode ser qualificada como uma cidade que busca compensar, através das suas políticas públicas e órgãos estruturais, a inclusão de todos que pelo mesmo sistema de políticas e órgãos acabam sendo excluídos.

> *Na cidade da globalização periférica, os efeitos dos novos mecanismos de vulnerabilização produzem a despossessão moral de vastos segmentos da população. A globalização impõe a lógica do mercado e, ao mesmo tempo, cria uma massa marginal. A segregação residencial emerge como forma de gestão social dessa massa marginal. A modernização, realizada pela acumulação liberal, ao mesmo tempo em que promove quebra os laços da integração social.*[23]

Há uma conexão estreita entre as características das nossas cidades e o padrão de desigualdades prevalecentes na sociedade brasileira, que se dá na vigência dos clássicos mecanismos da acumulação urbana, cujos fundamentos são as próprias desigualdades cristalizadas na ocupação do solo. Por exemplo, têm-se a cidade de São Paulo, conforme essa descrição trazida por Antônio Risério:

> *São Paulo se transformava, mas de modo desequilibrado, cada vez mais segregacionista, criando ou aprofundando contrastes. Os bairros industriais, populares, cresciam por sua conta e risco, escanteados ou ignorados pelo poder público, que direcionava políticas e ações urbanísticas para o centro da cidade e para as zonas residenciais ricas, os "jardins" da elite paulistana. A "cidade europeia", com que esta elite sonhava, não*

[23] RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. Cidade e cidadania: inclusão urbana e justiça social *In:* Revista Ciência e Cultura, vol. 56 no. 2 São Paulo Apr./June 2004. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252004000200020. Acesso em: 23.02.2020.

> *comportava cortiços, nódoas de miséria, feiuras da pobreza. (...).*
>
> *Em 1711, quando passou à categoria de cidade, São Paulo continuou erguendo habitações pobres, em ruas irregulares e sujas. E o quadro se manteve à entrada da centúria seguinte. Mas foi no final do século XIX que se começou a falar de um "problema habitacional" na cidade. E de uma perspectiva higienista. O casebre mal alambrado e o cortiço superlotado só passaram a existir, para o poder público, quando se converteram em problema geral de saúde, ameaçando o conjunto da população, num país assolado por epidemias. Passaram a existir não como questão social, mas como preocupação sanitária.(grifo nosso)* [24]

Por assim dizer, São Paulo comprova que a dinâmica urbana das cidades latino-americanas tem como base a ideia de que os segmentos já privilegiados desfrutam, simultaneamente, de maior nível de bem-estar social e riqueza acumulada, na forma de um patrimônio imobiliário de alto valor. "Ao mesmo tempo, grande parte da população, formada pelos trabalhadores em geral, é espoliada, por não terem suas necessidades de consumo habitacional (moradia e serviços coletivos) socialmente reconhecidas, inerentes ao modo urbano de vida"[25].

Como qualquer sistema emergente, no Brasil o reconhecimento legal e institucional do direito à cidade contrasta com a realidade urbana cotidiana de negação de direitos. Por isso, a ocupação dos espaços públicos pelos "invisibilizados" [26] se faz tão importante para reivindicar novas formas de construção e de vivência do espaço urbano.

Consoante Hermes Ferraz[27], na sua obra cidade e vida, existe um grande equívoco em buscar fazer isso verticalmente, de cima para baixo (forças *top-down*), como as

[24] RISÉRIO, Antônio. **A cidade no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2012, p. 204-205.
[25] RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. **Cidade e cidadania: inclusão urbana e justiça social** *In:* Revista Ciência e Cultura, vol. 56 no. 2 São Paulo Apr./June 2004. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252004000200020. Acesso em: 23.02.2020.
[26] Aqui definidos como os excluídos do processo de planejamento e construção das cidades, como: pessoas com deficiência, populações de rua, indígenas, população LGBT etc.
[27] FERRAZ, Hermes**. Cidade e vida**. São Paulo: João Scortecci ed., 1996, p. 65.

leis de zoneamento e as comissões de planejamento. O fato é que estudiosos há muito tempo reconheceram que forças de baixo para cima (forças *bottom-up*) desempenham um papel fundamental na formação das cidades, criando comunidades distintas e grupos demográficos não planejados. Nesse sentido, a apropriação dos espaços públicos pela sociedade, enquanto espaços da diversidade, do exercício das relações comunitárias, do lazer e do exercício da cidadania, é um dos temas estruturantes da Nova Agenda Urbana[28].

Portanto, a resposta para a criação de cidades inclusivas está na importância que é conferida à educação em direitos humanos, no intuído de reforçar a coesão social, a tolerância, o respeito mútuo; possibilitando a coexistência pacífica dentro de sociedades progressivamente heterogêneas e multiculturais.

4. DA CRIAÇÃO DE PONTES AO INVÉS DE MUROS: CASOS PRÁTICOS

Ao pensar em escrever sobre casos práticos que envolvessem a criação de espaços inclusivos no âmbito das cidades, em atenção aos ideais de cidadania e educação em direitos humanos, trazemos para a exposição dois casos interessantes que tiveram a participação direta e indireta das autoras do presente artigo.

No primeiro caso, trata-se de um projeto desenvolvido por estudantes extensionistas da Universidade Federal de Pernambuco, junto a Defensoria Pública (Estadual e Federal), na "comunidade do Coque"[29], com o objetivo de estabelecer a comunicação entre o conhecimento aprendido nas exposições teóricas das aulas em direitos humanos, com os casos concretos acompanhados através da prestação da pesquisa interventiva. [30]

Na segunda situação, em razão dos ataques sofridos por mães e pais de santo no Estado de Alagoas, teve por iniciativa do Presidente do Tribunal de Justiça de Alagoas - Desembargador Tutmés Airan, a promoção de uma reunião reunir-se com os respectivos representantes das religiões de matriz afro, promovendo efetivamente a educação em Direitos Humanos.

---

[28] " 39. Comprometemo-nos a promover ambientes seguros, saudáveis, inclusivos e protegidos em cidades e assentamentos humanos para todos viverem, trabalharem e participarem na vida urbana sem medo de violência e intimidação (...)". Disponível em: http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Brazil.pdf. Acesso em: 23.02.2020.

[29] Comunidade localizada no eixo das rotas que ligam o centro do Recife ao bairro de Boa Viagem, o chamado "Complexo Joana Bezerra", compõe a mesma área espacial do maior Fórum do Estado de Pernambuco, de um consolidado e crescente pólo médico e da nova sede da OAB/PE.

[30] Disponível em: http://www.adpeto.org.br/site/projeto-busca-promover-acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-no-coque-com-atua%C3%A7%C3%A3o-da-dpu-e-dppe. Acesso em: 24.02.2020.

Dentre as iniciativas indicadas, visando uma realidade mais inclusiva e digna, foram definidas palestras a respeito da temática, originando daí o projeto "Caravanas em Defesa da Liberdade Religiosa", que implantou um cronograma com diversos encontros nos próprios terreiros no Estado de Alagoas, dando visibilidade aos locais de culto das pessoas que professam as religiões de matriz afro.

4.1. PROJETO "ACESSO À JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS: EM DEFESA DE UMA CIDADANIA PLENA" E A CRIAÇÃO DE ESPAÇOS DE EDUCAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS NA COMUNIDADE

A justiça é cara para os cidadãos em geral, mas revela, sobretudo, que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas ações de menor valor e é nessas ações que a justiça é proporcionalmente mais cara, o que configura um fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça.

O acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos. O "acesso à justiça", genericamente, tem sido entendido como acesso ao Poder Judiciário. Essa visão, no entanto, já não satisfaz, sendo necessário considerar que tal problemática possui outros vieses. O desconhecimento do Direito, a pobreza e uma visão singular sobre a lentidão do processo têm sido as principais causas para obstáculos ao acesso à justiça.

A fim de que os cidadãos possam usufruir da garantia de fazer valer seus direitos perante os tribunais, é fundamental que conheçam efetivamente os seus direitos. É neste sentido que o Projeto "Acesso à justiça e direitos humanos: em defesa de uma cidadania plena"[31], propiciou a criação de espaços de educação e participação das Defensorias Públicas na comunidade, com o intuito de promover os direitos humanos e a cidadania.

Em síntese, com a atuação dos estudantes extensionistas da Universidade Federal de Pernambuco junto aos Defensores Públicos, procurou-se consolidar o acesso à

[31] Disponível em: http://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/198654483/projeto-busca-promover-acesso-a-justica-no-coque-com-atuacao-da-dpu-e-dppe. Acesso em: 24.01.2020.

justiça na Comunidade do Coque[32] - comunidade carente do município do Recife -, assim como sensibilizar a sociedade para a necessidade da luta pela concretização dos direitos individuais e coletivos de toda a população e, em especial, dos hipossuficientes[33].

O projeto se desenvolveu dentro de uma associação civil que atua há muitos anos na comunidade - o NEIMFA[34] - que se organiza como uma instituição da sociedade civil, sem fins lucrativos, discriminação de raça, cor, gênero ou religião e com atuação prioritária, nas ações de promoção e defesa dos direitos das crianças, adolescentes e mulheres; dando-se ênfase principalmente ao direito à educação.

Com o diálogo com a população, o projeto pretendeu conhecer melhor a atual situação da comunidade do Coque e contribuir para a criação de espaços e mecanismos institucionais de interação democrática entre Estado e Sociedade. Como também, buscou contribuir através de informações para uma mudança de mentalidade tanto de cidadãos, como de instituições públicas e privadas promotoras dos direitos humanos. Tudo, com base em uma tomada de consciência dos problemas que afligem a comunidade local, e uma conscientização das instituições capazes de auxiliar os cidadãos em suas demandas.

Desse modo, o projeto possibilitou o reconhecimento desta quanto aos seus direitos e deveres e noções de cidadania, civismo e organização sócio comunitária. Além de despertar o interesse da comunidade a respeito do papel Defensoria Pública, mostrando a sua

[32] A comunidade do Coque é uma das maiores favelas da periferia urbana do município do Recife, estendendo-se por uma área de 133 hectares, com uma população estimada de mais de 48 mil habitantes. A qualidade de vida no bairro e o atendimento das necessidades básicas de infra-estrutura, saúde, educação, alimentação e emprego são bastante precárias. Apesar de estar praticamente localizada no centro do Recife, a comunidade não está integrada à vida da cidade. Há uma espécie de "barreira invisível" que funciona como bloqueadora dos projetos de desenvolvimento na área. Um dos motivos para essa situação deve-se à violência existente na localidade. Na década de 1990, o bairro tornou-se um "problema" para o sistema público de segurança. Em 1996, foram 56 pessoas assassinadas. Dessas, 26 morreram por envolvimento com quadrilhas da comunidade e 50% dos mortos tinham menos de 21 anos, de forma que a comunidade passou a figurar com a insígnia: "morada da morte . Insígnia que marca a carne dos seus moradores, servindo de ponto de ancoragem para os preconceitos e exclusões. O Coque viu-se enredado em um ciclo vicioso extremamente perverso. Ninguém ajuda porque a região é violenta, e a comunidade é violenta porque ninguém ajuda. A falta de investimentos, tanto da iniciativa privada quanto dos poderes públicos, só contribuiu, ao longo do tempo, para consolidar essa situação.

[33] Disponível em: http://www.defensoria.pe.gov.br/defensoria/?x=interna&cod_conteudo=4284. Acesso em: 24.02.2020.

[34] O NEIMFA se organiza como uma instituição da sociedade civil, sem fins lucrativos, discriminação de raça, cor, gênero ou religião e com atuação prioritária, nas ações de promoção e defesa dos direitos das crianças, adolescentes e mulheres, dando-se ênfase principalmente ao direito à educação. Buscando contribuir através de informações para uma mudança de mentalidade tanto de cidadãos, como de instituições públicas e privadas promotoras dos direitos humanos. Tudo, com base em uma tomada de consciência dos problemas que afligem a comunidade local, e uma conscientização das instituições capazes de auxiliar os cidadãos em suas demandas. No ano de 2006 a organização atendia diretamente um total de 778 pessoas, sendo 255 crianças, entre 05 e 12 anos; 168 pré-adolescentes, adolescentes e jovens, entre 13 e 21 anos, de ambos os sexos, e; 355 adultos entre 21 e 80 anos, sendo a sua grande maioria mulheres. Quase a totalidade desse grupo pertencente a famílias compostas por no mínimo 5 pessoas e que dividem uma renda mensal de até R$ 240,00 (duzentos e quarenta reais).

enorme importância como instrumento para a construção da cidadania e a efetivação do acesso à justiça.

4.2. DO PROJETO "CARAVANAS EM DEFESA DA LIBERDADE RELIGIOSA" E A PROJEÇÃO CIDADÃ DA INCLUSÃO RELIGIOSA NOS TERREIROS EM ALAGOAS

Em novembro do ano passado, com o intuito de construir pontes acerca do acesso e visibilidade das religiões minoritárias, principalmente no que se refere às religiões de matriz afro, o Tribunal de Justiça de Alagoas lançou o projeto "Caravanas em Defesa da Liberdade Religiosa"[35].

O referido projeto consiste em visitas realizadas por representantes do Poder Judiciário e da Defensoria Pública Estadual aos terreiros, promovendo-se esclarecimento e um contato mais direto acerca da liberdade religiosa, oportunizando a disponibilidade de serviços para a comunidade local.

No ordenamento jurídico pátrio, a primeira Constituição da República que definiu o Estado brasileiro como laico, foi a de 1891, proveniente da nova fase histórica - a republicana. Muito embora haja o registro de que o Brasil na Constituição 1824 era estado confessional; em todos os demais diplomas, a ideia de laicidade tornou-se um traço característico. De fato, o constituinte originário em todas as sucessivas oportunidades, assegurou o exercício deste direito fundamental. Direito este conceituado como de primeira dimensão, por serem os primeiros incorporados ao corpo constitucional, pelo qual existem ainda fragmentos de resistência para a efetivação destas liberdades públicas.

A resistência aqui tratada, insere-se no contexto de que os indivíduos ainda não podem livremente expressar-se religiosamente. Explica-se. Ao observar esse aspecto de como a cosmovisão das pessoas se manifestam, o ordenamento jurídico resguarda uma tríade formada constitucionalmente, quais sejam: liberdade de crença, liberdade de culto[36] e laicidade estatal[37]. O que significam, sob uma ótica simplista: a conexão com o plano superior

[35] **TJAL e Defensoria lançam Caravanas em Defesa da Liberdade Religiosa nesta segunda (4).** Disponível em: <http://www.tjal.jus.br/comunicacao2.php?pag=verNoticia&not=16050>. Data de último acesso: 20.02.2020

[36] Art. 5º. [...]
VI - é inviolável a liberdade de consciência e ***de crença***, sendo assegurado o ***livre exercício dos cultos religiosos*** e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[37] Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(liberdade de crença), a possibilidade de externar a referida conexão (liberdade de culto) e ausência de intervenção do Poder Estatal no livre exercício do credo que as pessoas possuem e sua manifestação exterior (laicidade estatal).

Por este viés, em que pese as liberdades relacionadas aparentemente sejam efetivas, eis que amplamente reguladas com status constitucional, insurge-se contra esta efetividade não tão nítida assim. São noticiados ataques[38] e manifestações discriminatórias[39] acerca de religiões minoritárias, entre as principais, as religiões de matriz afro-brasileira.

Nesse contexto, integra a iniciativa do Poder Judiciário alagoano estabelecer diálogo entre as religiões, trazendo visibilidade para uma cosmovisão historicamente renegada. Ao tempo em que, canaliza esforços para entes governamentais disponibilizarem serviços à comunidade local. Essa medida, antes de mais nada, contextualiza a educação em direitos humanos, principalmente no que se refere à inclusão religiosa, por meio de atitudes efetivas, em que há projeção cidadã a todos que se sentem de alguma maneira marginalizados pela crença que professam.

Mister ressaltar que, a visibilidade de determinada religião está intrinsecamente conectada com a projeção de uma cidade. Observa-se que na estrutura urbanística a visibilidade que há sobre templos religiosos encontra-se, sobretudo, ligado às religiões hegemônicas. E não se trata de uma mera tradição. Historicamente, as religiões afro-brasileiras se inserem no contexto desde o primeiro aporte de africanos à Terra Brasilis. O que não justifica que os terreiros (local de externar a crença) estejam localizados na periferia, e em sua maioria, estejam escondidos e marginalizados pela sociedade. A disposição e localidade na urbe dos terreiros, deve-se em muito, da visão colonial que ainda persiste até os dias atuais.

A liberdade de culto também é revelada diante da visibilidade que os locais se situam. A verdade é que a maneira como a cidade é organizada reflete diretamente suas prioridades e aquilo que pretende ser marginalizado. Neste mister, a atuação do Tribunal de Justiça de Alagoas sedimenta a educação em direitos humanos, uma vez que assegura não o

---

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, ***embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança***, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

[38] **Denúncias de discriminação religiosa contra adeptos de religiões de matriz africana aumentam 5,5% em 2018**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/11/20/denuncias-de-discriminacao-religiosa-contra-adeptos-de-religioes-de-matriz-africana-aumentam-55percent-em-2018.ghtml>. Data de último acesso em: 20.02.2020. Como também esta notícia acerca da mesma temática: **Em três semanas, São Paulo tem oito ataques a religiões de matriz africana.** Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/em-tres-semanas-sao-paulo-tem-oito-ataques-a-religioes-de-matriz-africana/>. Data de último acesso; 20.02.2020

[39] **Prefeitura do Rio faz censo religioso na Guarda Municipal.** Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/prefeitura-do-rio-faz-censo-religioso-na-guarda-municipal.ghtml>. Data de último acesso em: 20.02.2020.

conhecimento de uma espécie de direitos humanos (liberdade religiosa e liberdade de culto) [40], como traz mecanismos *in loco* para a promoção da livre expressão de crença em uma cidade que, notadamente, dá azo a visibilidade aos cultos e construções das religiões hegemônicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, refletir a dinâmica dos Direitos do Homem é entender a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças sociais, biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes do mundo capazes de criar a beleza do conviver humano. Assim, os direitos humanos nos dias hoje surgem como o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade material, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.

No desenvolvimento do presente artigo, parte-se do pressuposto de que a mais apropriada concepção de educação para os direitos humanos deve desde cedo relacionar-se com o sentido enquanto preparação para o desafiar. Isto porque uma educação que não seja desafiadora, que não se proponha a formar iniciativas, que não prepare para a mobilização, que não instrumente a mudança, que não seja emancipatória, é mera fábrica de reprodução das formas de ação já conhecidas.

A formação de atitudes para o respeito destes valores essenciais, atualmente se apresenta como um dos principais cenários dos direitos humanos, já que a formação cidadã encontra aqui espaço para ampliar sua atuação e o exercício da cidadania; em outras palavras, a cidadania ativa surge como ponto de apoio em um possível ciclo de avanços democráticos e de respeito aos direitos humanos.

Neste mister, observa-se por meio das iniciativas agregadas, pontos de intersecção na construção de uma cidade que vislumbra aspectos de eventual discriminação. Seja na religião, seja na condição social, ou em quaisquer aspectos de divergências, é imprescindível que os espaços tenham uma estrutura inclusiva, que ultrapasse as hegemonias impostas.

Portanto, os projetos aqui expostos, são tão somente, uma resumida perspectiva da ótica urbanística cidadã, inerente ao contexto local das autoras. O intento que se propôs foi

[40] Comunidade de terreiro em Rio Largo dialoga com autoridades em "Caravana" da Justiça. Disponível em: < http://www.tjal.jus.br/comunicacao2.php?pag=verNoticia&not=16217>. Data de último acesso: 20.02.2020.

muito além de trazer uma mera intervenção no âmbito de populações invisibilizadas, mas, também, de fomentar o pensamento crítico acerca do modelo da atual disposição urbana e sua influência no convívio social como forma de identificação/marginalização de grupos minoritários.

Nesse toar, mister se faz questionar, enquanto parte de uma dimensão coletiva, qual a responsabilidade de inciativas singulares na construção de cidades inclusivas. As iniciativas acima retratadas, traduzem um questionar prévio em situações pontuais de marginalização. Conclui-se que é necessário sair da zona de conforto do projeto urbano pré-concebido, para dar vazão a uma cidade real, peculiar, aparentemente contraditória, mas, acima de tudo, democrática.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Alzira Alves de (Org.). **Caminhos da Cidadania**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

BENEVIDES, Maria Victoria. **A cidadania ativa: Referendo, plebiscito e iniciativa popular**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Ática, 1998.

BRASIL. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. 5. Tir. Atual. Brasília: MEC/SEDH, 2009.

_____. **DECRETO Nº 7.037, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2009**. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências.

_____. **LEI Nº 10.257, DE 10 DE JULHO DE 2001.**

FERRAZ, Hermes. **Cidade e vida**. São Paulo: João Scortecci ed., 1996.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

JANE, Jacobs. **Morte e vida de grandes cidades**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

JOHNSON, Steven. **Emergência: a vida integrada de formigas, cérebros, cidades e softwares**. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2004.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MAGENDZO, Abraham. ***Educación en derechos humanos* – un desafio para los docentes de hoy**. Santiago: LOM Ediciones, 2006

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/2074.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. **Cidade e cidadania: inclusão urbana e justiça social.** Revista Ciência e Cultura, vol.56, nº 2, São Paulo, Abril./Junho 2004. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252004000200020.

RISÉRIO, Antônio. **A cidade no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SARMENTO, George. **A educação em direitos humanos e a promoção da cidadania brasileira**. In: FEITOSA, Enoque (et al). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Vol. 2. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2012.

VIOLA, Solon Eduardo Annes. **Direitos Humanos no Brasil: abrindo portas sob neblina.** In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et alii. *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Ed. UFPB, 2007.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

AS MULHERES MIGRANTES NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO COMUNITÁRIO: UMA ANÁLISE DO PROTOCOLO DE PALERMO E DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL

WOMEN MIGRANTS IN THE INTERNATIONAL LAW AND COMMUNITY LAW: AN ANALYSIS OF THE PALERMO PROTOCOL AND THE ISTANBUL CONVENTION

Adriana Ferreira Serafim de Oliveira [1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-4690-5855

Submissão: 02/03/2020 Aprovação: 07/03/2020

RESUMO:

O Protocolo de Palermo de 2000 e o Convênio de Istambul de 2011 pertencem à contemporaneidade e comungam de ideais democráticos, portanto, merecem uma análise do ponto de vista do Direito Internacional e do Direito Comunitário, neste estudo, quanto às garantias oferecidas pelos Estados receptores das mulheres migrantes que chegam aos seus territórios por motivações diversas e derivadas dos desafios expostos à sociedade internacional. Algumas são passantes, outras refugiadas de guerra e ou políticas, ainda há as deslocadas ambientais e as economicamente hipossuficientes. Para tanto, elencamos em ambos os documentos internacionais as benesses às migrantes em termos de direitos e sua conexão com a receptividade do Estado-parte em razão do Direito Internacional ou Comunitário e nos valemos da metodologia qualitativa por meio da análise de conteúdo dos tratados internacionais citados.

PALAVRAS-CHAVES: Direito internacional. Direito comunitário. Protocolo de Palermo. Convenção de Istambul. Mulheres migrantes.

[1] Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), vinculado à Cadeira SanTiago Dantas da Academia Paulista de Direito. Pós-doutorado em Direito Político e Econômico – UPM. Doutorado em Educação – UNESP. Mestrado em Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos – UNIMEP. Pós-graduação em Política e Relações Internacionais – FESP. Bacharel em Direito – ITE. Professora. Advogada. E-mail: adrianafsoliveira@gmail.com

ABSTRACT:
Palermo Protocol of 2000 and the Istanbul Convention of 2011 belong to the contemporary world and share democratic ideals; therefore, they deserve an analysis from the point of the view of the International Law and the Community Law, in this study, regarding the guarantees offered by the receiving States of women migrants, whose come to their territories for different reasons and derived from the challenges exposed to international society. Some people are passing through the territory, others are war or politician refugees and there are the environmental displaced and the economically underfunded. For that, we list in both international documents, the benefits to women migrants in terms of rights and their connection with the receptivity of the State party due to International or Community Law and we use the qualitative methodology through the content analysis of the mentioned international treaties.
KEYWORDS: International law. Community law. Palermo Protocol. Istanbul Convention. Women migrants.

1. INTRODUÇÃO

A humanidade caminha numa história de vaivém. Os indivíduos deslocam-se por motivações diversas, o que propiciou a descoberta de novos territórios, o nascimento de civilizações, entretanto, com a evolução ética do pensamento humano e o reconhecimento do constante deslocamento de pessoas entre territórios, assistimos a necessidade de tutelar internacionalmente os direitos fundamentais desses migrantes.

O desafio do Direito Internacional está em cunhar direitos aplicáveis a todos os seres humanos e ao judicializá-los, abstrair dos julgamentos a melhor medida para as sociedades, não na intenção de sobrepor soberanias, mas na capacidade dos Estados de comporem soluções para as dores sociais que multiplicam misérias e tragédias, além do trabalho na prevenção desses males.

O Direito Comunitário é considerado uma evolução do Direito Internacional clássico e espera-se que por esse motivo a recepção de tratados internacionais que elencam direitos humanos seja mais eficiente aos sujeitos a quem se destinam que os dependentes da recepção do sistema legislativo nacional de cada Estado-membro, entretanto, o Direito

Comunitário é percebido na esfera circunscrita pelos países formadores da União Europeia[2]. A supremacia do direito da União Europeia é um princípio de direito do bloco e havendo conflito entre o direito europeu e o direito dos Estados-Membros, o direito europeu prevalecerá.

A esse respeito, dois tratados internacionais, o Protocolo de Palermo e a Convenção de Istambul ou Convênio de Istambul oferecem na prática a visão do Direito Internacional e do Direito Comunitário quanto aos direitos fundamentais destinados aos migrantes que estão em território de países membros de um ou de ambos tratados citados, que ao serem contrapostos metodologicamente, revelarão os pontos de cada um quanto à tutela dos direitos dos cidadãos a que se destinam.

Aglomerados de pessoas migram cotidianamente no planeta e nessa onda humana há mulheres de todas as faixas etárias. O estudo desses tratados internacionais visou as garantias oferecidas pelos Estados receptores das migrantes que chegam aos seus territórios, tendo em vista os desafios impostos à sociedade de origem. Algumas são passantes, outras refugiadas de guerra e ou políticas, ainda há as deslocadas ambientais e as economicamente hipossuficientes.

O deslocamento de pessoas encerra inúmeros desafios sintomáticos para o tecido social, pois envolve compulsoriamente governantes e populações, por vezes, despreparados para atenderem tantos indivíduos com necessidades diferentes; ainda, conflitos nas identidades dos migrantes pelos riscos que incorrem, inclusive de violências diversas. Em se tratando de mulheres, há de se considerar que muitas são mães e viajam com sua prole, que incluem meninas. Outros viajantes são idosos e ou idosas, os quais dependem dessas mulheres. Com que proteção jurídica elas podem contar?

Para essa verificação, comparamos os tratados internacionais elencados, adotando a metodologia qualitativa, que permite a análise de parte do conteúdo dos textos do Protocolo de Palermo e do Convênio de Istambul. Após, buscamos as considerações de autores sobre as questões abordadas.

[2] Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chéquia, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, Romênia e Suécia. (UNIÃO EUROPEIA)

2. O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E OS DESAFIOS SOCIAIS DESTE SÉCULO

O Direito internacional em seu contexto material demonstra na atualidade elementos que o definem como contemporâneo. A esse respeito são consideradas as discussões acerca da qualidade da vida humana no planeta e a preservação da biosfera para as futuras gerações.

Essas decisões encerram grau elevado de valores éticos, levando-se em conta a multiplicidade de individualidades em coexistência involuntária, o que se deve sobrepor às ideologias e às relações econômicas dos Estados, o que ainda não alcança todas as nações, inclusive os Estados Unidos em ratificações aos tratados internacionais a respeito das relações comerciais via marítima, clima e direitos humanos, por exemplo.

Para tanto, a jurisdicionalização do direito internacional e o diálogo entre os tribunais internacionais nesse contexto são percebidas como soluções pelos autores citados. O Estado brasileiro compartilha desse entendimento e reconhece a necessidade de reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas para mais Estados discutirem as necessidades humanas e as positivações do direito internacional com respeito à soberania das nações, adaptando-se as exigências do século XXI de preservação do planeta, respeito à dignidade humana, não retorno às tragédias passadas e construção de paradigmas éticos para as novas gerações.

Segundo Mialhe (2015), a esperança e a fé na capacidade humana para buscar o diálogo diplomático, mesmo em situações adversas, impulsiona paradoxalmente as novas gerações de estudantes de direito e de relações internacionais a pesquisarem alternativas ao encaminhamento de soluções nos conflitos internacionais.

Nessa busca, trabalha-se com a ideia de um Direito Internacional que deve contribuir para que a igualdade entre as nações seja fomentada para o desenvolvimento. A pluralidade dessas nações deve ser a arma para a confecção de normas que por abrangerem essas subjetividades, possam ser mais efetivas porque refletem a representatividade de todo cenário internacional. (MIALHE, 2015)

No entendimento de Trindade (2015), os avanços e retrocessos são próprios da condição humana, o que deve nos incita a continuar a luta incessante pela prevalência do Direito, pois persistem os desafios da falta de universalidade de vários tratados de direitos

humanos, da falta em muitos países, incluindo o Brasil, da aplicabilidade direta da normativa destes últimos no direito interno dos Estados-membros.

Ainda, reclama-se das insuficiências de mecanismos permanentes de execução das sentenças de tribunais internacionais de direitos humanos, das insuficiências das medidas de prevenção e de seguimento, das insuficiências da compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos, da persistência preocupante da impunidade e da alocação manifestamente inadequada de recursos humanos e materiais aos órgãos internacionais de proteção dos direito humanos, contudo, continua necessário firmar e expandir o diálogo entre as nações ao encontro da pluralidade presente em todas as nações.

A globalização não extirpou paradigmas que foram sedimentados pelo transcurso do tempo. O que o Direito Internacional Público precisa efetivar, depende muito em parte, da boa vontade dos Estados, o que traz insegurança e mais ainda necessidade de que haja a expansão da ideia do diálogo e do entendimento. (TRINDADE, 2015)

As considerações dos autores demonstram o entendimento da necessária evolução do Direito Internacional dependente do diálogo dos governantes e suas disponibilidades em atuarem para a coletividade independentemente de ideologias, fazendo valer o princípio da impessoalidade em seus feitos, desconsiderando totalmente as vontades e interesses pessoais. Essa evolução aparece no Direito Comunitário na concepção de bloco político e econômico da União Europeia que busca um governo para coletividades, respeitando as subjetividades.

Em relação ao Direito Comunitário, observa-se que o continente europeu como é conhecido atualmente geográfica e geopoliticamente, não foi moldado instantaneamente. Há séculos de história e duas guerras mundiais sobre todo o contexto formador da unificação. Segundo Borchardt (2000), nenhum motivo foi mais poderoso para a unificação europeia do que a sede de paz, o que significa que fazer política europeia significa também fazer política de paz. A criação da União Europeia foi o elemento essencial para o estabelecimento de uma ordem pacífica, buscando a impossibilidade de guerras entre os países membros. (p.11)

O mesmo autor considera que o fio condutor da União Europeia é a unidade, pois os Estados europeus precisaram avançar para a unidade para poderem responder aos desafios da contemporaneidade e esses Estados consideram que a unidade apenas existe onde reina a igualdade. Assim, nenhum cidadão europeu pode ser objeto de tratamento diferente, ou seja, discriminado por sua nacionalidade.

Desse modo, a União Europeia considera necessário o combate à discriminação baseada no sexo, raça, origem étnica, religião ou ideologia, como também deficiência, idade ou orientação sexual. Paralelo à paz, à igualdade e à unidade está a liberdade e a criação de um espaço mais vasto implica na liberdade de movimento para além das fronteiras nacionais que incorpora as liberdades de circulação de trabalhadores, de estabelecimento e de prestação de serviços, de circulação de mercadorias e de capitais. (BORCHARDT, 2000, p. 12)

A salvaguarda dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico comunitário foi assegurada por jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) em 1969 e a cooperação policial e judiciária visam, mediante ações comuns, o combate e a prevenção da criminalidade, tais como o terrorismo, o tráfico de seres humanos, o comércio ilícito de droga e de armas, a corrupção e a fraude. Ainda, buscam o combate e a prevenção ao racismo e à xenofobia, facultando a todos os cidadãos um espaço de liberdade e de justiça. (Ibidem, p. 21)

Desse modo, percebe-se que o Direito Comunitário foi sendo construído também com base na busca e perpetuação da paz entre os países da União Europeia, que no passado guerrearam por territórios e estabelecimento de poder. Considerando que o estabelecimento de normas é parte da cultura de um povo, é uma construção cultural, essa coletividade entendeu que a busca por direitos fundamentais coletivos importa em certa segurança para suas vidas.

3. O PROTOCOLO DE PALERMO E A CONVENÇÃO DE ISTAMBUL: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DISPOSITIVOS A RESPEITO DAS MULHERES MIGRANTES

O Protocolo de Palermo refere-se ao Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças. Esse documento preocupou-se com as pessoas em geral, inclusive as mulheres e as crianças, tendo em vista o crescente tráfico de indivíduos entre os continentes para servirem em trabalhos forçados, prostituição e retirada de órgãos. Os encantos por residir no exterior atrai brasileiros e latino-americanos a acreditarem em propagandas falsas de trabalho também na Espanha, que

na verdade são propostas veladas e compulsórias de exploração sexual e ou trabalhos escravos.

O artigo 1.º (1) o relaciona com a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, completando referido documento, devendo ser interpretado em conjunto. Referido documento foi elaborado em 2000 e entrou em vigor em 2003, promulgado no Brasil pelo decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Esse acordo internacional foi aberto à assinatura de todos os Estados entre os dias 12 e 15 de dezembro de 2000, em Palermo, na Itália e depois na sede da ONU em Nova Iorque. (ONU, 2000)

O artigo 6º do Protocolo obriga os Estados signatários a fornecerem medidas que permitam a recuperação física, psicológica e social das vítimas de tráfico de pessoas, em especial, alojamento, aconselhamento, informação, assistência médica e material, como também oportunidades de emprego, educação e formação. Os Estados devem promover esforços para garantir a segurança física das vítimas e assegurar que os seus sistemas jurídicos viabilizem a possibilidade de as vítimas obterem indenização por eventuais danos sofridos. (ONU, 2000)

O Brasil em consonância com o Protocolo de Palermo elaborou a Lei nº 13.344 de 6 de outubro de 2016 que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre as medidas de atenção às vítimas. (BRASIL, 2016)

O tratado internacional, Convênio de Istambul de 11 de maio de 2011 refere-se à prevenção e luta contra a violência contra a mulher e a violência doméstica. Este tratado internacional reconhece que a natureza estrutural da violência contra a mulher está baseada no gênero e que este tipo de violência é um dos mecanismos sociais cruciais para os que mantém as mulheres em uma posição de subordinação em comparação com os homens.

A elaboração objetiva desse tratado protege as mulheres contra todas as formas de violência, foca em como prevenir, perseguir e eliminar esse fenômeno, contribuindo para a eliminação da discriminação feminina promovendo a igualdade entre homens e mulheres, incluindo o empoderamento das mulheres, concebendo um marco global, político e de medidas de proteção e assistência a todas as vítimas.

A importância desse Convênio refere-se ao entendimento da violência contra a mulher como uma violação dos direitos humanos designados por todos os atos de violência baseados no gênero que implicam ou podem implicar em danos ou sofrimentos de natureza física, sexual, psicológica, econômica, ameaças, coação ou privação arbitrária de liberdade na vida pública ou privada. (EU, 2011)

O artigo 4º, 3, do Convênio de Istambul aplica-se indistintamente às imigrantes e às refugiadas em particular medidas para proteger os direitos das vítimas, deve ser assegurado sem discriminação alguma, principalmente baseados no sexo, gênero, raça, cor, idioma, religião, opiniões políticas ou qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, pertencente a uma minoria nacional, fortuna, nascimento, orientação sexual, identidade de gênero, idade, estado de saúde, deficiência, estado civil, estatuto de migrante ou refugiado ou qualquer outra situação. (EU, 2011)

Na comparação entre a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Convênio de Istambul de 2011 percebe-se uma ampliação dos direitos dos refugiados e migrantes, incluindo a não discriminação em razão de gênero, dando lugar a uma proteção complementar ou subsidiária. Dessa forma verifica-se uma interpenetração das obrigações de uma Convenção (1951) sobre outra, reforçando e ampliando os deveres dos Estados na tutela dos direitos das pessoas migrantes e refugiadas quanto à não devolução.

O artigo 60, 1, 2 e 3 do Convênio de Istambul dispõe que os Estados que assinaram referido instrumento internacional adotarão medidas legislativas ou outras necessárias para que a violência contra as mulheres baseada no gênero possa ser reconhecida como uma forma de perseguição, inclusive com procedimentos de acolhida sensíveis com respeito ao gênero e ainda proporcionar uma interpretação sensível nos casos em que tenha sido comprovado o risco de perseguição. (EU, 2011)

Os ensinamentos de Pérez Luño (2013) podem ser aplicados no entendimento dos valores exarados no Convênio de Istambul. Muitos cidadãos das atuais sociedades democráticas julgam os direitos humanos como um valor eterno inerente à sua experiência cívica. O paradigma geracional dos direitos humanos visa dissipar o sonho ilusório de imaginar direitos além da história, pois em seu sentido estrito, esses direitos emergiram no clima cultural iluminado da modernidade, formulados como categorias que se destinavam a expressar as demandas eternas e perpétuas da natureza humana.

O Convênio de Istambul trata-se de uma construção cultural da modernidade europeia no campo jurídico, o qual abarca possíveis soluções legais para dois dos maiores conflitos atuais vividos pelos países da União Europeia – a violência contra a mulher e o elevado número de refugiados, neste caso as previsões do tratado internacional referem-se mais especificamente às mulheres com status de refugiadas.

Foi necessária a elaboração de um documento internacional de interesse dos Estados membros da União Europeia, ou seja, uma construção para o clamor daquelas

sociedades quanto ao enfrentamento da violência de gênero e doméstica que incluísse mulheres refugiadas, traficadas e ou exploradas sexualmente, pois nos deslocamentos dessas pessoas, valores culturais também migraram e muitos não são compatíveis com os anseios democráticos, como as cirurgias genitais femininas forçadas para a retirada do clitóris.

Em uma concepção geracional dos direitos humanos implica reconhecer que o catálogo de liberdades nunca será um trabalho fechado e acabado, pois uma sociedade livre e democrática deve ser sempre sensível e aberta ao surgimento de novas necessidades, que baseiam novos direitos. Embora esses direitos não tenham sido reconhecidos pela ordem jurídica nacional e ou internacional, atuarão como categorias de pré-normativas.

Os direitos humanos não são meros postulados de "dever ser"; juntamente com a sua inegável dimensão utópica, envolvem um projeto emancipatório real e concreto, que tende a tomar forma em liberdade histórica. Os direitos humanos sem sua dimensão utópica perderiam sua função legitimadora do Direito e fora da História perderiam seus próprios traços de humanidade. (PÉREZ LUÑO, 2013, p. 188)

A tabela a seguir informa os dispositivos de ambos tratados internacionais em análise que se referem especificamente à imigração. Em ambos os textos dos documentos internacionais, metodologicamente, buscou-se pelas palavras “imigrante, migrante” e resultou nos dados expostos:

Tratados internacionais	**Dispositivos sobre migrantes**
Protocolo de Palermo de 2000	a) Art. 10
Convênio de Istambul de 2011	a) Art. 4 (3) – Direitos fundamentais, igualdade e não discriminação b) Capítulo VII – Migração e asilo Art. 59, 60,61.

Fonte: Elaborado pela autora com base nos tratados internacionais em estudo.

Após a análise dos dispositivos em ambos os textos dos tratados internacionais, Protocolo de Palermo e Convênio de Istambul, foi possível aferir que a partir desse século os Estados passaram a positivar normas para tutelar as migrações e nos dois textos percebe-se a proteção para pessoas traficadas, mais especificamente o sujeito “mulheres”.

Nesse momento há o reconhecimento pelos governantes, tanto da existência de tráfico de pessoas no cenário internacional, como encorajam seus membros a tipificarem essa

conduta em suas legislações domésticas como crime, prescrevendo uma gama de punições, como também trabalharem no combate e prevenção dessa violência.

A partir da segunda década desse século o discurso referente no texto do Convênio de Istambul passa a proteger as mulheres migrantes, tendo em vista o fluxo de pessoas que transitam pelo mundo a partir do ano 2000. Esse tratado internacional reconhece a vulnerabilidade de mulheres e crianças na transição de território e a necessidade do amparo estatal para quem geralmente não tem com quem contar e nem provisões para transitar entre territórios ou mesmo permanecer onde está.

Segundo a União Europeia, o Convênio de Istambul confere proteção a todas as mulheres e meninas de qualquer origem, independentemente de sua idade, raça, religião, origem social, condição de imigrante e orientação sexual. O Convênio reconhece a existência de grupos de mulheres e meninas com frequência de correrem um maior risco de serem objeto de violência, prevê a obrigação dos Estados de assegurar suas necessidades específicas e convidam esses Estados a aplicarem suas regras a outras vítimas da violência doméstica, como homens, crianças e anciãos. (EU, 2011, p. 14)

Esse tratado exige aos Estados-parte que criminalizem condutas a partir de suas leis, tais como: violência física, sexual, psicológica e económica, abuso, violência sexual, abuso sexual, casamento forçado, mutilação genital feminina, aborto e esterilização forçosa.

É importante ressaltar que na União Europeia, foi estabelecido o espaço Schengen[3], que é uma área criada por acordo entre países europeus, onde não há controle de fronteira ou mesmo alfandegária. No caso de cidadãos brasileiros, eles podem ingressar em territórios diferentes do desembarque, sem necessidade de visto e circular entre os países desse acordo sem apresentar seus passaportes nas fronteiras. (BRASIL, s.d.)

O espaço Schengen é um dos maiores feitos da União Europeia (EU), no qual cidadãos europeus e muitos nacionais de países que não pertencem à União Europeia podem circular livremente por motivos de turismo e trabalho. Esse espaço foi criado em 1985 e a área tem crescido gradualmente, englobando quase todos os países do continente europeu. (EU, 2020)

A percepção para o alcance da proteção dos tratados internacionais em estudo são divergentes, pois os dispositivos do Protocolo de Palermo são colocados em prática a

[3] Os países que fazem parte do acordo Schengen são: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Islândia, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Baixos, Polônia, Portugal, República Checa, Suécia, Suíça. (PORTUGAL, s.d.)

partir do Direito Internacional clássico que atua nos Estados-membros a partir de recomendações, aguardando que a esfera interna, por meio de seu poder legislativo conceba a legislação pertinente.

No caso do Convênio de Istambul, todos os Estados da União Europeia que aderiram a referido tratado podem aplicar seus dispositivos por força do Direito Comunitário da União Europeia. Evidentemente, a esfera interna de cada país concebe sua legislação a respeito, entretanto, o reconhecimento e aplicabilidade dos dispositivos são céleres em comparação com os enunciados no Protocolo de Palermo.

Persistindo na análise qualitativa dos significados implícitos dos tratados internacionais, aliando as prerrogativas do espaço Schengen ao disposto no Convênio de Istambul, observa-se que os migrantes podem adentrar o continente europeu e transitar pelo mesmo até chegarem ao destino pretendido, uma vez que na condição de migrantes terão seus direitos fundamentais tutelados e poderão deslocar-se entre países sem a necessidade de referendar seus documentos.

Evidentemente, essa passagem é temporária, e posteriormente, as forças de segurança de cada país exigirão a expedição da documentação adequada desses migrantes, entretanto, em um primeiro momento, para quem foge de ambientes políticos e econômicos, inóspitos, mesmo que por flagelos ambientais, terão os direitos elencados em tratados internacionais de direitos humanos, garantidos, como também o direito de passagem.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MIGRANTES E AS GARANTIAS DO PROTOCOLO DE PALERMO E DO CONVÊNIO DE ISTAMBUL

A respeito dos direitos fundamentais dos migrantes e as garantias do Protocolo de Palermo, o advento deste tem importância porque não se limitou em trazer a definição do que é tráfico de pessoas, mas se preocupou em delimitar objetivos para os países signatários.

Conforme as Nações Unidas, o Protocolo apresenta-se multidimensional, representando uma nova forma de entender o tráfico de pessoas, pois combina as tradicionais formas de controle para investigar e punir os criminosos com medidas para proteger as vítimas. Embora esse tratado internacional demonstre especial atenção às mulheres e crianças, não excluiu a possibilidade de indivíduos do gênero masculino serem vítimas do tráfico de pessoas.

Ressalta-se que é vital o amparo e a proteção às vítimas dessa violência, pois se encontram em poder de traficantes e alijados de suas famílias e origem, sendo necessário, portanto, auxílio estatal para que possam sair da situação de precariedade e exploração que estão submetidas. No Protocolo de Palermo as vítimas recebem especial foco, pois em muitos casos, são tratadas como meros imigrantes ilegais pelos Estados aos quais são traficadas ou migrantes necessários, sofrendo toda sorte de humilhações e degradações.

Além de sofrerem a vitimização primária, por parte do agente explorador, são hostilizadas pela sociedade do país de destino, pela própria família, pelas forças de segurança, na medida em que são aprisionadas e retiradas do país de destino em razão de à primeira vista, sua situação irregular. Esse documento internacional tece considerações acerca da proteção e assistência às vítimas do tráfico de pessoas, as quais passarão a ser analisadas nas linhas subsequentes, conforme seu artigo 6º.

O parágrafo primeiro desse artigo informa que todas as vítimas do tráfico de pessoas deverão ser resguardadas em sua privacidade e identidade, respeitando-se a legislação interna de cada Estado-membro, para que não sejam desnecessariamente expostas; os procedimentos judiciais relativos ao tráfico de pessoas deverão ser confidenciais; os Estados-parte podem trocar informações atinentes ao tráfico de pessoas, porém não devem expor os indivíduos traficados; as vítimas devem receber informação sobre os procedimentos administrativos e judiciais em trâmite; as vítimas devem ter assistência para manifestar suas opiniões nas fases pertinentes do processo penal instaurado contra os autores das infrações, sem que isso importe em prejuízo dos direitos da defesa, entre outros. (MAIMERI; OBREGÓN, 2017).

A respeito dos direitos fundamentais elencados no Convênio de Istambul que importe na proteção de migrantes, o Alto Comissariado das Nações Unidas já havia elaborado em 2001 um manual com o objetivo de auxiliar os Estados a darem resposta a uma das exigências mais fundamentais na proteção dos indivíduos contra a tortura, referente a documentação eficaz para a prova desse crime. A documentação permite recolher provas da prática da tortura e maus tratos, possibilitando a responsabilização dos infratores. Os métodos de documentação indicados no presente manual são aplicáveis a outros contextos, nomeadamente atividades de investigação e supervisão em matéria de direitos humanos, avaliação de situações de asilo político, defesa de indivíduos que confessam a prática de crimes sob tortura e avaliação das necessidades de tratamento das vítimas de tortura, situações que podem ser impostas aos migrantes.

Conforme o manual citado, embora tenha se estudado sobre o assunto, não existiam quaisquer diretrizes internacionais para a documentação sobre tortura. Referido manual sobre a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes pretende funcionar como referência. (ONU, 2001).

Entretanto, as considerações desse manual incorriam na proteção dos direitos fundamentais de acordo com o Protocolo de Palermo, em muitos países mediante a égide do Direito Internacional clássico e não conforme o Direito Comunitário que estabeleceu boa relação com o Convênio de Istambul, pois é válido que se ressalte que esse Convênio pertence à União Europeia, elaborado pelo Conselho da Europa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sociedades contemporâneas apresentam-se heterogêneas e multiculturais no cenário internacional quanto aos valores que as norteiam e para a resolução de seus conflitos contam com os tribunais internacionais, os quais por meio de suas decisões visam a promoção e execução dos acordos entre os Estados.

Atualmente as migrações são constantes entre os continentes e considerando o europeu, que está conectado ao asiático e africano, muitos deslocamentos de seres humanos forçados ou não, são visíveis cotidianamente. Nas massas migratórias há mulheres e crianças, os mais vulneráveis em questão serem vítimas de violências física, psicológica e simbólica que podem ser praticadas por outros migrantes, nacionais dos territórios onde estão transitando, o próprio Estado por meio de seus servidores.

O Protocolo de Palermo, estabelecido pela ONU em 2000 e o Convênio de Istambul, elaborado pelo Conselho da Europa em 2011, visam a proteção das vítimas dessas violências, concentrando seus esforços na tutela dos sujeitos “mulheres”, inclusive na questão da migração.

Duas faces do Direito Internacional são contrapostas nesses tratados internacionais quando o bem maior a ser tutelado são os direitos fundamentais e o sujeito receptor dessa proteção são seres humanos. O Direito internacional clássico e o Direito Comunitário. Os dispositivos do Protocolo de Palermo adentram as esferas legislativas nacionais de acordo com a recepção jurídica de cada Estado-parte, retardando a eficácia do

remédio jurídico para seus sujeitos, provocando demais danos e perpetuando consequências de crimes praticados contra essas vítimas.

O Direito Comunitário propõe a eficácia de seus dispositivos para os sujeitos do bloco político e econômico onde atua, no caso, a União Europeia, que recepciona essas normas por igual em cada Estado-parte. Assim, o Convênio de Istambul além de ter sido elaborado onze anos após o Protocolo de Palermo e com um fluxo maior e presente de migrantes pelo continente europeu, engloba em seus dispositivos a realidade de exposição das mulheres migrantes e uma gama de direitos fundamentais a serem respeitados, humanizando as condutas das instituições dos Estados, em se tratando das jurídicas, as que concernem aos policiais e judiciários.

Analisando qualitativamente os textos de ambos os tratados, o discurso humanitário iniciou-se em 2000 para a tutela dos direitos fundamentais, reconhecendo-se que no cenário internacional ocorria o tráfico de pessoas e o mesmo foi considerado crime. Daí em diante, as individualidades em suas subjetividades viram seus clamores transformarem-se em normas para o bem da própria coletividade, tanto na esfera em que age o Direito Internacional clássico como o Direito Comunitário.

BIBLIOGRAFIA

ACNUR. Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 28 de julho de 1951. Genebra, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 13.jan.2020.

ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo – antissemitismo, imperialismo, totalitarismo - (trad. Roberto Raposo). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BARROS, Sérgio Resende. Direitos Humanos - paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. O ABC do Direito Comunitário. Comissão Europeia, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 05.out.1988. Seção 1, p. 1.

_____. O Brasil e o Conselho de Segurança da ONU. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/137-o-brasil-e-o-conselho-de-seguranca-das-nacoes-unidas. Acesso em: 19.jan.2020.

_____. Lei nº 13.344 de 06 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Diário Oficial da União. Brasília, 07.out.2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm. Acesso em: 20.jan.2020.

_____. Alerta migratório. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/cartilhas/alerta-migratorio-espaco-schengen. Acesso em 29.02.2020.

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

EUROPA (EU). Convenio de Estambul - Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Estambul. Conselho da Europa, 2011. Disponível em: https://rm.coe.int/1680464e73. Acesso em: 13.jan.2020.

_____. Europa.eu. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt. Acesso em: 26.jan.2020

HERRERA FLORES, Joaquín. Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

HUNT, Lynn. A invenção dos Direitos Humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MAIMERI, Gabriel Mattos; OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. O tráfico de pessoas sob a ótica do Protocolo de Palermo e a nova lei ordinária 13.344 de 6 de outubro de 2016. Derecho y Cambio Social. Peru, 2017.

MIALHE, Jorge Luis. Desafios no Ensino do Direito Internacional Público e do Direito da Integração em Tempos de Globalização. Revista Unimep. Disponível em http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art06.pdf. Acesso em: 04.fev.2020.

OLIVEIRA, Adriana F. S. Oliveira. As políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher na legislação e nos depoimentos. Tese de Doutorado. IB - UNESP – RC, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José – Costa Rica, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org. Acesso em: 13.jan.2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional relativo à prevenção, à repressão e à punição do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças – Protocolo de Palermo de 15 de novembro de 2000. Nova Iorque, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: 04.mai.2018.

_____. Protocolo de Istambul de 2001. Alto Comissariado das Nações Unidas. Disponível em: http://dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf. Acesso em: 10.fev.2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. Redesg – Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, v. 2, n. 1. Santa Maria: UFSM, 2013, pp. 163-196.

PORTUGAL. Lista dos países que pertencem ao espaço Schengen. Consulado Geral de Portugal em São Paulo. Disponível em: https://consuladoportugalsp.org.br/lista-dos-paises-que-pertencem-ao-espaco-schengen/. Acesso em: 29.02.2020.

RAMOS, Leonardo; MARQUES, Sylvia Ferreira; JESUS, Diego Santos Vieira de. Coleção Para Entender: Para Entender a União Europeia e os Estudos de Integração Regional. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público - 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI, p. 05. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf. Acesso em: 17.fev.2020.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

A MUDANÇA DA CIDADE DE PACARAIMA-RR EM DECORRÊNCIA DA MIGRAÇÃO VENEZUELANA: O NOVO RETRATO DA URBE

THE CHANGE OF THE CITY OF PACARAIMA-RR DUE TO THE VENEZUELAN MIGRATION: THE NEW PORTRAIT OF THE URBE

Fernanda Cláudia Araújo da Silva[1]

André Ricardo dos Santos Lopes[2]

Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5932-2969

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8200-9521

Submissão: 15/02/2020 Aprovação: 07/03/2020

RESUMO:

Procura-se estabelecer um estudo sobre o novo perfil da cidade de Pacaraima, a partir da intensificação migratória que tem ocorrido para o Brasil, alterando o referencial sociodemográfico local, e numa análise mais efetiva, a situação de fronteira estabelecida com esse novo indicador populacional. A pesquisa é realizada a partir de um estudo fenomenológico, pois tem-se identificada a mudança de paradigma da cidade de fronteira para a constatação de um abrigo de venezuelanos a céu aberto, visto que a conduta adotada pelo Brasil no acolhimento de venezuelanos não atende à demanda apresentada, o que dirá o cumprimento das diretrizes do Estatuto da Cidade.

PALAVRAS-CHAVES: Roraima. Pacaraima. Fluxo migratório. Estudo fenomenológico. Cidade.

∗ Trabalho apresentado no II Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito, Coordenado pelo Acadêmico Titular da Cadeira SanTiago Dantas, Professor Doutor Alfredo Attié Jr

[1] Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), vinculado à Cadeira SanTiago Dantas da Academia Paulista de Direito. Professora da Universidade Federal do Ceará, do Departamento de Direito Público, Mestre em Direito pela UFC e Doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa. E-mail: f.c.araujo@hotmail.com

[2] Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), vinculado à Cadeira SanTiago Dantas da Academia Paulista de Direito. Bacharel em História pela FFLCH-USP, Bacharel em Direito pela PUC-SP e Pós-Graduando em Direito Internacional Aplicado na OAB ESA/EBRADI. E-mail: andrslopes@gmail.com

ABSTRACT:

The aim is to establish a study on the new profile of the city of Pacaraima, based on the migratory intensification that has occurred to Brazil, changing the local sociodemographic framework, and in a more effective analysis, the border situation established with this new population indicator. The research is carried out from a phenomenological study, as the paradigm shift in the frontier city has been identified for the finding of a shelter for Venezuelans in the open, since the conduct adopted by Brazil in welcoming Venezuelans does not meet the demand presented, which will say compliance with the City Statute guidelines.

KEYWORDS : Roraima. Pacaraima. Migration flow. Phenomenological study. City.

1. INTRODUÇÃO

A questão migratória no Brasil, na contemporaneidade, tem modificada sua rota, diferentemente do movimento migratório que se concentra em áreas urbanas mais desenvolvidas e com condições de atendimento às necessidades dos migrantes. Essa situação decorre da migração de venezuelanos para o Brasil, principalmente para as cidades de Pacaraima e Boa Vista, esta última a capital do Estado.

A situação tem modificado o referencial demográfico da cidade, principalmente pela importância quantitativa de pessoas e qualitativamente diferentes pela língua (espanhola), costumes (pela grande quantidade de índios das diversas etnias, principalmente os *Waraos* e as mudanças de referências socioeconômicas das localidades.

Mesmo tendo modificado o referencial dessas duas cidades, o presente trabalho tem por escopo analisar as mudanças ocorridas na cidade de Pacaraima, em virtude do fluxo migratório venezuelano ocorrida nos últimos anos modificando a estrutura, a população da cidade e principalmente a influenciar em medidas associo-administrativas quando do recebimento desses migrantes, que mesmo diante de medidas tomadas pelo governo brasileiro de assentamento humano, como ocorreu com a Operação Acolhida, a situação tem se tornado algo irreversível e problemática àquela urbe, principalmente pelo dato de ter se modificado o conceito de controle migratório, limites territoriais, afetação da saúde pública, pobreza, marginalidade, prostituição e outros dilemas que têm afetado a cidade de fronteira Pacaraima.

Nesse sentido, procura-se descrever a atual situação migratória venezuelana na fronteira, mesmo que se saiba que essa migração não tem prazo para cessar, apesar de possuir tipos e etapas distintas de quem migra, como também a modificara dinâmica demográfica atual, de forma que se formula a seguinte pergunta de partida: Quais as mudanças da cidade de mudanças de Pacaraima?, e, como objetivos específicos, identificar como essa mudança ocorreu, o que se tem feito em nível de governabilidade para as adequações da cidade à situação e quais as perspectivas de mudanças, sobretudo com a migração indígena para a localidade.

Quanto ao aspecto metodológico, opta-se pela fenomenologia, em virtude do processo migratório ser um fenômeno mundial, com o recorte voltado para alguns países, reflete a natureza complexa que a migração requer, para a compreensão do fenômeno, por isso, o aspecto metodológico apresenta-se sob a perspectiva da fenomenologia, para a construção do diagnóstico de mudança da cidade de Pacaraima, devido ao fluxo migratório.

Assim, a construção dessas razões enseja a divisão do artigo em três partes, além de introdução e considerações finais. Na primeira parte elabora-se uma digressão histórica sobre a formação de Roraima, desde sua condição de território federal até chegar à estado da federação. Na segunda parte realiza-se um estudo sobre a migração venezuelana para o Brasil, via Pacaraima, cidade de fronteira e na terceira parte, analisa-se a modificação da cidade de fronteira bolívar-brasileira em decorrência do fluxo migratório.

2. A FORMAÇÃO DO ESTADO DE RORAIMA E SUAS LIMITAÇÕES TERRITORIAIS: ANÁLISE DA CAPACIDADE PARA SUPORTAR A MUDANÇA DE ESTRUTURAÇÃO DA CIDADE DE PACARAIMA

O Estado de Roraima, localizado ao norte do Brasil, tem sua história pautada por invasões, massacres, crescimento, exploração, progresso, mas sua autonomia se estabelece com a Constituição de 1988. Porém, até 13 de setembro de 1943, Roraima era parte do estado do Amazonas, quando foi separado como território federal instituído pelo Decreto-lei nº 5.812/1943, quando da época de Getúlio Vargas.

Posteriormente, por meio da Lei nº 4.182/1962, o Território Rio Branco passou a denominar-se Território de Roraima, época em que a área era administrada por militares que comandavam e administravam o território (autarquia territorial), até que, em meado dos anos

de 1980, ocorreu uma explosão populacional local (relativamente à época), por conta também do garimpo na região, o que ensejou investimentos do governo na abertura de estradas federais (BRs 174 e 210), além de diversos programas de colonização da região.

Mas somente em 1988, o território torna-se Estado, por força constitucional, estruturado em 15 municípios, com competências e atribuições comuns aos Estados da Federação. Roraima tem sua localização mais setentrional da federação brasileira, com 1.922 Km de fronteira com 2 países sul-americanos, sendo a Venezuela ao norte e noroeste e a Guiana Inglesa a leste, além de fronteiras internas com os Estados do Amazonas, ao sul e oeste e ao sudeste, com o Pará.

Ante a criação e localização, o censo do Estado se apresentou com uma população de 450.479 pessoas, e uma estimativa de 605.761 pessoas para 2019, enquanto que Pacaraima (cidade de fronteira com a Venezuela) possui 10.433 pessoas (IBGE, 2010).

Figura 1: Localização geográfica de Roraima



Fonte: Wikipédia

O Estado possui uma diversidade sociocultural, ao mesmo tempo em que está marcado também por problemas políticos, econômicos, ambientais e por demarcações indígenas, mas também, passou por avanços que buscaram a reconstrução da área para se estabelecer avanços relacionados à urbanização, principalmente a instituir um rápido crescimento populacional, ocasionando o enfrentamento de problemas sociais, econômicos e demográficos.

Os normativos inseridos pela ordem constitucional a partir de 1988, são acompanhados por normas posteriores à Constituição Estadual de 1991. Sua condição de unidade da federação trouxe um rápido crescimento populacional, mas com concentração populacional na capital, Boa Vista, com quase 80% da população (ARAGÓN, 2009).

Já em outras cidades, como sói acontecer nas cidades do interior do Norte do país, o ritmo de crescimento foi mais lento, mesmo com a ampliação da infraestrutura de acesso e a expansão do setor agrícola do Estado de Roraima com reflexos nas cidades de Mucajaí, Iracema, Caracaraí e Rorainópolis. Tais cidades compõem os 15 municípios existentes.

Sobre esse novo Estado, não se pode deixar de mencionar o crescimento da atividade mineradora na região, apesar de causar problemas ambientais em razão da quantidade de resíduos jogados no leito dos rios.

Mesmo a atividade rural agrícola tendo sido impactante para Roraima, principalmente pelo avanço de fronteira que ocorre há algum tempo, por pessoas de outros países da fronteira com o Brasil, pelo natural fluxo migratório de fronteira (PULMAIN, 2003), o trabalho desenvolvido nessa zona, com transferências de populações entre países ainda foi inferior com relação ao crescimento nos demais Estados brasileiros. O terceiro setor (bens e serviços) para o Estado foi também importante. Quanto à sua classificação, é ainda o segundo Estado mais novo no país e menos populoso, com possíveis condições de crescimento, até a transformação em decorrência dos migrantes venezuelanos.

A migração, ou melhor, a crise migratória tem sido contínua, mas o maior ápice se deu entre os anos de 2015 a 2018, o que ocasionou a mudança cenário do Estado, pelo estabelecimento, não mais de uma crise migratória, mas uma crise social e econômica que assolou a Venezuela, e transcendeu ao Estado de Roraima, uma vez que os venezuelanos buscavam acolhimento em quase todos os lugares quando chegavam ao Brasil, de forma que, foram instalados abrigos para imigrantes. Pelo insuficiente número de abrigos os venezuelanos passaram a se abrigarem na rua, ao relento, gerando um amontoado de desabrigados na cidade de fronteira entre Brasil e Venezuela. Além do caos na cidade, com o aumento da pobreza, repercutindo na criminalidade, prostituição, abandono de incapazes etc.

A intensidade migratória gerou uma impossibilidade de controle na fronteira, oficialmente o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e pelo governo brasileiro informaram que 32.744 venezuelanos solicitaram refúgio no país e outros 27.804 obtiveram autorização de residência por vias alternativas ao sistema de refúgio,

totalizando mais de 60.000 pessoas que foram registradas por autoridades migratórias no Brasil até maio de 2018 (UNHCR, 2018).

Segundo a UNICEF, 195.000 venezuelanos entraram no país, sendo que alguns passaram pela zona de fronteira para registros oficiais de ingresso e outros não, a considerar o quantitativo por aproximação, de forma que:

> *Observações de campo realizadas durante missões e compartilhadas entre as agências apontam que o nível de vulnerabilidade dos migrantes que entram no Brasil tem aumentado. Mais pessoas chegam ao País com necessidades urgentes de assistência humanitária, sem acesso a comida, saúde e outros serviços básicos e expostos a diversos tipos de violência. Estima-se que, até o final de 2019, o número de venezuelanos migrantes no Brasil dobrará, chegando a 195 mil pessoas, das quais 175 mil em situação de vulnerabilidade. (UNICEF, 2019)*

Essa demanda demográfica foi gerada pela migração venezuelana modificou todo o perfil estrutural da cidade, trazendo uma estética diferenciada e baseada na vulnerabilidade das pessoas que se encontram em praças, semáforos, portas de estabelecimentos comerciais, canteiros centrais e esquinas das vias, de uma cidade.

Considerada uma cidade, segundo o IBGE com Percentual da população com rendimento nominal mensal per capita de até 1/2 salário-mínimo de 46,5 %, ou seja, quase a metade da população local ganha até meio salário-mínimo, considerado ainda que 5% da população encontra-se ocupada (IBGE, 2017). Dentro dessas condições econômicas a cidade não dispõe de estrutura para receber venezuelanos, o que compromete com a gestão do município em atender demandas além das suportadas por sua estrutura e previstas na legislação.

3. A MIGRAÇÃO VENEZUELANA PARA RORAIMA VIA PACARAIMA

De forma geral, a migração tem sido tratada com diversas razões especiais e temporais, sem se ter uma única definição, ainda que se delimite de forma sistemática o local de destino, as razões e a identificação pessoal.

Com isso, a mensuração do fluxo migratório torna-se híbrido pela ausência de unicidade de motivos, ainda que se seja a migração venezuelana. Esta, pode ser delimitada por razões políticas, estruturais, governamentais, consensuais, ou até mesmo sem motivo. O Brasil tem recebido um quantitativo importante de estrangeiros, dentre eles venezuelanos, tanto que o ACNUR afirma que:

> *O Brasil tem generosamente recebido migrantes e refugiados por décadas, e tem feito isso com respeito aos seus direitos e à sua dignidade humana. Em um mundo onde refugiados e estrangeiros são com frequência estigmatizados e marginalizados devido ao racismo e à xenofobia, nós temos muito que aprender com a positiva experiência brasileira em relação aos refugiados. (ACNUR, 2010, p. 7)*

Numericamente, esses pedidos desde 2014 chegam para mais de 15.000 pedidos e com uma tendência de aumento ante com o fluxo de pessoas e principalmente pelo agravamento da situação governamental existente no país (SILVA; MARQUES, 2017). A ocupação de Roraima reflete um novo referencial dentro de uma sistematização migratória até então não ocorrida no Brasil[3].

Pode-se lembrar do recebimento de haitianos que chegaram ao território brasileiro com causas semelhantes, concebidas ante um fenômeno. Mas os venezuelanos possuem razões identificadas dentro de questões políticas, de saúde pública, alimentar,

[3] O Brasil foi um dos destinos das grandes migrações do século XIX e início do século XX, sendo um país receptor de migrantes até meados do século XX. O número de imigrantes entre 1872 e 1972, era mais de 5 milhões, vindos, principalmente, da Europa, como Portugal, Itália, Alemanha, e Espanha, como também do Japão (LEVY, 1974). O censo brasileiro de 1900 registrou 6.16% de estrangeiros com relação à população do país, aumentando, em 1920 e foi diminuindo até se chegar no censo de 2000, com apenas 0.38% da população, sendo considerado período mais baixo da história (PATARRA; BAENINGER, 2006), o que talvez o censo de 2020 demonstrará um outro perfil por causa do fluxo migratório que o Brasil tem recebido

territorial e outras razões, que abrem uma agenda bastante extensa de motivos, compondo uma transversalidade temática, a ensejar deslocamentos populacionais (de indígenas e não indígenas) que podem ser mensurados simplesmente pela violação de direitos humanos por parte do Estado Bolívar e a ineficiência dos poderes face o regime ditatorial implementado naquele país.

Essa migração venezuelana não é sazonal, ela é continua e transfronteiriça que, principalmente pelo fato de que a fiscalização do lado venezuelano é inexistente[4] e do lado brasileiro precária, pois a polícia de fronteira brasileira não dispõe de contingente suficiente para atender o fluxo transfronteiriço da migração. Com isso, a mobilidade é frequente de pessoas que se dirigem ao Brasil com o *animus* de mudança de residência. Sobre essa região transfronteiriça, Patarra e Baeninger afirmam que:

> *[...] espaços geográficos contíguos, o que chamamos de fronteiras transnacionais, vão constituindo pontos particularmente vulneráveis aos efeitos perversos da globalização e dos acordos comerciais sobre as condições de vida de grupos sociais envolvidos. Onde anteriormente observava-se a extensão de questões agrárias não resolvidas, hoje observa-se uma crescente vulnerabilidade, com maior insegurança em face dos efeitos paralelos das rotas do narcotráfico, do contrabando e dos procedimentos ilícitos de lavagem de dinheiro e outras modalidades de corrupção que aí encontram seu nicho de ação. (PATARRA; BAENINGER, 2006, p. 99)*

Na atual situação da Venezuela, a mobilidade transfronteiriça tem se tornado constante via Pacaraima, vindo até o sul da Venezuela[5], passando por Santa Elena do Uairén[6], modificando a estrutura social local (da fronteira brasileira), pois como afirma Moura, a migração é *"[...] uma manifestação de processos e de transformações sociais e econômicas mais profundas, que lhe são subjacentes"* (MOURA, 1980, p. 11). Só que essa modificação,

[4] Até 2017 ainda havia polícia de fronteira venezuelana, deixando de existir desde 2018 por causa do agravamento das condições de manutenção administrativa do governo venezuelano.
[5] Isso porque tem pessoas que saem do norte da Venezuela até chegar ao Brasil.
[6] Também conhecida por *Gran Sabana.*

como resposta do processo de mudança do fenômeno migratório ensejou, alterou a estrutura socioeconômica local trazendo uma heterogeneidade de referencial etnográfico construído na localidade, principalmente por sua intensidade.

Mesmo a composição territorial de pessoas, na sua maioria, formada por indígenas, o contexto local se acentua com o recebimento de novas pessoas de diversas etnias, principalmente os *Waraos* que viviam às margens de rios bolívares com outros costumes, outros dialetos, ou seja, culturalmente diferentes dos indígenas brasileiros, mas que se condicionaram à migração pelos mesmos fatores estruturais dos venezuelanos não-indígenas.

Não se podem mensurar causas distintas, como geralmente ocorre com fluxos migratórios diferentes (GOLDSTEIN, 1980). Mas, o que se percebe é que o fluxo migratório que tem ocorrido afeta as regiões relacionadas ao processo de origem e destino (GOLDSTEIN, 1980), com uma heterogeneidade de razões que desembocam na violação de direitos humanos pelo governo bolívar, independentemente do referencial demográfico afetado. Dessa forma, o fluxo venezuelano ocorre:

Figura 2: Trajeto do fluxo migratório para Roraima



Fonte: G1 (2016)

A expulsão dos venezuelanos em decorrência da pobreza do país tem gerado a crise alimentar e a crise na saúde pública identificada nos pedidos de refúgio realizados nos países de recebimento, o que não seria diferente no Brasil (SILVA; NOGUEIRA, 2019). Ou seja, por causa da crise estatal venezuelana, os problemas gerados lá recaem sob a oneração

da administração pública brasileira, de forma específica em cidades não organizadas estruturalmente, como é o caso de Pacaraima, e Boa Vista, capital do Estado de Roraima.

Ao problema político venezuelano aumentou o número de pedidos de refúgio no Brasil, *"entre os anos de 2015 e 2016 descrito em torno de 306%, e, entre os anos de 2016 e meados de 2017, o aumento foi de 125,6%. Numa comparação entre 2015 e junho de 2017 o aumento foi de 816,7%"* (SILVA; NOGUEIRA, 2019, p.109). Porém, calha lembrar que esse percentual referente aos pedidos de refúgio, mas que, muitos não o solicitam e outros sequer fazem qualquer registro junto à polícia de fronteira (SILVA; SOUZA, 2018).

O Brasil tem recebido expulsos da Venezuela, com uma tendência a aumentar o quantitativo, pois em 2018, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR informou que somente em fevereiro de 2017, foram recebidos 24.818 venezuelanos que solicitaram refúgio e 10.963 que solicitaram residência temporária (BRASIL, 2017), nos termos da Lei nº 9.474/97 (CONSELHO NACIONAL DE MIGRAÇÃO, 2017).

Figura 3: Migração real de venezuelanos para o Brasil



Fonte: Tvi Brasil (2019)

A migração praticamente ocorre com a entrada terrestre dos venezuelanos, e mesmo que sigam para Boa Vista, passam por Pacaraima, onde alguns se instalam na rua e outros seguem viagem à capital. De qualquer forma, a migração está ocasionando uma modificação na cidade em busca de melhores condições de sobrevivência, pois qualquer lugar é abrigo, sejam praças, locais abandonados ou qualquer espaço público.

4. A MUDANÇA GEOREFERENCIAL DE PACARAIMA ANTE A INTENSIFICAÇÃO DO FLUXO MIGRATÓRIO: UM NOVO RETRATO DA URBE DE FRONTEIRA

A transição do referencial demográfico de Pacaraima foi estabelecida pelo fluxo migratório com mudanças estéticas da cidade, levando-se em consideração o sofrimento e a miséria dos venezuelanos, além dos discursos de intolerância e ódio que acompanham esse fluxo migratório, comprometendo o estético da cidade, sem falar no comprometimento dos serviços públicos de saúde, o uso provisório de locais públicos e a estrutura de abrigos montados pela cidade.

Essa "superpopulação" de migrantes venezuelanos[7] também tem causado o aumento de casos de sarampo, malária e HIV no Brasil, e o deliberado crescimento da violência urbana. Mas isso traz a ressignificação do processo migratório e seus reflexos nas cidades, principalmente pela transferência de ônus ao local receptor. Por isso, as palavras de Natália Ramos no sentido de que,

> *Importa acentuar que o acolhimento e integração dos migrantes nas sociedades receptoras, em particular na cidade, onde se concentram ao nível residencial e laboral, estão relacionados com um conjunto complexo e variado de factores, onde se destacam factores psicológicos, socioeconómicos, culturais e políticos, que reenviam ao próprio estatuto social, económico e jurídico do indivíduo migrante na sociedade de acolhimento, às suas redes sociais e de suporte às atitudes da sociedade de acolhimento e às políticas dos governos e dos Estados. A migração constitui um desafio importante para os Estados, nomeadamente ao nível da ordem jurídica, a definição dos direitos dos trabalhadores migrantes e das suas. (RAMOS, 2009, p. 4)*

[7] Mesmo Roraima sendo considerado o Estado com a menor densidade demográfica do Brasil, com 2,01 habitantes por quilômetro quadrado.

Há, portanto, uma mudança na estrutura da cidade quando se recebem migrantes, principalmente no Brasil ante a disposição de direitos constitucionalmente assegurados e uma legislação de proteção ao migrante que se apresenta aparadora e garantidora de quem solicita asilo, refúgio ou mesmo residência temporária. O local de destino se compõe por sua estrutura que se onera, pois há a saída de um território de origem que se chega a outro a se proporcionar ajuda e assistência. Como exemplo, tem-se a situação de indígenas na cidade de Pacaraima:

Figura 4: Venezuelanos alojados na cidade de Pacaraima



Fonte: Agência Brasil (2018)

Quebra-se, portanto, todo um ideário de cidade, como se observa na figura acima, percebendo-se a promoção de desequilíbrios que geram tensões sociais como xenofobia e brigas internas, além de rescindir com as diretrizes da sociedade, a qual deveria ter sido marcada pela transformação de um planejamento e por plano de ações, que por si só, eram para coibir os impactos negativos das cidades (LOPES, 1998).

Mas, a migração quebra a harmonia desse espaço urbano, não permitindo que se interaja entre os próprios moradores locais, face a conjugação de novas pessoas. Havendo, portanto, um problema localizado em Pacaraima que repercute em todo o Estado brasileiro, principalmente em razão de divulgação mediática causada pela migração.

O referencial de cidade decai não somente pelo quantitativo de pessoas nas ruas, praças, locais públicos ou abrigos, mas porque esse contingente tem acarretado distúrbios danosos ao sistema público de saúde, educação, segurança e gestão pública, pois Pacaraima não consegue exercer sua função de ente da federação, em virtude das disparidades socioeconômicas existentes.

Se antes da migração, a cidade já era rodeada de desconfortos estruturais, após esse fenômeno, tudo se tornou mais gravoso, justamente porque a existência de uma

população de venezuelanos em situação de vulnerabilidade triplicou a propagação de problemas.

A cidade é a mesma quando se refere ao espaço territorial, mas sua aparência se transformou negativamente e não consegue ocultar o drama que está vivendo. Não se pode falar mais em falta de um planejamento eficiente e racional, como propõe o Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/01.

Mas como implantar uma urbanização correta da cidade ante à impossibilidade de se efetivar os direitos dos migrantes que lá se encontram? É claro que o Estatuto da Cidade determina ações ao meio urbano, e é de grande valia principalmente pelo *animus* que possui a lei de transformar a cidade e abrandar os problemas urbanos, ao mesmo tempo em que busca aumentar a qualidade de vida nas cidades. Isso porque, na maioria das disposições do Estatuto da Cidade, a responsabilidade recai para o município.

A situação impede se estabelecer requisitos de sustentabilidade, com o quantitativo de moradores de rua (venezuelanos e suas famílias) que não possuem acesso a esgoto, higiene ou mesmo uma razão para se repensar a racionalização do espaço face à vulnerabilidade vivenciada. Assim, a cidade de Pacaraima tem a potencialidade limitada a questões de sobrevivência.

Não há também a identificação de espaços públicos, função social da propriedade, ocupação do solo, política habitacional, participação da sociedade nas decisões estatais, elementos de justiça social e tantos outros direcionamentos propostos. Na verdade, a qualidade de vida da população proposta pelo Estatuto encontra um gargalo ocasionado pela migração venezuelana.

Mas, nesse relato não se quer transferir a responsabilidade de não se aplicar o Estatuto da Cidade aos venezuelanos, mesmos porque a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro deve ser feita de forma sistêmica, a observar além das diretrizes do Estatuto, como a existência de integração e cooperação entre governo e iniciativa privada, a legislação protetiva da migração e a própria postura do Estado brasileiro quanto à migração.

A poluição visual causada pelo assentamento desordenado de migrantes venezuelanos amontoados em espaços públicos condiz a um retrato de uma cidade desconfigurada e desorganizada, a qual deveria ser reordenação pela efetivação e aplicação da legislação protetiva dos imigrantes e não a transferência para o município. Porém, é imprescindível que se adotem medidas urgentes para melhorar a questão migratória, e consequentemente a cidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transformação da cidade de Pacaraima decorreu do aumento do quantitativo demográfico existente por causa da migração venezuelana. Fatores de referência foram identificados no presente texto como a criação do Estado de Roraima, a partir da institucionalização da Constituição de 1988, o que por si só mostram os fatores de um território que necessita de tempo para se estruturar.

Por outro lado, demonstra-se que o Estado foi "vítima" da crise venezuelana que resultou no recebimento contínuo de migrantes, principalmente pelo fato de que as principais cidades recebedoras de migrantes venezuelanos, Pacaraima e Boa Vista, suportaram esses ônus.

Apresentou-se também que a migração deu um novo retrato à cidade de fronteira, Pacaraima, impedindo o fenômeno migratório de transformar a cidade e principalmente de se aplicar as diretrizes do Estatuto da Cidade - Lei nº 10.257/01.

Porém, essa mudança demográfica deve ser interpretada como de responsabilidade do Estado brasileiro, por causa dos fundamentos protetivos dos migrantes face à Lei nº 13.445/2017, denominada de Lei da Migração, e não somente em transferir a responsabilidade à cidade de fronteira que é a primeira a receber migrantes venezuelanos. Por isso, apresenta-se uma cidade de fronteira em declínio e sem força estrutural de se recompor e aplicar as receitas municipais, o que dirá o cumprimento do Estatuto da Cidade.

BIBLIOGRAFIA

ACNUR. **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas** / Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, organizador. 1. ed., Brasília: ACNUR; Ministério da Justiça, 2010.

ARAGÓN, I. E. (Org.). **Migração Internacional na Pan-Amazônia**. Belém: UFPA, 2009.

BRASIL. Resolução Normativa nº 126, de 02 de março de 2017, do CNIg. *Dispõe sobre a concessão de residência temporária a nacional de país fronteiriço. Disponível em:* https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=338243. *Acesso em: 30 de janeiro de 2020.*

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. "Relatório Executivo sobre Perfil Sociodemografico e laboral da imigração Venezuelana no Brasil". In: SIMÕES, G.;

CAVALCANTI, L.; OLIVEIRA, T.; MOREIRA, E.; CAMARGO, J. **Resumo executivo. Perfil sociedemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil.** Conselho Nacional de Imigração. Brasília: CNIg, 2017. Disponível em: http://www.abep.org.br/site/index.php/noticias/347-perfil-sociodemografico-e-laboral-dos-imigrantes-venezuelano. Acesso em: 31 de janeiro de 2020.

DINIZ, A. M. A. Frontier evolution and mobility in volatile frontier settlements of the Brazilian Amazon. Tese (Doutorado), Arizona State University, 2002.

GOLDSTEIN, S. "Facetas da distribuição da população: oportunidades e desafios à pesquisa". In: MOURA, Hélio A. de (Org.). Migração interna: textos selecionados. Fortaleza: Banco do Nordeste do Brasil, 1980. Tomo 1, p. 693-722.

IBGE. Cidade de Pacaraima. Disponível em: https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rr/pacaraima/panorama. Acesso em 15 de fevereiro de 20202.

LEVY, M. S. F. "O papel da migração internacional na evolução da população brasileira (1872 a 1972)". Revista Saúde Pública, No. 8 (supl.), 1974, p. 49-90.

LOPES, Rodrigo. A cidade intencional: o planejamento estratégico de cidades. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

MORAIS, *Vângela Maria Isidoro de;* LIMA, D*amião Marques de*. "O horizonte comunicativo da migração venezuelana na cidade de Boa Vista-Roraima". Textos e Debates. v. 1, n. 32 (2019). Disponível em: https://revista.ufrr.br/textosedebates/article/view/5698. Acesso em: 14 de fevereiro de 2020.

MOURA, H. A. (Org.). Migração interna: textos selecionados. Fortaleza: Banco do Nordeste do Brasil, 1980. Tomo 1.

PATARRA, Neide Lopes; BAENINGER, Rosana. "Mobilidade espacial da população no Mercosul, metrópoles e fronteira". Revista Brasileira de Ciências Sociais, V. 21, No. 60, 2006, p. 83-181.

PUMAIN, D. "Le processus d'urbanisation". In: CAZELLI, G.; VALLIN, J.; WUNSCH, G. (Org.). **Démographie: analyse et synthèse IV: les déterminants de la migration**. Paris: INED, 2003.

RAMOS, Natália. "Saúde, migração e direitos humanos". **Mudanças – Psicologia da Saúde**, 17 (1), Jan-Jun 2009, p. 1-11. Disponível em: https://repositorioaberto.uab.pt/bitstream/10400.2/3127/1/NRamos%20Sude%20e%20direitos%20humanos.pdf. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

SILVA, Fernanda Cláudia Araújo da; MARQUES, Diego Jeferson Fernandes. "A fronteira brasileira na proteção dos refugiados venezuelanos". In: **II Colóquio Internacional de Dinâmica de Fronteira**. Unioeste, Toledo, 2018.

SILVA, Fernanda Cláudia Araújo da; NOGUEIRA, Josélia da Silveira. "O Fracasso Da Economia Venezuelana e a Repercussão do Fluxo Migratório: Contradição à Ocorrência da Migração Brasileira Para à Venezuela Sob a Ótica da Descrição de Saskia Sassen". **Direito internacional dos direitos humanos** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA, Coordenadores: Dirceu Pereira Siqueira; Maria Creusa De Araújo Borges; Natalia Mascarenhas Simões Bentes, Florianópolis: CONPEDI, 2019. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/44953rck/AjTFx45TGa1DQBOQ.pdf. Acesso em: 06 de fevereiro de 2020.

SILVA, Fernanda Cláudia Araújo da; SOUSA, Estevão Mota. **A Migração Venezuelana e o Aumento da Pobreza em Roraima.** In: Tensões Mundiais. https://doi.org/10.33956/tensoesmundiais.v14i27%20jul/dez. Disponível em: https://revistas.uece.br/index.php/tensoesmundiais/issue/view/108. Acesso em: 31 de janeiro de 2020.

UNICEF. Crise migratória venezuelana no Brasil. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/crise-migratoria-venezuelana-no-brasil. Acesso em: 14 de fevereiro de 2020.

UNHCR. ***Operational Portal: Refugees Situation. Venezuela Situation***. Maio, 2018. Disponível em:< https://data2.unhcr.org/en/situations/vensit>, acessado em 20 janeiro de 2020.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
This work is licensed under a Creative Commons License

NEGRITUDE AFROATLÂNTICA EM TRAVESSIA: DO CARIBE AO BRASIL

AFROATLANTIC BLACKNESS IN CROSSING: FROM CARIBBEAN TO BRAZIL

Haydée Paixão Fiorino Soula[1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3251-2276

Submissão: 03/03/2020 Aprovação: 07/03/2020

RESUMO:
O objetivo central deste estudo é promover um diálogo entre os conceitos de negritude em Aimé Césaire (1987) e crioulização em Édouard Glissant (2005), pensadores caribenhos que se apropriam de forma crítica das tradições de pensamento dos países colonizadores para ressignificá-las, em especial, para a construção da identidade no Caribe e na Martinica. A escravidão e a cana-de-açúcar são duas grandes marcas do nascimento do Caribe, elementos cuja similitude com toda a América Latina demonstra a relevância de seu estudo para a contribuição aos estudos antropológicos das Populações Africanas e Afro-brasileiras.
PALAVRAS-CHAVES: Negritude. Crioulização. Caribe. Brasil. Identidade. Alteridade.

ABSTRACT:
The main objective of this study is to promote a dialogue between the concepts of blackness in Aimé Césaire (1987) and creolization in Édouard Glissant (2005), Caribbean thinkers who critically appropriate the thinking traditions of the colonizing countries in order to resignify them, in especially for the construction of identity in the Caribbean and Martinique. Slavery and sugar cane are two great marks of the birth of the Caribbean, elements whose similarity with the whole of Latin America demonstrates the relevance of your study to contribute to the anthropological studies of African and Afro-Brazilian populations.
KEYWORDS: Blackness. Creolization. Caribbean. Brazil. Identity. Otherness.

∗ Trabalho apresentado no II Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito, Coordenado pelo Acadêmico Titular da Cadeira SanTiago Dantas, Professor Doutor Alfredo Attié Jr

[1] Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), vinculado à Cadeira SanTiago Dantas da Academia Paulista de Direito. Advogada (PUC-SP, 2013) e Antropóloga (USP, 2018). Mestranda em Antropologia Social (USP, 2022), pós-graduada em Direito Sistêmico (Verbo Jurídico, 2019) e especializada em Estudos Afrolatinos-americanos e caribenhos (CLACSO, 2020). E-mail: hpaixao@gmail.com

1. INTRODUÇÃO - CONTEXTO DOS DEBATES IDENTITÁRIOS

Muito se tem discutido acerca da construção identitária e pós-identitária na América Latina, no Caribe e no mundo. Nos anos 90 presenciamos a eclosão da ideia de hibridismo no âmbito de produção intelectual acadêmica para compreender o mundo contemporâneo produzido pelo colonialismo e pós-colonialismo. Em vista disso, passaremos pelo panorama existente sobre mistura, mestiçagem, transculturação e crioulização nos debates acadêmicos da América e Caribe. Autores caribenhos, e mais especificamente, martinicanos, como Aimé Cesaire (1976), Chamoiseau (1992), Glissant (2005), Bernabé, Chamoiseau e Confiant (2013), foram precursores do debate, porém, realizado sob outros termos. "Négritude" e "creòlization" são alguns deles, sendo o termo "hibridismo" utilizado, primordialmente, como palavra-chave dos debates pós-colonial e pós-moderno, com autores como Bhabba (1998), Gilroy (2001) e Hall (2005) figurando como expoentes.

Homi K. Bhaba (1998), membro da elite socioeconômica indiana, propõe a ideia de hibridismo no âmbito teórico, a partir de um olhar crítico à colonização inglesa, ao trazer possíveis motivações que explicassem tanto o sentimento de superioridade dos colonizadores ingleses em relação aos colonizados indianos, quanto o sentimento de inferioridade dos colonizados indianos em detrimento dos colonizadores ingleses. A dinâmica de interação entre os sentimentos pertencentes a esses determinados grupos sociais, o autor caracteriza como sendo uma experiência de ironia. Ocorre quando dois sistemas de valores e verdades dão lugar a um terceiro sistema subproduto de sua fusão, onde os elementos característicos se questionam a ponto de relativizarem-se. O hibridismo, caracteriza-se, portanto, a partir da duplicidade e da ambiguidade, em uma situação de limiar: uma condição social que promove essa interação "híbrida". São nessas movimentações magnéticas que o jogo das diferenças se apresentariam. Bhabha contrapõe outras preposições sobre o sujeito colonial produzidas tanto por colonizadores, quanto por colonizados, refletindo sobre a conceitualização de sujeito, de identidade e de representação do sujeito.

Paul Gilroy (2001), outro autor clássico dessa tradição de pensamento, traz duas contribuições muito importantes. A primeira é a compreensão da existência de uma diáspora negra que produziu identidades que não seguiram os padrões europeus de identidade e nacionalidade. Essa experiência da diáspora africana-negra pelo mundo o autor denomina de 'Atlântico Negro' fazendo com que, não apenas a cultura, mas a identidade negra, sejam

múltiplas, transnacionais, ultrapassando as barreiras nacionais e étnicas. Em "O Atlântico Negro", Gilroy inicia com o importante reconhecimento de que foi a partir do impacto da atuação política e social da luta dos movimentos negros que o Brasil teve de declarar a existência do racismo como um aspecto estruturante da sociedade. Ele afirma que não podemos mais dizer que determinada característica é exclusiva de uma etnia, principalmente, porque essa troca transatlântica permanece nos dias de hoje e constitui-se como um movimento constante, não natural, mas imposto pelas condições do sistema-mundo que vivemos, o capitalismo, a globalização e o imperialismo.

Outro ponto importante de sua obra teórica é a utilização e o desenvolvimento do conceito de dupla consciência, criado por Du Bois[2] (1999), que corresponde à relação pela qual as pessoas negras nutrem-se entre si e como se relacionam com o território no qual estão inseridas. Essa dupla consciência ascende a reivindicação da identidade negra e da nacionalidade. Todavia essa movimentação nacionalista gera um conflito ao segmento negro, uma vez que ela é construída sob a identidade branca. É o que ocorre com a noção de cidadania norte americana construída sob o signo do homem branco como universal. O ser negro fica exposto ao conflito dessa construção de apagamento epistemológico.

Outro aspecto inovador e relevante da obra de Gilroy é quando trata da importância do barco para a literatura negra atlântica. O barco possui uma simbologia muito importante para os povos afrodiaspóricos, uma vez que expressa tanto a escravização, - é através do barco que as pessoas foram escravizadas e trazidas -, como, também, pode ser um símbolo de um retorno possível. O Atlântico Negro seria um momento de trânsito, e por isso, o barco é utilizado como metáfora na literatura produzida em língua inglesa por afrodiaspóricos norte-americanos, caribenhos e africanos. Pode-se afirmar, pois, que o hibridismo tem chamado a atenção do mundo para além do Caribe.

Por fim, outro autor de relevo para a discussão é o Stuart Hall (2005), emergindo como um pensador da pós-modernidade. É um escritor de inspiração marxista e insere-se na linha dos estudos culturais, cuja crítica se faz aos modelos sociais estabelecidos pela nova esquerda dos anos 1950 na Inglaterra. A partir da década de 70 e 80, com os estudos pós-modernos, a ideia de Stuart Hall é discutir temas os quais o marxismo tradicional não discutiu, como, por exemplo, a identidade. Criou, assim, o conceito de identidade múltiplas (2005:79), entendendo que a identidade na pós-modernidade, diferente das outras épocas da humanidade, são identidades fluídas. A identidade é ativada, acionada, dependendo

[2] W.E.B. Du Bois. *As almas da gente negra*. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.

do lugar onde estamos e das experiências que nos constituem enquanto indivíduos, por exemplo, não necessariamente uma pessoa branca será racista e negará ou discriminará as pessoas negras. Vivemos em um momento no qual as identidades não seriam mais estáticas, não é só a de raça, como de classe e de gênero. Para o autor, seríamos todas elas e nenhuma delas ao mesmo tempo. Desse modo, apresenta a noção das identidades múltiplas, quando pensa a relação entre indivíduo negro e cultura, indivíduo negro e tradição, pois, o movimento diaspórico fez com que a identidade dos negros diaspóricos fossem múltiplas. A ideia de diáspora desenvolvida por Hall trouxe uma outra dinâmica de pensamento, reconstruída através desse movimento da diáspora e das multiplicidades de identidades. Hall questiona o lugar onde vem sendo colocado o negro em nossa sociedade, quem é o negro na cultura negra e qual a relação entre os estereótipos que foram criados em torno da figura negra.

2. NEGRITUDE E CRIOULIZAÇÃO

Aimé Césaire (1913-2008) foi o grande responsável, politicamente, pela defesa da departamentalização – palavra por ele criada - da Martinica em 1946, que se tornou um departamento da França com o mesmo *status* político e jurídico de qualquer outra região metropolitana francesa. Esta mudança de estatuto correspondia a um forte pedido do corpo social martinicano como meio de promoção de uma melhoria social e econômica com a reparação de danos causados pela colonização. Aimé Césaire estava, igualmente, consciente do perigo de alienação cultural que ameaçava os martinicanos, com uma proposta de assimilação da cultura francesa ocidental europeia. A preservação e o desenvolvimento da cultura martinicana, tornaram-se assim, as suas prioridades.

Partilhando a sua vida entre *Fort-de-France* (capital da Martinica) e Paris (capital da França), Césaire funda, na capital francesa, a revista *"Presences Africaines"*, ao lado do Alioune Diop e Léopold Sédar Senghor, ambos, do Senegal, Léon-Gontran Damas da Guiana Francesa e dos senhores Paul Níger e Guy Tirolien da Guadelupe. Essa revista tornou-se uma editora que publicou, entre outros, os trabalhos do egiptólogo Cheikh Anta Diop, assim como os romances e as novelas de Joseph Zobel. Nos anos 1940, Césaire começa a publicar em outra revista, chamada "*Tropiques"*, local onde desenvolveu um pensamento literário e artístico centrado na Martinica, contendo uma análise implacável da ideologia

colonialista europeia. Posteriormente entra para a política, permanecendo Prefeito da Martinica por quarenta e seis anos e Deputado por quarenta e oito anos.

O ensaio *"Discurso sobre o Colonialismo"* (1976) teve um impacto importante em várias regiões colonizadas. Para o autor, penetrar no essencial do colonialismo significa, ao mesmo tempo: a) desmontar os mecanismos de exploração do sistema; b) desvendar as contradições do pensamento burguês; c) indicar as vias que permitiram triunfar esta vergonha do século XX. Ao aprofundar a noção de "direito à iniciativa histórica dos povos", o autor reivindica o direito à personalidade no terreno concreto. Para Césaire a essência do colonialismo é a violência e a sua lógica é o genocídio, a exploração de massas humanas pela violência, só se mantém pela violência. Este racismo, desciviliza colonizador e colonizado. Em suas palavras, "a colonização desumaniza o homem mais civilizado. Quem empreende o projeto colonial, o colonizador, inevitavelmente é modificado. Ao tratar o outro como animal tende objetivamente a transformar-se ele próprio em animal" (1976:23).

Aimé Césaire, enfatiza a base racista do colonialismo, afirmando que o que se desenvolveu no ocidente é um pseudo-humanismo que desumaniza a todas as outras raças e com isso se desumaniza, deste modo, ao animalizar os "outros" os próprios brancos se animalizam. A humanidade irredutível dos humanos é o que permite a resistência. Segundo ele, o reducionismo europeu é um falso universal, já a negritude chega ao universal pela própria particularidade, é o que demonstra as independências africanas que inauguraram uma nova era da humanidade.

Deste modo, Césaire promove a valorização das velhas sociedades africanas, anticapitalistas, porém, não sem pregar o retorno a elas, mas sim a criação do novo, uma vez que o problema não é europeização, mas sim a sociedade europeia. Não quer a cumplicidade viciosa entre dominadores europeus e dominadores africanos. Césaire afirma que a libertação nacional de um povo é a reconquista da personalidade histórica desse povo. Assim, promoveu uma tomada de consciência nacional manifestada nas Antilhas sob a dominação francesa na luta contra o colonialismo, desvendando a coesão psíquica engendrada pelo afrontamento direto do sistema colonial, cujo efeito ganha vasão junto ao fator político-ideológico veiculado.

Acrescenta-se a esse panorama as concepções trazidas por Glissant, segundo as quais o Caribe propiciou a crioulização porque é um mar que difrata e suscita diversidade, (2005:14). Em sua obra "Introdução a uma poética do diverso", traça uma divisão das Américas em três partes: Mesoamérica - dos povos antigos que sempre habitaram a terra, os

povos ameríndios ou indígenas; a Euro América, que são os migrantes europeus que nesse novo continente manteve os usos, costumes e tradições de seus países de origem europeias, e a Neoamérica, onde se dão conta do real, do que ocorre de verdade nos contatos e nos conflitos culturais.

Glissant aplica o conceito de crioulização à atual situação do mundo, pois, segundo ele, a identidade não é única, ela é múltipla e surge da crioulização. A identidade não deve ser pensada a partir da raiz única como no pensamento ocidental e na ideia de negritude desenvolvida por Césaire. Glissant defende a tese de que a Crioulização que ocorre na Neoamérica é a mesma que já acontece no mundo inteiro. Para ele, o mundo se "criouliza": as culturas do mundo em contato instantâneo e consciente se alteram mutuamente por meio de intercâmbio, colisões e guerras. A Neoamérica é povoada por um fenômeno constitutivo, a partir da experiência da escravidão que prevaleceu o elemento africano. Cita como exemplo o Caribe, nordeste do Brasil, Curaçao, sul dos EUA, litoral da Venezuela e Colômbia, América Central e México. A crioulização foi permeada, portanto, de uma confluência ou coincidência de elementos culturais provenientes de horizontes absolutamente diversos e que realmente se "crioulizam", se imbricam e se confundem entre si, formando algo totalmente novo: o que ele denomina de "realidade crioula" (*créole* em francês*)*.

Ponto similar com Ortiz (1940) é que, enquanto europeus chegam com seus costumes nas Américas, os africanos chegam despojados de tudo, no próprio navio negreiro são forçados a destituir-se de sua cultura, de seus idiomas, de todos seus laços familiares, societários e culturais. O ser africano foi mutilado nessa desvalorização dos elementos culturais que o compõem. Fernando Ortiz[3] é intelectual de referência cubano na etnografia das populações negras, o qual desenvolveu o conceito de transculturação a partir da metáfora do *ajiaco*, prato típico de cozimento de diversas sobras alimentícias, que, do cozimento constante, de algo interminável, obtém-se um resultado único. Neste sentido, Ortiz defende que a cultura cubana é algo como o *ajiaco*, que está sempre no fogo, acrescentando-se os ingredientes, concluindo que a cultura não é estática e sim dinâmica.

Importante aqui distinguir a narrativa em questão da clássica fábula das três raças do caso brasileiro, proposta, por Freyre (2005). Para este autor, a mistura cultural no Brasil que ele idealiza é baseada na miscigenação, na mistura sexual de pessoas de raças e origens biológicas diferentes. Freire defendeu que é o contato harmônico entre a Casa grande e a Senzala que produz as tradições diferentes e a mistura da cultura. Já Ortiz não, para ele a

[3] "*Los factores humanos de la cubanidad". Revista Bimestre Cubano. Havana, 1940.*

mistura essencial é a da cultura, sem haver, necessariamente, mistura racial genotípica. Ao estabelecer a crítica teórica antropológica contemporânea à separação de culturas e identidades, Ortiz torna-se um autor privilegiado na discussão, por defender as culturas como um processo constante de evolução, distinguindo cultura de sociedade: o hibridismo enquanto processo é um trauma, um horror, uma violência fruto da discriminação, mesmo o produto podendo ser algo que acrescenta à diversidade humana. Assim, hibridismo cultural não é o mesmo que ideologia da democracia racial ou negação do racismo.

Em contraposição à essas discussões sobre hibridismo no Caribe hispânico, temos no Caribe anglófono e francófono o mais preponderante para a construção das identidades do elemento africano.

Enquanto no Caribe britânico, temos uma resposta ao etnocentrismo da colônia com a afirmação da africanidade proposta por Marcus Garvey[4], no Caribe francófono tivemos uma alternativa ideológica antirracista distinta proposta por Césaire. As duas distinções mais relevantes engendrados por esses autores é a que o primeiro propõe o retorno literal à África e o segundo, considera o retorno simbólico. Sidney Mintz[5] comparou Haiti, Porto Rico e Jamaica,e em seu texto propõe uma definição geral do Caribe como uma área sócio-cultural. Apresenta como elemento central uma diferença demográfica forte entre Caribe hispânico, Caribe anglófono e francófono.

No caribe hispânico, em especial em Cuba e República Dominicana, teríamos uma elite branca que se enraíza e se identifica com as ilhas as quais se transplantam. Isso levou à constituição de uma elite intelectual que, para imaginar uma nação possível neste território de múltiplos encontros raciais e culturais, criaram uma ideia de mestiçagem, ou de mistura, para definir as pessoas e criar um laço em comum.

É inegável, outrossim, o lugar da história como central tanto ao conceito de negritude de Césaire, quanto ao conceito de crioulização para Glissant, mas não apenas, a história aparece como relação peculiar em praticamente todos os autores mencionados. Por derradeiro, não poderíamos deixar de mencionar, então, Trouillot, para quem existe duas diferenciações do que chamamos de história.

Uma coisa seria o que aconteceu e outra coisa é o que dizemos que ocorreu. No entanto, em razão das palavras serem a mesma, há uma confusão entre as duas. Daí encontra-se a discussão sobre positivismo ou construtivismo: positivismo seria quando os historiadores

[4] Macus Mosiah Garvey, propõe um pan-africanismo de retorno. Já Aimé Césaire, proporia um pan-africanismo de solidariedade (Hall, 2001, p.22). Outra referência é a tradução de Sista Luísa Benjamin, 2013, disponível em: https://afrocentricidade.files.wordpress.com/2013/08/marcusmosiahgarveya-estrelapreta-online.pdf

[5] *Caribbean as a socio-cultural area*, 1996.

possuem acesso à realidade tal qual ocorreu e podem descrevê-la, já no construtivismo, a perspectiva é a de que tudo é uma construção social discursiva e coletiva. O essencial neste autor é a de que a história, como narração, é feita e produzida em relação de poder, constituindo-se com silenciamentos.

À luz das inspirações teóricas dos autores supramencionados, visualizamos o Caribe como um lugar aberto para a investigação antropológica, pois levanta-se questões identitárias *sui generes*, porém, com forte conteúdo que poderá vir a servir outros processos de construção da identidade em um contexto de luta anticolonialista e antirracista. Percebemos que, partir do final do século XX e início do século XXI, uma trajetória de afirmação, cada vez maior, de identidades particulares, ligados a políticas de ações afirmativas no Brasil, por exemplo, ganharam expressão. Constatamos, pois, uma inversão do processo de construção da identidade na Martinica em relação à América Latina, uma vez que, neste país, primeiro verifica-se a valorização do elemento africano, como identidade particular e, mais recentemente, vive-se sob à ótica do hibridismo, transculturação e crioulização.

Na Martinica houve uma afirmação muito forte da Negritude, para depois vir a ideia de mistura: *créole*. A trajetória é inversa do Brasil, pois, temos primeiro a afirmação de uma identidade negra particular, no sentido do contexto local, e depois, com esses autores, uma identidade crioula, *créole*, que outras pessoas chamariam de híbrida, mestiça transcultural. Vale ressaltar que o caminho de construção social da identidade não é necessariamente universal nem o único. Como fenômeno intelectual, é muito interessante que é justamente no momento que se expande a ideia de multiculturalismo no mundo, que se enfatizam a ideia de hibridismo, todavia, vem sendo abandonada na América Latina.

3. PARALELOS COM AMÉRICA LATINA

Presenciamos na América Latina que fala português e espanhol, no México com Vasconcelos[6] e no Brasil com Gilberto Freyre[7], a construção de uma identidade nacional fortemente baseada na ideia de mistura racial ou mistura cultural. Prevaleceu a ideia de Freyre

[6]VASCONCELOS, José. *La raza cósmica: Misión de la raza iberoamericana*. 16.a ed. México: Espasacalpe, 1992.
[7] FREYRE, Gilberto. Casa-Grande & Senzala, 50ª edição. Global Editora. 2005.

de que se não é mestiço no corpo, é mestiço na alma, para se referir à formação brasileira de acordo com a síntese das três raças, branca - europeia, negra - africana e indígena.

Lomnitz (2016)[8], por exemplo, ao estudar o fenômeno do México, apresenta contundente análise sobre o uso estratégico da racialização da identidade nacional (a naturalização das diferenças nacionais) para a formação de uma identidade nacional coletiva, mesmo diante de toda a fragilidade de construção dessa identidade nacional a partir da igualação da lei. A ideia de "raça nacional' teve um êxito fora do comum no México, em virtude da fronteira com EUA, e traz descrições históricas detalhadas. Há vários tipos de racialização, mas há uma ideia específica aqui: a de mistura, de mestiça.

Na segunda metade da década de 70, por influências de seus estudos psicanalíticos, especialmente lacanianos (inspirados em Lacan), Lélia Gonzalez (1988) criou o conceito de "Amefricanidade" – concepção sobre a singularidade do Brasil em relação ao continente sul-americano correspondente ao fato de possuir participação africana determinante na formação cultural e social do país. Contudo, também estabelece uma conexão com o continente americano em geral, e, por conseguinte, com os povos pindorâmicos, ameríndios e tradicionais habitantes da terra antes da invasão colonial. É um termo que permite liberdade e fluência para os diversos imbricamentos produzidos pela miscigenação aos indivíduos classificados genericamente pelo IBGE como "pardos", permitindo uma (re)conexão com sua ancestralidade e raízes ancestrais.

Mulheres amefricanas, seriam assim, as mulheres na diáspora africana na América Latina e no Brasil. Segundo Vianna (2008) amefricanidade é uma categoria analítica que ela elaborou para dar conta das experiências históricas dos povos negros que têm como referência modelos culturalmente africanos. Lélia analisava também o fenômeno denominado por ela de "nominação do sujeito", quando se usam determinados termos para identificar os indivíduos, conceito desenvolvido pela autora, e cujo qual possui forte relação com seus conhecimentos em psicanálise. Lélia dispendeu especial atenção ao tipo de nomeação usado no trato de mulheres negras oriundas das classes populares que ascenderam socialmente, como era seu caso (1983: 228).

Rememorar a força, história e resistência da atuação política das mulheres negras no Brasil desde o período colonial à formação da República brasileira é um compromisso de nosso século. Um breve panorama histórico sobre as relações etnicorraciais

[8] LOMNITZ, Claudio. "As origens da nossa suposta homogeneidade: Breve arqueologia da unidade nacional no México". Al Irfan: *Revista de Ciências Humanas y Sociales*, n. 2, 2016, p. 33-52.

no Brasil Colônia e no pós-abolição nos permitem travar os marcos de uma discussão séria e comprometida empiricamente sobre racismo. O racismo foi o discurso imperialista-colonialista ideologicamente construído para justificar o tráfico negreiro com a África, um dos fatores essenciais à acumulação primitiva do capital, e ainda continua sendo reinventado a partir de discursos teológicos, biológicos e pseudocientíficos.

Na modernidade, não se pode desconsiderar as peculiaridades de seu desenvolvimento em cada continente e, em cada Estado-nação, como por exemplo no Brasil, que possibilitou o surgimento e disseminação do mito da democracia racial. Percebemos que no pós-abolição nenhuma política reparatória aos negros fora adotada, pelo contrário, a vida à margem da cidadania foi incentivada institucionalmente através da reprodução do "mito da democracia racial" e da adoção de "políticas de branqueamento" da população, que contribuíram de maneira inequívoca para a reprodução da ideologia racista na sociedade brasileira.

A colonialidade se impõe pela força e impregna nossa subjetividade. De um lado o "eu moderno dominador" e de outro, um "eu colonizado" para aqueles que são descendentes dos espoliados da história. Fisicamente por meio do genocídio ou simbolicamente por meio do epistemicídio, evidencia-se um projeto político explícito implementado pela colonialidade do poder e do saber ao longo da história de formação sociogeográfica da América Latina e Caribe.

4. CONCLUSÃO

Negritude é uma das formas de ser humano singularizada pela sua história de maior violência e marginalização do que qualquer outro grupo na história humana. Não é de origem do fenótipo nem do genótipo e nem é uma particularidade cultural, há dentro dela muitas culturas, algumas delas destruídas. Césaire tece uma crítica à estratégia antirracista do essencialismo racialista operado pelos norte-americanos. Portanto, negritude, para ele é uma maneira de viver a história dentro da história, possibilitando-se formar uma comunidade de resistência à opressão compartilhada. Para Césaire a identidade era uma arma à alienação.

Assevera o autor, que a comunidade é marcada pela opressão, marginalização, maior do que qualquer outro grupo da história humana. É essa história específica que une as populações afrodescendentes, mais do que o caráter do fenótipo e

genótipo, mais do que ser parte de uma raça, mais do que serem racializados, o que as pessoas carregam é uma cultura especificamente negra. O que os marcam é uma história em comum.

Por conseguinte, negritude é uma das maneiras de ser humano não relacionada a aparência, legado genético ou legado cultural, isoladamente, mas sim uma base histórica. Um tipo histórico comum que marcou as a pessoas da negritude ou experiências vividas comuns. Outro caráter que define a Negritude em sua história é a resistência, a luta.

Ao diferenciar raízes e rizomas, Glissant está respondendo às formulações de Negritude de Césaire, mostrando que o Caribe não possui uma raíz única, mas sim temos rizoma9, raízes múltiplas onde os elementos se comunicam subterraneamente. Deleuze e Guattari[10] trazem o rizoma em suas produções filosóficas afirmando que o pensando ocidental sempre teve árvores como imagem central do pensamento, com uma imagem de raiz central única, onde sempre há começo, meio e fim. No entanto, demonstram que seria mais interessante interpretar o conhecimento e ações políticas como um rizoma, ou seja, a partir de relações de forma subterrâneas, não lineares e previsíveis. Glissant, neste sentido, está dizendo que a crioulização opera como rizoma, que tem raízes múltiplas em vários lugares, como conexões subterrâneas.

Categoriza como sociedade atávicas, aquelas onde existem culturas na qual a crioulização é muito antiga, as compostas cujas culturas são dinâmicas ocorrendo a crioulização no agora e, por fim, define o ser absoluto, vinculado a ideia de raiz única e identidade exclusiva. Para Glissant, relação é o modo no qual o rizoma entra em contato com outras raízes e "caos-mundo" é delineado através das colisões, intersecções, refrações, atrações, convivências, oposições, conflitos entre as culturas de diferentes povos da totalidade-mundo contemporânea. Trata-se da mescla cultural: caos-mundo aplicar-se-ia sobre o sistema determinista errático. Há uma visão profética do passado, a partir da construção pelas pessoas comuns.

Não há solução no marco identitário do pensamento de sistemas, que é o pensamento segundo o qual há uma raiz única das culturas ou identidades. Glissant, por exemplo, está apresentando uma construção crítica ao conceito de Negritude de Césaire, evidenciando que ele respondeu à formulação teórico-prática do pensamento ocidental da raiz única europeia com a raiz única africana. Todavia, o Caribe não tem uma raiz única, ele é como um rizoma com conexões múltiplas, subterrâneas, sem fim e nem começo.

[9] A palavra rizoma vem da botânica.
[10] DELEUZE, G e GUATTARI, F. Mil Platôs. E ed. São Paulo: Editora34, vol.01, 1996.

Nesse contexto, os elementos formadores desse núcleo de proposições voltadas para a leitura dos fenômenos históricos sob a ordem da cultura e da identidade prevalece. A interpretação da realidade antilhana, marcada pela diversidade de origens – não um multiculturalismo, supõe e valoriza diferenças culturais isoladas convivendo lado a lado - que levaria à percepção da "totalidade-mundo".

Diante disso, o diverso, para o autor, cria um lugar discursivo e epistemológico de onde surgem novas significações para os contatos interculturais: a "multirrelação" que descreve a diversidade étnica e cultural, a "identidade-rizoma" que supera as noções de origem e unicidade num processo intelectual de sedimentação da memória em torno de um Imaginário aberto para o infinito. Bernabé, Chamoiseau e Confiant (2013), no ensaio "Elogio de la creolidad", estão respondendo a essa mesma linha discursiva de percepções.

Diante da pouca acessibilidade que ainda se tem sobre a produção intelectual de autores negros e negras caribenhos, este artigo pretende ser uma singela contribuição. Ao trazermos à tona o pensamento social caribenho, a partir de Aimé Césaire e Édouard Glissant, cujas produções possuem uma vasta relevância ao cenário dos estudos críticos em Antropologia na área de Populações Africanas e Afro-brasileiras, central para a diáspora africana, apresentamos um contraponto à perspectiva dualista de construção da identidade. As classificações estanques do ser branco ou ser negro, podem apresentar nuances trazidas pela miscigenação, possibilitando a formação de múltiplas identidades que podem não ser contraditórias entre si.

BIBLIOGRAFIA

BERNABÉ, Jean; CHAMOISEAU, Patrick & CONFIANT, Raphael. *Elogio de la creolidad*. Havana: Casa de las Américas, 2013.

BHABHA, Homi K; O local da cultura; trad. de Myriam Ávila et alii, Belo Horizonte. Ed. UFMG, 1998.

CÉSAIRE, Aimé. Discurso sobre o colonialismo. Lisboa: Sá da Costa, 1978.

CÉSAIRE, Aimé. Disurso sobre a negritude. Nandyala: 1ª edição, Coleção: Vozes da diáspora negra - Vol. 3, 2010.

CÉSAIRE, Aimé. *Uma Tempestad.* Buenos Aires: Loco, 8º vol., 2011.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira. In: SILVA, Luiz Antonio et al. Movimentos sociais urbanos, minorias étnicas e outros estudos. Brasília: ANPOCS, 1983, p. 225.

GONZALEZ, Lélia. Prefácio. In. NASCIMENTO, Abdias. Axés do sangue e da esperança (orikis), 1983.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. Revista Ciências Sociais Hoje, 1984, p. 223-244.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. Tempo Brasileiro 92/93, 1988, p. 69-82.

GILROY, Paul. *O Atlântico Negro*. *Modernidade e dupla consciência*, São Paulo, Rio de Janeiro, 34/Universidade Cândido Mendes – Centro de Estudos Afro-Asiáticos, 2001.

GLISSANT, Édouard. *El discurso antillano*. Havana: Casa de las Américas, 2010.

GLISSANT, Édouard. Introdução a uma poética da Diversidade. Tradução de Enilce Albergaria Rocha. Juiz de Fora : UFJF, 2005.

GLISSANT, Édouard. Introduction à une poetique du divers. Paris : Gallimard, 1996.

GLISSANT, Édouard. O mesmo e o diverso. In: BERND, Zilá (org). Antologia de textos fundadores do comparatismo literário interamericano. Disponível em: . Acesso em: 10 dez 2010.

HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade; trad.Tomás Tadeu da Silva, Guacira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

ORTIZ, Fernando. *Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar*. Madrid: Cátedra, 2002.

STEPHAN, Palmié. *The Caribbean: A history of the region and its peoples, 2011*.

TROUILLOT, Michel-Rolph. Silenciando o passado*: O poder e a produção da história*. Tradução manuscrita, Unicamp, 2012.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

O REGIME DE DIREITOS HUMANOS E NEGÓCIOS: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DECRETO 9.571/2018

THE HUMAN RIGHTS AND BUSINESS REGIME: BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT DECREE 9571/2018

Antonio Grillo Neto [1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0003-0755-3401

Submissão: 29/07/2020 Aprovação: 30/08/2020

RESUMO:

A relação entre direitos humanos e negócios não é nova e tem demandado pronta e atenta atenção da comunidade jurídica mundial desde a década de 70. Todavia, o tema seria ressuscitado em 2005 e em 2011, sendo finalizado com a formatação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, um texto normativo contendo trinta e um (31) princípios e que estipulam as etapas necessárias para que governos e empresas implementem o Quadro Referencial dos três pilares: "Proteger, Respeitar e Remediar". No apagar das luzes do governo Temer foi editado o Decreto 9.571/2018, que visa incorporar esses princípios no ordenamento jurídico brasileiro; entretanto, sua forma peculiar suscita dúvidas quanto à sua constitucionalidade: será que sua implementação voluntária é compatível com o espírito dos direitos humanos e fundamentais insculpidos na nossa Carta Maior?

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Negócios. Princípios orientadores. Decreto 9.571/2018. Constitucionalidade.

∗ Trabalho apresentado no II Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito, Coordenado pelo Acadêmico Titular da Cadeira SanTiago Dantas, Professor Doutor Alfredo Attié Jr.

[1] Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), vinculado à Cadeira SanTiago Dantas da Academia Paulista de Direito. Mestrando em Direitos Humanos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. LLM Northwestern University Pritzker School of Law with honors. Contracts Specialist American University Washington DC. Especialista em Direito Internacional pela Escola Superior de Advocacia da OAB.SP. Advogado. E-mail: angrill@uol.com.br

ABSTRACT:

The relationship between human rights and business is not new and has demanded prompt and attentive attention from the global legal community since the 1970s. Human Rights, a normative text containing thirty-one (31) principles and stipulating the necessary steps for governments and companies to implement the Referential Framework of the three pillars: "Protect, Respect and Remedy". At the end of the Temer government, Decree 9,571/2018 was issued, which seeks to incorporate these principles into the Brazilian legal system; however, its peculiar form raises doubts as to its constitutionality: is its voluntary implementation compatible with the spirit of human and fundamental rights enshrined in our Charter?

KEYWORDS: Human Rights. Business. Guiding principles. Decree 9,571/2018. Constitutionality.

1. INTRODUÇÃO

É o Ser Humano quem dá sentido ao mercado quando toma suas decisões livremente. Ele escolhe o que comprar, de quem comprar, onde comprar, como comprar, onde investir, o que doar. É por causa desse impulso eminentemente humano que a grande roda econômica se mantém ativa, e em consequência, se criam bens, produtos e serviços, empregos, investimentos e soluções para problemas globais.

A criatividade humana, além de ter dado asas à economia, também criou um novel sujeito de direitos: a pessoa jurídica, que por natureza guia suas ações para a consecução de seus objetivos sociais.

Todavia, desde que o propósito das empresas passou a ser a maximização dos lucros de seus acionistas, a conduta corporativa, de certa forma, se voltou contra o ser humano.

Assim, o primeiro grande caso de violação de direitos humanos que se teve notícia foi o da Union Carbide pelo vazamento químico de gás em Bhopal, em 1984, que matou milhares de pessoas na Índia sem qualquer reparação às vítimas. Na década de 1990, organizações não governamentais (ONGs) fizeram campanha contra o trabalho infantil e outros abusos nas cadeias de fornecimento de importantes empresas de vestuário e calçados. Eles também denunciaram supostos abusos por empresas de mineração, petróleo e gás,

incluindo cumplicidade na violência por parte das forças de segurança do governo e poluição que prejudicou a saúde das pessoas nas comunidades próximas.

No Brasil os casos de violações a direitos humanos também ganharam destaque. A Samarco e a Vale estão às voltas com as tragédias de Mariana e mais recentemente Brumadinho, cujo desabamento do sistema de rejeitos matou centenas de pessoas. Mais recentemente a imprensa tem divulgado que o uso indiscriminado de agrotóxicos está contaminando a água potável dos rios e do abastecimento das cidades, ligando esse excesso de produtos químicos ao aumento de casos de câncer na população.

Os princípios norteadores de direitos humanos e empresas oriundos do Conselho de Direitos Humanos da ONU, surgiram em 2011 como uma forma de reafirmar que a eficácia do sistema de direitos humanos vá além das políticas governamentais e públicas, mas, que também coloque sob escrutínio as práticas empresariais para que estas incorporem o respeito ao sistema de direitos humanos por parte das empresas e corporações.

De acordo com seu idealizador, o jurista John G. Ruggie, há três sistemas distintos que atuam regimes de governança das empresas em relação aos direitos humanos: o sistema de leis e políticas públicas; um sistema de governança civil que envolve stakeholders externos, que são afetados ou que tem interesse nas multinacionais; e a governança corporativa que internaliza os outros dois

No Brasil esses princípios ingressarão no ordenamento jurídico com a edição do Decreto 9.571 de 21 de novembro de 2018, e, muito embora busquem o alinhamento com os princípios orientadores da ONU, há disposições no referido texto cuja constitucionalidade é bastante duvidosa, e que serão objeto de estudo neste artigo que deve ser compreendido em três partes distintas e unas: a ideia de dignidade humana como irradiadora dos direitos humanos; o caminho percorrido até o estágio atual do tema, vista que é de fundamental importância entender a intenção e força que emergem desses princípios; e por fim, a discussão sobre a constitucionalidade do referido decreto.

Enfim, cabe avançar na análise do tema.

2. A CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS HUMANOS. BREVES COMENTÁRIOS.

Usualmente, quando se pensa em direitos humanos, estes são concebidos como um conjunto de normas e práticas que tendem à proteção do Ser Humano contra todos e quaisquer violadores desses direitos, inclusive o Estado, que deverá garantir as condições basilares para que as pessoas tenham uma vida digna.

A raiz da palavra "dignidade" vem de "*dignus*" que ressalta aquilo que possui honra ou importância.

A ideia de dignidade da pessoa humana, da qual a doutrina dos direitos humanos se apropriaria e se desenvolveria, parte das ideias de Kant e da resposta à seguinte indagação: o que poderia ter um valor absoluto, como um fim em si mesmo? A humanidade[2]. A mais rudimentar análise dos imperativos categóricos revelado pelo filósofo prussiano é a de que o homem deve ser considerado objetivo e não meio para alcançar o que quer que seja.

Para Guardia[3] o pensamento de Kant, apesar de formalista e anti-histórico, apresenta esta ideia extraordinária de dignidade da pessoa humana; como consequência, qualquer ser racional existiria como um fim em si mesmo, e não meramente como um meio que possa ser usado de forma arbitrária por essa ou aquela vontade. Conclui Sandel[4] que na concepção kantiana de dignidade há uma diferença entre pessoas e coisas: pessoas são seres racionais que não tem apenas um valor relativo. Na verdade, as pessoas teriam muito mais: tem um valor absoluto, um valor intrínseco que é a dignidade.

Ainda sobre Kant, aponta Sarlet[5] que quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. Assim as coisas têm um preço, mas os indivíduos não; eles possuem dignidade.

A partir desse contexto distintivo entre dignidade como valor não mensurável economicamente e coisas passíveis de quantificação econômica, Sarlet, citando a doutrina de Jeremy Waldron observou que tanto a expressão latina "*dignitas*" quanto o alemão "*würde*"

[2] SANDEL, Michael. Justiça. p.154. Ed. Campus. Rio de Janeiro. 2011.
[3] GUARDIA, Andrés Felipe Thiago A Dignidade da Pessoa Humana: da Antropologia Filosófica ao Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vol. 109. p.223
[4] Op. Cit. p.154
[5] SARLET, ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre p.40/42.

utilizados por Kant, não significaram "naturalmente" sem que lhes tivesse sido atribuído tal valor técnico-filosófico, entendeu se tratar de "uso eminentemente estipulativo da expressão dignidade, que implica o reconhecimento de que os seres humanos possuem um valor com certo caráter normativo, mas não utilitário"[6], concluindo, a partir disso, que a concepção kantiana se revelaria mais adequada para uma fundamentação dos direitos humanos e fundamentais do que à determinação do seu conteúdo propriamente, isto é, para a identificação do que seriam esses direitos.

Todavia esta concepção kantiana de que a dignidade seria um atributo exclusivamente humano está se mostrando incompleta[7]. A realidade social e legal tem apontado um reconhecimento de proteção constitucional da dignidade de animais contra a crueldade humana (touradas, vaquejadas), e na proteção do meio ambiente. O Planeta já é tido como sujeito de direitos, posto que, se analisarmos atentamente, há demasiada presunção na assertiva sobre ser missão do Homem proteger o meio ambiente, quando na verdade o que acontece é exatamente o contrário: é o meio ambiente que nos protege, afinal, é ele quem torna possível a nossa vida na Terra.

Destarte, partindo da ideia de que é fundamental que reconheçamos uma dignidade da vida para além da humana, o que não necessariamente conflita com esta, mas, ao contrário, a reafirma, a importância e atualidade da ideia em torno de sustentabilidade, impõe observar e respeitar a dignidade em todas as suas dimensões inclusive no que tange às ações de empresas e corporações quando exercerem suas atividades econômicas e negociais, irradiando, a partir daí a importância com que os princípios orientadores sobre direitos humanos e empresas assumem no mundo dos negócios.

A construção em torno do sistema de proteção de direitos humanos, segue, pois, essa ideia de que todas as pessoas são dotadas de "dignidade inerente" e de "direitos iguais e inalienáveis", e que tais seriam verdadeiras prerrogativas, não como algo concedido pela boa vontade ou à critério de outras pessoas[8].

Destarte, baseando-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, "como um ideal comum a ser seguidos por todas as

[6] Op. Cit. p.41

[7] Op. Cit. p. 42/43 "Até que ponto, contudo, tal concepção efetivamente poderá ser adotada sem reservas ou ajustes na atual quadra da evolução social, econômica e jurídica, constitui, sem dúvida um desafio fascinante [...] desde logo nos parece que essa tendência contemporânea de uma proteção constitucional e legal da fauna e flora, bem como dos demais recursos naturais, inclusive contra atos de crueldade praticados pelo ser humano, revela no mínimo que a própria comunidade humana vislumbra em determinadas condutas (inclusive praticas em relação a outros seres vivos) um conteúdo de indignidade."

[8] RUGGIE, John Gerard. Quando Negócios Não São Apenas Negócios: As Corporações Multinacionais e os Direitos Humanos. Ed. Planeta Sustentável. p.31 São Paulo. 2014.

nações", faz com que os instrumentos internacionais falem sobre o "reconhecimento" de direitos, não sobre a criação deles[9].

A declaração, que teve forte influência do humanismo de Maritain[10], considera não somente o que a lei natural revela sob a luz da consciência moral, no sentido de prescrever o que deve e o que não deve ser feito, mas sim também no reconhecimento de direitos ligados à própria natureza do homem.

Já para Bobbio[11], a declaração seria uma construção social oriunda de um processo histórico na sociedade e de condições sociais e econômicas que se verificarem em seu seio[12], concebida como um grupo de normas e práticas para proteger indivíduos de ameaças feitas pelo poder, seja este do Estado e/ou econômico, atribuindo a este o dever de garantir as condições necessárias para que as pessoas tenham uma vida digna.

Jorge Miranda se refere a ela como "[...] o princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, dir-se-ia um *metaprincípio*"[13], e aduz que a dignidade se sobrepõe à propriedade privada por reverenciar o ser ao ter.

Sarlet leciona que "[...] parece-nos já ter sido suficientemente repisado que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ser ela própria concedia pelo ordenamento jurídico"[14]. Ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser retirada de nenhum ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre, assim, se tratar de princípio e valor fundamental, ou seja, é princípio e regra.

De acordo com Pontes de Miranda, a afirmação e o reconhecimento da dignidade humana, se operou por lentas e dolorosas conquistas da humanidade e foi o resultado de avanços ora contínuos, ora esporádicos, nas três dimensões: democracia,

[9] Op Cit. p.31. Segundo Jacques Maritain, a pessoa humana tem direitos, sendo assim – a pessoa humana tem o direito de ser respeitada e é sujeito de direito, possui direitos.

[10] AMARAL, Madison Anderson Correa Matos do. Os tratados internacionais como fonte dos direitos humanos: uma análise da evolução dos direitos do homem sob o ponto de vista de Jacques Maritain. Cadernos de Direito. Piracicaba. 17(32) 231-261. Jan-Jun. 2017

[11] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 27ª tiragem. Elsevier. Rio de Janeiro. 2004.

[12] Op. Cit., p.33 "[...]os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este configurava na mente dos redatores após a tragédia da segunda guerra mundial [...] não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes."

[13] MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. Coimbra. P. 170

[14] Op. Cit. p.83/85, Judith Martins Costa seria um autêntico "valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico", razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa"

liberdade, igualdade. [...] Erraria quem pensasse que se chegou perto da completa realização. A evolução apenas se iniciou para alguns povos; e aqueles mesmos que alcançaram, até hoje, os mais altos graus ainda se acham a meio caminho. A essa caminhada corresponde a aparição de direitos, essenciais à personalidade ou à sua expansão plena, ou à subjetivação e precisão de direitos já existentes"[15].

Irradiando da ideia de dignidade humana, toda a concepção dos direitos humanos vai se revelando e construindo seu percurso, ora encontrando eco, ora resistências; ora ganha sentidos, noutras é ressignificada; contudo, ela reflete nossa passageira e tênue experiência humana.

3. O CAMINHO TRILHADO ATÉ OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES SOBRE DIREITOS HUMANOS E NEGÓCIOS.

A discussão em torno da ideia de responsabilizar empresas por violações de direitos humanos é antiga, mas segue uma marcha própria, muito lenta diante do poder econômico de que dispõe - e concentram – tais entidades no mundo contemporâneo.

As primeiras movimentações nesse sentido se deram por iniciativa da Inglaterra, no começo do século XIX, por ocasião de sua insurgência contra o tráfico de escravos, que motivou esse país a assinar diversos tratados internacionais com Espanha, Holanda e Portugal, sob o fundamento de que o trabalho escravo constituía em séria violação perpetrada por entidades empresariais privadas à dignidade da pessoa humana, e assim, o tema seguiria com avanços e retrocessos até 2011 quando o Conselho de Direitos Humanos da ONU apresentou ao mundo os trinta e um (31) Princípios Orientadores sobre Direitos Humanos e Negócios.

Cumpre observar nessa construção três universos: o econômico, o judicial e o institucional.

No que tange ao aspecto econômico, os Estados receptores de investimento acabaram relegados a papel secundário na orientação econômica, anuindo com essa descentralização sob a forma de contratos ou tratados de investimentos estrangeiros, operando a partir de uma completa desmembração da produção onde se fabricava um produto em diversas e distintas plantas industriais concomitantemente, para montá-lo nos países onde

[15] MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Direitos e Garantias. RT. São Paulo, 1970. P. 168/169.

teriam a vantagem, dessa forma, produzindo quase a custo zero, incluindo-se, nessa configuração, as estruturas administrativas que operam a partir de paraísos fiscais.

Inclui-se nessa ideia de organização multinacional o trabalho. Nesse sentido, as grandes corporações também estão se aproveitando da mão de obra em termos de especialização, custos ou controle social, inclusive dos fluxos ilegais de imigrantes, criando não apenas uma nova divisão de trabalho e de produção impossíveis de serem gerenciadas por Estados, que, por seu turno, se tornam meros "parceiros" desses gigantes econômicos, como assertivamente apontado por Castels[16].

Esse fenômeno é observado por Avelã Nunes[17] como processo de "deslocalização" de empresas industriais, o qual arrastou consigo a desindustrialização, posto que, com impactantes mudanças na estrutura de produção e de emprego, torna-se mais difícil criar postos de trabalho.

O trabalho, em meio a esse "*laissez-faire*", deixa de ser um direito humano fundamental e se transforma numa commodity[18] que varia de acordo com as "leis de mercado", e se convola num acessório cujo ganho é o pagamento pontual pelos serviços prestados, livrando-se de toda carga social e ideológica nele contida, com os estados nacionais não apenas aliados dessa ideia, mas, reféns desses conglomerados ao justificarem suas preferirem um salário de fome a nenhum, quando na verdade, o que se tem é a busca de maximização dos lucros das empresas.

Com essa estrutura global permitindo que empresas se beneficiassem até da mão de obra de refugiados, não tardou para que a linguagem dos direitos humanos se tornasse parte da ideia em torno de uma regulação que coordenasse direitos humanos e empresas, eis que, o respeito dos direitos humanos alcança não apenas as relações entre indivíduos e o Estado, mas, também, as relações entre particulares, atuando tanto na dimensão subjetiva (reconhecimento de capacidades) como na objetiva (imposição de deveres de proteção)[19], e operando a partir de três sistemas jurídicos distintos mas que foram toda inovação

[16] CASTELS, Manuel. A Sociedade em Rede. Paz e Terra. 3ª Ed. São Paulo, 2000. P.114 "[...] um novo sistema produtivo que depende de uma combinação de alianças estratégicas e projetos de cooperação ad hoc entre empresas, unidades descentralizadas de cada empresa de grande porte e redes de pequenas e médias empresas que se conectam entre si e/ou com grandes empresas ou redes empresariais

[17] NUNES, José de Avelãs. Os Trabalhadores e a Crise do Capitalismo. Empório do Direito. p.155/156 Florianópolis. 2016

[18] Nesse sentido, Avelãs Nunes, op. Cit. p.68 [...] Os direitos e os interesses dos trabalhadores deixam de existir enquanto tal: são encarados e tratados na ótica do capital privado, 'glorificado' porque cria emprego. É uma visão ideológica que ignora o que sabemos desde Adam Smith, porque pretende 'esquecer' que, sem contratar trabalhadores assalariados, o capital não se reproduz e o processo de acumulação do capital deixa de funcionar. ("quem tem riqueza no capital numa indústria que visa o lucro")

[19] Nesse sentido, CARVALHO, André Ramos de. Curso de Direitos Humanos. Ed. Saraiva. 6ª ed. P.310/311. São Paulo. 2019

institucional I) o sistema de direitos humanos da ONU, cujos instrumentos fundamentais são a Carta de 1948, e os dois pactos de 1966 (o de Proteção aos Direitos Civis e o de Proteção de Direitos Econômicos); II) o das Convenções da OIT (menção honrosa à Declaração dos Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho), e III) o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

No entanto, adverte Ruggie que o regime de direitos humanos baseado na ONU "não foi projetado nem é capaz de agir como um sistema regulador centralizado"[20], vista que os Estados adotam e ratificam os tratados voluntaria e seletivamente, e mesmo em relação aos tratados escolhidos, nem todos são ratificados e/ou implementados. Além disso, mesmo quando a obrigação legal existe, o regime não tem os poderes de investigação e execução necessários.

A questão ganha outro colorido quando se insere um ator com muito poder econômico: as grandes corporações transnacionais, de estrutura societária complexa e que atuam em mais de um país, que poderá ter ou não ratificado alguns desses tratados internacionais.

É evidente que um tratado internacional em prol dos direitos humanos impõe às nações que os ratificam uma série de deveres que devem ser observados por todos os nacionais desse país, tal qual se sujeitam os conglomerados econômicos empresariais que ficam sujeitos aos padrões aplicados pelos Estados em seus países de origem e naquele onde suas filiais se localizam; o problema surge quando a) um desses estados não ratificou algum dos instrumentos de direitos humanos, como é o caso dos Estados Unidos e da China em relação ao Pacto Internacional dos Direitos Econômico, Sociais e Culturais da ONU; ou b) quando há conflitos entre as normas internas de um país e o sistema de direitos humanos, vista que não há, ainda, nenhum meio de solução desse tipo de controvérsia na seara internacional. Em suma, o sistema legal e as políticas públicas tentam se equilibrar entre as normas nacionais e locais, e normas internacionais.

A História tem mostrado que somente quando as empresas participam de flagrantes violações a direitos humanos em que se comprova sua participação em crimes de genocídio, práticas análogas à escravidão, crimes de guerra, por exemplo, é que acabam sendo alvo da ações de indenização em países que possuem leis que admitem a aplicação extraterritorial, como é o caso do Alien Tort Statute de 1789 dos Estados Unidos; outra possibilidade diz respeito aos tribunais arbitrais, como acontece com investimentos

[20] Op. Cit. P.33

estrangeiros, que em caso de disputas poderá se servir do tribunal arbitral do Banco Mundial para solução desses litígios.

O aspecto judicial, por seu turno, se intensificou a partir da última década do século XX, e foi responsável por muitas mudanças nas discussões sobre este tema, que foi a possibilidade de processar empresas por violações de direitos humanos.

Quando se descobriu que as empresas Ford, Bayern, Krupp e Siemens[21] se beneficiaram de mão de obra escrava e substituíram em sua linha de produção os trabalhadores assalariados por prisioneiros de guerra, ciganos, presos políticos e judeus, para fabricação de armas de todo tipo, bem como manufaturas e químicos (inclusive o infame Zyclon B, veneno utilizado nas câmaras de gás utilizados nos campos de concentração) para o extermínio de judeus e inimigos do regime nazista, a opinião pública demandou pronta ação contra essas empresas. Foi então que um grupo de advogados de direitos humanos utilizaram a lei Federal norte americana para responsabilidade de atos estrangeiros, o "Alien Tort Statute", e processaram todas as citadas empresas no judiciário dos EUA, iniciando uma série de litígios que ficaram conhecidas como os "Holocaust cases". Todas as empresas infratoras selaram acordos e pagaram pesadas indenizações.

Esse mesmo estatuto possibilitou acesso à proteção judicial das vítimas de violações de direitos humanos em matéria de investimentos estrangeiros, situação inédita por dois motivos: em primeiro porque as disputas que envolvem investimento estrangeiro ficam escondidas debaixo guarda-chuvas da corte arbitral do Banco Mundial e possuem um rito próprio, geralmente confidencial. E em segundo porque as vítimas dessas violações não dispunham de meios legais e nem judiciais nos países receptores de investimentos estrangeiros, logo, acabavam prejudicadas e sem qualquer possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos. Neste aspecto, três casos emblemáticos foram ajuizados contra as empresas petrolíferas Dutch-Royal Shell, Unocal[22] e Texaco. O ineditismo desses três casos deu o tom fundamental: não há limites para se buscar reparação quando ocorrer violação de direitos humanos por parte de empresas.

O setor financeiro também foi alvo de ações de reparação. As vítimas do Holocausto e os herdeiros daqueles que foram assassinados durante o regime nazista, ajuizaram ações contra bancos e seguradoras suíças que se beneficiaram do sistema de sigilo bancário mais fechado do planeta para ocultar a origem desses valores. Foram reivindicadas

[21] Ver reportagem do The Independent: https://www.independent.co.uk/news/slave-labour-at-auschwitz-used-by-ford-1113755.html (último acesso em 02.12.2019)

[22] Doe. Vs. Unocal, acentuou o caráter de extraterritorialidade do Alien Tort Act no qual as companhias processadas não precisam ser norte americanas, apenas ter presença comercial significativa no país.

reparações pelos trabalhos forçados, por seguros não pagos, e para reaver valores e bens que estavam sem movimentação em contas correntes e cofres não acessados.

E assim, os casos de ajuizamento de ações judiciais questionando violações a direitos humanos por empresas passou do discurso para o cotidiano legal, sucedendo-se casos pelo mundo. Um destes se titulou os "diamantes de sangue", no qual a indústria do diamante foi responsabilizada por fomentar e apoiaram um sangrento conflito civil em Serra Leoa, situação que levou à adoção do Kimberley Process para apurar e colocar sob supervisão toda cadeia de produção. As sete grandes indústrias de chocolate (Nestle, Hersheys, inclusas) também foram condenadas por explorar mão de obra infantil e escrava em todo processo de produção do cacau. Tal situação motivou em 2005 a adoção do Cocoa Protocol que visou trazer maior transparência para esse mercado.

Basicamente todos os setores industriais, em nome do lucro, tomaram decisões de negócios se beneficiando de algum tipo de violação de direitos humanos. A indústria da moda, por exemplo, se utilizou de mão de obra infantil e desumana, com a condenação de gigantes como Nike, GAP, Zara, dentre outras, também cometeram algum tipo de violação aos direitos humanos, como exploração de mão de obra infantil e em condições insalubres.

Nem mesmo as indústrias de tecnologia saíram impunes: a Yahoo acabou processada por violação aos direitos humanos, acusada de auxiliar o governo chinês na perseguição de seus dissidentes, o que motivou por parte de outras como Microsoft, Google, e Yahoo a formarem a" Global Initiative Network" para combater o mau uso da tecnologia e dos dados.

E por fim, em seu aspecto institucional, o tema tem sido adiado e desconversado desde o século XIX, quando a Inglaterra decidiu que não toleraria mais o comércio de escravos e passou a afundar os navios negreiros.

As tentativas de elaboração de um estatuto ou norma jurídica que aplacasse o assunto e fosse legalmente eficaz, seguiu um longo percurso até 2011 quando os princípios orientadores de direitos humanos e negócios veio ao mundo.

Uma primeira tentativa de regramento na ECOSOC, da ONU, em 1986, com a formação de um código de conduta para empresas transnacionais, porém, o mundo ainda não estava preparado e a iniciativa acabou esvaziada; no início do século até 2005 o Pacto Global (Global Pact) da ONU chegou a elaborar um código para o tema que estava focado em implementar a boa governança empresarial nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção. Sua adoção era voluntária pelas empresas e

carecia de instrumentos para se verificar na prática; nasceu como um movimento inspirado em responsabilidade social corporativa interna das empresas que era muito bem visto por acionistas no começo do século. Todavia, essa ideia de responsabilidade social corporativa nem sempre se alinhou com àquele dos regimes de direitos humanos contido nos tratados fundamentais. E conforme os juristas fizeram seus ajustes para alinhar com o regime de direitos humanos, as empresas abandonaram essa iniciativa por entenderem que tinha se tornado excessivamente reguladora e prescritiva.

A intensificação da globalização empresarial e as continuadas violações de direitos humanos em razão da atividade negocial, não impediu que a ONU continuasse a buscar uma regulação para o tema. E do fracasso do código de normas do Pacto Global se trabalharia na ideia que culminou nos Princípios Orientadores sobre Direitos Humanos e Negócios ("Guiding Principles"), obra direta de John G. Ruggie, dispostos em trinta e um (31) princípios divididos em: (a) princípios gerais; (b) dever do Estado em proteger os direitos humanos (1º ao 10º); (c) responsabilidade empresarial em respeitar os direitos humanos (11º ao 24º); (d) acesso a recursos de reparação (25º ao 31º).

Os princípios, por seu turno, se dividem em três pilares que encampam a ideia de "proteger", "respeitar" e "reparar": I) cabe aos Estado proteger os direitos humanos; II) cabe às empresas respeitar os direitos humanos; e III) ambos devem reparar os danos causados pelas violações aos direitos humanos.

Cumpre frisar, desde logo, que estes princípios não criam e tampouco restringem obrigações internacionais já existentes, devem ser aplicados de forma não discriminatória a todas as empresas sejam estas nacionais, estrangeiras, ou transnacionais, independente de porte, até porque todo arcabouço jurídico sobre direitos humanos vigente está em plena operação.

O que se pretende afirmar é que as empresas privadas respeitem o sistema de tratados internacionais que regem o tema, e também, que sejam responsabilizadas por qualquer violação aos direitos humanos em suas atividades de negócio.

4. O DECRETO 9.571 DE 21 DE NOVEMBRO DE 2018 E A INCORPORAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E DE SUAS POTENCIAIS INCONSTITUCIONALIDADES

Frente à perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é importante apontar que seus princípios e normas foram incorporados em âmbito nacional, sobretudo com o fim dos regimes ditatoriais pelos quais passavam alguns países, como se deu no Brasil, fator que teve grande influência na elaboração das Constituições Democráticas.

Bonavides aponta que "[...] os limites expressos cuja transgressão ocasiona a inconstitucionalidade da iniciativa de emenda, fazendo com que a proposta não seja sequer objeto de deliberação, são aqueles contidos no § 4º do art. 60 da Constituição. Do ponto de vista material, a Carta de 1988 trouxe considerável inovação: a amplitude material do espaço reservado às vedações absolutas, que agora compreendem, de forma explícita, a separação de poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, a par dos direitos e garantias individuais, além da forma de Estado, tudo numa compacta proteção às estruturas básicas componentes do Estado de Direito e às liberdades, tanto dos indivíduos como dos entes autônomos participantes da organização de nossa modalidade de sistema político pluralista"[23].

Dessa forma, os Direitos Humanos permeiam o ordenamento jurídico positivado através dos direitos fundamentais e a própria compreensão de democracia e cidadania, afinal, estes assumiram uma centralidade no ordenamento jurídico ao ponto de que, diante do caso concreto, deve ser verificado se determinada norma está em conformidade com os direitos humanos.

Impõe considerar ainda, que uma interpretação conforme aos direitos humanos é demasiada complexa, eis que precisa considerar a interdependência e indivisibilidade desses direitos, e que não raro possuem conceitos abertos o que demanda olhar para quais desses direitos tutelados foram atingidos, se esses direitos são indispensáveis a uma vida digna, e se se houve afronta à dignidade da pessoa humana.

Os princípios orientadores sobre direitos humanos e empresas foi incorporado no nosso ordenamento jurídico através do Decreto 9.571/2018, quase como uma tradução literal do texto original. Os três atores estão presentes, os vinte e um princípios também, e os

[23] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 31ª edição. Malheiros. São Paulo. 2016. P.212/213

três pilares estão no texto de forma integral e literal, porém, não da forma conceitual e espiritual com que tal iniciativa foi concebida, posto que alguns dispositivos são de constitucionalidade duvidosa, e, portanto, precisam ser melhor entendidos.

O primeiro deles está disposto no §2º do art. 1º que estatui que esses princípios orientadores, chamados como diretrizes nacionais, serão implementadas voluntariamente pelas empresas. Não está claro se a faculdade guarda relação com os programas de integridade mencionados no texto, ou, se refere-se ao cumprimento dos princípios como prática corporativa.

O segundo, nos incisos I e II do Art. 4º, estipula que caberá às empresas o respeito I) aos direitos humanos protegidos nos tratados internacionais dos quais o seu Estado de incorporação ou de controle sejam signatários; e II) aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Constituição.

Como já referimos neste texto, há grande assimetria entre países no que tange a assinatura e cumprimento de tratados sobre direitos humanos, ao mesmo o art. 4º, II da CF, reconhece a prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais.

4.1. A VOLUNTARIEDADE PRESCRITA NO §2º DO ART. 1º DO DECRETO 9.571/18.

O comando contido no texto que chama atenção no §2º do art. 1º, sobre a possiblidade das empresas implementarem as diretrizes voluntariamente, é no mínimo confuso, posto que abre margem para que as empresas que atuam no Brasil possam escolher se respeitam, ou não, os direitos humanos.

A primeira vez que essa palavra apareceu em escritos de idioma inglês foi na obra "The Justification of Separation from the Church of England Against Mr. Richard Bernard" de John Robinson[24], aparecendo nessa obra, de 1610, expressando consenso espontâneo de parte povo e da rainha sobre determinada questão de ordem religiosa, no caso, a impossibilidade de liberdade de crença por parte da igreja católica na Idade Média. O autor foi um dos fundadores do puritanismo, movimento que buscava uma reforma dos ideais da igreja na Inglaterra, buscando que a orientação deixasse de se basear na igreja romana e se aproximasse mais da realidade de seu povo.

[24]Ver: https://books.google.com.br/books?id=dCBmAAAAcAAJ&pg=PA20-IA40&dq=%22voluntarily%22&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjR0arilKHmAhXKLLkGHQSTBwEQ6AEIMjAB#v=onepage&q=%22voluntarily%22&f=false Google ngram viewer, (último acesso em 06.12.2019)

A primeira aparição jurídica do termo está na obra "Reports of Cases in Law and Equity"[25] coletânea de jurisprudência da Suprema Corte do Estado de Georgia, de 1858, e por coincidência (eis que se está discorrendo sobre direitos humanos e negócios) tratou de disputa envolvendo a gestão temerária de um diretor que causou prejuízo à sua empresa (um banco) e seus acionistas, determinando que este pagasse o débito voluntariamente ou sofresse o ônus da violência estatal que tomaria toda sua propriedade até a satisfação do débito.

No sentido semântico, voluntariamente é classificado como um advérbio e se relaciona com a faculdade de se fazer algo de forma espontânea, sem vinculações de qualquer tipo, com liberdade para experimentar.

Assim, no que tange à doutrina de direitos humanos cabe ao intérprete compreender suas normas que, em sua grande maioria, apresentam conceitos abertos e indeterminados (voto "periódico", "intimidade", "duração razoável do processo"). Nem se olvide que os direitos humanos guardam relação de interdependência entre si, o que pode colocar em rota de colisão direitos (o mais recente é o da liberdade de informação vs. intimidade), por isso ser fundamental que o Poder Judiciário decodifique as leis para que se tenha a exata dimensão desses direitos no cotidiano das pessoas.

Ainda no que tange ao sentido semântico constante no §2º do art. 1º do Decreto 9.571/18 não encontra similar nem na ideia de direitos humanos prevista nos tratados internacionais e toda sua característica de universalidade, interdependência, inalienabilidade e indivisibilidade, e muito menos nos direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988, seja de forma explícita, ou implícita, se desconhece termo que relativize um direito humano ou garantia fundamental que dialogue com a promoção da dignidade humana.

Ainda sobre a questão semântica, resta ainda examiná-la em relação aos princípios orientadores sobre direitos humanos e negócios em si considerados, especialmente no que tange àqueles que são referentes à responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos (11º ao 24º), o vocábulo utilizado pelo legislador brasileiro também não encontra similar, especialmente, ao segundo pilar relativo aos princípios 11º à 24º que exige das empresas, cumprindo transcrever o princípio 14º que elucida em definitivo a questão ao estatuir que "[...] a responsabilidade das empresas quanto ao respeito de direitos humanos é plena, independentemente de seu tamanho, setor, contexto operacional, proprietário, mas as

[25] https://books.google.com.br/books?id=66waAAAAYAAJ&pg=PA110&dq=%22voluntarily%22+in+law&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjx7YWNmaHmAhWfHbkGHRQqDuwQ6AEIKTAA#v=onepage&q=%22voluntarily%22%20in%20law&f=false Google ngram viewer, (último acesso em 06.12.2019)

exigências quanto aos meios e recursos que devem ser disponibilizados podem variar, a depender desses fatores", ou seja, até no texto que não há que se falar em voluntariedade.

Finalizando, no que tange ao sentido semântico, não há equivalentes da expressão contida no §2º do art. 1º, nem no direito internacional, nem na Constituição Federativa, e muito menos no próprio texto dos princípios orientadores de onde o Decreto busca sua razão de ser, afinal, como transcrito, há que se entender e se falar em respeito à dignidade da pessoa humana, única e tão somente.

Por fim, cumpre analisar a compatibilidade da norma em comento e sua relação com o sistema de direitos humanos em seu conjunto de características, valores e objetivos almejados a partir da Declaração de 1948, cujo enfeixe de regras tem um ponto de convergência, ainda que implícito, que é a ideia de respeito à dignidade da pessoa humana, vetor que faz convergir, não de forma banalizada, toda construção em torno da ideia de direitos humanos que surge com o final das grandes guerras do século XX.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos são reveladas as características essenciais que lhes dão sentido: a) eles são universais, o que quer dizer que são aplicados de forma igual e sem discriminação a todas as pessoas; b) são inalienáveis, e ninguém pode ser privado de seus direitos humanos; c) eles podem ser limitados em situações específicas. Por exemplo, o direito à liberdade pode ser restringido se uma pessoa é considerada culpada de um crime diante de um tribunal e com o devido processo legal; d) são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, já que é insuficiente respeitar alguns direitos humanos e outros não.

A Declaração de Viena (1993) em seu parágrafo 5º é enfática: "todos os direitos humanos são universais", o que explica sua força como um universo próprio sobre as Constituições e sobre o direito positivo em caso de potenciais violações ou tentativas de relativização destes.

Na prática, a violação de um direito vai afetar o respeito por muitos outros; Todos os direitos humanos devem, portanto, ser vistos como de igual importância, sendo igualmente essencial respeitar a dignidade e o valor de cada pessoa, independentemente do reconhecimento de tais valores pelo Estado[26].

[26] MARITAIN, Jacques. Os Direitos do Homem e a Lei Natural. Livraria José Olympio. Rio de Janeiro. P. 102/103 "Sem dúvida a lei obriga em consciência, mas é porque ela só é lei quando justa e promulgada pela autoridade legitima, não porque o Estado ou a maioria seriam a regra da consciência. Sem dúvida que o Estado tem uma função moral e não somente material; a lei tem função pedagógica e tente a desenvolver as virtudes morais; o Estado tem o direito de me punir se, minha consciência tendo ficado cega, eu cometo, seguindo minha consciência, um ato em si mesmo criminoso ou delituoso. Mas, em semelhantes circunstância, o Estado não tem

Daí a ideia de máxima efetividade capaz de conduzir, no exame do caso concreto, ao maior proveito para seu titular, portanto, com o máximo de aplicabilidade no caso concreto.

Assim, permitir que empresas observem e implementem os princípios orientadores de forma voluntária configura flagrante retrocesso, já que cria uma imunidade em favor das empresas para que, no desenvolvimento de suas atividades, escolham se e quais direitos humanos querem respeitar, o que contraria todo arcabouço legal em que repousam os direitos humanos.

Tal retrocesso é incompatível com a Constituição de 1988, segundo Sarlet[27], aponta as seguintes proibições de retrocesso: Estado Democrático de Direito (art. 1º caput); dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); 3) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º § 1º); proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, caput e art. 5º XXXVI); e cláusula pétrea prevista no art. 60 § 4º, portanto, inconstitucional.

4.2. A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSTO NO INCISO I, DO ART. 4º.

Como já referimos neste texto, há grande assimetria entre países no que tange a assinatura e cumprimento de tratados sobre direitos humanos, ao mesmo o art. 4º, II da CF, reconhece a prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais. Inicialmente por causa da guerra fria, e, posteriormente por causa da escola de Chicago e a orientação ultraliberal da economia que trouxe a ideia de que os mercados se autorregulavam, inclusive tornando o trabalho uma mera comodity, os Estados Unidos não são signatários do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, o qual confere ampla proteção aos direitos sociais, sobretudo o de trabalho. No mesmo diapasão a China assinou, mas, não ratificou o Pacto dos Direitos Civis de 1966, e aqui estamos falando de basicamente dois terços da economia capitalista mundial.

Ao permitir que cada empresa siga o regime de direitos humanos de seu país de origem, abre-se perigoso precedente para o descumprimento e violação a direitos humanos em

a autoridade de me fazer reformar o julgamento de minha consciência, do mesmo modo que ele não tem o direito de impor aos espíritos seus juízos sobre o bem e o mal".

[27] SARLET, ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desfio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004.

território nacional, além de uma desnecessária agenda de atração de investimentos que não guardam simetria com direitos humanos, e o risco de caracterização de retrocesso.

Se num caso concreto algumas das empresas decidir seguir a política de seu país, e dessa decisão irromper alguma violação de direitos humanos, o caso concreto deverá ser avaliado a partir do critério "*pro homine*", a interpretação dos direitos humanos será sempre àquela mais favorável ao indivíduo num caso concreto.

Esse critério é muito presente em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, destacando-se decisão consignada pelo Min. Celso de Mello que: "[...] os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos) consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação ao caso, do art. 7º, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico da primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano" (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009).

Por outro lado, há o uso do princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo, que defende a escolha, no caso de conflito de normas, quer nacionais ou internacionais, daquela que seja mais benéfica para o indivíduo, prevalecendo a norma que prestigie a dignidade da pessoa humana, valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, e que deve ser entendido não como mero enunciado formal, mas como indicador do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana (arts. 170, 193, 205).

Sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana, não há mais compatibilidade para esse tipo de regramento que se baseie exclusivamente na lógica de um

lucro vil, insensível às necessidades sociais, e extremamente nocivo ao ser humano, o que imporia sua superação num caso concreto pela via da inconstitucionalidade.

E se considerarmos ainda que o ponto de partida do Decreto é o paradigma dos Princípios Orientadores, e, como consequência imediata, as Diretrizes propostas tornam-se facultativas às empresas, impõe que seja aperfeiçoado a do entendimento jurisprudencial dominante, inicialmente dentro dos três pilares que resguardam os trinta e um princípios, ou seja, as empresas não apenas tem o devem de respeitar, como também, o de proteger os direitos humanos a partir de seu já constituído arcabouço jurídico constante das Declarações e Tratados da ONU, da OIT e da Corte Penal Internacional, e isso não poderá ser feito de forma residual, condicional ou voluntária; mas integral e cotidiana.

Inclusive no que tange às relações entre Estado e empresas que não parece muito clara, especialmente quando o Estado é também empresário, e fica tão ou mais vulnerável em caso de violações a direitos humanos.

Como se percebe, há, pois, uma falha teleológica aqui; se a ideia ao editar esse decreto visava o espelhamento dos princípios da ONU, e estes são claros no sentido de que as empresas têm o dever de respeitar os direitos humanos, não há espaço para que tal ocorra a partir de concessões ou condições para empresas aderirem a isso.

Há que, todavia, se especular se a tal adesão ao texto seria somente em relação à formulação de programas de compliance e integridade nas empresas, pois, nem todos os negócios vingam e tais representariam um custo. Ainda que tal assertiva seja verdadeira, ainda assim tal concepção é falha.

Primeiramente, porque o respeito aos direitos humanos se revela em qualquer circunstância e em todos os atos que as pessoas trocam entre si, independentemente de serem parte de um programa de governança corporativa; nesse sentido, nos alinhamos com Maritain[28] que a dignidade se revela nos mais variados atos e circunstâncias das relações sociais.

E em segundo porque não será um programa de integridade que impedirá uma empresa de cometer alguma violação em direitos humanos em sua estratégia de negócios, mas, a consciência individual do valor de cada membro da mesma no correto entendimento de que o sistema de direitos humanos não é "a conivência com ilícitos ou presos" como equivocada e caluniosamente seus detratores apregoam em cultos de imbecilidade coletiva através de uma mídia totalitária, cuja comunicação é de uma única via, e que bombardeia essa

[28] Op. Cit. p. 100

equivocada ideia o todo tempo; mas, que se trata de respeito ao Ser Humano, de construir uma sociedade da forma como a pessoa gostaria de ser tratada em seus direitos e deveres em qualquer lugar e circunstância, e que seus valores, sua dignidade e sua liberdade fossem respeitadas pelo reconhecimento de sua condição humana.

Por último, cumpre assinalar acerca da impropriedade da utilização do vocábulo nacionais, que foi utilizado no Decreto em comento, para se referir aos princípios orientadores (diretrizes). Nesse particular, se estamos lidando com direitos humanos, estes, por natureza, são universais. Destarte, não se nega que tais fazem parte de um ordenamento jurídico cuja aplicação é delimitada pelo âmbito de sua soberania nacional. Todavia, a forma como o texto é redigido permite a dúvida de que se estão criando categorias que relativizam ou condicionam seu cumprimento ao bel prazer de empresas privadas, e para tanto, o rótulo "nacional" contribui para cada ente particular entender a regra como melhor lhe convir.

Fato é que a partir do princípio de interpretação da máxima eficiência da norma de direitos humanos, o vocábulo fatalmente não sobreviveria ao teste de sua comparação com as grandes obras contidas na Declaração e no sistema de Tratados da ONU sobre o tema, de modo que deve soar o sinal de alerta para o jurista quando se depara com esse tipo de expressão no texto legal.

Por fim, alinhamo-nos com a doutrina de Sarlet para quem os direitos e garantias fundamentais constituem-se em cláusulas pétreas implícitas, daí a necessidade deste Decreto passar pelo crivo da constitucionalidade, com vistas a aperfeiçoar-se e, enfim, servir ao cidadão.

5. CONCLUSÃO

Não há como se pensar um sistema de Justiça em separado dos Direitos Humanos. A dignidade da pessoa humana é o fim ao qual se destinam os mecanismos judiciais e a legislação, e não obstante seu conteúdo seja aberto e impreciso, é o vetor máximo de interpretação da Constituição Federativa de 1988; é função precípua da ordem estatal à proteção e promoção da dignidade individual e de uma vida digna[29].

A dignidade da pessoa humana acompanha os direitos humanos nas gerações ou dimensões deste: está na liberdade que o ser humano possui de formatar a sua própria

[29] Nesse sentido, Sarlet, citando L. F. Barzotto, no sentido de que a dignidade da pessoa humana é fundamento e objetivo do estado de direito. op. Cit. p. 80/81

existência e ser sujeito de direitos; está também na igualdade, e nesse sentido de que os seres humanos são iguais em dignidade e que por isonomia não podem ser submetidos a tratamento arbitrário e discriminatório de qualquer tipo, tais como escravidão, discriminações ou perseguições por motivos de crenças, gêneros, dentre outros; ela está no direito de propriedade; nos direitos sociais são o resultado de reivindicações históricas das pessoas a um trabalho em condições dignas; ela também está na proteção do meio ambiente e na sustentabilidade.

Como se percebe, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III) é um dos legados mais contundentes do Constituinte, permeia diversas outras passagens do texto constitucional, destacando-se no contexto do assunto aqui tratado o art. 170 que trata da ordem econômica que tem por finalidade assegurar a todos existências dignas. Trata-se, como apontou José Afonso da Silva, de valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida e que deve ser entendido não como mero enunciado formal, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana (arts. 170, 193, 205).

A afirmação e o reconhecimento da dignidade humana, dada sua característica de universalidade, é um processo contínuo, assimétrico, e em evolução. A essa caminhada corresponde a aparição de direitos, essenciais à personalidade ou à sua expansão plena, ou à subjetivação e precisão de direitos já existentes. A realidade coloca lado a lado direitos, e muitas vezes incompatibilidade entre si, gerando conflitos entre si que são de difícil solução.

No caso em que interesses ou direitos econômicos entram em colisão o que se coloca ombro a ombro, lado a lado num conflito, é a dignidade humana e os direitos de propriedade. Para Pontes de Miranda, as liberdades, e a dignidade humana a elas inerentes, são direitos absolutos, enquanto os direitos de propriedade, por se regularem pela lei, seriam relativos, mas que "[...] se formulam de modo absoluto, apenas cabendo à lei regular as exceções"[30].

Os princípios orientadores sobre direitos humanos e negócios surgiram como forma de afirmar a dignidade da pessoa humana perante o abuso e a impunidade do poder econômico que ante a velocidade dos negócios e mudanças sociais se apresentam sempre sob uma forma diferente (cujo atual é o capitalismo de vigilância da tecnologia, cuja matéria prima é a experiência dos usuários de redes sociais que são vendidas sem o consentimento de

[30] Op. Cit. p.618/619

seus usuários), daí o motivo dos trinta e um princípios se estruturarem em três pilares: proteger, respeitar e reparar (no texto do Decreto 9.571/18 é utilizada a tradução simples para "remediar", todavia esse termo é carente do mesmo sentido jurídico que representa em língua inglesa e a forma mais adequada para entendê-lo seria reparar). Nos dizeres de seu idealizador, John Ruggie[31], se trata de pragmatismo baseado em princípios ao que funciona melhor na criação de mudanças na vida das pessoas, e foram pensados como pontos centrais para que as pessoas se organizassem em torno destes sempre que conflitos envolvendo direitos humanos e negócios surgirem.

A partir dessa concepção fica claro que o legislador obrou sem completo entendimento o ideário que representa os princípios citados. Pior que isso: esse voluntarismo em favor das empresas que impregnou todo texto, funciona muito mais como um salvo conduto para que estas continuem tomando decisões sem se preocupar com o Ser Humano, e fazendo negócios da forma como sempre fizeram, ou seja, visando o lucro financeiro a qualquer preço sem se preocupar com todos àqueles que estão ao seu redor: o homem, o Planeta, o meio ambiente.

A atualidade brasileira tem sido marcada por descompassos. Apesar dos grandes conglomerados financeiros apresentarem lucro recorde estamos longe de aplacar os desafios de uma sociedade que precisa rever todos os seus padrões de consumo; as florestas estão queimando e a raiz disso são os conflitos agrários que precisam ser correta, urgente e lucidamente enfrentados sob pena de comprometer todo meio ambiente que é a maior riqueza deste país; não se pode mais imaginar que nesse universo o decreto em comento propicie às empresas que continuem inimputáveis, fazendo negócios como fazem desde sempre, sem qualquer apreço nem com melhores condições de trabalhos e salários, nem com sustentabilidade, afinal, como estamos aprendendo a duras penas com a atual crise do capitalismo, a visão de lucro financeiro está inviabilizando o capitalismo e levando as Sociedades rumo à pobreza generalizada, haja vista níveis de desigualdade acentuados que .

A ideia em torno da inconstitucionalidade dos artigos citados se mostra alinhada com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que adotou a tese "pro homine", a de que sempre que irromper um conflito que envolva a violação de direitos humanos se tomará a decisão que for favorável à pessoa, por óbvio, esperamos que as vítimas de Mariana e Brumadinho não sejam esquecidas nesse contexto.

[31] Op. Cit. p.46/47 "[...] direitos humanos não são apenas herança a ser preservada mas também invenção a ser recriada [....] imaginei um modelo de esforços amplamente distribuídos e de mudança cumulativa".

Ao buscar humanizar as relações de negócios, sobretudo empresariais, o que os princípios orientadores visaram foi elevar o capitalismo a outro estágio, e rediscutir a própria ideia de lucro em si, afinal, não há nada errado em ter lucro, muito pelo contrário aliás; é a sua atual configuração que merece ser repensada, afinal, nada justifica a desigualdade em que o mundo se encontra afundado na atualidade.

Partilhamos da visão de Chomsky sobre a pobreza ser a maior crise de direitos humanos que existe no mundo, afinal, os grandes problemas que enfrentamos tem sua raiz nessa mazela de desigualdades que aumenta de forma exponencial em todas as sociedades.

A pergunta que o legislador deveria fazer quando incorporou tais regras no Decreto 9.571/2018 poderia ser: será que é possível pensar numa economia capaz de gerar lucros com ganhos reais para todos os colaboradores de uma cadeia econômica? Afinal, é disso que se trata a ideia original dos princípios orientadores. Há, pois, uma falha teleológica fundamental no que tange o texto original àquele que consta no Decreto, e isso pede uma necessária revisão de constitucionalidade a fim de que, ao se decodificar o diploma legislativo em comento, tal se ajuste em torno da ideia original dos princípios, que é tornar as empresas responsáveis, "accountable", em caso de violações a direitos humanos.

Assim, a incorporação dos princípios pelo Decreto 9.571/2018 é louvável, muito embora, se quiser sobreviver ao teste do tempo e do sentido que um novo capitalismo requer, terá que promover e garantir a dignidade da pessoa humana, devendo, portanto, ser ajustada e calibrada a partir da ideia original dos princípios orientadores.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Madison Anderson Correa Matos do. Os tratados internacionais como fonte dos direitos humanos: uma análise da evolução dos direitos do homem sob o ponto de vista de Jacques Maritain. Cadernos de Direito. Piracicaba. 17(32) 231-261. Jan-Jun. 2017

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 27ª tiragem. Elsevier. Rio de Janeiro. 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 31ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo. 2016

CARVALHO, André Ramos de. Curso de Direitos Humanos. Ed. Saraiva. 6ª ed. P.310/311. São Paulo. 2019

CASTELS, Manuel. A Sociedade em Rede. Paz e Terra. 3ª Ed. São Paulo, 2000.

CHOMSKY. Noam. Human Rights in New Millenium. LSE lecture. 2009

GRIFFIN, James. On Human Rights. Oxford University Press. New York. 2008. Google Books.

GUARDIA, Andrés Felipe Thiago A Dignidade da Pessoa Humana: da Antropologia Filosófica ao Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vol. 109.

MARITAIN, Jacques. Os Direitos do Homem e a Lei Natural. Livraria José Olympio. Rio de Janeiro

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. Coimbra

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda 1/69. Tomo I. Arts. 1º ao 7º. Editora RT. 2ª Edição. São Paulo. 1970

_____ Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda 1/69. Tomo IV. Arts. 118 a 153 § 1º. Editora RT. 2ª Edição. São Paulo. 1970

NUNES, José de Avelãs. Os Trabalhadores e a Crise do Capitalismo. Empório do Direito.

Reports of Cases in Law and Equity Cases Argued and Determined. Supreme Court of State of Georgia. 1855.

ROBINSON, John. The Justification of Separation from the Church of England Against Mr. Richard Bernard. 1639. Google Books.

RUGGIE, John Gerard. Quando Negócios Não São Apenas Negócios: As Corporações Multinacionais e os Direitos Humanos. Ed. Planeta Sustentável. p.31 São Paulo. 2014.

SANDEL, Michael. Justiça. p.154. Ed. Campus. Rio de Janeiro. 2011.

SARLET, ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre

_____ Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desfio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros. 39ª Edição. São Paulo. 2016

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

PERSPECTIVAS PÓS-COLONIAIS DE HONG KONG: CONSEQUÊNCIAS DO CONTATO ORIENTAL COM O SISTEMA DEMOCRÁTICO OCIDENTAL

POSTCOLONIAL PERSPECTIVES OF HONG KONG: THE CONSEQUENCES OF THE EASTERN CONTACT WITH THE WESTERN DEMOCRATIC SYSTEM

Ellen Akemy Kuroce [1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0003-3314-8848

Submissão: 02/03/2020 Aprovação: 07/03/2020

RESUMO:

O presente artigo tem por objeto o estudo da Região Administrativa Especial de Hong Kong, parte da soberania chinesa e local onde o oriente se encontra com o ocidente. Essa região possui diversas peculiaridades em comparação com o cenário asiático e principalmente chinês, fruto da colonização britânica por aproximadamente 150 anos. Durante a dominação ocidental, Hong Kong adaptou-se ao modelo democrático e capitalista europeu e com o Estado de Direito. Tendo voltado à soberania chinesa em 1997 e assim permanecendo pelos próximos 50 anos, a China enfrenta dificuldades em manter um país e dois sistemas. Mesmo dotada de certa autonomia no que diz respeito à organização política e judiciária e à adoção do modelo capitalista em oposição ao comunismo chinês, Hong Kong vem constantemente demonstrando insatisfação com a tentativa do governo central de Pequim de controlar a área aos poucos, o que se demonstra com os movimentos populares. O problema de estudo, portanto, recai sobre as consequências pós-coloniais do contato de um país asiático com valores ocidentais de organização política, democracia e direitos humanos. Além disso, também se discute se a identidade que o povo de Hong Kong desenvolveu durante seu período colonial reflete sua autodeterminação capaz de ensejar um futuro processo de independência.

∗ Trabalho apresentado no II Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito, Coordenado pelo Acadêmico Titular da Cadeira SanTiago Dantas, Professor Doutor Alfredo Attié Jr.

[1] Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), vinculado à Cadeira SanTiago Dantas da Academia Paulista de Direito. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da USP. Técnica na International Humanitarian Law Clinic da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: akemykuroce@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Pós-colonialismo. Estado de Direito. Sistema Democrático. Regionalismo. Autodeterminação.

ABSTRACT:

This paper aims to study the Hong Kong Special Administrative Region, part of Chinese sovereignty and the place where the east meets the west. This region has several peculiarities in comparison with the Asian and the Chinese scenario, which is the result of British colonization for approximately 150 years. During Western domination, Hong Kong adapted to the European democratic and capitalist model and to the rule of law. Having returned to Chinese sovereignty in 1997 and remaining so for the next 50 years, China faces difficulties in maintaining one country and two systems. Even with some autonomy with regard to political and judicial organization and the adoption of the capitalist model in opposition to Chinese communism, Hong Kong has consistently shown dissatisfaction with the Beijing central government's attempt to gradually control the area, which is demonstrated through popular movements. The study problem, therefore, lies in the post-colonial consequences of an Asian country's contact with Western values of political organization, democracy and human rights. Additionally, it is also discussed if the identity that the people of Hong Kong developed during its colonial period reflects its self-determination able to give rise to a future process of independence.

KEYWORDS: Postcolonialism. Rule of Law. Democratic System. Regionalism. Self-determination.

1. INTRODUÇÃO

Os efeitos da colonização britânica em Hong Kong no que diz respeito à implementação de um sistema político democrático ocidental e capitalista ainda perduram, mesmo em meio ao governo chinês, comunista e considerado antidemocrático. A adoção do princípio “um país, dois sistemas” tem apresentado crises, e os esforços da China para evitar a perpetuação dos valores políticos ocidentais e controlar a região não agrada o povo de Hong Kong, o que se demonstra por meio de movimentos pró-democracia e pró-independência.

Essa discussão suscita reflexões acerca da imposição dos valores ocidentais em um mundo globalizado e a dominação europeia sob suas antigas colônias. Como muitos se referem, Hong Kong é onde o oriente se encontra com o ocidente.

Além do mais, discute-se as diversas críticas aos países não-europeus em relação à implementação de uma democracia e de um sistema de proteção de direitos humanos nos moldes ocidentais. Não se pretender afirmar qual das visões (europeia ou não-europeia) é a correta e qual é a incorreta, mas promover a análise também sob outro ponto de vista, levando-se em consideração que o conceito de universalismo dos direitos humanos é baseado em uma concepção ocidental e desenvolvido com base na história dos países europeus.

As peculiaridades de conservar dois sistemas diferentes sob uma mesma soberania é o objeto de estudo deste trabalho. Ao final, questiona-se se qual será a possível situação de Hong Kong após o período de 50 anos sob soberania chinesa.

Apesar de todo o descontentamento e diminuição de autoidentificação do povo de Hong Kong como chinês, também é difícil afirmar que, caso resista ao final do período de 50 anos como Região Administrativa Especial da China, Hong Kong conseguirá sua autodeterminação e independência. Isso porque o período de 156 anos, apesar de ter sido capaz de influenciar o modo de viver a política, não alterou seus costumes e tradições, isto é, não foi capaz de criar um forte sentimento nacional e de identidade própria, como ocorreu em outros processos de autodeterminação em que o período colonial durou mais de 400 anos.

Portanto, o presente artigo busca estimular discussões que envolvem a atual situação de Hong Kong por meio de uma análise dos movimentos populares que emergiram desde 1997 e por meio de considerações acerca da influência da imposição de valores ocidentais em outras regiões do globo.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTEXTO HISTÓRICO DE HONG KONG E A IDEIA DO PRINCÍPIO “UM PAÍS, DOIS SISTEMAS”

Hong Kong, atualmente sob soberania chinesa como uma Região Administrativa Especial, permaneceu como colônia britânica durante 155 anos. Fazendo-se breves apontamentos históricos para melhor compreender o atual cenário de Hong Kong, o domínio do Reino Unido sobre a região remete a três tratados internacionais.

O primeiro documento, o Tratado de Nanking de 1842, foi firmado após o fim da Guerra do Ópio entre Reino Unido e China e garantiu ao primeiro a soberania sobre a ilha de Hong Kong em caráter definitivo. Em 1860, as fronteiras da colônia se estenderam definitivamente para a Península de Kowloon através da Convenção de Peking de 1860 e posteriormente pela Convenção de Peking de 1898 expandiu-se para cobrir também a região dos Novos Territórios pelo período de 99 anos.

Esta última convenção redefiniu o caráter definitivo das duas primeiras. Apesar de compreender apenas a região denominada de Novos Territórios, o território de Hong Kong compreende não somente sua ilha, mas também a Península de Kowloon e os Novos Territórios. Dessa maneira, não obstante os dois primeiros tratados garantissem ao Reino Unido o domínio perpétuo sobre as áreas em questão, as três áreas se tornaram interdependentes de tal modo que o desmembramento de sua soberania colocaria em ameaça o funcionamento da colônia britânica como um todo[2]. Assim, o período de dominação por 99 anos estendeu-se aos três tratados e a toda Hong Kong.

Desde o Tratado de Nanking, a nova colônia britânica passou a ser um importante referencial do comércio internacional. Hong Kong faz parte de um dos blocos econômicos que visa transformar a área Ásia-Pacífico em uma área de livre comércio, a Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC). Além disso, também desponta como uma das maiores econômicas do mundo, integrando o grupo dos "tigres asiáticos".

Em 1997, após 155 anos de colonização britânica, Hong Kong volta a compor a soberania chinesa e passa a ser uma de suas Regiões Administrativas Especiais[3]. Depois de anos sob um governo e gerência capitalista baseada no Estado de Direito promovido pelas sociedades ocidentais, Hong Kong volta ao controle de um país comunista considerado antidemocrático.

Em uma tentativa de evitar movimentos separatistas, China e Reino Unido, por meio da Declaração Conjunta Sino-Britânica sobre a questão de Hong Kong[4], adotam o princípio "um país, dois sistemas". Tal princípio determina que apesar de Hong Kong voltar a constituir parte da China, a região gozará de certa autonomia, de modo que poderá gerir a si própria politicamente, legalmente e economicamente e reger-se de acordo com as ideias do período colonial. O mesmo princípio foi utilizado também para a Região Administrativa Especial de Macau, antiga colônia portuguesa.

[2] Cf. LEUNG, Jared. Table of content: concerns over the rule of law and the court of final appeal in Hong Kong. **3 ILSA Journal of International & Comparative Law**, 843, Spring. 1997.
[3] Artigo 31 da Constituição da República Popular da China de 4 de dezembro de 1982.
[4] Declaração Conjunta Sino-Britânica sobre a questão de Hong Kong de 1984.

Basicamente, a ideia do "um país, dois sistemas" é permitir que o governo central de Pequim controle Hong Kong, mas permitindo a adoção de uma economia capitalista[5], na promessa de que o povo de Hong Kong irá governar o povo de Hong Kong.

> *Esses pontos incluíam garantias de que: (1) Hong Kong não seria administrado pelos plenipotenciários de Pequim; (2) Hong Kong teria um "prefeito" eleito pelos habitantes de Hong Kong, que deveria ser um "patriota"; (3) Exceto em questões de relações exteriores e defesa, Pequim não interferiria na governança de Hong Kong; e (4) a RPC toleraria atividades políticas em Hong Kong, desde que não constituíssem sabotagem.*[6]

Além disso, Hong Kong tem seu próprio sistema executivo e legislativo e um poder judicial independente do da China continental[7]. Em suma, o Conselho Executivo é gerido por um Chefe do Executivo eleito por sufrágio indireto, cujos candidatos são nomeados por cidadãos de Hong Kong com autorização do governo central[8]. O Conselho Legislativo tem metade de seus 70 membros eleitos por sufrágio universal (eleitos pela população que reside permanentemente em Hong Kong) e a outra metade eleita por sufrágio indireto (eleito grupos restritos de pessoas).

Em relação ao poder judiciário, o qual também é independente do governo central, sua maior peculiaridade é a adoção da *commom law*, nos moldes do direito europeu apresentado pelos britânicos. Insta salientar que, em Hong Kong, o sistema de *common law* e a noção de propriedade privada são as maiores particularidades deixadas pelo governo britânico em comparação com o governo comunista chinês. Houve uma combinação da

[5] Artigo 5 da Lei Básica de Hong Kong de 1990.

[6] CHEUNG, Alvin Y.H. Road to Nowhere: Hong Kong's democratization and China's obligations under Public International Law. **Brooklyn Journal of International Law**, Vol. 40, Iss. 2, 2015. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=bjil>. Acesso em 24 jan. 2020. p.476-478. **Texto original**: These points included guarantees that: (1) Hong Kong would not be run by Beijing's plenipotentiaries; (2) Hong Kong would have a "mayor" elected by Hong Kong inhabitants, who should be a "patriot"; (3) Except in matters of foreign affairs and defense, Beijing would not interfere in Hong Kong's governance; and (4) The PRC would tolerate political activities in Hong Kong, provided they did not constitute sabotage.

[7] Artigo 2 da Lei Básica de Hong Kong de 1990.

[8] Uma das maiores reivindicações do povo de Hong Kong é o sufrágio universal, principalmente em relação às eleições para Chefe Executivo. Entretanto, o governo central insiste em vetar tal reivindicação e aumentar o controle sobre a escolha dos candidatos para evitar futuras insurreições contra a soberania exercida por Pequim.

cultura confuciana, preservando elementos de conduta moral e incorporando noções de proteção dos direitos humanos e liberdades individuais[9].

> *Isso fez muitas pessoas em Hong Kong sentirem seus valores fundamentais - direitos humanos, Estado de Direito, democracia, rejeição à corrupção e civilidade - que sustentam seu senso de identidade, sendo atacados por Pequim e pelo continente. Cada vez mais, veem seu relacionamento com Pequim como colonial e o rejeitam. Isso deu origem a alguns ativistas das gerações mais jovens que agitam pela independência, o que, por sua vez, causou sérias preocupações em Pequim*[10].

O controverso princípio do "um país, dois sistemas" deixa algumas lacunas, por exemplo, o que acontecerá após o fim do período de 50 anos. Além disso, já apresenta falhas em pouco mais de 20 anos de vigência. Grandes manifestações populares já aconteceram em Hong Kong contra o abuso do governo chinês e movimentos por autodeterminação e independência já emergiram.

2.1. CRÍTICAS AO MODELO "UM PAÍS, DOIS SISTEMAS"

Com o texto final editado em 1984, a Declaração Conjunta Sino-Britânica sobre a questão de Hong Kong representa mais um tratado internacional que rege os assuntos envolvendo a relação entre China e Hong Kong. Formulado durante o chamado "período de transição", que vai de 1982 a 1997, basicamente estabelece a alternância de soberania sobre Hong Kong (i.e., estende o acordo Convenção de Peking de 1898, retirando o status de colônia sobre toda a região de Hong Kong)[11] e confere autonomia ao mesmo.

[9] TSANG, Steve. Modern Hong Kong. **Oxford Research Encyclopedia of Asian History**. Oxford University Press, 2017, p. 5-6; 14.
[10] TSANG, Steve. Modern Hong Kong. **Oxford Research Encyclopedia of Asian History**. Oxford University Press, 2017, p.16. **Texto original**: This made many people in Hong Kong feel their core values—human rights, rule of law, democracy, rejection of corruption, and civility— which underpin their sense of identity were coming under attack from Beijing and the mainlanders. They have increasingly come to see their relationship with Beijing as a colonial one and to reject it. This has given rise to some activists of the younger generations agitating for independence which, in turn, has caused serious concern in Beijing.
[11] Declaração Conjunta Sino-Britânica sobre a questão de Hong Kong de 1984.

O princípio "um país, dois sistemas"[12] está descrito na Declaração em seu item 3, que contém uma lista de obrigações do governo central para com a Região Administrativa Especial. Menciona-se os poderes executivo, legislativo e judiciário independentes do governo central; a composição do governo de Hong Kong somente por habitantes locais, mas nomeados pelo governo central; a independência financeira da Região Administrativa Especial, que continua sendo um centro financeiro internacional; os sistemas sociais e econômicos permanecem inalterados, isto é, os direitos e liberdades continuarão a ser assegurados em Hong Kong conforme seu estilo de vida (inclui-se os direitos e liberdades referentes à pessoa, a liberdade de expressão, imprensa, reunião e associação); o conceito de propriedade privada, propriedade empresarial e investimentos estrangeiros serão tutelados pela lei; e autonomia para relacionar-se diplomaticamente e contrair obrigações internacionais perante outros países, regiões e organizações internacionais.

Não obstante apresentar-se como uma das únicas soluções para manter Hong Kong sob a soberania chinesa após o fim do período colonial[13], a ideia de manter ambos os sistemas capitalista e socialista dentro de um mesmo país é bastante instável. O governo de Pequim causa muitas inseguranças ao povo de Hong Kong. Iniciando-se logo após a Revolução Comunista Chinesa em 1949 quando mais de um milhão de chineses entraram na Região Administrativa Especial temendo as políticas autoritárias do novo governo e sendo proibidos de retornar ao continente[14] até movimentos mais recentes.

Após o Protesto na Praça da Paz Celestial em 1989 que resultou em um número exorbitante, mas desconhecido de estudantes universitários mortos pelo governo[15], a confiança do povo de Hong Kong no princípio "um país, dois sistemas", que à época já havia

[12] Preâmbulo da Lei Básica de Hong Kong de 1990: "Defendendo a unidade nacional e a integridade territorial, mantendo a prosperidade e a estabilidade de Hong Kong e levando em conta sua história e realidades, a República Popular da China decidiu que, com a retomada da China do exercício da soberania sobre Hong Kong, uma Região Administrativa Especial de Hong Kong será estabelecida de acordo com as disposições do artigo 31 da Constituição da República Popular da China e, de acordo com o princípio de "um país, dois sistemas", o sistema e as políticas socialistas não serão praticados em Hong Kong."

[13] Cf. WANG, Gungwu; WONG, John. After Smooth Handover, Now the Hard Part. In: **Hong Kong Under Chinese Rule**: economic integration and political gridlock. PING, Yew Chiew; YONGNIAN, Zheng (Org.), p.03-20. Singapura: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2013.

[14] SO, Alvin Y. ''One Country, Two Systems'' and Hong Kong-China National Integration: A Crisis-Transformation Perspective. In: **Journal of Contemporary Asia**, Vol. 41, No. 1, February 2011, pp. 99–116. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00472336.2011.530039>. Acesso em: 27 fev. 2020. p.107-108.

[15] O Protesto na Praça da Paz Celestial em 1989 foi uma manifestação popular, liderada por jovens universitários, contra o Partido Comunista Chinês que tomaram lugar na Praça da Paz Celestial, localizado em Pequim. As manifestações foram uma reação à queda da União Soviética e do comunismo em demais países, incluindo a própria China. Contudo, ao contrário dos outros países, a China somente implementou algumas políticas capitalistas, mas preservou o controle autoritário sobre seus cidadãos por meio do partido único e supressão de direitos e liberdades individuais, o que os jovens reivindicavam. Os protestos terminaram em um massacre dos protestantes na mesma praça, cujo número de mortos é incerto, pois nunca foi revelado.

sido formulado pela Declaração Sino-Britânica de 1984, ficou abalada[16]. Nesse momento inicia-se o movimento democrático de Hong Kong, que começa a temer possíveis tentativas futuras do governo em conter sua política democrática baseada no Estado de Direito e com a promoção de direitos e liberdades fundamentais.

Indicies atuais de aprovação do povo de Hong Kong em relação ao "um país, dois sistemas" divulgados pelo Programa de Pesquisa de Opinião Pública da Universidade de Hong Kong têm demonstrado que a confiança no princípio aumentou e alcançou um certo nível de estabilidade comparado aos anos anteriores.

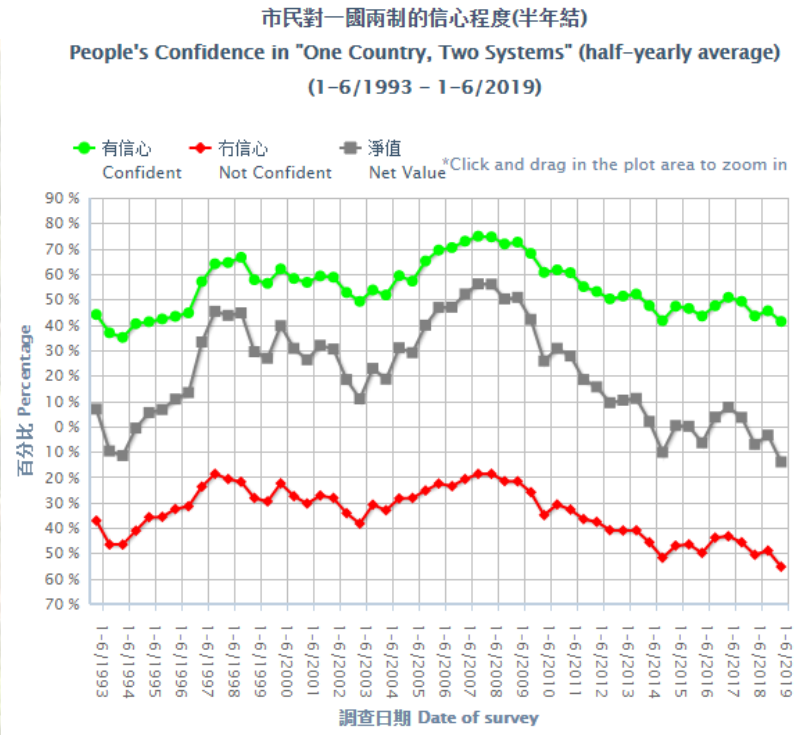


Figura 01[17]

Entretanto, esse resultado não deve ser isoladamente levado em consideração para afirmar que o povo de Hong Kong está satisfeito com o resultado da Declaração Sino-Britânica e com o exercício da soberania do governo de Pequim sobre a região. Outros dados publicados também pelo Programa de Pesquisa de Opinião Pública da Universidade de Hong

[16] SO, Alvin Y. ''One Country, Two Systems'' and Hong Kong-China National Integration: A Crisis-Transformation Perspective. In: **Journal of Contemporary Asia**, Vol. 41, No. 1, February 2011, pp. 99–116. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00472336.2011.530039>. Acesso em: 27 fev. 2020, p.109.

[17] UNIVERSIDADE DE HONG KONG. **Public Opinion Programme**. Disponível em: <https://www.hkupop.hku.hk/chinese/index.html>. Acesso em: 29 fev. 2020.

Kong e que serão explanados mais à frente demonstram que o sentimento de nacionalismo e identificação com o governo central não se apresenta tão estável assim.

Além disso, pelos próximos 27 anos até 2047 muitas insurgências populares devem emergir, tais quais as que já ocorreram nos passados 23 anos de soberania chinesa, fortalecendo o sentimento nacional de Hong Kong e impulsionando um possível futuro movimento de independência.

3. AS MANIFESTAÇÕES POPULARES COMO REFLEXOS DA CRISE EM HONG KONG

Após o Protesto na Praça da Paz Celestial em 1989, os movimentos democráticos em Hong Kong emergem, principalmente nos veículos midiáticos. Em uma tentativa de acelerar a democratização na região antes de voltar à soberania da China continental, foi criado o Partido Democrata de Hong Kong, o qual pregava ideias baseadas na promoção de um Estado de Direito contrariamente às políticas adotadas pelo governo central[18].

Assistindo a rápida propagação das ideias e temendo uma insurreição contra o governo central antes mesmo do fim da colônia britânica, Pequim inseriu às pressas o Artigo 23 da Lei Básica de Hong Kong.

> *Artigo 23*
> *A Região Administrativa Especial de Hong Kong promulgará leis por si só para proibir qualquer ato de traição, secessão, sedição, subversão contra o Governo Popular Central, ou roubo de segredos de estado, para proibir organizações ou órgãos políticos estrangeiros de conduzir atividades políticas na Região e proibir organizações ou órgãos políticos da Região de estabelecer laços com organizações ou órgãos políticos estrangeiros.*

[18] SO, Alvin Y. ‘‘One Country, Two Systems’’ and Hong Kong-China National Integration: A Crisis-Transformation Perspective. In: **Journal of Contemporary Asia**, Vol. 41, No. 1, February 2011, pp. 99–116. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00472336.2011.530039>. Acesso em: 27 fev. 2020. p.107.

Com isso, houve uma clara tentativa de conter movimentos populares que pudessem acelerar a democratização em Hong Kong após 1997, autorizando o próprio governo a agir. O povo reage ao Artigo 23 em uma manifestação com mais de meio milhão de pessoas, causando temor no governo central sobre as forças de uma insurreição.

Sem muitos desdobramentos no período de inserção do Artigo 23 da Lei Básica de Hong Kong, em 2004 o governo central inicia suas tentativas de intervir na região e tentar aos poucos conter ideias subversivas às suas ao decidir que Pequim possui autoridade para interpretar a Lei Básica de Hong Kong[19]. Assim, em abril de 2004 o Congresso Nacional do Povo elabora um decreto que exclui a possibilidade de ocorrerem eleições diretas para Chefe Executivo de Hong Kong, vetando as reinvindicações populares por sufrágio universal.

A ausência de consulta pública e deliberação exclusiva do Congresso Nacional do Povo da China foi o que causou revolta em Hong Kong, pois claramente representava a autoridade do governo central de impor sua vontade no território, o que contraria o próprio princípio "um país, dois sistemas" e o "alto grau de autonomia" conferido à Hong Kong[20].

A partir desse momento, muitos movimentos pró-independência emergem de forma dispersa, mas reforçam um ideal separatista. De 1997 até o momento atual, duas manifestações populares marcam a história de Hong Kong e expressam a insatisfação da Região Administrativa Especial com as tentativas de Pequim de controlar a região e a sua democratização: a Revolução dos Guarda-Chuvas em 2014 e os protestos de 2019.

Quanto à Revolução dos Guarda-Chuvas, refere-se a uma série de protestos provocados majoritariamente por jovens e estudantes universitários que tiveram início em setembro de 2014 e se estenderam até dezembro do mesmo ano. Os protestos pediam por democracia nas eleições de 2017 para Chefe Executivo de Hong Kong após a tentativa do governo central de se impor sobre assuntos internos da região.

Isso porque ao retomar a soberania sobre Hong Kong, o governo de Pequim garantiu que o sufrágio universal seria implantado nas eleições até 2017[21], conforme

[19] ZHENG, Yongnian; TOK, Sow Keat. Democratisation in Hong Kong: A Crisis Brewing for Beijing? In: **Hong Kong Under Chinese Rule**: economic integration and political gridlock. PING, Yew Chiew; YONGNIAN, Zheng (Org.), p.187-208. Singapura: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2013, p.188.

[20] ZHENG, Yongnian; TOK, Sow Keat. Democratisation in Hong Kong: A Crisis Brewing for Beijing. In: **Hong Kong Under Chinese Rule**: economic integration and political gridlock. PING, Yew Chiew; YONGNIAN, Zheng (Org.), p.187-208. Singapura: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2013, p.197.

[21] O sufrágio universal para as eleições de Chefe Executivo está previsto no Artigo 45(2) da Lei Básica de Hong Kong ("O método de seleção do Chefe do Executivo deve ser especificado à luz da situação real na Região Administrativa Especial de Hong Kong e de acordo com o princípio do progresso gradual e ordenado. O objetivo final é a seleção do Chefe do Executivo por sufrágio universal, mediante indicação de um comitê de indicação

reivindicações democráticas populares. Contudo, o sufrágio universal se deu nos modos do governo central, pois exercia poderes para que apenas candidatos fiéis a Pequim pudessem concorrer às eleições[22].

O estopim, portanto, foi a decisão do Congresso Nacional do Povo para impor que o governo continental pré-aprovasse os candidatos para concorrer nas eleições de Hong Kong, de modo que somente aqueles que fossem pró-Pequim fossem escolhidos e pudessem se eleger compor o Executivo e o Legislativo de Hong Kong[23]. Assim, os candidatos precisariam da aprovação de metade dos 1.200 membros do comitê a ser instituído e controlado pela República Popular da China, garantindo que nenhum governante de Hong Kong apoie movimentos separatistas e garantindo a fidelidade da região ao continente.

Nas manifestações que contaram com mais de 200.000 manifestantes, o povo de Hong Kong pedia por sufrágio universal nas eleições de 2017 para Chefe Executivo sem nenhuma intervenção do governo central, garantindo o seu "alto nível de autonomia", conforme estabelecido na Declaração Sino-Britânica e em sua Lei Básica. O nome de "Revolução dos Guarda-Chuvas" surge após a reação violenta da polícia contra os protestantes que, pacificamente, utilizavam guarda-chuvas para se protegerem dos sprays de pimenta e gás lacrimogênio[24].

Esse episódio demonstra o fracasso do princípio "um país, dois sistemas", pois a qualquer sinal de movimentos pró-democracia o governo central irá reagir em violação ao próprio princípio e a todos os custos para conter tais movimentos e continuar a exercer grande controle sobre a região, suprimindo o seu "alto grau de autonomia". Até agora, todos os quatro Chefes Executivos de Hong Kong são pró-Pequim, o que demonstra o controle do governo central sobre assuntos internos da Região Administrativa Especial.

---

amplamente representativo, de acordo com os procedimentos democráticos"). A decisão do governo central em impor controle sobre as eleições é uma consequência de 2004, quando Pequim decidiu que possui autoridade para interpretar a Lei Básica de Hong Kong, acrescentando que o Chefe Executivo de Hong Kong deve ser uma pessoa que ame a China e ame Hong Kong, autorizando que o governo central decida sobre quem preenche esses requisitos e pode concorrer às eleições.

[22] Cf. CHEUNG, Alvin Y.H. Road to Nowhere: Hong Kong's democratization and China's obligations under Public International Law. In: **Brooklyn Journal of International Law**, Vol. 40, Iss. 2, 2015. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=bjil>. Acesso em 24 jan. 2020. p.472-474.

[23] Cf. YEW, Chiew Ping. The 2012 Chief Executive Election and After. In: **Hong Kong Under Chinese Rule**: economic integration and political gridlock. PING, Yew Chiew; YONGNIAN, Zheng (Org.), p.237-253. Singapura: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2013.

[24] ANISTIA INTERNACIONAL. **Beijin's "Red Line" in Hong Kong**: restrictions on rights to peaceful assembly and freedom of expression and association. Londres, 2019. Disponível em: <https://www.amnesty.org/download/Documents/ASA1709442019ENGLISH.PDF>. Acesso em: 28 fev. 2020. p.12-13.

O segundo movimento popular de grandes proporções e que marca a história pós-colonial de Hong Kong é mais recente, tendo início em março de 2019, perdurando até o momento. Também com fundo pró-democrático, os protestos são uma resposta direta ao projeto legislativo[25] que autorizaria a extradição de suspeitos de crimes cometidos em locais onde Hong Kong não possui acordos de extradição, para a China continental. Desse modo, esses suspeitos possivelmente seriam julgados de acordo com o sistema penal continental, que contém várias lacunas em relação à proteção do devido processo legal e direitos humanos.

A ideia de modificar o sistema penal para permitir a extradição de suspeitos de crimes para a China continental partiu da atual Chefe Executiva de Hong Kong, Carrie Lam, após o caso de assassinato de uma mulher natural de Hong Kong por seu namorado também natural de Hong Kong, mas tendo o crime ocorrido em Taiwan, onde estavam a passeio[26]. Desse modo, como Taiwan não possui acordo de extradição com Hong Kong, a ideia seria permitir a transferência de suspeitos de crimes e fugitivos para outra jurisdição, como a de Pequim.

Entretanto, a reação popular ao projeto de modificação das políticas de extradição de Hong Kong não foi positiva. O povo teme que isso possa representar mais uma das tentativas do governo central em aumentar o controle sobre a região, mesclando os sistemas judiciários e violando o princípio "um país, dois sistemas", que expressamente garante autonomia a Hong Kong em relação ao Poder Judiciário continental.

Além disso, também há preocupações no que diz respeito à supressão de direitos humanos na China continental e casos de prisões políticas. Isso porque o projeto poderia permitir que o governo de Pequim extradite nacionais de Hong Kong que possam estar perturbando sua soberania sobre a região ou iniciando movimentos pró-democráticos e pró-independência.

Ainda, apesar de as manifestações atuais terem iniciado com o objeto de fazer o governo retirar o projeto de extradição, o povo também reclama a renúncia de Carrie Lam para introduzir o sufrágio universal barrado na Revolução dos Guarda-chuvas de 2014 e a investigação sobre o uso excessivo de força policial.

---

[25] Em inglês, "Fugitive Offenders and Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Legislation Bill" ou "Extradition Bill". Em tradução própria, "Projeto de Lei de Infratores Fugitivos e Assistência Mútua em Assuntos Criminais" ou "Lei de Extradição".

[26] PURBRICK, Martin Purbrick. A Report of the 2019 Hong Kong Protests. In: **Asian Affairs**, 50:4, p. 465-487, 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/03068374.2019.1672397?needAccess=true>. Acesso em: 27 fev. 2020. p. 466.

> *Esses incidentes incluíram o uso perigoso de balas de borracha, policiais espancando manifestantes que não resistiam, táticas agressivas usadas pela polícia para obstruir jornalistas no local e uso indevido de gás lacrimogêneo e spray de pimenta. O uso da força pela polícia no protesto pacífico violou as leis e os padrões internacionais de direitos humanos. […] Segundo relatos da mídia, em 17 de junho, a polícia de Hong Kong prendeu 32 pessoas que participaram do protesto de 12 de junho, incluindo cinco por crimes relacionados a distúrbios e 10 por crimes relacionados à violência, assembleia ilegal e agressão de policiais*[27].

A Chefe Executiva de Hong Kong anunciou a retirada do projeto de extradição em 23 de outubro de 2019 para conter as manifestações e evitar maiores consequências, contudo, isso não parou os protestantes. As reinvenções por democracia e menor intervenção continental continuam e representam a insatisfação da população com as investidas do governo central em controlar a região. Com isso, movimentos pró-democracia que tem como fundo aliar cidadãos a favor de um processo de independência tem aumentado e tendem a continuar pelos próximos anos.

3.1. O CONTATO DE HONG KONG COM VALORES E NOÇÕES OCIDENTAIS

Uma das profundas discussões que o estudo acerca da situação de Hong Kong traz é a experiência da implantação de ideias essencialmente ocidentais e capitalistas em um

[27] ANISTIA INTERNACIONAL. **Beijin's "Red Line" in Hong Kong**: restrictions on rights to peaceful assembly and freedom of expression and association. Londres, 2019. Disponível em: <https://www.amnesty.org/download/Documents/ASA1709442019ENGLISH.PDF>. Acesso em: 28 fev. 2020. p.35-37. **Texto original**: These incidents included the dangerous use of rubber bullets, officers beating protesters who were not resisting, aggressive tactics used by police to obstruct on-site journalists and the misuse of tear gas and pepper spray. The use of force by police in the largely peaceful protest violated international human rights law and standards. […] According to media reports, as of 17 June, Hong Kong police had arrested 32 people who participated in the 12 June protest, including five for riot-related offences and 10 for crimes related to violence, unlawful assembly and assaulting police officers.

país oriental e comunista, em um dualismo bastante nítido[28]. As ideias que serão objeto de estudo são as noções de democracia, Estado de Direito e diretos humanos[29].

As dificuldades em unir os dois sistemas tornou-se evidente à época da Declaração Sino-Britânica de 1984, tendo sido adotado o princípio "um país, dois sistemas" que já vem apresentando suas falhas, tendo em vista as discrepantes diferenças em relação ao modo de vida em seu aspecto político. Isso porque durante 155 anos, Hong Kong desenvolveu um modo de vida europeu baseado em ideais democráticos, implementando a proteção de direitos humanos, liberdades individuais e Estado de Direito[30].

Ao voltar a compor a soberania chinesa, o povo de Hong Kong se choca com ideais que, em sua perspectiva, são retrógrados. A China atualmente é considerada um dos países mais antidemocráticos do mundo. Isso se dá em razão das constantes violações de direitos humanos, mencionando-se o controle estatal sobre a imprensa e informações e as restrições de liberdade de expressão, além de ser dotado de um partido único.

O conceito de democracia é muito amplo e complexo e não se externaliza em apenas um modelo. O modelo europeu ou ocidental é o modelo tido como adequado e que é imposto pela comunidade global, Hong Kong e quase a totalidade dos países ocidentais adota o modelo de democracia representativa liberal, baseado em intervenção do Estado em assuntos essenciais preservando-se a liberdade de mercado, por exemplo.

Entretanto, modelos como o chinês, baseado em um partido único, podem ser democráticos[31], não obstante não se encaixam no conceito de democracia propagado pelos países ocidentais. Se democracia, em seu conceito mais simplista e popular, significa o "governo do povo" [32], e se o povo chinês, assim como o de outros países asiáticos tidos como antidemocráticos, estão satisfeitos e se sentem representados pelo governo, não há por que deixar de considerar como sendo uma democracia.

Claramente não se adentra mais profundamente na discussão referente à supressão de informações levadas à população chinesa e os motivos que levam à satisfação popular com o Partido Comunista da China, mas para a discussão referente à temática desse

[28] YOUNG, Robert J. C. **Postcolonialism**: an historical introduction. Oxford: Blackwell Publishing, 2001, p.15-18.
[29] ONUMA, Yasuaki. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional**: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p.18-20.
[30] LEE, Martin C. M. The Rule of Law in Hong Kong**:** implications for 1997. In: **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 547, The Future of Hong Kong (Sep. 1996), p. 166.
[31] HELD, David. Democracy: from city-states to a cosmopolitan order. In: **Political Studies**, Vol.40, Iss.1, p. 10-39. 1992, p.15.
[32] BESSON, Samantha. Sovereignty, International Law and Democracy. In: **The European Journal of International Law**, Vol. 22, nº. 2., p.373-387. 2011, p.374.

trabalho, afirma-se que existem democracias além do modelo liberal europeu. Exigir a adoção de um modelo específico de governo representa uma invasão à soberania de um Estado[33].

A imposição de tal modelo de democracia liberal ocorre por meio da pressão exercida pelo comércio e relações exteriores, em que o mercado determina a geopolítica no atual mundo globalizado[34]. Nesse particular, deve-se mencionar que a China tem sido objeto de críticas acerca de seu modelo comunista, pois adota o sistema político centrado em um único partido, mas adota referenciais ocidentais no que diz respeito às suas políticas de mercado com fins de se adequar à economia global e integrar-se a ela[35].

Junto com essa busca universal por uma economia de mercado[36], também há a imposição por uma uniformização na tutela dos direitos humanos. Em relação a esse assunto, também deve-se fazer uma análise mais profunda do que simplesmente tomar por base as duras críticas ao governo chinês

O nascimento dos direitos humanos tem como cenário a Europa e o modelo liberal, tendo se desenvolvido com base na história desse continente. Portanto, é lógico que há implicações na aplicação dos mesmos conceitos a outros lugares do globo que possuem uma história e valores completamente diferentes.

> *A falta de sentido da localidade de direito internacional europeu do século XIX não se limita àqueles que fazem um ousado argumento abrangente da origem universal do direito internacional. Quando as pessoas lidam com problemas relacionados a algo "internacional" ou "universal", elas inconscientemente tomam algo associado à Europa ou ao Ocidente como geral, internacional, universal ou representativo. Essa equação*

[33] BESSON, Samantha. Sovereignty, International Law and Democracy. In: **The European Journal of International Law**, Vol. 22, nº. 2., p.373-387. 2011, p.382.
[34] HELD, David. Democrac**y**: from city-states to a cosmopolitan order. In: **Political Studies**, Vol.40, Iss.1, p. 10-39. 1992, p.31.
[35] HELD, David. **Modelos de Democracia**. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987, p.247-250.
[36] ONUMA, Yasuaki. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional**: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p.14.

> *de algo "internacional" ou "universal com algo ocidental é dado como certo em quase todos os tipos de discurso.*[37]

Atualmente muito se fala sobre o universalismo dos direitos humanos, principalmente no que diz respeito à cultura propagada no Oriente Médio, baseando-se na defesa de que os direitos humanos devem ser universais e respeitados independentemente de valores culturais particulares a cada país ou região do globo[38]. Não se pretende nesse estudo adentrar no assunto referente a legitimidade dos direitos humanos ou sobre se o universalismo prevalece sobre o regionalismo, mas faz-se uma introdução a algumas reflexões que por vezes são suprimidas quando se discute esse assunto.

O universalismo dos direitos humanos é ocidental, para não se dizer europeu. O autor Yasuaki Onuma desenvolve bastante essa ideia e menciona como a aplicação de um padrão de democracia e proteção de diretos humanos é um cenário para, disfarçadamente, levar o colonialismo e o intervencionismo a áreas onde a Europa não atingiu nos séculos passados[39].

Não somente o universalismo dos Direitos Humanos é eurocêntrico, mas também os conceitos de democracia e Estado de Direito. As ideias ocidentais foram universalizadas e tomadas como a única verdadeira, se tornando os padrões internacionais[40].

> *O mundo do século XXI provavelmente será multipolar e multicivilizacional, com China e Índia como superpotências prováveis. É verdade que ambas se comprometeram publicamente com os valores dos direitos humanos. Certamente, haverá melhorias nas condições dos direitos humanos em suas sociedades, com a democratização e com a melhoria geral nas suas condições socioeconômicas. No entanto, elas possuem*

[37] ONUMA, Yasuaki. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional**: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p.229

[38] Cf. TANG, James T.H. From Empire Defence to Imperial Retreat: Britain's postwar China policy and the decolonization of Hong Kong. In: **Modern Asian Studies**, Volume 28(2), 317-337. 1994.

[39] ONUMA, Yasuaki. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional**: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p.19.

[40] ONUMA, Yasuaki. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional**: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p.244-247.

> *uma longa e multifacetada história civilizacional. Suas perspectivas e consciência valorativa baseada nessas histórias diferem significantemente dos valores modernistas realizados por pessoas ocidentais.*
>
> *Esses inúmeros fatores sugerem que devemos considerar o problema dos direitos humanos, que é um produto da modernidade tipicamente ocidental, a partir de uma perspectiva que não se limite a uma prevalente, modernista e ocidentocêntrica civilização. [...] se os direitos humanos são extremamente importantes para a proteção dos interesses vitais e os valores da humanidade – e eu acredito que seja – como devemos conciliar direitos humanos, práticas sociais, assim como críticas, memórias negativas e ressentimentos dos povos do mundo não ocidental? Em outras palavras, como será, e como deveria ser, a relação entre direitos humanos e civilizações e culturas diversas que consideraram e ainda consideram os direitos humanos como estranhos para elas?*[41]

Assim, é nítida a influência que o governo de um país europeu sob um país não-europeu. As ideais ocidentais se enraizaram em Hong Kong e atualmente se externalizam por meio das reivindicações sociais contra o governo central, pois ainda que dotados de autonomia, é inimaginável que os dois sistemas possam coexistir em harmonia.

O objetivo desse tópico do trabalho foi demonstrar que as críticas às tentativas do governo de Pequim de controlar a região de Hong Kong e reprimir o desenvolvimento de uma democracia liberal e o exercícios de liberdades e direitos humanos também deve ser visto sob outro ponto de vista. E que a imposição ocidental em relação aos países asiáticos para se adequarem ao modelo ideal propagado por eles tem funcionado e o oriente tende a se ocidentalizar aos poucos.

[41] ONUMA, Yasuaki. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional**: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p.239-240.

4. QUESTIONAMENTOS SOBRE O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO E IDENTIDADE DO POVO DE HONG KONG

Diante da insatisfação do povo de Hong Kong com a soberania exercida pelo governo continental chinês e com o princípio "um país, dois sistemas", a discussão acerca de um futuro processo de independência é inevitável. Para tanto, deve-se levar em consideração que apesar da influência do Reino Unido sobre a região, trata-se de uma colonização que perdurou por pouco tempo se comparado a outros casos.

Desse modo, deve-se primeiramente explorar o conceito de identidade nacional e autodeterminação afim de analisar se os 155 anos como colônia britânica foram tempo suficiente para que o povo de Hong Kong desenvolvesse uma identidade própria, sendo, portanto, dotados de autodeterminação capaz de ensejar um movimento de independência[42] em relação à China continental.

Sobre o princípio da autodeterminação dos povos, Norberto Bobbio[43] define:

> *Geralmente entende-se por Autodeterminação ou auto decisão a capacidade que populações suficientemente definidas étnica e culturalmente têm para dispor de si próprias e o direito que um povo dentro de um Estado tem para escolher a forma de Governo. Pode, portanto, distinguir-se um aspecto de ordem internacional que consiste no direito de um povo não ser submetido à soberania de outro Estado contra sua vontade e de se separar de um Estado ao qual não quer estar sujeito (direito à independência política) e um aspecto de ordem interna, que consiste no direito de cada povo escolher a forma de Governo de sua preferência.*

A autodeterminação dos povos baseia-se então em uma definição étnica e cultural capaz de distinguir determinado povo de outros, o que consequentemente leva à

[42] Cf. BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 5 ed. Nova York: Oxford University Press, 1998, p.599-602.
[43] BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Vol. 1. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p.70.

formação de um Estado-nação. No caso de Hong Kong é difícil afirmar que durante o período colonial uma cultura própria foi desenvolvida.

Apesar de ter ocorrido uma combinação de elementos britânicos e chineses, o que pode ser notado em comportamento, alimentação e tradições, os elementos chineses continuam forte na região, sendo um exemplo disso a adoção do idioma mandarim junto ao inglês. Essa situação difere-se de outros casos de descolonização de países asiáticos colonizados por europeus, como o caso do Timor-Leste que permaneceu sob domínio português durante cerca de 400 anos, tendo assim desenvolvido uma cultura e identificação nacional própria.

Entretanto, movimentos de independência também podem emergir como resultado da ausência de identificação e insatisfação com a forma de governo adotada pelo Estado que exerce soberania sobre determinada região. Quanto a esse aspecto, nota-se que em relação à nova geração, muitos nascidos depois de 1997, há uma grande insatisfação com o exercício de soberania do governo central de Pequim sobre Hong Kong, principalmente no que diz respeito à supressão dos movimentos pró-democracia e de direitos humanos[44].

Aos poucos uma identidade nacional é formada em Hong Kong[45], pois mesmo sob soberania chinesa, o princípio "um país, dois sistemas" fez com que a região continuasse a se desenvolver isoladamente da China continental. Alguns acontecimentos como o Protesto na Praça da Paz Celestial em 1989 e casos de corrupção dentro do Partido Comunista Chinês, assim como as tentativas de controle sobre Hong Kong tem aumentado o sentimento nacional, pois muitos não se identificam com a forma de governo chinesa[46].

Conforme pesquisa divulgada pelo Programa de Opinião Pública da Universidade de Hong Kong, a identificação do povo de Hong Kong como cidadão chinês caiu drasticamente, e tende a cair pelos próximos 23 anos. O crescimento de um sentimento nacional em Hong Kong cresce proporcionalmente às políticas do governo central em suprimir a autonomia da região[47]. Essa situação oferece perspectivas sobre um possível

[44] TSANG, Steve. Modern Hong Kong. In: **Oxford Research Encyclopedia of Asian History**. Oxford University Press, 2017, p.14-15.
[45] Cf. CHOU, Bill. State, Market Force and National Identity. ? In: **Hong Kong Under Chinese Rule**: economic integration and political gridlock. PING, Yew Chiew; YONGNIAN, Zheng (Org.), p.115-124. Singapura: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2013.
[46] CHOU, Bill. State, Market Force and National Identity? In: **Hong Kong Under Chinese Rule**: economic integration and political gridlock. PING, Yew Chiew; YONGNIAN, Zheng (Org.), p.115-124. Singapura: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2013, p.120.
[47] Cf. RÜHLIG, Tim. Hong Kong's umbrella movement in search of self-determination. In: **Swedish Institute of International Affairs**, nº03, 2015. Disponível em: <https://www.ui.se/globalassets/butiken/ui-paper/2015/hong-kongs-umbrella-movement-in-search-of-selfdetermination---tr.pdf >. Acesso em: 28 fev. 2020.

movimento de independência após o fim do período de 50 anos de Hong Kong como Região Administrativa Especial da China ou até mesmo antes.

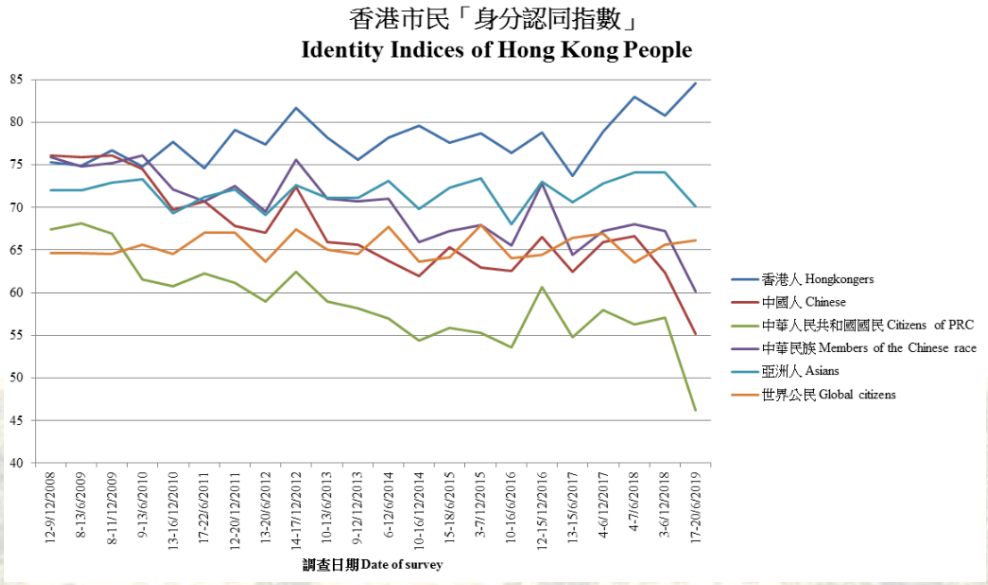


Figura 02[48]

Ainda é cedo para afirmar se esse sentimento nacional do povo de Hong Kong continuará a crescer terminando em sua independência. Contudo, pode-se afirmar que as próprias políticas adotadas pelo governo central em uma tentativa de fortalecer seu controle sobre a região estão enfraquecendo o seu domínio sobre Hong Kong e diminuindo o sentimento nacionalista chinês.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou assuntos acerca da situação de Hong Kong depois do seu período como colônia britânica. Ao contrário da maioria dos países que sofreram um processo de colonização por países europeus, a região não se tornou independente, mas voltou a compor a soberania do país anterior ao seu status de colônia, a China.

A adoção do princípio "um país, dois sistemas" para controlar a região de Hong Kong provoca questionamentos quanto à sua eficácia e se realmente é possível manter

[48]UNIVERSIDADE DE HONG KONG. **Public Opinion Programme**. Disponível em: <https://www.hkupop.hku.hk/chinese/index.html>. Acesso em: 29 fev. 2020.

dois sistemas tão diferentes sob uma mesma soberania: de um lado, uma ex-colônia capitalista, que desenvolveu-se sob os conceitos de Estado de Direito e proteção de direitos humanos e clama por democracia; do outro lado, um país comunista composto de partido único e tido como um dos países mais antidemocráticos e supressores de direitos e liberdades individuais atualmente.

A partir de tais considerações, entende-se que o contato de Hong Kong com a cultura e valores europeus influenciou seu modo de viver político. Somado a isso, a imposição da comunidade internacional de preceitos considerados universais, mas que na realidade refletem uma cultura e modo de viver ocidental.

Assim, é difícil afirmar que Hong Kong desenvolveu uma identidade nacional diversa da britânica e da chinesa, pois é uma combinação de ambos. Contudo, é imperioso reconhecer que a identificação do povo de Hong Kong com a nacionalidade chinesa vem decaindo conforme o governo central adota medidas para aumentar aos poucos o controle sobre a região.

A insatisfação de Hong Kong com as políticas de Pequim e a ausência de sentimento nacional chinês é notado pelas crescentes manifestações populares, que têm tomado maiores proporções e causado maior receio no governo central, que teme que maiores revoltas por democracia possam influenciar as políticas continentais e ocasionar um movimento de independência.

Desse modo, conclui-se que ainda é cedo para definir o futuro de Hong Kong até o fim do período de 50 anos sob soberania chinesa, mas é possível afirmar que os anseios populares por um modo ocidental de viver politicamente é uma peça fundamental para definir o fim que terá a região.

BIBLIOGRAFIA

ANISTIA INTERNACIONAL. **Beijin's "Red Line" in Hong Kong**: restrictions on rights to peaceful assembly and freedom of expression and association. Londres, 2019. Disponível em: <https://www.amnesty.org/download/Documents/ASA1709442019ENGLISH.PDF>. Acesso em: 28 fev. 2020.

BESSON, Samantha. Sovereignty, International Law and Democracy. In: **The European Journal of International Law**, Vol. 22, nº. 2., p.373-387. 2011.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Vol. 1. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 5 ed. Nova York: Oxford University Press, 1998.

CHEUNG, Alvin Y.H. Road to Nowhere: Hong Kong's democratization and China's obligations under Public International Law. In: **Brooklyn Journal of International Law**, Vol. 40, Iss. 2. 2015. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=bjil>. Acesso em 24 jan. 2020.

CHOU, Bill. State, Market Force and National Identity. In: **Hong Kong Under Chinese Rule**: economic integration and political gridlock. PING, Yew Chiew; YONGNIAN, Zheng (Org.), p.115-124. Singapura: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2013.

HELD, David. Democracy: from city-states to a cosmopolitan order. In: **Political Studies**, Vol.40, Iss.1, p. 10-39. 1992.

HELD, David. **Modelos de Democracia**. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987.

LEE, Martin C. M. The Rule of Law in Hong Kong: implications for 1997. In: **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 547, The Future of Hong Kong, p. 165-170. 1996.

LEUNG, Jared. Table of content: concerns over the rule of law and the court of final appeal in Hong Kong. In: **3 ILSA Journal of International & Comparative Law, 843**, Spring. 1997.

ONUMA, Yasuaki. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional**: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

PURBRICK, Martin Purbrick. A Report of the 2019 Hong Kong Protests. In: **Asian Affairs**, 50:4, 465-487. 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/03068374.2019.1672397?needAccess=true>. Acesso em: 27 fev. 2020.

RÜHLIG, Tim. Hong Kong's umbrella movement in search of self-determination. In: **Swedish Institute of International Affairs**, nº03. 2015. Disponível em: <https://www.ui.se/globalassets/butiken/ui-paper/2015/hong-kongs-umbrella-movement-in-search-of-selfdetermination---tr.pdf >. Acesso em: 28 fev. 2020.

SO, Alvin Y. ''One Country, Two Systems'' and Hong Kong-China National Integration: A Crisis-Transformation Perspective. In: **Journal of Contemporary Asia**, Vol. 41, No. 1, p.

99–116. 2011. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00472336.2011.530039>. Acesso em: 27 fev. 2020.

TANG, James T.H. From Empire Defence to Imperial Retreat: Britain's postwar China policy and the decolonization of Hong Kong. In: **Modern Asian Studies**, Volume 28(2), 317-337. 1994.

TSANG, Steve. Modern Hong Kong. In: **Oxford Research Encyclopedia of Asian History**. Oxford University Press, 2017.

UNIVERSIDADE DE HONG KONG. **Public Opinion Programme**. Disponível em: <https://www.hkupop.hku.hk/chinese/index.html>. Acesso em: 29 fev. 2020.

WANG, Gungwu; WONG, John. After Smooth Handover, Now the Hard Part. In: **Hong Kong Under Chinese Rule**: economic integration and political gridlock. PING, Yew Chiew; YONGNIAN, Zheng (Org.), p.03-20. Singapura: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2013.

YEW, Chiew Ping. The 2012 Chief Executive Election and After. In: **Hong Kong Under Chinese Rule**: economic integration and political gridlock. PING, Yew Chiew; YONGNIAN, Zheng (Org.) p.237-253. Singapura: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2013.

YOUNG, Robert J. C. **Postcolonialism**: an historical introduction. Oxford: Blackwell Publishing, 2001.

ZHENG, Yongnian; TOK, Sow Keat. Democratisation in Hong Kong: A Crisis Brewing for Beijing? In: **Hong Kong Under Chinese Rule**: economic integration and political gridlock. PING, Yew Chiew; YONGNIAN, Zheng (Org.), p.187-208. Singapura: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2013.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

VENEZUELA (2002), HAITI (2004) E HONDURAS (2009): UMA ANÁLISE DA 1ª. DÉCADA DA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA

VENEZUELA (2002), HAITI (2004) AND HONDURAS (2009): AN ANALYSIS OF THE 1ST DECADE OF THE INTER-AMERICAN DEMOCRATIC CHARTER

Beatriz Mendes Niyama [1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0001-7883-5735

Submissão: 03/03/2020 Aprovação: 07/03/2020

RESUMO:

O artigo tem como objetivo a análise da 1ª década da Carta Democrática Interamericana, em particular os casos de aplicação do instrumento normativo pela Assembleia Geral da OEA de 2001 a 2011. Frente a delimitação, a pesquisa se concentrou em três casos: Venezuela (2002), Haiti (2004) e Honduras (2009). Foi adotado o método histórico documental, com base em atas e projetos elaborados pela OEA e os Estados Membros, e as resoluções emitidas pela Assembleia Geral sobre a temática, complementadas por uma revisão bibliográfica crítica sobre as particularidades geopolíticas de cada caso. Os resultados atingidos demonstram que a Assembleia Geral é um espaço importante de debate entre os Estados Membros, em que o modo de aplicação do instrumento normativo é ajustado para atender as necessidades e motivações dos países. Conclui-se que disparidade de poder político e econômico entre os Estados Membros continua sendo um fator determinante para a fraqueza do multilateralismo interamericano, porém a Carta Democrática renova a Assembléia Geral como um espaço possível de disputa.

PALAVRAS-CHAVE: OEA. Carta Democrática Interamericana. Assembleia Geral da OEA.

∗ Trabalho apresentado no II Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito, Coordenado pelo Acadêmico Titular da Cadeira SanTiago Dantas, Professor Doutor Alfredo Attié Jr.

[1] Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), vinculado à Cadeira SanTiago Dantas da Academia Paulista de Direito. Mestranda em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito pela PUC-Campinas e Pedagogia pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da USP (NETI-USP). E-mail: biamendees91@gmail.com

ABSTRACT:

The article aims to analyze the 1st decade of the Inter-American Democratic Charter, in particular the cases of application of the normative instrument by the OAS General Assembly between 2001 and 2011. Because of the purpose, this research focused on the analysis of three cases: Venezuela (2002), Haiti (2004) and Honduras (2009). The historical documentary method was adopted, based on minutes and projects prepared by the OAS and the Member States, and the resolutions issued by the General Assembly on the subject, complemented by a critical bibliographic review on the geopolitical particularities of each case. The results of the present article demonstrate that the General Assembly is an important space for debate among the Member States - and the method of application of the normative instrument is adjusted to meet the needs and motivations of countries on the case. The conclusion is that the disparity of political and economic power between the Member States remains a determining factor for the weakness of inter-American multilateralism, but the Democratic Charter renews the General Assembly as a possible space of dispute.

KEYWORDS: OAS. Inter-American Democratic Charter. OAS General Assembly.

1. INTRODUÇÃO

Vários autores já se propuseram a analisar a Organização dos Estados Americanos (OEA), o que tornou possível, a partir do estudo da literatura sobre a temática, estruturar uma linha do tempo da atuação da OEA em seus 72 anos de funcionamento.

Com isso, destaco dois pontos, já explorados e analisados previamente em produções acadêmicas:

(1) Tradicionalmente refém das políticas externas estadunidenses, o sistema interamericano se inicia com a criação da União Pan Americana - UPA (1889 - 1948). A UPA foi essencial para legitimar os interesses, majoritariamente econômicos, dos EUA no continente americano (BUENO e OLIVEIRA, 2015).

O fim da UPA em 1948, e o surgimento da OEA por um novo tratado constitutivo não representou uma ruptura, pois a nova Organização absorve toda estrutura burocrática, como órgãos[2] e funcionários, da União (INMAN, 1965).

Por se tratar de uma continuidade, o espaço internacional da OEA, supostamente neutro, se torna tradicionalmente um espaço de validação de interesses políticos estadunidenses, o que dificulta a confianças dos demais Estados Membros sobre um real multilateralismo na Organização[3].

(2) Interligada às necessidades da política externa estadunidense, a inclusão da democracia em fontes documentais interamericanas não pretendia a proteção incondicional das instituições democráticas ou promover garantias individuais.

Ao contrário, no período da UPA, documentos como a Declaração de Proteção aos Ideais Interamericanos contra Ideologias Estrangeiras (1939) e a Resolução de Regulamentações de Atividades subversivas (1942), contaram com a ratificação de governos ditatoriais e pretendiam realizar a defesa "das instituições democráticas" por meio da criação de campos para estrangeiros oriundos de países do Eixo.

Tal qual, no âmbito da recém instituída OEA, a proteção à democracia, em detrimento de um suposto risco comunismo, justificou o apoio da OEA às invasões armadas da Guatemala em 1954 e da República Dominicana em 1962 (HERZ, 2012).

A própria noção de democracia no sistema interamericano se consolida como um mero recurso discursivo para proteger o status quo das elites econômicas no continente americano, mesmo que às custas de intervenções armadas e apoio a golpes militares (FAGUNDES, 2010), o que limitou as percepções democráticas da Organização em um viés raso e liberal.

O uso da democracia como mero recurso discursivo pode ser sintetizado pelas palavras de César Gaviria, antigo secretário da OEA, em discurso proferido em 1998:

> *Desde o segundo período do pós-guerra, até menos de dez anos atrás, contenção comunismo externo e interno tornou-se o principal objetivo estratégico instituições hemisféricas. A OEA cumpriu ocasionalmente o papel de*

[2] O Escritório Internacional das Repúblicas Americanas foi renomeado para Secretaria Geral da OEA, o Conselho Diretor foi renomeado para Conselho Permanente da OEA e a Junta Internacional de Jurisconsultos foi renomeado para Comitê Jurídico Interamericano.

[3] Ainda sobre isso, autoras como Pahuja (2019) e Herz (2012) indicam que a OEA foi uma ferramenta importante para legitimar a luta anticomunista ao longo da Guerra Fria.

> *validar ou acompanhar ações na luta anticomunista muitas vezes em excesso princípios da Carta e em apoio a governos militares e ditatoriais (GAVIRIA, 1998).*

Em conjunto, os pontos ilustram dois desafios que a OEA enfrenta: a descrença regional do multilateralismo - pelo histórico da região e a assimetria atual de poder político entre os membros (GALLAROTI, 1991) - e a necessidade de construção de uma concepção de democracia menos cínica e mais comprometida com direitos e garantias.

Dentro deste contexto, o presente artigo se propõe a analisar os casos práticos de aplicação da Carta Democrática Interamericana pela Assembleia Geral na 1º década do instrumento normativo, ou seja, entre 2001 e 2011.

O interesse pela Carta Democrática advém do fato do instrumento ser o produto de um longo processo de renovação da atuação da OEA na defesa das democracias.

Mudança que se iniciou com novos instrumentos, como a Resolução 1.080 (1991), e reformas internas, como o Protocolo de Washington (1992), que desenharam uma estrutura interamericana mais comprometida com sistemas democráticos, e que foram colocadas em prática com sucesso no Peru (1992); na Guatemala (1993); e na Venezuela (1992); (SOARES, 1994).

Os novos ares na atuação da OEA e a "onda multicontinental de democratização do final do Século XX" (MARKOFF, 2013, p. 18), foram elementos que levaram a construção da Carta Democrática em 2002, que se propunha a ser "a junção de todos os mecanismos existentes de defesa de democracia em um único documento" (LEVITT, 2006, p. 95).

Em síntese, a Carta Democrática é aprovada no dia 11 de setembro de 2001, como um marco de um período de inovação e renovação da OEA.

A escolha da aplicação da Carta Democrática pela Assembleia Geral[4] (AG) se dá por 2 motivos: 1) A Carta é constituída como uma resolução da AG a fim de "facilitar sua criação, e possibilitar a ratificação do maior número possível de membros" (ARRIGHI, 2009,

[4] A Assembleia Geral (AG) é a instância de deliberação mais importante da OEA(Art. 54, Carta da OEA), vale destacar que a AG teve suas funções alteradas pelo Protocolo de Reforma de Cartagena das Índias (1985). A reforma aumentou a importância de deliberações da AG, como forma de priorizar as decisões em conjunto dos Estados Membros.

p. 84); 2) A Carta destina a Assembleia como espaço principal para deliberar aplicação dos seus instrumentos (Art. 20 e 21, Carta Democrática).

Delimitado o objetivo, a pesquisa identificou - dentro do período proposto - três momentos políticos em que o instrumento foi posto em prática pela AG: Venezuela (2002), Haiti (2004) e Honduras (2009).

2. VENEZUELA (2002)

Se de um lado a estruturação do texto normativo da Carta Democrática exigiu um longo processo de debates e disputas entre os Estados Membros (SALAS CRUZ, 2014), do outro a primeira aplicação prática do instrumento ocorreu no ano seguinte a sua aprovação.

A rápida utilização da fonte documental advém dos acontecimentos políticos vivenciados na Venezuela em 2002. Em detalhe, o presidente venezuelano, à época Hugo Chávez, passava por um período de reprovação por parte da população venezuelana, por causa da crise no preço do petróleo - principal item de exportação venezuelano - e por ter uma postura autoritária.

Após um período de instabilidade interna que se estendia desde 2000, a PDVSA, empresa estatal de Petróleo, inicia uma greve em 11 de abril de 2002, que foi apoiada pela Federação Venezuelana de Câmaras de Comércio (FVCC) e por setores empresariais (MAYA, 2002).

Vale destacar que os citados atores políticos eram motivados por questões diferentes, enquanto a greve da PDVSA exigia a mudança de direção da empresa, a FVCC e os setores empresariais protestavam contra a política de Chávez de desapropriação de propriedades particulares para uso de exploração de petróleo (BATALLA; FERRO, 2004).

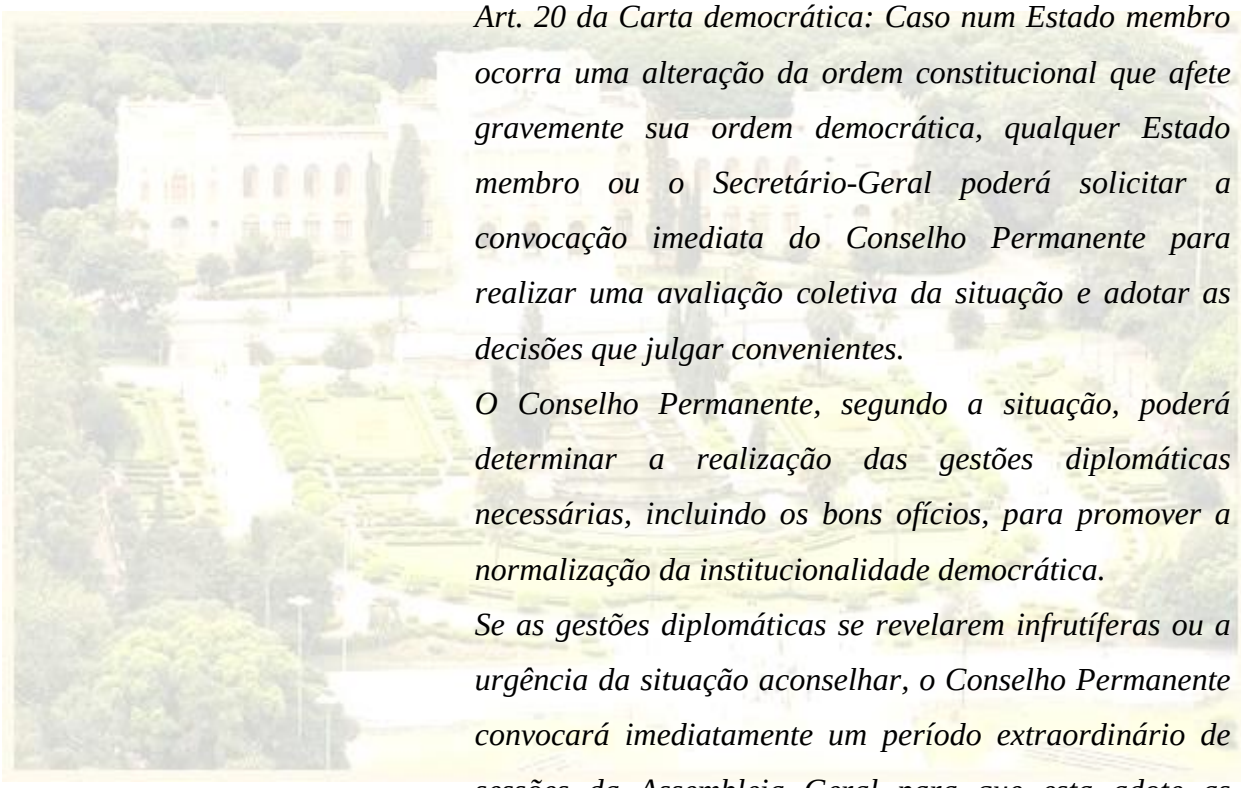
Motivações à parte, a greve da PDVSA movimenta setores importantes da Venezuela, inclusive a mídia nacional, e foi usada como justificativa para destituir Chavéz de seu cargo no dia 12 de abril, dissolver o Congresso e empossar Pedro Carmona, presidente da FVCC, como chefe do executivo.

Fora o apoio da mídia, Carmona foi tido como representante legítimo da Venezuela por países como EUA, que usaram como fundamento a própria Carta Democrática,

em específico o Art. 2[5], para definir que Chávez era um "governo não democrático" (LLORENS, 2004).

Todavia, com o auxílio de setores civis favoráveis a sua retomada, Chávez retorna ao poder no dia 13 de abril, o que não impediu a continuidade de disputas internas e questionamentos sobre sua legitimidade como presidente da Venezuela.

Com isso, Chávez, como forma de desclassificar Carmona, e por conseguinte reforçar sua legitimidade, apresenta por meio da delegação da Venezuela perante a OEA uma requisição formal para que a Organização atue no país por meio do mecanismo de proteção do Art. 20 da Carta Democrática:



> *Art. 20 da Carta democrática: Caso num Estado membro ocorra uma alteração da ordem constitucional que afete gravemente sua ordem democrática, qualquer Estado membro ou o Secretário-Geral poderá solicitar a convocação imediata do Conselho Permanente para realizar uma avaliação coletiva da situação e adotar as decisões que julgar convenientes.*
>
> *O Conselho Permanente, segundo a situação, poderá determinar a realização das gestões diplomáticas necessárias, incluindo os bons ofícios, para promover a normalização da institucionalidade democrática.*
>
> *Se as gestões diplomáticas se revelarem infrutíferas ou a urgência da situação aconselhar, o Conselho Permanente convocará imediatamente um período extraordinário de sessões da Assembleia Geral para que esta adote as decisões que julgar apropriadas, incluindo gestões diplomáticas, em conformidade com a Carta da Organização, o Direito Internacional e as disposições desta Carta Democrática.*

[5] Art 2. da Carta Democrática Interamericana:O exercício efetivo da democracia representativa é a base do Estado de Direito e dos regimes constitucionais dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos. A democracia representativa reforça-se e aprofunda-se com a participação permanente, ética e responsável dos cidadãos em um marco de legalidade, em conformidade com a respectiva ordem constitucional.

> *No processo, serão realizadas as gestões diplomáticas necessárias, incluindo os bons ofícios, para promover a normalização da institucionalidade democrática.*

Porém, ao contrário do previsto no citado artigo do instrumento normativo, a requisição pontua a necessidade do Conselho Permanente (CP) promover imediatamente uma sessão extraordinária da AG, pedido que foi atendido pelo CP com a justificativa da urgência da crise institucional na Venezuela.

Em pouco tempo, no dia 15 de abril, a sessão foi aberta, e a delegação da Venezuela apresentou o parecer "A situação atual na Venezuela" (CP/doc.3671/02). O documento defendia a normalidade democrática no governo de Chávez e denunciava ações do grupo de Carmona como "díspares ao espírito da democracia representativa".

A sessão contou com a participação de Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguay, Peru, República Dominicana e Uruguai, e resultou na aprovação da resolução AG/RES. 811 (1315/02).

A resolução da sessão extraordinária pontua que atuação do grupo de Carmona descumpriu a normalidade democrática na Venezuela, e por conseguinte a Carta Democrática, e deliberou pela convocação de uma 2ª sessão extraordinária da Assembleia Geral no dia 18 de abril de 2002.

Frente a impossibilidade de acesso a ata desta 2ª sessão, a única informação disponibilizada pela OEA é que o evento aprovou a resolução AG/RES. 1 (XXIX-E/02). A citada resolução, reitera o deliberado na 1ª sessão, porém se diferencia ao indicar que Chávez, a fim de cumprir o Art. 4[6] da Carta Democrática, deve garantir a participação de grupos antagônicos na sociedade civil, inclusive os que lideraram os acontecimentos políticos de 12 de abril.

Apesar da emissão da resolução por meio da sessão extraordinária da AG, que significaria em teoria uma concordância entre os Estados Membros, a delegação da Venezuela da OEA protocolou um novo projeto de resolução (CP/doc. 3676/02) para a sessão ordinária da AG, agendada para 2 de junho de 2002.

[6] Art. 4 da Carta Democrática: São componentes fundamentais do exercício da democracia a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa.

Novamente se substanciando na Carta Democrática, o projeto venezuelano define que a proteção a Democracia, na forma do Art. 1 da Carta, exige o apoio "[...] de forma plena e absoluta o Governo constitucionalmente eleito da República Bolivariana da Venezuela, presidido por Hugo Chávez Frías"

Apoiados no projeto venezuelano, as delegações da Argentina, Bolívia, Costa Rica e Peru apresentam uma contraposta de resolução (CP/doc.3677/02). A nova proposta reitera como legítimo o governo de Chávez, porém sugere a participação do Secretário Geral da OEA como facilitador entre os grupos políticos antagônicos e para supervisionar a liberdade de expressão na Venezuela.

Logo, era perceptível que apesar de parte significativa dos Estados Membros acordarem sobre a permanência de Chávez no poder, existia a preocupação sobre a manutenção dos direitos e garantias individuais na Venezuela.

Frente às proposições das delegações dos Estados Membros, a questão sobre a situação política volta a ser debatida na reunião da Ordinária da Assembleia Geral no dia 4 de junho de 2002. Na própria abertura do evento, o Secretário Geral da OEA Cézar Gaviria relatou que:

> *Na manhã de sábado (12.02.02), aquele que se autodenominava presidente do governo de transição, informou à OEA que havia sido alterada a ordem constitucional e fez algumas outras afirmações, que constavam de uma mensagem distribuída às delegações. Também declarou que queriam fazer-se representar na reunião por um funcionário da Missão da Venezuela e que logo enviaram as cartas de credenciamento. [...] Podemos afirmar que o governo, que acabava de ser instaurado sem nenhuma legitimidade democrática, era fruto de decisões tomadas pelos militares. Esta Missão recebeu numerosas queixas sobre a responsabilidade nesses fatos dos Círculos Bolivarianos, grupos de cidadãos ou organizações de base que apoiam o projeto político do Presidente. Muitos setores a eles atribuem a responsabilidade de violações de direitos humanos, de*

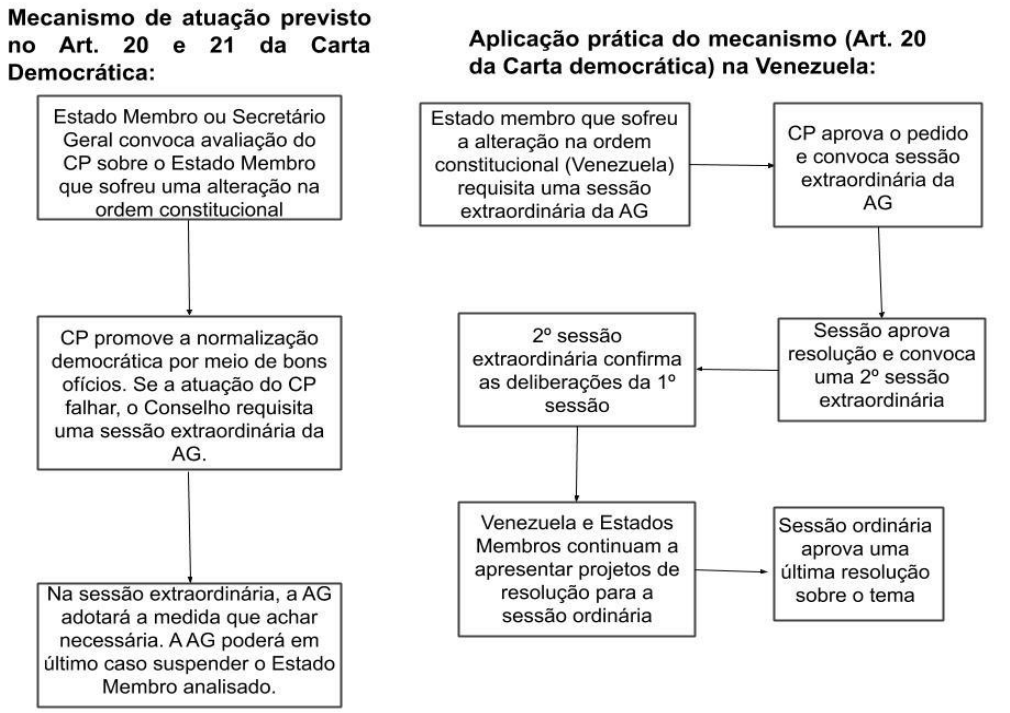
> *atos de intimidação e de saques. Os representantes dos donos dos meios de comunicação e um grupo de jornalistas consideram que os Círculos Bolivarianos são a maior ameaça à liberdade de imprensa e expressão. (GAVIRIA,2002)*

A síntese final desta reunião foi a produção da resolução AG/DEC. 28 (XXXII-O/02), o documento, aprovado por maioria dos Estados Membros, ratifica que a OEA reconhece o governo de Chávez, e que o mesmo deve aplicar "sem distinção e com rigoroso respeito à letra e ao espírito da Carta Democrática Interamericana, os mecanismos nela previstos para a preservação e defesa da democracia representativa, reiterando a rejeição do uso da violência".

Se o ímpeto da criação do mecanismo de proteção do Art. 20 surgiu para facilitar a atuação da OEA, sua aplicação por Chávez em 2002 demonstra que o instrumento normativo foi uma ferramenta importante para que o presidente deposto defendesse sua legitimidade ao demais Estados do continente americano.

É inegável que Chávez alcançou seu objetivo principal, porém os demais Estados Membros, e a própria OEA, também se aproveitaram do mecanismo para impor ao governo venezuelano a observância aos direitos e garantias substanciados na Carta Democrática.

Por fim, vale contrapor as diferenças entre o procedimento previsto para os mecanismos da Carta Democrática e o que foi colocado em prática no caso da Venezuela:



3. **HAITI (2004)**

Anterior a própria aprovação da Carta Democrática, o Haiti foi o cenário de uma das mais importantes atuações da OEA em prol da Democracia. Em 1991, quando Jean-Bertrand Aristide, à época presidente, foi deposto por um grupo de militares, a OEA agiu com rapidez para articular em conjunto com os Estados Membros sanções econômicas ao governo recém instituído no Haiti, o que auxílio na rápida saída dos militares no poder.

Graças a atuação da Organização, Aristide retornou ao poder em 1994 e consagrou "uma importante vitória da nova linha de atuação da OEA em prol das democracias representativas" (ARRIGHI, 2009, p.73).

Posteriormente Aristide retorna a posição de presidente em 2001, porém em fevereiro de 2004 se alastra uma série de protestos no Haiti exigindo sua saída. As movimentações políticas contavam com a participação do grupo paramilitar *Frente de Reconstrucción Nacional* (FRN), o que gerou conflitos armados entre a FRN e a polícia haitiana.

Frente a situação de caos político, a delegação haitiana, apoiada pela CARICOM, Brasil, Canadá e México, requisitaram o auxílio da OEA por meio do documento "Apoio à ordem pública e ao fortalecimento da democracia no Haiti" em 19 de fevereiro.

O projeto de resolução pontua que o espírito da Carta Democrática afirma e protege a democracia representativa, e expressa "firme apoio ao Governo do Presidente do Haiti, Jean- Bertrand Aristide, em seus esforços para restaurar a ordem pública por meios constitucionais".

Por fim, o documento requisita a instauração de missão especial da OEA no Haiti, e o apoio do sistema de proteção da Organização no país.

Posteriormente, no dia 26 de fevereiro de 2004, as delegações do Brasil, Canadá e México apresentam uma nova proposta de resolução (CP/doc. 3840/04), que reitera a necessidade da Organização atuar em prol da permanência de Aristide.

A requisição das entidades foi atendida pela OEA, que por meio do Art. 20 da Carta Democrática, enviou uma missão especial ao Haiti para auxiliar na mediação entre Aristide e os grupos opositores.

Todavia, Aristide é novamente deposto em 29 de fevereiro de 2004 e enviado para República Centro africana, em seguida o congresso apresenta uma carta de renúncia assinada por Aristide e Boniface Alexandre, à época presidente da suprema corte haitiana, assume como presidente interino.

Apesar da renúncia ser tida como voluntária, e o trâmite ter seguido a constituição haitiana, Aristide definiu sua saída como um "sequestro" e o governo de Boniface como um "golpe institucional" (BELAN, 2017).

Ao contrário de alguns Estados Membros da OEA, que se posicionam contrários a saída de Aristide, o EUA se mostrou favorável às reivindicações dos grupos opositores e reconheceu prontamente Boniface Alexandre como representante do Haiti (VIGGIANO, 2011), e requisitou a continuidade da participação do governo provisória na Organização.

Após a renúncia de Aristide, o Conselho Permanente, que atuava no país como observador, elaborou um relatório (CP/doc. 3849/04) sobre a questão do Haiti, e apresentou para os Estados Membros em 12 de março. O relatório dispunha como um dos objetivos para a OEA no Haiti:

> *Apoiar o governo interino imparcial para que promova o respeito aos direitos humanos e ao primado da lei e comece a preparar eleições no prazo aproximado de um ano. [...] (CONSELHO PERMANENTE, 2004).*

Vale destacar que o relatório pontua que a Organização manteve contato com opositores de Aristide:

> *"oposição também se mostrou unida em torno da opinião de que a comunidade internacional não deveria atender ao pedido formulado pelo Presidente Aristide, referente a uma força internacional para colaborar com a segurança no Haiti, por considerar que tal assistência seria usada pelo Governo para sustentar-se no poder" (CONSELHO PERMANENTE, 2004).*

Por fim, o relatório pontua como parecer técnica da OEA a permanência de Boniface Alexandre como governo provisório, mas que Boniface não poderia ser eleito em uma futura pleito, e deveria colaborar para o arranjo de novas eleições após a estabilização política no Haiti.

Mesmo com uma posição oficial da OEA, as delegações de Antígua e Barbuda, Bahamas, Belize, Dominica, Grenada, Guiana, Jamaica, Saint Kitts e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname e Trinidad e Tobago, apresentam o documento "A situação no Haiti" em 25 de maio de 2004.

O documento requisita a aplicação do mecanismo do Art. 20 da Carta Democrática frente aos "atos deploráveis de violência que levaram aos acontecimentos de 29 de fevereiro de 2004 e dos dias seguintes".

Citando o caso da Venezuela como um precedente, o documento requer a abertura de uma sessão extraordinária da Assembleia Geral como forma de discutir os meios de uma "democracia plena e duradoura e o fortalecimento de instituições democráticas" no Haiti.

A requisição dos Estados Membros não é atendida, porém parte dos Estados Membros insistiram que a discussão fosse então encaminhada para a sessão ordinária da

Assembleia Geral em 8 de junho de 2004. Mais do que um mero tópico da sessão, a questão do Haiti foi objeto de ao menos 10 projetos de resoluções de vários Estados Membros.

No final, a sessão ordinária termina com uma decisão pouco conciliatório: é aprovada a resolução AG/RES. 2058 (XXXIV-O/04) com o título de "A situação no Haiti: fortalecimento da democracia".

A resolução não é favorável a Aristide, pois confirma como legítimo o governo provisório no Haiti. Em contrapartida, o documento opta pela criação de uma missão especial, organizada pelo Conselho Permanente, para supervisionar uma nova eleição no Haiti, com base no Art. 23 da Carta Democrática[7].

Com isso, a discordância entre os Estados Membros, e a própria OEA, sobre a legitimidade do governo de Boniface Alexandre impede a aplicação do mecanismo de proteção a democracias da Carta Democrática, mas os debates levam como solução o uso do mecanismo de missões especiais para, ao menos, garantir a legalidade nas eleições do Haiti.

4. HONDURAS (2009)

Localizada geograficamente próxima de uma grande pontecial, Honduras é historicamente cercada por interesses econômicos e militares dos EUA (CONDE, 2009). Parte significante das indústrias estadunidenses alocaram suas produções em Honduras, e uma grande base militar, Joint Task Force ("JTF"), havia sido construída pelo EUA em 87.

Advindo da elite hondurenha, Manuel Zelaya foi eleito em 2005 como um político de direita e conservador, porém em 2008 se alia a Associação Bolivariana para os Povos da Nossa América (ALBA), organização que defende a independência econômico dos países americanos aos EUA.

Igualmente, Zelaya inicia uma série de reformas em Honduras, como estatização de fábricas e um projeto de reforma agrária (ESTAÚN, 2011). Para se aproximar politicamente a ALBA, o governo inicia um projeto de desmilitarização da base JTF e transformação em um aeroporto civil.

[7] Art. 23 da Carta Democrática: Os Estados membros são os responsáveis pela organização, realização e garantia de processos eleitorais livres e justos.
Os Estados membros, no exercício de sua soberania, poderão solicitar à OEA assessoria ou assistência para o fortalecimento e o desenvolvimento de suas instituições e seus processos eleitorais, inclusive o envio de missões preliminares com esse propósito.

Vale destacar que o governo de Zelaya também foi cercado de denúncias e polêmicas, como o envolvimento do presidente com escândalos de corrupção e censura as mídias, o que auxiliou um clima de descontentamento interno em Honduras (RAMIS, 2010).

Em um período de animosidade interna e desconforto em Washington, Zelaya propõe no dia 24 de junho de 2009 um referendo popular sobre a criação de uma nova assembleia constituinte para o dia 28 de junho, que seria uma "quarta urna" em conjunto com as eleições gerais.

A proposta foi negada pelo Congresso e proibida pela suprema corte hondurenha, medidas ignoradas por Zelaya, que continuou a sustentar a "quarta urna" sobre a assembleia constituinte. Como forma de impedir o presidente hondurenho, o judiciário emite um mandado de prisão para Zelaya no dia 25 de junho.

O agravamento das disputas fez com que Zelaya, no dia 26 de junho, pedisse o auxílio da OEA, nos termos do Art. 17 da Carta democrática:

> *"Quando o governo de um Estado membro considerar que seu processo político institucional democrático ou seu legítimo exercício do poder está em risco poderá recorrer ao Secretário-Geral ou ao Conselho Permanente, a fim de solicitar assistência para o fortalecimento e preservação da institucionalidade democrática." (OEA, 2001).*

O pedido de auxílio é acolhido pela Organização, que delibera pela criação de uma "Comissão Especial para visitar Honduras com a finalidade de fazer uma análise dos acontecimentos e contribuir para um diálogo nacional amplo" (CONSELHO PERMANENTE, 2009, p. 2)

Todavia, no dia 28 de junho - data do referendo - o exército hondurenho intercepta ilegalmente o presidente e o envia para Costa Rica. Em seguida, o congresso apresenta uma carta de renúncia de Zelaya, de validade questionável, e Roberto Micheletti é constituído como presidente interino.

A retirada de Zelaya foi justificada como um "golpe preventivo", em que a " legalidade da retirada teria sido dada pelo Congresso e pela Corte Suprema" (GARCIA, 2010, p. 127).

Mesmo com o processo de legitimação interna, o Conselho Permanente, com base no pedido de Zelaya do dia 26 de junho, convoca uma sessão extraordinária da AG.

A sessão extraordinária, que ocorreu no dia 30 de julho, aprovou a resolução AG/RES. 1 (XXXVII-E/09), o documento define o processo de Honduras como um "golpe de estado":

> *Condenar energicamente o golpe de Estado contra o Governo constitucional de Honduras e a detenção arbitrária e a expulsão do país do Presidente Constitucional José Manuel Zelaya Rosales, que provocou a alteração inconstitucional da ordem democrática (OEA, 2009).*

A resolução pontua o não reconhecimento do governo de Micheletti, e requereu a restituição de Zelaya a sua posição em 72 horas. Por fim, o documento pontua que os descumprimentos da resolução levariam a suspensão de Honduras na OEA, na forma do Art. 21 da Carta Democrática:

> *Quando a Assembleia Geral, convocada para um período extraordinário de sessões, constatar que ocorreu a ruptura da ordem democrática num Estado membro e que as gestões diplomáticas tenham sido infrutíferas, em conformidade com a Carta da OEA tomará a decisão de suspender o referido Estado membro do exercício de seu direito de participação na OEA mediante o voto afirmativo de dois terços dos Estados membros. A suspensão entrará em vigor imediatamente (OEA, 2009).*

Mesmo com a deliberação advinda da OEA, a gestão de Micheletti se recusou a restituir Zelaya a posição de presidente, com isso, no dia 04 de julho, ocorreu uma segunda reunião extraordinária da Assembleia Geral, em que se oficializou a suspensão de Honduras da Organização, e a concordância dos países signatários da resolução em alterar sua diplomacia e política econômica com o Estado suspenso.

Vale destacar a mobilização dos EUA para inviabilizar, em um primeiro momento, o governo de Micheletti, seja por meio de uma nota de repúdio à retirada de Zelaya ou sendo signatário das duas resoluções oriundas das reuniões extraordinárias.

Sobre essa postura da política externa estadunidense, Garcia (2010) e Ordóñez (2013) - em produções acadêmicas diferentes - pontuam similarmente que a ocasião política de Honduras serviu como uma "prova" da gestão Obama (2009 - 2017) de uma postura mais comprometida com a democracia, de forma a reparar a atuação dos EUA na Venezuela (2002) e Haiti (2004).

A linha adotada pela administração Obama não foi um consenso interno, e sofreu discussões e debates dentro do congresso estadunidense, em que parte dos parlamentares republicanos eram favoráveis a permanência de Micheletti (LOWENTHAL, 2010).

Com o apoio majoritários dos Estados Membros, a OEA encontrou apoio - e financiamento das delegações - para estabelecer um sistema de de mediação entre Zelaya e os grupos opositores, com a condução de Oscar Arias, o então presidente da Costa Rica.

Arias propôs uma solução para os conflitos por meio do Acordo de San José, documento com as seguintes proposições:

> *1) Formação de um governo de unidade e reconciliação nacional;*
> *2) Anistia política por crimes políticos que ocorreram antes e depois de 28 de junho 2009;*
> *3) Renuncie à convocação de uma Assembleia Constituinte e toque nos chamados artigos de pedra da constituição hondurenha;*
> *4) Avanço das eleições para 28 de outubro de 2009. Início da campanha eleitoral em 1º de agosto. Para fazer isso, peça não promover a insurreição civil e inclui a supervisão das eleições por uma comissão internacional;*
> *5) As Forças Armadas de Honduras permanecerão sob o controle da Supremo Tribunal Eleitoral a partir de um mês antes das eleições;*

> *6) Retorno de Zelaya para poder até 27 de janeiro de 2010;*
> *7) Uma comissão de verificação será formada presidido pela OEA e um grupo de notáveis hondurenhos e uma comissão de verificação presidido pela comissão de direitos humanos;*
> *8) Suspensão de sanções internacional;*
> *9) Entrada em vigor do contrato de San José;*
> *10) A comissão de verificação monitorar a conformidade com o Contrato*
> *(OEA, 2009)*

Apesar da concordância de Zelaya, os grupos opositores se negaram a cumprir o Acordo de San José, o que levou a novas reprimendas da OEA, que, por intermédio do Conselho Permanente, emitiu as resoluções 4432/09 (manutenção da integridade física de Zelaya) e 4433/09 (Repúdio à suspensão das garantias constitucionais em Honduras).

Como forma de sanar as inquietações internacionais, o governo provisório agendou novas eleições para 29 de novembro de 2009, que levaram a vitória de Porfirio Lobo. Tanto as eleições quanto a vitória de Lobo foram questionadas pela OEA, que continuou a não reconhecer o governo hondurenho como válido.

Conjuntamente, o MERCOSUL e países como Argentina, Bolívia, Brasil, Ecuador, Nicarágua, Paraguai, Uruguai e Venezuela questionaram a validade das eleições hondurenhas, e a restrição de supervisão do rito eleitoral realizada por Micheletti.

De maneira contrária aos demais, o EUA opta por reconhecer o governo de Lobo, um político reconhecido e aclamado pelos grupos opositores e com uma política diferente de seu antecessor. Sobre a posição estadunidense, Ordóñez (2013) pontua:

> *"Quando surgem crises democráticas, os EUA apressadamente aceitar um presidente substituto, mesmo que esse substituto seja um oponente do ex-presidente e tenha uma agenda política muito diferente, como foi o caso de [Porfirio Lobo] em Honduras A reversão da posição de Obama sobre a questão da restituição de*

> *Zelaya dá credibilidade ao argumento de que os EUA continuarão a tolerar golpes, se o resultado for favorável à política dos EUA"*

Perdido o apoio dos EUA, a OEA perde credibilidade em sua atuação em Honduras, e dificulta a atuação de algumas delegações na Organização, a ponto que Lobo consegue retornar a atuar no espaço internacional interamericano em 2010.

5. CONCLUSÃO

Além da mera aplicação ou não de um instrumento normativo, os casos analisados demonstram o desafio central na utilização da Carta Democrática: como definir se uma ruptura política foi democrática ou não?

Está questão envolveu os 3 casos analisados e coloca em evidência quais as perspectivas democráticas do sistema interamericano. Afinal, seja pela herança da atuação da OEA no período da Guerra Fria, ou pela própria concepção difundida pela Organização, o modelo de Democracia Liberal continua sendo o parâmetro de avaliação de democracias no continente americano (SANTOS, 2001; CAMARGO, 2013; ARCENAUX, 2007).

E com uma perspectiva de Democracia Liberal em que o "estado é protetor de uma sociedade centrada na economia'' (HABERMAS, 1995, p. 43) difundida no continente, era inevitável o conflito com os governos da chamada "esquerda latino americana". Afinal, os três casos práticos surgem como resultado de tensões políticas entre grupos hegemônicos e reformas econômicas e sociais.

Os casos analisados têm como ponto em comum o fato de que as ações políticas foram legitimadas como formas de interromper líderes "autoritários" e "populistas", mesmo que em detrimento da manutenção da democracia representativa. Mas, vista as semelhanças entre os três casos, como explicar a forma como cada situação foi interpretada pelo sistema interamericano?

Um caminho possível é admitir que a balança do multilateralismo no sistema interamericano ainda não foi totalmente equalizada, e ainda é impactada pela assimetria de poder político e econômico. Eis o cenário que permitiu que a política externa dos Estados Unidos em cada caso prático fosse um fator determinante na aplicação da Carta Democrática.

Reconhecer o impacto da influência estadunidense na OEA não pode ou deve levar à conclusão precipitada que a Organização carece de importância na atualidade, afinal é natural que os Estados Nacionais busquem respaldo de suas próprias políticas no cenário interamericano. Como disposto por Santos (1998), o fato determinante da eficiência do espaço internacional é questionar se os Estados Membros buscam ou não participar da Organização Internacional.

Adotada esta perspectiva, ainda que cercada de desigualdades, a OEA se consagrou como um espaço de busca e participação dos Estados Membros, em que a Carta Democrática, por meio de seus mecanismos de proteção e supervisão, possibilita que a Assembleia Geral se torne uma ferramenta viável de discussão frente tensões democráticas no continente.

BIBLIOGRAFIA

ARCENAUX, Craig; PION-BERLIN, David. Issues, Threats, and Institutions: Explaning OAS Responses to Democratic Dilemmas in Latin America. **Latin American Politics and Society**, Northfield, v. 49, n.2, p. 1-31, 2007.

ARRIGHI, Jean Michael. El sistema interamericano y la defensa de la democracia. **Agenda Internacional**, v. 16, n. 27, p. 69-94, 7 dez. 2009.

BAENA SOARES, João C. **Síntese de uma gestão, 1984-1994**. Organização dos Estados Americanos, p. 22-130, 1994.

BATALLA, Isabel Clemente; FERRO, Lilia. **El golpe de estado en Venezuela de abril de 2002 y su proyección internacional**. Documentos de Trabajo, Montevideo, v. 1, n. 63, p.1-43, nov. 2004.

BELAN, César. Aristide: Herói ou Vilão? Considerações sobre a história política recente no Haiti. (1980 – 2004). **Passagens**: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, [s.l.], v. 9, n. 2, p.330-349, 31 maio 2017.

BUENO, Elen de Paula; OLIVEIRA, Victor Arruda Pereira de. **O Congresso do Panamá (1826): perspectivas políticas, teóricas e jurídicas nas relações internacionais.** São Paulo: Papel Político, 2015.

CAMARGO, Alan Gabriel. A promoção de Democracia pela OEA: perspectiva sobre os envolvimentos da organização nas crises democráticas do Pós-Guerra Fria. **Monções**: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v. 2, n. 3, p. 261-285, set. 2013. ISSN 2316-

8323. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes/article/view/2463/1530>. Acesso em: 19 fev. 2020.

CONDE, Alfonso. Soberanía y democracia. A propósito de las bases militares norteamericanas. **Revista Periferias**. n.18, v.13, 2009. Disponível em: http://www.fisyp.org.ar/WEBFISYP/Periferias18.pdf#page=35, acesso em 15 de jun 2019.

ESTAÚN, Eva. Honduras: la impunidad de un golpe de Estado. **Revista de Derecho UNED**, n.8, 2011. Disponível em: http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2011-8-5210&dsID=Documento.pdf. Acesso em 15 de jun 2019.

CONSELHO PERMANENTE. **Relatório sobre a situação no Haiti** - CP/doc. 3849/04. 12/03/2004.

CONSELHO PERMANENTE. **Situação em Honduras** - CP/doc.4418/09 rev. 1. 29/06/2009.

DELEGAÇÕES DA ARGENTINA; BOLÍVIA; COSTA RICA; PERU PERANTE A OEA. **Apoio ao governo democraticamente eleito do presidente constitucional da república bolivariana da Venezuela, Hugo Chávez** - CP/doc.3677/02. Conselho Permanente. 24/04/2002.

DELEGAÇÕES DO ANTÍGUA E BARBUDA, BAHAMAS, BELIZE, DOMINICA, GRENADA, GUIANA, JAMAICA, SAINT KITTS E NEVIS, SANTA LÚCIA, SÃO VICENTE E GRANADINAS, SURINAME E TRINIDAD E TOBAGO. **A situação no Haiti** - CP/doc.3905/04. Conselho Permanente. 25/05/2004.

DELEGAÇÕES DO BRASIL, CANADÁ; MÉXICO; HAITI PERANTE A OEA; CARICOM. **Apoio à ordem pública e ao fortalecimento da democracia no Haiti** - CP/doc.3834/04. Conselho Permanente. 19/02/2004.

_____. **Situação no Haiti** - CP/doc. 3840/04. Conselho Permanente. 26/02/2004.

DELEGAÇÃO DA VENEZUELA PERANTE A OEA. **A situação atual na Venezuela. Conselho Permanente da OEA** - CP/doc.3671/02. 15/04/2002.

DELEGAÇÃO DA VENEZUELA PERANTE A OEA. **Apoio a Venezuela** - CP/doc.3676/02. Assembleia Geral da OEA. 22/04/2002.

FAGUNDES, Pedro Ernesto. A atuação da Organização dos Estados Americanos (OEA) nas crises políticas contemporâneas. **Meridiano 47**, Brasília, v. 117, n. 1, p.30-32, abr. 2010.

GALLAROTTI, Giulio. The Limits of International Organization: Systematic Failure in the Management of International Relations. **International Organization**, s/n, n.45, p.183-220, 1991.

GARCIA, Marco Aurélio. O que está em jogo em Honduras. **Revista Mundo e Desenvolvimento**, S/n, v. 18, n. 3, p.123-129, dez. 2010. Disponível em: http://ieei.unesp.br/portal/wp-content/uploads/2010/01/Politica-Externa-18-03-Marco-Aurelio-Garcia.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020.

GAVIRIA, César. **Palabras del Secretario General de la OEA**. Celebración del Cincuentenario de la Organización de los Estados Americanos, Santafé de Bogotá, 30 de abril 1998.

GAVIRIA, César. **Sobre a situação na Venezuela**. Abertura da 32ª sessão ordinária da Assembleia Geral, Barbados, 04 de junho de 2002.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova- Revista de Cultura e Política,** s/i, v. 36, n. 1, p.39-54,1995.

HERZ, Mônica. **CARTA DA OEA (1948)**. In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). História da paz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 315-336.

INMAN, Samuel Guy. **Inter-American Conferences 1826-1954: History and Problems.** Washington: University Press Of Washington D.c., 1965. 282 p.

LEVITT, Barry. Desultory Defense of Democracy: OAS Resolution 1080 and the Inter-American Democratic Charter. **Latin American Politics and Society**, Northfield, v. 48, n. 3, p. 93-123, 2006.

LLORENS, Pedro. **Contra Chávez**. Caracas, Grupo editorial Random House Mondadori, 2004.

LÓPEZ MAYA, Margarita. Entre protestas y contraprotestas el gobierno de Chávez se endurece y debilita, **Observatorio Social de América Latina**, Buenos Aires, p. 97- 103, 2002

LOWENTHAL, A. F. Obama and the americas promise, disappointment, opportunity. **Foreign Affairs**, v.89, n.4, p. 110-124, 2010

MARKOFF, John. **Democracia: transformações passadas, desafios presentes e perspectivas futura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 15, no 32, jan./abr. 2013.

ORDÓÑEZ, Silvana Lorena DÍaz. **La actuación de la oea frente al golpe de estado de Honduras (2009).** 2013. 59 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Relaciones Internacionales, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, 2013. Disponível em: <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/7435/2/TFLACSO-2013SLDO.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2020

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Acordo de San José**, 06 de novembro de 2009.

_____. **Apoio à institucionalidade democrática na Venezuela** - AG/RES. 811 (1315/02). Sessão extraordinária da Assembleia Geral. Washington. 15/04/2002.

_____. **Apoio à democracia na Venezuela** - AG/RES. 1 (XXIX-E/02). Sessão extraordinária da Assembleia Geral. Washington. 18/04/2002.

_____. **A situação no Haiti: fortalecimento da democracia** - AG/RES. 2058 (XXXIV-O/04). 34ª sessão ordinária da Assembleia Geral, Quito, 08/06/2004.

_____. **Carta Democrática Interamericana,** 11 de setembro de 2001. Disponível em http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm.

_____. **Declaração sobre a democracia na Venezuela** - AG/DEC. 28 (XXXII-O/02). 32ª sessão ordinária da Assembleia Geral, Barbados, 04/05/2002.

_____. **Sobre a crise política em Honduras** - AG/RES. 1(XXXVII-E/09) rev. 1. Sessão extraordinária da Assembleia Geral. Washington. 02/07/2009.

PAYNE, David J. The Inter-American Comission on Human Rights of the Organization of American States: A case study. **American University Journal of Internacional Law and Policy**, Washington, v.9, n.1, p. 95-115, 1993.

RAMIS, Neus. **La OEA y la promoción de la democracia en las Américas: un objetivo en construcción**. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2010.

SALAS CRUZ, Armando. The Inter-American Democratic Charter and the Inter-American Court of Human Rights. **Cuest. Const**., México, n. 31, p. 185-235, 2014 . Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932014000200007&lng=es&nrm=iso. Acesso em 10 jan 2020.

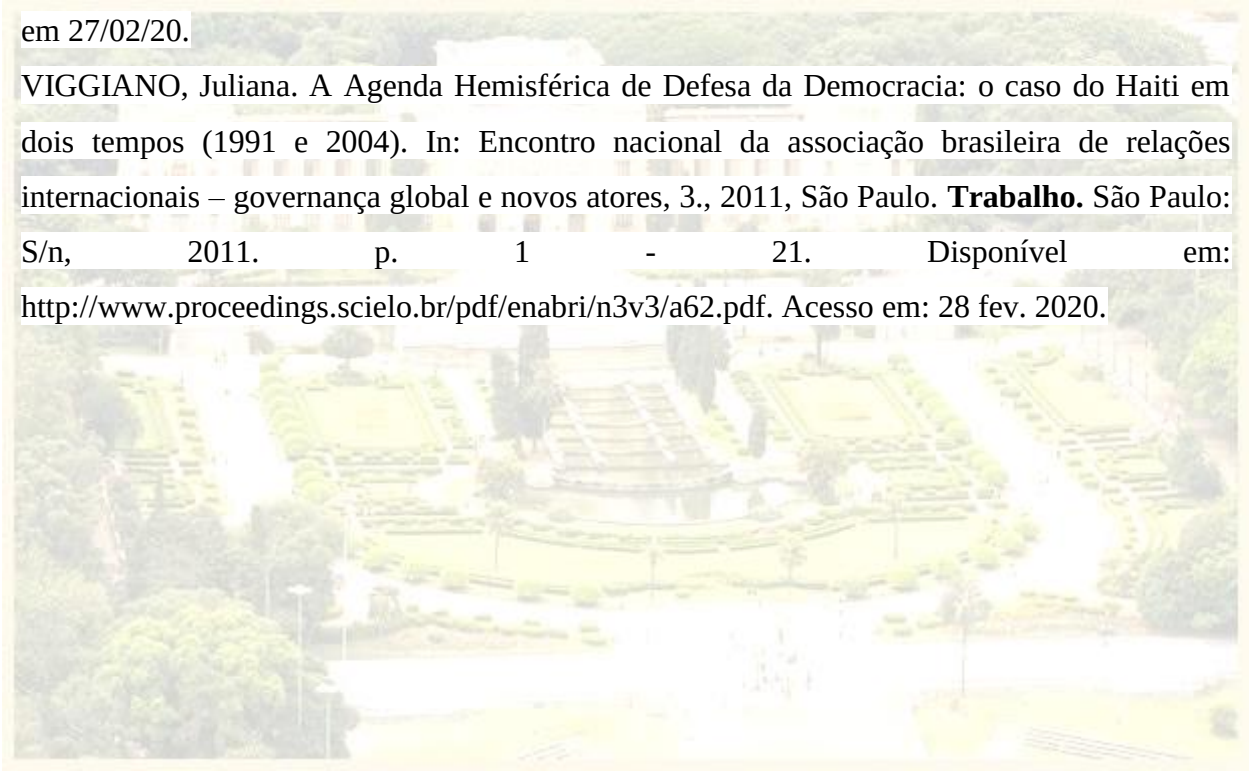
SANTOS, Maria Helena de Castro. Que Democracia? Uma Visão Conceitual desde a Perspectiva dos Países em Desenvolvimento. **Dados**, Rio de Janeiro , v. 44, n. 4, p. 729-771, 2001 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000400003&lng=en&nrm=iso. Acesso em 29 fev. 2020.

THÉRIEN, Jean- Philippe, FORTMANN, Michael, GOSSELIN, Guy. The Organization of American States: Restructuting Inter American Multilateralism. **Global Governance**, s/n, v. 2, n. 2, p. 215-240, 1996.

UNIÃO PAN AMERICANA. **Declaração de Proteção aos Ideias Interamericanos contra Ideologias Estrangeiras.** I Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores. Panamá. 23/09/1939 a 03/11/1939. Disponível em http://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%201.pdf. Acesso em 27/02/20.

_____ **Resolução de Regulamentações de Atividades subversivas.** III Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores. Rio de Janeiro. 15/01/1942 a 28/01/1942. Disponível em http://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%203.pdf. Acesso em 27/02/20.

VIGGIANO, Juliana. A Agenda Hemisférica de Defesa da Democracia: o caso do Haiti em dois tempos (1991 e 2004). In: Encontro nacional da associação brasileira de relações internacionais – governança global e novos atores, 3., 2011, São Paulo. **Trabalho.** São Paulo: S/n, 2011. p. 1 - 21. Disponível em: http://www.proceedings.scielo.br/pdf/enabri/n3v3/a62.pdf. Acesso em: 28 fev. 2020.



All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br

(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

A NORMA JURÍDICA DE DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E SEUS DESAFIOS CONCEITUAIS

THE LEGAL NORM OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND ITS CONCEPTUAL CHALLENGES

Alex Silva Oliveira [1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0001-8066-4197

Submissão: 02/03/2020 Aprovação: 07/03/2020

RESUMO:

As normas jurídicas de Direito Internacional de Direitos Humanos não mais comportam a estreiteza conceitual do positivismo do século XX. Este estudo visa a evidenciar, por meio do método dedutivo e semiótico peirciano, os principais desafios a serem enfrentados, e suas consequências jurídicas, quando se adota um conceito positivista isolado de Direitos Humanos. É destacado um entendimento da norma jurídica de Direitos Humanos mais adequado conceitual e metodologicamente. Conclui-se, neste estudo, que a falta de unicidade conceitual sobre a norma de Direitos Humanos implica, como um dos fatores, na falta de sua difusão na percepção e na consciência coletiva da sociedade humana. Ademais, é argumentado que os Direitos Humanos são, na verdade, a interface do Direito lógico-formal com a Ética, no sentido peirciano.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direito Internacional. Filosofia do Direito. Ética. Semiótica.

ABSTRACT

The legal norms of international human rights law no longer contain the conceptual narrowness of twentieth-century positivism. This study aims to highlight, through the deductive and Peircean semiotic method, the main challenges to be faced, and their legal

∗ Trabalho apresentado no II Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito, Coordenado pelo Acadêmico Titular da Cadeira SanTiago Dantas, Professor Doutor Alfredo Attié Jr.

[1] Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), vinculado à Cadeira SanTiago Dantas da Academia Paulista de Direito. Doutorando em Direito Internacional pela Universidade de Montreal (UdeM). Mestre em Direito Internacional e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado. E-mail: alex.silva.oliveira@usp.br

consequences, when adopting an isolated positivist concept of Human Rights. An understanding of the most appropriate human rights legal standard is conceptually and methodologically highlighted. In this article, it is concluded that the lack of conceptual uniqueness about what human rights norm is leads to the lack of its diffusion in the perception and collective consciousness of human society. Moreover, it is argued that human rights are the interface of logical-formal law with Ethics in the Peircean sense.

KEYWORDS: Human Rights. International Law. Philosophy of Law. Ethics. Semiotics.

1. INTRODUÇÃO

As prescrições enunciativas de Direitos Humanos confirmam um novo momento paradigmático para a ciência jurídica, pois se, de um lado, mostram uma complexificação das relações jurídicas ao longo da história humana – principalmente, no cenário internacional pós Segunda Guerra Mundial -, de outro lado, revelam que o Direito positivado, por si só, é incapaz de explicar seu fundamento jurídico.

Neste estudo, intenta-se, fundamentalmente, elucidar essa insuficiência. Ademais, oferece-se uma outra via metodológica de estudo do tema, por meio da filosofia e semiótica de Charles Sanders Peirce, além de se aplicar o método dedutivo para atingir a esse esclarecimento sobre o assunto.

Primeiramente, é feita uma análise das características elementares que distinguem um enunciado qualquer de uma norma jurídica. A partir do conceito adotado de norma jurídica sob uma perspectiva comunicativa e todas as consequências epistemológicas advindas dessa abordagem, busca-se remetê-la ao campo específico do Direito Internacional.

Na segunda seção deste artigo, o foco é compreender a extensão e a aproximação, ou não, do Direito com a Moral e a Ética. É nesta seção que se encontra a abordagem semiótica e filosófica de Peirce aplicada ao Direito e, não obstante, ao Direito Internacional, com reflexos específicos no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Por fim, após entender a norma jurídica no contexto da comunicação, é possível verificar a não uniformização da ideia sobre o que seria a norma de Direitos Humanos; o quanto essa heterogeneidade conceitual é prejudicial para a própria vocação universalista desses direitos; a própria insuficiência do Direito positivo em responder a esses

questionamentos; e, finalmente, enxergar os Direitos Humanos para além do Direito lógico-formal, como uma interface entre o Direito e a Ética, no sentido peirciano.

2. A NORMA JURÍDICA E SEUS ATRIBUTOS ESSENCIAIS

O saber jurídico, desde a Antiguidade, tinha a ver com arte teorética (de conhecimento e de avaliação das obras), sendo uma combinação de conhecer (demonstração) e estimar ou avaliar (persuasão). Ou seja, enquanto *ars*, o *jus* continha uma relação com *virtus*, o domínio da ação, visando à perfeição, com base em conhecimento, saber verdadeiro. Assim nasceu a ideia de saber jurídico como *ars* e como *prudentia*. Para os antigos, a sabedoria jurídica (jurisprudência), como se vê, não estava apartada do verdadeiro, visto que era produção do verdadeiro no belo, no útil, no justo[2]. O homem hodierno interpela a natureza pela técnica, isto é, provoca-a. Desta forma, enquanto a técnica, na Antiguidade, prostrava-se com humildade perante a natureza, a técnica contemporânea força a natureza, ocultando-a, ao manipulá-la[3].

Ademais, para fins de elucidar a que tipo de homem contemporâneo esse artigo faz referência, relevante destacar que o comportamento é troca de mensagens, comunicação. Essa troca de mensagens é o elemento básico da sociedade, do sistema social. Trata-se de um dado irrecusável, posto que o homem sempre se comporta, se comunica: é impossível não se comportar, não se comunicar. Ou seja, a comunicação não tem contrários: mesmo que não queiramos nos comunicar estamos comunicando que não queremos nos comunicar[4].

---

[2] A Justiça confere ao Direito um significado no sentido de razão de existir. A perda ou ausência do sentido de justiça é, por assim dizer, o máximo denominador comum de todas as formas de perturbação existencial, pois o homem ou a sociedade, cujo senso de justiça foi destruído, não resiste mais às circunstâncias e perde, de resto, o sentido do dever-ser do comportamento. A Justiça é um princípio doador de sentido para o universo jurídico. Ela é um princípio regulativo do Direito, mas não seria constitutivo. Por esse motivo, a imoralidade faria com que a obrigação jurídica perdesse sentido, mas não torna a obrigação jurídica juridicamente inválida (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, págs. 328 e 333. Para o autor, a Justiça é o princípio e o problema moral do Direito, *op. cit.* pág. 332). Na minha concepção, a Justiça tem um papel mais fundamental ainda do que a conferência de sentido ao fenômeno jurídico: ela é, na verdade, um valor estético no sentido peirciano (essa teoria não será desenvolvida nesse texto, pois está descrito em outro artigo próprio sobre o assunto).

[3] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 325.

[4] WATZLAWICK, PAUL; BEAVIN, JANET H.; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana**. São Paulo: Cultrix, 1973, pág. 44 *in* FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 76. Nesse sentido, as normas, tanto as morais quanto as jurídicas, organizam-se em discursos sob a égide de outros discursos que fundam sua legitimidade – discurso entendido como uma unidade de conteúdo que organiza as significações em direção a um sentido, que por sua vez organiza uma concepção de mundo, de homem, de saber e de sociabilidade (RODRIGUES, Mayra. **Ética e Jornalismo: uma cartografia dos valores**. 2ª ed. São Paulo: Escrituras, 2004, pág. 24).

De acordo com esse postulado, pode-se afirmar que a comunicação humana ocorre em dois níveis: o nível do cometimento[5] e o nível do relato. O primeiro refere-se à mensagem que emana de nós, no qual determinam as relações (de subordinação, de coordenação), e que é transmitida de forma não verbal (pelo tom da voz, pela expressão facial, pelo modo como estamos vestidos etc.). O último indica o conteúdo que transmitimos, a mensagem que emanamos[6].

As situações comunicativas são complexas[7], dotadas de seletividade[8] e contingência[9]. Diante dessas características, criam-se mecanismos, ou estruturas, que garantem a essas situações um grau de estabilidade: as atitudes cognitivas[10] e normativas[11]. Uma diferença entre as duas atitudes mencionadas estaria em que a primeira descreve a normalidade, e a segunda prescreve a normalidade do comportamento.

Entender a norma como comunicação é propor que o caráter da jurisdicidade das normas está no grau de institucionalização[12] da relação entre o emissor e o receptor da mensagem normativa[13]. Se o reconhecimento do caráter jurídico de uma norma depende do grau de institucionalização da relação de autoridade manifesta em seu cometimento, o fundamento do Direito não está na força (*vis*, de onde deriva violência). Embora o ato de coação (força) faça parte do Direito, isso não quer dizer que ele seja responsável por sua existência. Portanto, o que vai dar caráter jurídico à norma é a institucionalização dessa relação de autoridade. O cometimento jurídico[14] constrói-se por referência básica das relações

[5] Nesse nível, a mensagem emitida por alguém sobre o modo como a relação entre ele e eu receptor deve ser por este encarada admite três possibilidades: a relação ou é confirmada, ou é rejeitada ou não é confirmada. A confirmação é uma reação de reconhecimento da relação. A rejeição é uma reação de negação da relação. A não confirmação é uma reação de desconhecimento da relação (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 81).

[6] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 76.

[7] Entende-se por complexidade um número de possibilidades de ação maior que o das possibilidades atualizáveis (LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. Hamburgo: Rowohlt Taschenbuch, 1972, pág. 40).

[8] Seletivas no sentido de que, nessas situações comportamentais, selecionam-se expectativas e possibilidades atualizáveis de interação (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 77).

[9] Contingência entendida como a possibilidade de ocorrer ou não a expectativa selecionada (*Id. Ibid.* pág. 77).

[10] Atitudes cognitivas são expectativas cuja durabilidade é garantida pela generalização de possibilidade, por meio de observação. Elas são atitudes adaptativas manifestadas em regras igualmente adaptativas, como, por exemplo, as leis científicas, que descrevem a normalidade do comportamento e nos permitem controlar a contingência dos sistemas sociais (*Id. Ibid.*, pág. 78).

[11] São expectativas cuja durabilidade é garantida por uma generalização não adaptativa. Elas se manifestam por meio das normas (*Id. Ibid.*, pág. 78).

[12] A institucionalização do emissor da norma em seu mais alto grau numa sociedade dada nos permite dizer que estamos diante de uma norma jurídica. Que uma institucionalização ocorre em seu mais alto grau significa que o presumido consenso social prevalece sobre qualquer outro consenso real ou suposto (*Id. Ibid.* pág. 82).

[13] *Id. Ibid.*, pág. 80.

[14] O cometimento, do ponto de vista zetético, corresponderia ao caráter vinculante, conquanto o relato é afim à hipótese normativa mais a consequência jurídica.

entre as partes a um terceiro comunicador: por exemplo, o juiz, o costume, o legislador. É pela referência a esse terceiro comunicador que se institucionaliza, na comunicação normativa, a relação complementar autoridade/sujeito[15].

Somados à expectativa normativa institucionalizada estão os núcleos significativos, isto é, centros integradores de sentido que conferem à variedade certa unidade aceitável para as interações sociais[16]. Os valores se inserem nessa categoria, pois imprimem uma preferência (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente[17]. Para conceder um mínimo de consistência concreta, ainda que genérica, outro mecanismo integrador é utilizado: as ideologias. Estas são conjuntos mais ou menos consistentes, últimos e globais de avaliações dos próprios valores. As ideologias são fechadas, delimitadas, não dialogam, mas polemizam entre si e buscam a hegemonia de umas sobre as outras. São um mecanismo estabilizador, mas também atuam como mecanismo de denúncia de outras ideologias[18]. Nesta perspectiva, não é qualquer conteúdo que pode se constituir o relato das chamadas normas jurídicas, mas apenas os que podem ser generalizador socialmente, isto é, que manifestem núcleos significativos vigentes numa sociedade, nomeadamente por força da ideologia prevalecente e, com base nela, dos valores, dos papéis sociais e das pessoas com ela conformes.

Em suma, as normas jurídicas podem ser equacionadas como expectativas contrafáticas, que se expressam por meio de proposições de dever-ser (deve, é obrigatório, é proibido, é permitido, é facultado), estabelecendo-se entre os comunicadores sociais relações complementares institucionalizadas em alto grau (relação metacomplementar de autoridade/sujeito), cujos conteúdos têm sentido generalizável, conforme núcleos significativos mais ou menos abstratos[19].

---

[15] Existe uma metacomplementariedade que significa, pois, que a relação complementar de autoridade entre as partes está garantida por outra relação complementar de autoridade que tem a primeira por objeto (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, págs. 82-83).

[16] LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. Hamburgo: Rowohlt Taschenbuch, 1972 *in* FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 85.

[17] Valores são, assim, símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, ou ainda, fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do sentido de consenso social (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 86).

[18] *Id. Ibid.*, págs. 86-87.

[19] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 87.

Outro ponto ressaltante com relação às normas jurídicas diz respeito à coação e à coerção. As normas jurídicas são coercivas, mas não são necessariamente coativas. A coercibilidade seria uma característica que se relaciona à suscetibilidade de aplicação da coação. Há normas de Direito Internacional que não são coercivas naquele sentido, de modo que não há uma relação automática entre coercibilidade e sanção-castigo[20]. A coercibilidade tem antes a ver com a relação de autoridade institucionalizada[21].

A norma jurídica pode ter o atributo de generalidade quanto ao destinatário (generalidade em oposição a individualidade) e quanto ao conteúdo (abstrato em oposição ao concreto). Outra característica da norma jurídica é a bilateralidade no sentido de alteridade, isto é, demarcam-se as posições socialmente relevantes dos sujeitos. Dessa maneira, a norma jurídica é entendida como um imperativo despsicologizado, ou melhor, um diretivo vinculante, coercivo, no sentido de institucionalizado, bilateral, que estatui uma hipótese normativa (*facti species*) à qual imputa uma consequência jurídica (que pode ser ou não uma sanção), e que funciona como um critério para a tomada de decisão (decidibilidade)[22].

No caso do Direito Internacional, por exemplo, sobre a determinação se uma norma jurídica existir por causa do costume internacional, John Tasioulas afirma que se dá primeiro seu conteúdo putativo (por exemplo, sobre o comprimento do mar territorial, os requisitos de proteção diplomática, a imunidade dos Estados soberanos de certas formas de intervenção e assim por diante). Este conteúdo especificará algum padrão de conduta (estatal) ao qual uma modalidade normativa (obrigatória, inadmissível, permissível, etc.) é atribuída sob certas condições. Para determinar se a norma jurídica internacional, até o presente momento meramente nocional, chamada X, existe como uma questão de direito internacional consuetudinário, dever-se-ia abordar as duas questões a seguir:
1. Prática do Estado: existe evidência de que os Estados geralmente conformam sua conduta a

[20] Para Noberto Bobbio que entende uma teoria do Direito como conjunto de regras com sanção organizada, essa dificuldade a respeito da sanção como atributo essencial da norma jurídica poderia ser solucionada pela perspectiva aduzida: enxergar a sanção organizada como elemento constitutivo do Direito, não se referindo às normas singulares, mas ao ordenamento normativo tomado no seu conjunto, razão pela qual, dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de todo outro tipo de ordenamento não implica que todas as normas desse sistema sejam sancionadas, mas apenas que o seja a maior parte. Quando se pergunta se uma norma singular é ou não uma norma jurídica, o critério da juridicidade, nesta perspectiva, não seria certamente a sanção, mas a pertinência ao sistema, ou a validade, no sentido de referibilidade da norma a uma das fontes de produção normativa reconhecidas como legítimas. A sanção, portanto, teria relação não com a validade, mas com a eficácia (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Edipro, 2016, pág. 164).

[21] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 94.

[22] Quando há classificações legais, nos códigos, muitos autores preferem considerá-las como meros elementos de orientação, só adquirindo caráter normativo se das classificações resulta um regime jurídico, isto é, uma disciplina global e vinculante para uma situação de fato (*Id. Ibid.*, págs. 95-96).

X, adotando comportamentos consistentes com o conteúdo normativo de X? Por exemplo, se X é uma norma que impõe obrigações, é o caso em que os Estados geralmente fazem, ou abstêm-se de fazer, o que X os ordena a fazer, ou abstêm-se de fazer? 2. *Opinio juris*: existe evidência de que os Estados adotem uma ou outra das seguintes atitudes em relação a X: [OJ1] a criação de uma regra jurídica internacional segundo a qual o padrão de comportamento especificado tem o significado normativo associado a ele por X é moralmente justificado, e essa regra legal deve ser criada por meio de um processo que envolva a prática geral do Estado consistente com X e um endosso moral pelos Estados do estabelecimento de X como uma regra legal, ou [OJ2] X já é uma norma do direito internacional consuetudinário, ou seja, existe como uma prática geral do Estado e a *opinio juris* (ou seja, OJ1), e o status de X como norma jurídica (ou conformidade com ela como tal) é moralmente justificado. Em suma, a *opinio juris* envolveria, segundo John Tasioulas, o julgamento de que uma norma já faz parte do Direito Internacional consuetudinário e de que (o cumprimento) é moralmente justificado (OJ2); ou que, como uma questão moral, deve ser estabelecida como lei através do processo da prática[23] geral do Estado e da *opinio juris* (OJ1); ou então alguma mistura dessas duas atitudes[24].

Podem-se constatar três implicações genuinamente advindas dessa teoria: 1. Embora a prática estatal e a *opinio juris* sejam, como uma questão conceitual, variáveis independentes na formação e persistência do Direito Internacional consuetudinário, o caso paradigmático é aquele em que a prática estatal geral e a opinião generalizada estão presentes. De fato, especialmente no caso do OJ2, a existência de *opinio juris* é o que em parte explica a prática do Estado; 2. Em casos apropriados, a prática estatal e a *opinio juris* podem ser trocadas entre si dentro da estrutura interpretativa para avaliar a formação de normas consuetudinárias. Em particular, as normas consuetudinárias podem surgir, apesar da ausência de muita prática geral de apoio do Estado, ou ao extremo, mesmo no âmago de uma prática compensatória considerável[25]. Isso ocorre porque uma escassez de prática do estado pode ser

[23] A prática, dessa forma, é o produto natural da *opinio juris*, a manifestação prática do julgamento de valor que a última incorpora (TASIOULAS, John. **Custom, jus cogens and human rights**. Book chapter for CUSTOM'S FUTURE: INTERNATIONAL LAW IN A CHANGING WORLD (Curtis A. Bradley ed., forthcoming Cambridge University Press), p. 6.

[24] *Id. Ibid.*, p. 2-3. Uma vantagem dessa especificação disjuntiva da *opinio juris* - como OJ1 ou OJ2 - é que ela desativa o chamado "paradoxo do costume", segundo o qual a criação do novo direito internacional consuetudinário tem como premissa inevitável o erro ou engano por parte dos Estados (*Id. Ibid.*, p. 5).

[25] O relatório do relator especial da *International Law Comission* é ambíguo sobre esse assunto. Algumas formulações sugerem que ambos os elementos, prática estatal e *opinio juris*, devem estar presentes no caso de cada norma do Direito Internacional consuetudinário. Outras formulações sugerem apenas a tese mais fraca de que a prática estatal e a *opinio juris* são relevantes para a existência de qualquer norma internacional costumeira, sem tornar necessária a presença da primeira em cada caso. O efeito dessa ambiguidade é atenuado pelo fato de

compensada por altos níveis de *opinio juris*, especialmente se houver um forte argumento moral para a norma em questão. Esse caso deve ser tipicamente construído em torno daqueles valores que são especialmente importantes para a legitimidade do Direito Internacional, como coexistência pacífica, direitos humanos, proteção ambiental, etc. Observe-se, no entanto, que essa dimensão avaliativa para a formação do Direito Internacional consuetudinário requer julgamentos sobre valores objetivos; não pode ser reduzido a um conjunto de fatos adicionais sobre quais Estados ou outros atores acreditam ser valores importantes; 3. Embora a evidência de *opinio juris* possa estabelecer uma norma costumeira na ausência de apoio à prática geral do Estado, a posição inversa é muito rara, se é que alguma vez se estabelece. Na medida em que o fizer, provavelmente envolverá casos em que a *opinio juris* é deduzida principalmente da prática geral do Estado. Segue-se que a *opinio juris* é sempre necessária para a formação do Direito Internacional consuetudinário, mesmo que algumas vezes sua existência seja inferida, especialmente, a partir de um padrão de prática geral do Estado. Essas características, em destaque a número 2, congrega uma série de benefícios, dentre eles: (a) Ela permite que novos Direitos potencialmente vinculativos-universais possam existir (ou o façam mais rapidamente do que seria o caso) nas áreas em que são necessários, mas onde há muita prática estatal contrária, por exemplo, normas de Direitos Humanos e os Direitos da guerra ou nos casos em que a prática estatal ainda não teve a oportunidade de desenvolver, por exemplo, o Direito do Espaço Sideral; (b) Ele permite que o Direito seja alterado por meio de mudanças em larga escala na *opinio juris*, evitando assim a ideia legitimadora e perigosa de que a única maneira de reformar o Direito Internacional consuetudinário existente é por meio de um vasto programa orquestrando sua violação persistente; (c) Ao interpretar a *opinio juris* como um ingrediente independente da prática estatal, potencialmente possibilita a *opinio juris* de atores não estatais, como órgãos das Nações Unidas, organizações e tribunais internacionais, organizações não-governamentais, opinião acadêmica especializada, etc. seja levada em consideração quando apropriado, em termos de aprimoramento da legitimidade do Direito Internacional. De fato, por uma extensão adicional, permite-nos levar em consideração a prática apropriada de atores não estatais, especialmente em relação a normas putativas que regulam as atividades de tais atores, como os vários órgãos das Nações Unidas[26].

---

que, como observado anteriormente, segundo o Relatório, a prática do estado e a *opinio juris* se sobrepõem maciçamente (TASIOULAS, John. **Custom, jus cogens and human rights**. Book chapter for CUSTOM'S FUTURE: INTERNATIONAL LAW IN A CHANGING WORLD (Curtis A. Bradley ed., forthcoming Cambridge University Press), p. 6-7).

[26] TASIOULAS, John. **Custom, jus cogens and human rights**. Book chapter for CUSTOM'S FUTURE: INTERNATIONAL LAW IN A CHANGING WORLD (Curtis A. Bradley ed., forthcoming Cambridge University Press), p. 6-7.

3. DIREITO, MORAL[27] E ÉTICA[28]

Nesta perspectiva, o que constitui o Direito e que lhe confere realidade seria o estabelecimento de relações metacomplementares, hierárquicas, de autoridade/sujeito. O Direito seria uma organização de poder. Seu princípio constitutivo seria a impositividade autoritária, embora seu princípio regulativo, que lhe confere o sentido, seria a Justiça[29]. Sob esse prisma, seria possível a existência de um Direito à margem ou até contra a exigência moral de Justiça e, ao mesmo tempo, seria impossível evitar-lhe a manifesta percepção da injustiça e a consequente perda de sentido[30].

Por esta razão, entender a Justiça como valor estético no sentido peirciano[31] é uma solução científica a este paradoxo que requer uma reclassificação da própria ciência

---

[27] A moral caminhou em direção mais específica ao ser vinculada ao conjunto de valores que norteia uma sociedade ou determinado segmento social. A ética também assume por vezes esse significado. Os costumes, os valores, as leis, uma moral vigente sempre nos precedem. São neles que somos criados e isso não se passa em brancas nuvens, como se a qualquer momento pudéssemos olhar de um ponto distanciado: isentos, objetivos. Dessa maneira, as concepções ético/não ético e moral/imoral equacionam-se em torno de um único vetor: estar ou não de acordo com a moral constituída. Essa adequação à moral que precede e sobredetermina o sujeito é a noção de virtude (RODRIGUES, Mayra. **Ética e Jornalismo: uma cartografia dos valores**. 2ª ed. São Paulo: Escrituras, 2004, págs. 17 e 61-63).

[28] "Embora *ta ethé* e *mores* signifiquem o mesmo, ou seja, costumes e modos de agir de uma sociedade, entretanto no singular, *ethos* é o caráter ou temperamento individual que deve ser educado para os valores da sociedade, e ética é aquela parte da filosofia que se dedica à análise dos próprios valores e das condutas humanas, indagando sobre seu sentido, sua origem, seus fundamentos e finalidades. Sob essa perspectiva geral, a ética procura definir, antes de mais nada, a figura do agente ético e de suas ações e o conjunto de noções ou valores que balizam o campo de uma ação que se considere ética" (CHAUÍ, Marilena. Uma ideologia perversa. **Folha de São Paulo, Caderno Mais**, 14 de março de 1999 *in* RODRIGUES, Mayra. **Ética e Jornalismo: uma cartografia dos valores.** 2ª ed. São Paulo: Escrituras, 2004, pág. 17).

[29] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 334.

[30] Sentido tem, nesta acepção, relação com a ideia de senso comum, entendida como um mundo comum a todos e no qual todos se encontram (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação.** 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 334).

[31] A "metodologia" peirciana é outra palavra para "retórica especulativa". A retórica especulativa é a divisão mais alta da sua "lógica". Lieber argumenta contra o pensamento axiomático e silogístico como um modo de decidir, tanto na ética política quanto no Direito Natural. Ele diz: "Toda ciência, mesmo matemática, tem que partir de alguns axiomas, isto é, de verdades que devem ser provadas por outras ciências, ou são autônomas em sua natureza (...) Parece-me que o único axioma necessário para estabelecer a ciência do Direito natural é este: "Eu existo como ser humano, portanto tenho o direito de existir como ser humano" (LIEBER, Francis. (1839) **Legal and Political Hermeneutics**. St. Louis: G. I. Jones, 1963, págs. 67-68). Entre as grandes homenagens a Lieber estava o discurso presidencial de Elihu Root, na sétima reunião anual da Sociedade Americana de Direito Internacional, em Washington, em 24 de abril de 1913, um ano antes da morte de Peirce. Com uma generosidade quase extravagante, Root citou as inúmeras contribuições que Lieber tinha feito à causa do Direito Internacional, à enorme riqueza da literatura sobre Direito, ética e política que Lieber escreveu. De suas contribuições à ciência dos signos, Root nada disse, nem nada foi dito sobre esse aspecto do trabalho de Lieber (KEVELSON, Roberta. **The Law as a System of Signs**. Plenum Press, 1988, pág. 211). Lieber distingue entre hermenêutica jurídica, como a interpretação de signos, e outras noções mais antigas de interpretação que tendem a ser entendidas em

jurídica fundada não mais na relação de poder, mas nas relações sígnicas jurídicas com base na lógica[32], ética[33] e estética[34] peircianas a fim de conformar um sistema sígnico jurídico geral comunicável com outras instâncias sistêmicas sígnicas jurídicas especializadas[35].

Há certa similaridade entre preceitos morais e normas jurídicas[36]. Ambos têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual[37]. Porém, a norma jurídica admite a separação entre a ação motivada e o motivo da ação, enquanto o preceito moral sempre os considera solidariamente. O Direito pode punir o ato independentemente dos motivos – por exemplo, nos casos de responsabilidade objetiva – mas isto não ocorre com a moral, para a qual a motivação e a ação motivada são inseparáveis. As sanções morais nunca são de conteúdo de seus preceitos, ao passo que as normas jurídicas são caracterizadas por poderem prescrever expressamente suas sanções. Ademais, enquanto o Direito admite as chamadas normas permissivas de conteúdo próprio, a permissão moral é sempre *a contrario sensu*, ou seja, permitido é o que não é moralmente proibido ou obrigatório.

---

relação a "direitos defeituosos e imperfeitos...". Todo o apêndice merece um estudo mais próximo, especialmente as páginas 245-250, em **On the Province of Legal Hermeneutics**, Apêndice C.

[32] É a primeira parte de sua "ciência normativa", seguida da Ética e depois da Estética; esta que Peirce veio a chamar de "ciência do valor".

[33] A Ética é um "tipo de fotografia composta da consciência dos membros da comunidade" (PEIRCE, Charles S. **Manuscritos CP 283**, pág. 39).

[34] A visão de Peirce da liberdade como princípio condutor ou ideal estético, que governa a ética, pode ser representada da seguinte maneira: "A pura brincadeira (...) é um exercício vivo dos próprios poderes. A pura brincadeira não tem regras, exceto essa mesma lei da liberdade (...) a única ordenança do Jogo (é) a lei da liberdade". (**Microfilm collection: 30 reels of manuscript**, with R. Robins's Annotated Catalogue.Amherst: University of Massachusetts Press, 1967:6.458, págs. 460, 461, 463, 467. Ver particularmente a Carta de Schiller XXVII. WILLKINSON, Elizabeth M.; WILLOUGBY, L. A. **Friedrich Schiller on the Aesthetic Education of Man.** Oxford: Clarendon Press. 1967, pág. 215). A estética possui, na teoria peirciana, um lugar proeminente em sua arquitetura filosófica: ela é um alicerce da ética e, por extensão, da própria lógica ou semiótica: "Não foi senão depois disso que obtive a prova de que a lógica deve estar fundada na ética, da qual ela é um desenvolvimento mais elevado. Mas mesmo então, por algum tempo, fui tão imbecil a ponto de não ver que a ética, do mesmo modo, está fundada sobre a estética – pela qual, desnecessário mencionar, eu não quero significar leite e água" (PEIRCE. C. S. **Collected Papers**, C. Hartshorne, P. Weiss e A. W. Burks (eds.). Cambridge, MA: Harvard University Press, 8.255).

[35] Sobre o sistema sígnico jurídico, ver: OLIVEIRA, Alex Silva. **Os juízes brasileiros na Corte Permanente de Justiça Internacional e na Corte Internacional de Justiça**. Dissertação de mestrado em Direito Internacional defendida na Universidade de São Paulo, em 2019, págs 186-264; OLIVEIRA, Alex Silva. **Direito Internacional, Semiótica e Linguagem**. Revista do Curso de Direito da FSG, n. 21 (2017). Disponível em: http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/2595, acessado em 01.12.2018.

[36] Para Joseph Raz, o julgamento é uma forma de justificação moral, porque somente essa espécie de justificação é adequada à tarefa de sustentar a reivindicação de legitimidade inerente ao Direito, ou seja, sua reivindicação de impor obrigações de obediência a seus supostos súditos. Somente uma justificativa fundamentada em padrões morais, em oposição a meras considerações de interesse próprio, por exemplo, pode legitimar a reivindicação do Direito como moralmente vinculativa para seus súditos (RAZ, Joseph. **Hart on Moral Rights and Legal Duties**, 4 OXFORD J. LEG. STUD. 123 (1984)).

[37] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 332.

Para Miguel Reale, além da veste lógico-formal, na norma jurídica, há previsão de um fato ou de um complexo fático (F), que seria a base necessária à formulação da hipótese, da qual resultaria uma consequência (C): "Se F é, C deve ser". Se, por um lado, se enuncia dada consequência, declarando-a obrigatória, é sinal que se pretende atingir um objetivo, realizando-se algo de valioso, ou impedindo a ocorrência de valores negativos. Essa correlação entre fato e valor se dá em razão de um enlace deôntico, isto é, em termos lógicos de dever ser, com que se instaura a norma. Dessa maneira, verifica-se que o momento lógico expresso pela proposição hipotética, ou a forma da regra jurídica, é inseparável de sua base fática e de seus objetivos axiológicos: fato, valor e forma lógica compõem-se, em suma, de maneira complementar, dando-nos, em sua plenitude, a estrutura lógico-fático-axiológica da norma de Direito[38]. O fundamento, a vigência e a eficácia seriam obrigatórias na norma jurídica e corresponderiam, respectivamente, à validade ética[39], à validade formal, ou técnica

[38] Toda regra jurídica, além de eficácia e validade, deve ter um fundamento. O Direito, consoante outra lição de Stammler, deve ser, sempre, "uma tentativa de Direito justo", por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade. O fundamento é o valor ou fim objetivado pela regra de Direito. É a razão de ser da norma, ou *ratio juris.* Impossível é conceber-se uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, págs. 103 e 115). Em uma visão discursiva da norma, esta encontraria sua legitimidade nos processos de sua legitimação, e estes processos podem ser de natureza discursiva ou de natureza não discursiva. Pode-se dizer que aos primeiros vincula-se a formação de instituições (família, escola, institutos de saúde pública etc.) cuja natureza é não discursiva. Tais instituições se encarregam de promover uma prática (também não discursiva), sobretudo encarregam-se de educar para tanto; nessa tarefa tornam a gerar discursos, agora sobre sua organização interna, suas relações com os indivíduos, suas estratégias de persuasão. Mas mesmo no interior dos processos não discursivos, há um discurso na forma negativa, na forma do não-dito (RODRIGUES, Mayra. **Ética e Jornalismo: uma cartografia dos valores**. 2ª ed. São Paulo: Escrituras, 2004, pág. 25). Importante observar que a legitimidade da norma sob o fundamento da institucionalização é coerente com a visão apresentada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. sobre a norma jurídica.

[39] "Assim, uma ação só será ética se consciente, livre e responsável e será virtuosa se realizada em conformidade com o bom e o justo. A ação ética só é virtuosa se for livre e só o será se for autônoma, isto é, se resultar de uma decisão interior do próprio agente e não de uma pressão externa. Evidentemente, isso leva a perceber que há um conflito entre a autonomia da vontade do agente ético (a decisão emana apenas do interior do sujeito e a heteronomia dos valores morais de sua sociedade (os valores são dados externos ao sujeito)). Esse conflito só pode ser resolvido se o agente reconhecer os valores de sua sociedade como se tivessem sido instituídos por ele, como se ele pudesse ser o autor desses valores ou das normas morais, pois, nesse caso, ele será autônomo, agindo como se tivesse dado a si mesmo sua própria lei de ação. Enfim, a ação só é ética se realizar a natureza racional, livre e responsável do sujeito e se este respeitar a racionalidade, liberdade e responsabilidade dos outros agentes, de sorte que a subjetividade ética é uma intersubjetividade socialmente determinada" (CHAUÍ, Marilena. Uma ideologia perversa. **Folha de São Paulo, Caderno Mais**, 14 de março de 1999 *in* RODRIGUES, Mayra. **Ética e Jornalismo: uma cartografia dos valores**. 2ª ed. São Paulo: Escrituras, 2004, pág. 67). Essa noção de ação ética pode ser transportada para a própria norma jurídica: ela precisa prescrever uma hipótese fática pautada na racionalidade, liberdade e responsabilidade do sujeito a que a norma se dirige. A ideia de responsabilidade está sempre relacionada a todos os partícipes da condição e não diz respeito à pessoa isoladamente. Neste sentido, Sartre revela que: "Mas se verdadeiramente a existência precede a essência, o homem é responsável por aquilo que é. Assim, o primeiro esforço do existencialismo é o de pôr todo o homem no domínio do que ele é e de lhe atribuir a total responsabilidade da sua existência. E, quando dizemos que o homem é responsável por si próprio, não queremos dizer que o homem é responsável pela sua restrita individualidade, mas que é responsável por todos os homens" (SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Lisboa: Presença, 1970, pág. 219 *in* RODRIGUES, Mayra. **Ética e Jornalismo: uma cartografia dos valores**. 2ª ed. São Paulo: Escrituras, 2004, pág. 67).

jurídica, e à validade social. Nessa estrutura tridimensional da norma jurídica, a vigência faz referência à norma; a eficácia se reporta ao fato, e o fundamento expressa sempre a exigência de um valor[40].

4. A NATUREZA DA NORMA DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Antes de adentrar o tópico relativo, especificamente, à natureza da norma de Direito Internacional de Direitos Humanos, é importante o conceito de "cultura" entendido como o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo[41]. A vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar permanente e diariamente entre dois ou mais valores. Viver é, por conseguinte, uma realização de fins e o conceito de fim é básico para caracterizar o mundo da cultura. A cultura existe exatamente porque o homem, em busca da realização de fins que lhe são próprios, altera aquilo que lhe é "dado", alterando-se a si próprio. "Cultura", na acepção comum desse termo, indica antes o aprimoramento do espírito, que possibilita aos homens cultivar todos os valores humanos. O termo técnico "cultura", embora distinto do usual, guarda o mesmo sentido ético, o que compreenderemos melhor lembrando que a cultura se desdobra em diversos "ciclos culturais" ou distintos "estágios históricos", cada um dos quais corresponde a uma civilização. O termo "cultura" designa, portanto, um gênero, do qual a "civilização" é uma espécie. Para Miguel Reale, o Direito, sendo uma ciência social, é também uma ciência cultural, esta entendida que, além de ser elemento da cultura, tem por objeto um bem cultural. A sociedade humana, por exemplo, não seria só um fato natural, mas algo que já sofreu no tempo a interferência das gerações sucessivas[42]. Portanto, o próprio Direito Internacional e, não obstante, o Direito

[40] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, pág. 116.

[41] Com a religião/cultura de uma nação em mudança e com os direitos humanos mudando, torna-se extremamente difícil, tanto na teoria quanto na prática, identificar as condições de compatibilidade entre direitos humanos e uma cultura ou religião particular em um tempo e lugar específico (CHESTERMAN, Simon. **Human rights as Subjectivity: The Age of Rights and the Politics of Culture**, Millenium: Journal of International Studies, XXVII (1998), p. 97-118 *in* YASUAKI, Onuma. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI**. Tradução de: Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, pág. 301)

[42] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, págs. 25-27 e 30-31.

Internacional dos Direitos Humanos fazem parte dessa categoria chamada "ciência social", inserida na "ciência cultural"[43].

Os Direitos Humanos têm esse desafio, como ciência jurídica, social e cultural, de se legitimar, universal[44] e normativamente, no "estágio histórico" contemporâneo[45]. Para alguns internacionalistas, esse é o principal motivo pelo qual é tanto impossível de encontrar uma definição única aceitável de "Direitos Humanos" quanto localizar sua origem exata. Alguns ligam os Direitos Humanos como inerentes ao ser humano, uma vez que se acredita que eles se acumulam nos seres humanos em virtude de sua "humanidade". É dito que os Direitos Humanos nasceram com os seres humanos, no sentido de que são simplesmente os direitos da humanidade de forma geral. Alguns acreditam que os direitos humanos são dados por Deus ou natureza[46].

No entendimento de André de Carvalho Ramos, os Direitos Humanos, no plano internacional, podem ser definidos como sendo o conjunto mínimo de direitos considerado essencial para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade, e que ainda se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas[47].

[43] Para garantir a proteção dos direitos humanos em uma nação, os direitos humanos devem ser parte da religião, da cultura e da sociedade de tal modo que as pessoas daquela nação vejam a proteção dos direitos humanos como uma parte natural de suas vidas (YASUAKI, Onuma. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI**. Tradução de: Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, pág. 297).

[44] John Tasioulas afirma que, na perspectiva universalista, os direitos humanos possuem três características: primeiro, são interesses universais, possuídos por todos os seres humanos simplesmente como seres humanos (habitando, podemos acrescentar, alguma época histórica amplamente definida). Segundo, eles são objetivos em status: são interesses dos seres humanos, independentemente de esses seres humanos acreditarem ou não serem interesses deles ou desejarem sua realização. Finalmente, há uma pluralidade de interesses que podem dar origem a direitos humanos. Porém, o autor diz que reduzir os direitos humanos a interesses universais é um erro de categoria. Os interesses pertencem ao domínio da prudência ou do bem-estar, que diz respeito ao que torna uma vida melhor para a pessoa que a vive, enquanto os direitos humanos são padrões morais que impõem deveres a outros, onde a violação do dever implica prejudicar alguém particular - o titular do direito (TASIOULAS, John. **Human Dignity and the Foundations of Human Rights** (29.01.2013), p. 5-6. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2557649, acessado em 30 de out. 2019).

[45] "A emergência desses novos sujeitos (organizações internacionais, povos e indivíduos) é traço característico do direito internacional contemporâneo" (CASSESE, Antonio. **Les individus in Droit International: Bilan et perspectives - v. I.** Paris: UNESCO/Pedone, 1991. p. 119–127 *in* ACCIOLY, HILDEBRANDO; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 493).

[46] ABASS, Ademola. **International Law - Text, Cases, and Materials**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, págs. 692-693.

[47] CARVALHO RAMOS, André De. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 *in* ACCIOLY, HILDEBRANDO; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 494.

No ponto de vista do jus filósofo James Griffin, Direitos Humanos[48] são direitos que permitem a ação de alguém como meramente um agente normativo, e não como um agente normativo com uma grande chance de conseguir o que aquele alguém almeja. "Agente normativo" é um termo limite: uma vez acima do limite, mantendo as diferenças na racionalidade prática ou na habilidade executiva ou em fontes materiais – todas as quais indubitavelmente são – não importa a possessão do alguém desse status. Nenhuma dessas diferenças contínuas na escala mencionada o limite evita que haja um status valioso que venha ele mesmo em escala. Ademais, ser um agente normativo envolve não apenas possuir certas capacidades (julgamento autônomo, ação executiva), mas também exercê-las[49]. Neste contexto, James Griffin propõe uma leitura dos Direitos Humanos como proteções da personalidade no campo da ética, mas secundariamente com implicações para o Direito[50].

Ao internacionalista James Crawford, os problemas de Direitos Humanos surgem nos contextos específicos factuais e jurídicos. Eles precisam ser decididos como referência ao direito aplicável, se são o direito de um Estado particular, dispositivos de uma convenção, ou princípios de Direito Internacional geral. Para o autor, os tratados de direitos humanos não são uma espécie distinta, muito menos um filo. Eles são, antes de tudo, tratados negociados e ratificados por Estados que obrigam os Estados-Membros a uma conduta dos povos, inclusive de seus próprios nacionais[51].

Contrariamente ao posicionamento de Crawford, o atual juiz brasileiro da Corte Internacional de Justiça, Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que a proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário é da essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Orientado essencialmente à proteção das vítimas,

[48] Para o autor, existe uma tendência restritiva do propósito dos Direitos Humanos quando considerados para apenas a regulação do comportamento governamental em relação aos seus cidadãos. Na verdade, o propósito, na visão do autor, é regular o comportamento daqueles em posições de poder em relação aqueles sujeitos ao poder – governos, claramente, mas também, por exemplo, hospitais e pais (GRIFFIN, James. **Human rights and the autonomy of international law** *in* BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. **The Philosophy of International Law**. Oxford University Press: Reino Unido, 2012, p. 353).

[49] James Griffin identifica que os estados pertenceriam à categoria de "agente normativo" (uma vida inteiramente consumida com o desejo de manter o corpo e alma juntos) e estados acima disso (especialmente dotados com sabedoria prática e fontes materiais) (GRIFFIN, James. **Human rights and the autonomy of international law** *in* BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. **The Philosophy of International Law**. Oxford University Press: Reino Unido, 2012, p. 348).

[50] *Id. Ibid.*, p. 353.

[51] CRAWFORD, James. **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, págs. 634-635. O autor ainda menciona sobre o grupo de direitos humanos que se expande constantemente ou que se autodenominam direitos sem clareza ou status jurídico contestável. Isso se dá devido à rápida proliferação de interesses que se julgam como direitos humanos, por exemplo, a asserção de um direito ao turismo, ou desarmamento. O sistema internacional jurídico não possui nenhum processo claro ou critério para qualificar essas denominações como passíveis de reconhecimento legal, e há uma tendência de novos direitos serem conjecturados simplesmente pelo fato de serem constituídos em uma linguagem de direitos (*Id. Ibid.*, pág. 643).

reais (diretas e indiretas) e potenciais, regula as relações entre desiguais, para os fins de proteção, e é dotado de autonomia e especificidade própria. O magistrado internacional entende o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o *corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que têm por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público, e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global como regional. Emanado do Direito Internacional, este *corpus juris* de proteção adquire autonomia, na medida em que regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias[52]. Sua fonte material por excelência reside, em seu entender, na consciência jurídica universal, responsável em última análise pela evolução de todo o Direito na busca da realização da Justiça[53].

Ao abordar os Direitos Humanos de forma sistemática, John Skorupski entende que os Direitos Humanos devem ser entendidos como uma subclasse de direitos. Desta premissa, tem-se, como consequência, uma filosofia de Direitos Humanos ancorada dentro de um conceito geral de direito – ou seja, de direitos e deveres de justiça própria, afastando-se de obrigações morais, ainda que relevantes, de outros tipos. Secundariamente, o autor adota que Direitos Humanos são direitos morais: são direitos que existem independentemente de estarem subscritos ou substituídos pelo direito positivo, ou ainda, de serem declarados 'humanos' ou codificados. Por fim, o autor destaca que nem todos os direitos são Direitos Humanos. A separação de alguns direitos serem considerados 'humanos', para John Skorupski, é um ponto político – não em um sentido pejorativo, mas em um sentido sobre o que se pode e deve ser concordado em se alcançar e em como alcançar, levando-se em consideração as realidades práticas do mundo político[54].

---

[52] CANÇADO TRINDADE, A. A. Trabalho de pesquisa apresentado pelo Autor, em um primeiro momento, nas Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, na forma de conferência de encerramento por ele ministrada em Brasília, em 09.11.2005, e, em um segundo momento, em forma final e definitiva, em forma de três conferências proferidas pelo Autor no XXXIII Curso de Direito Internacional organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, no Rio de Janeiro, em 18 e 21-22 de agosto de 2006, págs. 411-412. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf, acessado em 22.07.2019.

[53] CANÇADO TRINDADE, A. A. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, págs. 3-423.

[54] SKORUPSKI, John. **Human Rights** *in* BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. **The Philosophy of International Law**. Oxford University Press: Reino Unido, 2012, p. 358. Para o autor, os Direitos Humanos

Em um posicionamento de Direitos Humanos mais cético e político[55], John Raws classifica-os como uma classe de direitos que exerce um papel especial em Direito dos Povos razoável: eles restringem as razões justificantes para a guerra e sua condução, também delimitam fronteiras para um regime de autonomia interna[56]. Sob o mesmo prisma conceitual, Joseph Raz entende os Direitos Humanos como direitos que estabelecem limites para a soberania dos Estados, no sentido de que a violação atual ou antecipada é uma razão defensável para se tomar ação contra o violador no cenário internacional, mesmo quando – nos casos que não envolvem tanto Direitos Humanos quanto o cometimento de outras ofensas – a ação não seja permitida, ou normativamente capaz nos termos que infringiria a soberania do Estado[57].

Para Onuma Yasuaki, os Direitos Humanos são geralmente definidos como os direitos que um ser humano tem simplesmente em virtude de ser humano[58]. O autor assevera

---

devem satisfazer três condições: universalidade, exigibilidade entre os Estados e eficácia. Os Direitos Humanos devem ser essencialmente direitos universais morais (*Id. Ibid.*, p. 372-373).

[55] Contrariamente ao aspecto político, John Skorupski afirma que os Direitos Humanos não são distinguíveis de outros direitos por quaisquer critérios filosóficos. Enquanto, para o autor, a questão de quais direitos existem não é uma questão política, a utilidade de introduzir uma categoria especial de Direitos Humanos existe; seria uma questão sobre quais objetivos morais nós ("a comunidade internacional") deveria coletivamente endossar, e como alcançá-los. Ele considera que as declarações de Direitos Humanos devem ser alavancas para que ajudem a eliminar violações graves de direitos morais em todos os Estados (SKORUPSKI, John. **Human Rights** *in* BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. **The Philosophy of International Law**. Oxford University Press: Reino Unido, 2012, p. 357).

[56] RAWS, John. **The Law of Peoples**. 2ª Edição, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999, p. 79.

[57] Contrariamente a Raws, que considera direitos como Direitos humanos somente se suas violações sistemáticas poderia justificar uma intervenção armada, Joseph Raz assume esses direitos cuja violação pode justificar qualquer ação de intervenção contra os violadores, considerando que sejam ações que normalmente seriam não permissíveis sendo violações da soberania do Estado (RAZ, Joseph. **Human Rights Without Foundations** *in* BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. **The Philosophy of International Law**. Oxford University Press: Reino Unido, 2012, p. 328). Para o autor, os Direitos Humanos derivariam de três linhas argumentativas: a primeira, algum interesse individual geralmente combinado com a exposição de como as condições sociais requerem sua satisfação de algumas maneiras (por exemplo, via várias formas de instrução) estabelecendo um direito moral individual. A segunda linha argumentativa mostra que sob algumas condições Estados se vinculam a um dever de respeito ou de promoção do interesse (ou de direitos) dos indivíduos identificados na primeira parte dessa linha argumentativa. A terceira linha argumentativa mostra que os envolvidos nos Direitos Humanos não gozam de imunidade da interferência sobre essas questões. Se todas as partes do argumento forem estabelecidas, então ter-se-á estabelecido que os Direitos Humanos existem. Joseph Raz critica a falta de fundamento moral nessas linhas argumentativas interdependentes (RAZ, Joseph. **Human Rights Without Foundations** *in* BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. **The Philosophy of International Law**. Oxford University Press: Reino Unido, 2012, p. 336).

[58] Levando-se em conta os principais instrumentos internacionais de direitos humanos, bem como as teorias prevalecentes sobre direitos humanos, esse tipo e definição universalista vem sendo adotada não só nos países ocidentais e/ou desenvolvidos, mas em escala global. As potências ocidentais geralmente negaram a universalidade dos direitos humanos, invocando as diferenças de religião, cultura ou costume. Hoje, os argumentos antiuniversalistas com respaldo nas diferenças culturais ou religiosas são feitas principalmente por líderes políticos na Ásia e na África. Por sua vez, os países ocidentais agora afirmam a universalidade dos direitos humanos. Importante salientar que essa universalidade estaria respaldada no bem-estar material e espiritual da humanidade: os direitos humanos seriam uma específica – jurisdicista, individualista e moderna – formulação de um propósito universal para tal bem-estar. É um meio, ao invés de um valor, para a realização desse valor proposto, ou seja, o bem-estar da humanidade (YASUAKI, Onuma. **Direito Internacional em**

que não existe uma definição comum de direitos humanos nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos, como a declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ICCPR) de 1966 e a Declaração de Viena de 1993[59]. Ademais, segundo Onuma, um número de governos e especialistas em países socialistas e países em desenvolvimento tem resistido à definição universalista de direitos humanos[60].

O jus filósofo John Tasioulas[61], com relação ao fundamento dos Direitos Humanos, questiona a dignidade humana e suas acepções fundantes: a primeira é simplesmente referir-se ao conjunto, por mais composto que seja, de direitos humanos genuínos. Esse uso teria como premissa a presunção - infelizmente, raramente defendida ou mesmo explicitamente identificada como tal - de que "dignidade humana" e "direitos humanos" têm um sentido idêntico ou são amplamente equivalentes nos padrões que lhes são aplicáveis. Em uma segunda acepção, e mais interessante, o uso da "dignidade humana" fixaria o significado e o conteúdo distintivos dos direitos humanos em comparação com outros padrões ético-políticos, incluindo direitos morais e legais que não são direitos humanos. Nesse sentido, Jürgen Habermas afirmou que a ideia de dignidade humana é um "portal" ou "dobradiça conceitual", que desempenha uma "função mediadora" entre uma moral de deveres que permeia toda a vida humana, por um lado, e o cronograma limitado de direitos legais executórios devidamente decretados por um Estado Constitucional Democrático, por outro. Assim entendida, a dignidade humana seria um limiar no qual os valores operacionais fundamentais - a moralidade do respeito equitativo - dão origem aos direitos que os indivíduos podem reivindicar em virtude de seu status como cidadãos de um

Perspectiva Transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI. Tradução de: Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, págs. 242-243, pág. 250).

[59] "A promoção e proteção de todos os direitos humanos é uma preocupação legítima da comunidade internacional" (NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Viena**, 25 de junho de 1993, para. 4 (A/CONF.157/23). "Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase" (NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Viena**, 25 de junho de 1993, para. 5 (A/CONF.157/23).

[60] YASUAKI, Onuma. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI**. Tradução de: Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, pág. 242. Ver também: POLLIS, Adamantia. **Liberal, Socialist and Third World Perspectives of Human Rights**, Peter Schwab and Adamantia Pollis, eds., **Toward a Human Right Framework** (Praeger, New York, 1982), p. 1-26.

[61] TASIOULAS, John. **Human Dignity and the Foundations of Human Rights** (29.01.2013), p. 1. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2557649, acessado em 30 de out. 2019.

Estado Democrático[62]. Uma terceira acepção da noção de dignidade humana[63] seria mais profunda, tratando-a como um valor fundamental dos direitos humanos, talvez até sua base normativa exclusiva. Portanto, os Pactos de 1966 sobre os Direitos Civis e Políticos e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirmam que os direitos que enumeram "derivam da dignidade inerente à pessoa humana", afirmação reiterada pela Assembléia Geral da ONU em 1986 (GA Res 41/120) e ecoou por inúmeros instrumentos internacionais, regionais e nacionais de direitos humanos[64].

Acrescentou John Tasioulas que a ideia de dignidade humana é a ideia de um status intrinsecamente valioso que merece nosso respeito, um status fundamentado no fato de ser um ser humano. O que é ser um ser humano, qual é a base ontológica desse status valioso, é um tópico inesgotável, segundo o autor. Mas, em linhas gerais, deve pertencer a uma espécie que, por sua vez, é caracterizada pela posse de uma variedade de características: uma forma peculiar de incorporação; um tempo de vida finito de uma certa magnitude aproximada; capacidades para crescimento físico e reprodução; capacidades psicológicas, como percepção, autoconsciência e memória; e, especificamente, capacidades racionais, como a capacidade para o uso da linguagem, para registrar uma gama diversificada de considerações normativas (incluindo considerações avaliativas, prudenciais, morais, estéticas e outras), e para alinhar os julgamentos, emoções e ações com essas considerações[65].

Por esse motivo, a fim de se afastar da inércia normativa, John Tasioulas adota outra alternativa, que abandona o critério de uniformidade. Sob esse ponto de vista, não é o caso de cada ser humano possuir todos os direitos humanos padrão. Ao invés disso, isso é

---

[62] HABERMAS, J. **'The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights'**, in his The Crisis of the European Union: A Response (Cambridge, UK: Polity Press, 2012), pp. 81-87.

[63] A dignidade humana, por si só, segundo John Tassioulas, não pode gerar nenhum cronograma comum de direitos humanos. Ao invés disso, opera caracteristicamente em íntima união com interesses universais na fundamentação de normas de direitos humanos. A visão resultante dos fundamentos dos direitos humanos é duplamente pluralista: afirma elementos morais (dignidade humana equitativa) e prudenciais (interesses humanos universais) entre os fundamentos dos direitos humanos, e abraça uma pluralidade de interesses humanos universais como potencialmente geradores de direitos humanos (TASIOULAS, John. **Human Dignity and the Foundations of Human Rights** (29.01.2013), p. 14. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2557649, acessado em 30 de out. 2019).

[64] MCCRUDDEN, C. **'Human Dignity and the Judicial Interpretation of Human Rights'**, 19 European Journal of International Law, 2008, pp. 655-724

[65] Para visões similares da dignidade humana, ver: LEE, P; GEORGE, R. P. **'The Nature and Basis of Human Dignity'**, Ratio Juris 21 (2008): 173-193; FINNIS, J.M. **'Equality and Differences'**, Solidarity: The Journal of Catholic Social Thought and Secular Ethics 2 (2012). No entanto, existem algumas diferenças importantes que devem ser observadas, especialmente em Lee e George, das quais John Tasioulas menciona apenas duas. Primeiro, a separação na atribuição da dignidade humana e na atribuição dos direitos humanos. Segundo, diferentemente deles, John não está inclinado a fazer da posse de natureza racional uma condição necessária para a capacidade de ter direitos morais (TASIOULAS, John. **Human Dignity and the Foundations of Human Rights** (29.01.2013), p. 14-15. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2557649, acessado em 30 de out. 2019).

verdade apenas para seres humanos "comuns", que formam os casos centrais de detentores de direitos humanos. Outros seres humanos, como pessoas com demência senil avançada ou em estado vegetativo persistente, gozam de alguns direitos humanos (por exemplo, o direito à vida ou o direito de não serem torturados), mas não todos (por exemplo, o direito ao trabalho ou o direito à participação política)[66]. Na visão resultante, todos os seres humanos possuem dignidade humana em igual medida. Mas quais direitos humanos eles possuem depende também de seus interesses e das considerações limitantes pelas quais esses interesses geram deveres. No caso de seres humanos comuns, sem capacidades prejudicadas, podemos empregar um perfil padronizado de interesses humanos e gerar a lista padrão de direitos humanos. Mas alguns seres humanos são tão prejudicados em sua capacidade de realizar sua natureza humana que é implausível atribuir a eles todos esses direitos, seja por falta de interesses relevantes ou porque, no caso, as condições limitantes para a geração de um dever não são satisfeitas. Eles terão apenas um subconjunto dos direitos humanos padrão[67].

Dessa maneira, é possível perceber uma dissonância conceitual, material e formal relacionada ao Direito Internacional de Direitos Humanos. Observa-se, portanto, uma necessidade imperativa de reconstrução do conceito de Direitos Humanos para que eles sejam reconhecidos por uma parcela maior da humanidade, incluindo os não ocidentais, a fim de congregar os diversos desejos, visões, perspectivas e tendências dos povos de diferentes culturas, religiões e civilizações[68].

A observação prévia sobre a juridicidade - se são efetivamente normas jurídicas, a partir da ótica apresentada na primeira e na segunda seção desse artigo, ou se possuem outra natureza - sob uma perspectiva para além do ocidentalismo e eurocentrismo sujeitos a sua vocação universalista[69] desses diplomas normativos (especialmente a Declaração de Viena de 1993, que engloba prescrições jurídicas do ICESCR e do ICCPR de 1966, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948[70]), torna-se imperiosa, pois

---

[66] *Id. Ibid.*, p. 21.
[67] *Id. Ibid.*
[68] "É preciso se liberar dos conceitos excessivos de liberdade e individualidade, que têm sido suas principais características, em virtude da origem europeia moderna e de seu desenvolvimento ocidentocêntrico" (YASUAKI, Onuma. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI**. Tradução de: Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, pág. 241).
[69] "Os direitos humanos são um dos meios modernos mais importantes para buscar o bem-estar espiritual e material da humanidade" (YASUAKI, Onuma. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI**. Tradução de: Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, pág. 241).
[70] A Declaração de 1948 rompe com as concepções anteriores decorrentes de modernas Declarações de Direitos, que apenas ressaltavam ora o discurso liberal da cidadania (como, por exemplo, a Declaração francesa e a

esses diplomas jurídicos internacionais representam a maioria das nações existentes no momento de sua adoção (eles encarnam a vontade da humanidade de forma mais legítima e abrangente, já que esses instrumentos foram aprovados pela maioria dos governos nacionais, que representam oficialmente o povo de seus países, e muitas das disposições desses instrumentos constituem não apenas um acordo internacional entre os Estados, mas também uma pista para identificar transnacionalmente e transcivilizacionalmente direitos humanos legítimos)[71].

No que tange especificamente à Declaração de Viena de 1993, ela foi aprovada por unanimidade por 171 países, que representam mais de 90 por cento da humanidade, enquanto a Declaração Universal foi aprovada por 40 nações com oito nações se abstendo, em um momento quando grande parte da humanidade ainda estava sob controle colonial. Portanto, em questão de representatividade, há uma diferença significativa entre as duas declarações. Ademais, a Declaração de Viena de 1993 foi adotada dentro de um cenário onde cerca de 1500 ONGs estavam observando o seu processo de elaboração e introjetando a voz da sociedade civil que não foi devidamente representada por muitos governos que participavam na conferência[72].

Uma importante inovação contida na Declaração de Viena de 1993 é sobre o direito ao desenvolvimento[73] como um direito universal e inalienável e parte integrante dos

---

Declaração americana do final do século XVIII), ora o discurso social (como, por exemplo, a Declaração do povo trabalhador e explorado da então República Soviética Russa do início do século XX). Até então os valores liberdade e igualdade vinham divorciados. A Declaração de 1948 vem inovar, prevendo, de forma inédita, que não há liberdade sem igualdade e não há igualdade sem liberdade (PIOVESAN, Flávia; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. **A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. *In* PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 93). Para mais informações, ver: GROS ESPIELL, Hector. **Los derechos económicos, sociales y culturales em el sistema interamericano**. San José: Libro Libre, 1986, p. 16-17.

[71] YASUAKI, Onuma. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI**. Tradução de: Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, pág. 282.

[72] *Id. Ibid.*, págs. 282-283.

[73] Merece destaque a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986. Primeiramente reconhecido pela Comissão da ONU de Direitos Humanos em 1977 (CRH Res. 4, XXXIII), o direito ao desenvolvimento foi consagrado pela Assembleia Geral da ONU em 1986, com a Declaração ao Desenvolvimento de 1986 (NAÇÕES UNIDAS. **General Assembly Resolution 41/128**, de 4 de dezembro de 1986). A Declaração foi adotada por 146 Estados, com um voto contrário (EUA) e oito abstenções. Para Allan Rosas: "A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. (...) Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. (...) Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas de políticas nacionais, como da cooperação internacional. (...) O direito ao desenvolvimento deveria, talvez, ser concebido como uma "umbrela concept" e um programa, que propriamente um direito humano específico. (...) Pode apresentar maior impacto no planejamento e na implementação de políticas e programas, que como um mecanismo jurídico em si mesmo" (ROSAS, Allan. **The Right to Development**. *In* EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, Social and Cultural Rights**. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, pp. 254-255).

direitos humanos fundamentais[74]. Isso só foi possível com o direcionamento para a pessoa humana, como sujeito central do desenvolvimento[75].

A Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, invoca a concepção já tratada na Declaração de 1948, quando, em seu §5º, afirma: "Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase". Portanto, a Declaração de Viena de 1993 evidencia dois aspectos que caracterizam o entendimento atual dos direitos humanos: o alcance universal desses direitos e a unidade indivisível e interdependente que adquirem[76]. Ademais, a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reconhece a relação de interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos[77].

A partir da Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 é possível compreender que a normatividade, segundo a teoria apresentada na primeira seção desse estudo, está presente se: a) existe uma situação comunicativa caracterizada pela complexidade, seletividade e contigência; b) prescreve a normalidade do comportamento; c) há um grau de institucionalização entre emissor e receptor da mensagem normativa que concede o caráter de jurisdicidade das normas; d) há valores[78] que conferem um centro

[74] NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Viena**, 25 de junho de 1993, para. 10 (A/CONF.157/23).

[75] A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 no artigo 2º consagra: "A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento". No artigo 4º do mesmo diploma normativo internacional, os Estados têm o dever de adotar medidas, individualmente ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos, acrescentando que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países em desenvolvimento meios que encorajem o direito ao desenvolvimento.

[76] Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, necessita-se o afastamento da ideia de super valorização de classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) em detrimento de outras (a de direitos sociais, econômicos e culturais), já que a concepção de não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica (PIOVESAN, Flávia; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. **A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. *In* PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 94). Para mais infomações ver: DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. Ithaca: Cornell university Press, 1989, p. 31-32; TRUBEK, David. **Economic, social and cultural rights in the third world: human rights law and human needs programs**. *In*: MERON, Theodor (Editor). **Human Rights in international law: legal and policy issues**. Oxford: Claredon Press, 1984, p. 207.

[77] Os direitos sociais, econômicos e culturais integram não apenas a Declaração Universal, como ainda inúmero outros tratados internacionais, como, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, entre outros (PIOVESAN, Flávia; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. **A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. *In* PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 96).

[78] Sobre os valores na esfera jurídica, Fábio Konder Comparato afirmou que: "A revelação do universo valorativo tornou caduca essa falsa concepção da objetividade do saber, notadamente no vasto campo das ciências do homem. Tivemos que nos render à evidência de que a maior parte de nossa vida se desenvolve não no campo intelectual, mas sim no plano afetivo, sentimental, emotivo; e que o ser humano, antes de ser um

integrador de sentido (conjuntos de conteúdos abstratamente integrados em um sentidos consistente); e) as normas de Direitos Humanos são coercivas, embora não necessariamente coativas. Os Direitos Humanos formam a base Ética da vida social, e é pelo grau de sua vigência na consciência coletiva que se pode aferir o caráter de uma civilização[79].

Em síntese, os Direitos Humanos são a interface e a representação mais cristalina entre a relação de fundamento do Direito, como lógica formal, na Ética, no sentido peirciano, em busca de que o ser humano e a sociedade humana atinjam os valores estéticos, como, por exemplo, a Justiça[80]. Tem-se, portanto, a necessidade imperiosa de se refletir o Direito – e os Direitos Humanos fornecem esse espaço e possibilidade, já que se colocam como novo paradigma ao pensamento puramente lógico-formal normativo jurídico – não apenas nos limites da razão raciocinante, mas com a ferramenta da sensibilidade para se entender sua fonte real e fluxo de criação.

5. CONCLUSÕES

Diante da abordagem realizada neste estudo, é possível entender, primeiramente, que os Direitos Humanos são normas jurídicas por possuírem os atributos necessários para serem classificadas como tais. Contudo, não são normas jurídicas ordinárias: elas assumem importância crucial por se revelarem um novo paradigma para o Direito Internacional e, não obstante, para o próprio Direito.

Elas surgem não apenas da positivação jurídica, mas elas são concebidas também na própria prática costumeira dos diversos sujeitos de Direito Internacional. A pequena amostragem da diversidade de conceitos sobre a caracterização da norma jurídica de

animal racional, é um ente sensível à beleza, à justiça, à generosidade e aos seus correspondentes valores. A revolução axiológica, no entanto, ainda não transformou, como seria de esperar-se, o panorama da ciência jurídica contemporânea. Por força, sobretudo, da predominância positivista no século XX, continuamos a tratar o fenômeno jurídico como se fora puro pensamento expresso em palavras, mero conjunto de proposições normativas, a serem analisadas no registro exclusivo da lógica formal. (...) Assim como a axiologia transformou a ética contemporânea, assim também, segundo se esperava, deveria ela transformar a ciência jurídica. Se os fundamentos do 'dever-ser' não são ideias nem fatos, mas valores, é preciso reconhecer que tanto a Moral quanto o Direito alimentam-se da mesma fonte axiológica, são partes componentes do mesmo sistema normativo. O Direito afinal, em sua essência, como elegantemente afirmou Celso, nada mais é do que *ars boni et aequi* (D. 1, 1)" (COMPARATO, Fábio Konder. **Prefácio**. *In* PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, pp. 19-20). Em suma, o autor corrobora com a necessidade expressa na segunda seção desse estudo: um remodelamento da relação de fundamento do Direito na Ética e na Estética.

[79] *Id. Ibid.*, p. 20.

[80] OLIVEIRA, Alex Silva. **A Justiça como Valor Estético**. Palestra proferida no 16º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Foz de Iguaçu, 2018.

Direitos Humanos revela sua própria complexidade e a necessidade de uma unificação e universalização conceitual a fim de se penetrar sua importância na consciência coletiva social e, por consequência, na percepção da humanidade.

O presente estudo constata a insuficiência do Direito positivo para responder a toda essa complexidade, já que os Direitos Humanos não se encontram apenas na ideia do Direito formal, mas também na Ética, no sentido peirciano. A ressignificação do modelo de Direito apresentado do século XX é o caminho necessário no avanço da ciência jurídica na busca do entendimento dos Direitos Humanos.

Como resposta a esse desafio, este trabalho ofereceu um olhar sobre o Direito como um fenômeno de comunicação e, mais especificamente, como um sistema sígnico jurídico, capaz de se desenvolver dinamicamente, com fundamento na Ética e na Estética, no sentido peirciano. Os Direitos Humanos se inserem na interface entre o próprio Direito e a Ética, não podendo ser compreendidos isoladamente em um ou noutro campo de estudo.

BIBLIOGRAFIA

ABASS, Ademola. **International Law - Text, Cases, and Materials**. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ACCIOLY, HILDEBRANDO; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANÇADO TRINDADE, A. A. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO RAMOS, André De. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASSESE, Antonio. **Les individus in Droit International: Bilan et perspectives - v. I**. Paris: UNESCO/Pedone, 1991.

CHAUÍ, Marilena. Uma ideologia perversa. **Folha de São Paulo, Caderno Mais**, 14 de março de 1999.

CHESTERMAN, Simon. **Human rights as Subjectivity: The Age of Rights and the Politics of Culture**, Millenium: Journal of International Studies, XXVII (1998).

COMPARATO, Fábio Konder. **Prefácio**. In PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CRAWFORD, James. **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. Ithaca: Cornell university Press, 1989.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

FINNIS, J.M. **'Equality and Differences'**, Solidarity: The Journal of Catholic Social Thought and Secular Ethics 2 (2012).

GRIFFIN, James. **Human rights and the autonomy of international law** *in* BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. **The Philosophy of International Law**. Oxford University Press: Reino Unido, 2012.

GROS ESPIELL, Hector. **Los derechos económicos, sociales y culturales em el sistema interamericano**. San José: Libro Libre, 1986.

HABERMAS, J. **'The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights'**, in his The Crisis of the European Union: A Response (Cambridge, UK: Polity Press, 2012).

KEVELSON, Roberta. **The Law as a System of Signs**. Plenum Press, 1988.

LEE, P; GEORGE, R. P. **'The Nature and Basis of Human Dignity'**, Ratio Juris 21 (2008).

LIEBER, Francis. **Legal and Political Hermeneutics** (1839). St. Louis: G. I. Jones, 1963.

LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. Hamburgo: Rowohlt Taschenbuch, 1972.

MCCRUDDEN, C. **'Human Dignity and the Judicial Interpretation of Human Rights'**, 19 European Journal of International Law, 2008.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Viena**, 25 de junho de 1993 (A/CONF.157/23).

_____. **General Assembly Resolution 41/128**, de 4 de dezembro de 1986.

OLIVEIRA, Alex Silva. **A Justiça como Valor Estético**. Palestra proferida no 16º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Foz de Iguaçu, 2018.

_____. **Direito Internacional, Semiótica e Linguagem**. Revista do Curso de Direito da FSG, n. 21 (2017). Disponível em: http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/2595, acessado em 01.12.2018.

_____. **Os juízes brasileiros na Corte Permanente de Justiça Internacional e na Corte Internacional de Justiça**. Dissertação de mestrado em Direito Internacional defendida na Universidade de São Paulo, em 2019.

PEIRCE, Charles S. **Manuscritos CP 283**, 1906. Disponível em: http://www.commens.org/bibliography/manuscript/peirce-charles-s-1906-basis-pragmaticism-ms-r-283, acessado em 19.11.2019.

_____. **Microfilm collection: 30 reels of manuscript**, with R. Robins's Annotated Catalogue.Amherst: University of Massachusetts Press, 1967.

_____. **Collected Papers**, C. Hartshorne, P. Weiss e A. W. Burks (eds.). Cambridge, MA: Harvard University Press, 8.255.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. **A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. *In* PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

POLLIS, Adamantia. **Liberal, Socialist and Third World Perspectives of Human Rights**, Peter Schwab and Adamantia Pollis, eds., Toward a Human Right Framework (Praeger, New York, 1982).

RAWS, John. **The Law of Peoples**. 2ª Edição, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.

RAZ, Joseph. **Hart on Moral Rights and Legal Duties**, 4 OXFORD J. LEG. STUD. 123 (1984).

_____. **Human Rights Without Foundations** *in* BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. **The Philosophy of International Law**. Oxford University Press: Reino Unido, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13a ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RODRIGUES, Mayra. **Ética e Jornalismo: uma cartografia dos valores**. 2ª ed. São Paulo: Escrituras, 2004.

ROSAS, Allan. **The Right to Development**. In EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, Social and Cultural Rights**. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995.

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Lisboa: Presença, 1970.

SKORUPSKI, John. **Human Rights** *in* BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. **The Philosophy of International Law**. Oxford University Press: Reino Unido, 2012.

TASIOULAS, John. **Custom, jus cogens and human rights**. Book chapter for CUSTOM'S FUTURE: INTERNATIONAL LAW IN A CHANGING WORLD (Curtis A. Bradley ed., forthcoming Cambridge University Press).]

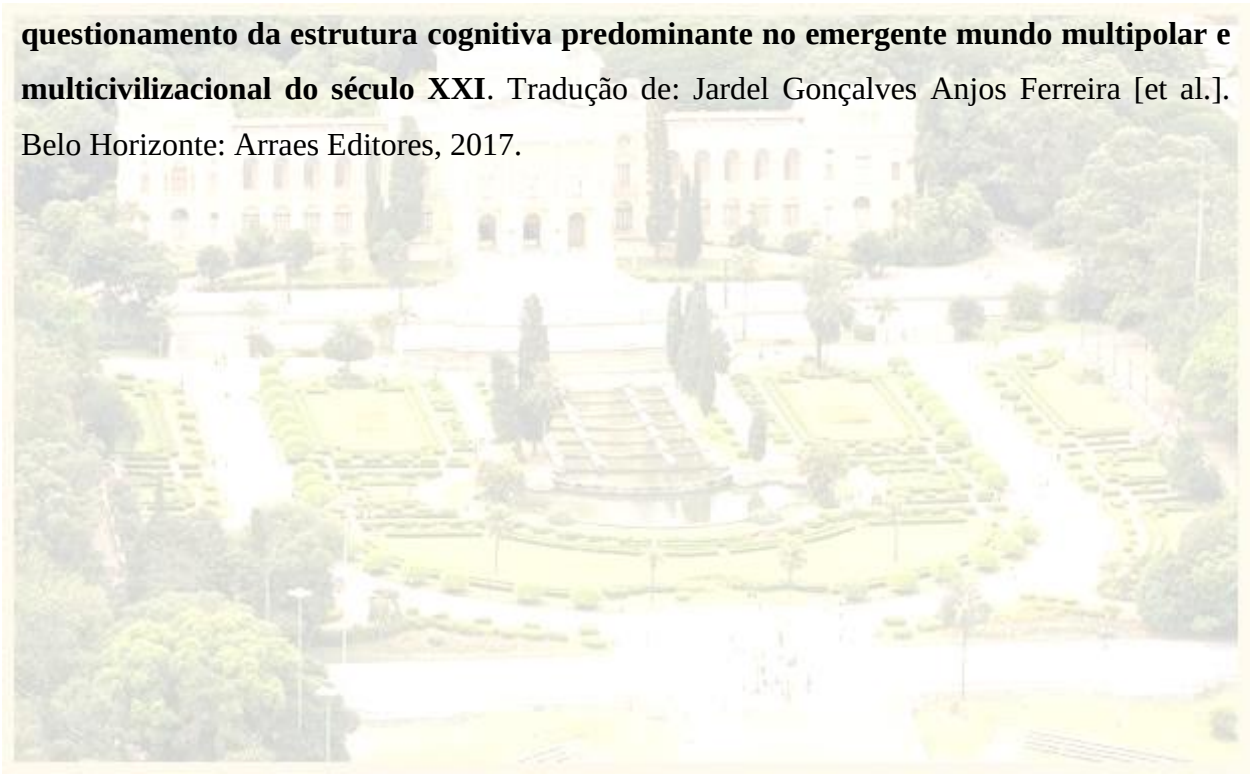
_____. **Human Dignity and the Foundations of Human Rights** (29.01.2013). Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2557649, acessado em 30 de out. 2019).

TRUBEK, David. **Economic, social and cultural rights in the third world: human rights law and human needs programs**. In: MERON, Theodor (Editor). Human Rights in international law: legal and policy issues. Oxford: Claredon Press, 1984.

WATZLAWICK, PAUL; BEAVIN, JANET H.; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana**. São Paulo: Cultrix, 1973.

WILLKINSON, Elizabeth M.; WILLOUGBY, L. A. **Friedrich Schiller on the Aesthetic Education of Man**. Oxford: Clarendon Press. 1967.

YASUAKI, Onuma. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI**. Tradução de: Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.



All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

ESTANDARTES INTERAMERICANOS E OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE FORTALECEM A DEMOCRACIA

INTER-AMERICAN STANDARDS AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS: CONTRIBUTIONS FOR THE CREATION OF PUBLIC POLICIES THAT FORTIFY DEMOCRACY

Renata Rossi Ignácio [1]

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8655-1115

Submissão: 26/02/2020 Aprovação: 07/03/2020

RESUMO:

A democracia, o desenvolvimento inclusivo e a garantia de uma cidadania justa apenas se consolidam se houver o fortalecimento das instituições e a participação das populações, com transparência, prestação de contas pelos Estados, e sobretudo com a construção de uma jurisprudência e de uma política transformadoras, que concretizem as promessas constitucionais de direitos humanos previstas nos ordenamentos latino-americanos. O diálogo entre as legislações nacionais com o Direito Internacional dos Direitos Humanos é essencial no contexto de desigualdade e de exclusão que caracterizam a região, através da adoção dos estandartes internacionais de proteção e a implementação dos compromissos assumidos internacionalmente. Assim, o presente artigo demonstrará a importância das diretrizes do Sistema Interamericano e da Organização das Nações Unidas para a construção de políticas públicas enfocadas em direitos humanos, de modo que a cooperação nos âmbitos local, regional e internacional se mostra necessária para assegurar a vida digna das populações vulneráveis, por meio de um desenvolvimento socialmente justo, economicamente inclusivo e ambientalmente responsável.

PALAVRAS-CHAVES: Democracia. Direitos Humanos. Estandartes Internacionais. Vida Digna. Desenvolvimento.

∗ Trabalho apresentado no II Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito, Coordenado pelo Acadêmico Titular da Cadeira SanTiago Dantas, Professor Doutor Alfredo Attié Jr.

[1] Advogada OAB/SP, Mestranda em Direito Constitucional pela PUC/SP, Graduada em Direito pela PUC/SP. E-mail: renata_rossi_1993@hotmail.com

ABSTRACT:

Democracy, inclusive growth and the promotion of a fair citizenship can only consolidate if there is a strengthening of the institutions and the participation of the populations through transparency, accountability and mainly with the elaboration of a transformative jurisprudence and politics, which concretize the constitutional promises of human rights stated in the Latin American legal orders. The dialogue between the domestic law and the International Human Rights Law is essential in the context of inequality and exclusion that characterize the region, with the adoption of protective international standards and the accomplishment of the compromises assumed internationally. Therefore, the present article will demonstrate the importance of the Inter-American and the United Nations directives for the construction of public policies focused on human rights, so that the cooperation in a local, regional and international level proves necessary to ensure a dignified life for the vulnerable people, by means of a socially fair, economically inclusive, and environmentally responsible development.

KEYWORDS: Democracy. Human Rights. International Standards. Dignified Life. Development.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Democracia na América Latina; 3. A Exclusão e a Desigualdade como Problemas Centrais; 4. Estandartes do Sistema Interamericano e seu Impacto; 5. O ODS 17 no Contexto Brasileiro; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos uma era extremamente preocupante, especialmente na região latino-americana. Apesar da ocorrência de certos avanços no campo dos direitos humanos, inegável que a região continua sendo a mais desigual do mundo, com altos índices de violência, corrupção, instituições enfraquecidas, questionamento do regime democrático e do papel do Poder Judiciário, discriminação e exclusão de grupos vulneráveis, além da alarmante e crescente degradação ambiental que atinge a humanidade como um todo.

Nessa época de polarizações e de paixões autoritárias, ocorre – conforme alertado por líderes mundiais na Conferência de Segurança de Munique – uma erosão da

ordem ocidental, que se encontra "ameaçada por dentro e por fora"[2]. Nesse sentido, através de uma crise ideológica e de identidade, na qual se confunde até os papeis históricos e políticos da esquerda e da direita, há uma ameaça do próprio regime democrático, que se encontra permeado por um discurso nacionalista, contrário ao pluralismo e à diversidade, e o corte de liberdades. O que se constata na atualidade é que as pessoas estão perdendo a fé em seus governantes, há um crescimento do protecionismo, e o comércio vem sendo utilizado como uma arma de guerra, o que torna a comunidade internacional menos coesa para lidar com a proliferação de ameaças globais, como o clima e as crises transfronteiriças.

Nesse contexto, o presente artigo pretende abordar a importância da cooperação nos âmbitos local, regional e global para tratar das problemáticas comuns que permeiam os países, para fortalecer a democracia e, principalmente, para implementar os direitos humanos, através de políticas públicas que tenham um enfoque no desenvolvimento conjugado com a inclusão social. Para que essa cooperação seja exitosa, se faz necessária a adoção dos estandartes internacionais de proteção dos direitos humanos, de modo que os compromissos assumidos pelos países no plano internacional sejam concretizados.

Pretendo demonstrar que a garantia de uma cidadania justa, de um desenvolvimento inclusivo, e do fortalecimento da democracia através da consolidação das instituições e da participação das populações estão atreladas à transparência, à prestação de contas pelos Estados, e sobretudo pela construção de uma jurisprudência e de uma política transformadoras, que implementem as promessas constitucionais de direitos humanos que, apesar de estarem no papel, não se veem aplicadas na prática.

Serão abordadas, assim, questões históricas da construção do cenário da América Latina, e as características da democracia na região; ainda, se faz necessário tratar das problemáticas realidades de exclusão e desigualdade, para que finalmente possamos entender, nos capítulos seguintes, a importância dos estandartes internacionais de proteção. Primeiramente, tratarei dos estandartes do sistema interamericano de direitos humanos - bem como explicarei o funcionamento do sistema em si -, e em um segundo momento abordarei o impacto dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, especificamente o de número 17, para a realidade brasileira, e essa comunicação será importante para reiterar a necessidade do diálogo nos âmbitos nacionais com o Direito Internacional dos Direitos Humanos para a

[2]CARBAJOSA, Ana. *Occidente en el diván*. El País, 2020. Disponível em: <https://elpais.com/internacional/2020/02/14/actualidad/1581707209_406134.html>, acesso em 18 de fevereiro de 2020.

concretização de políticas públicas enfocadas em direitos humanos que fortaleçam a democracia.

2. A DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA

Sabemos que os países da região latino-americana são antigas colônias espanholas e portuguesa. Apesar dos regionalismos e das características particulares de cada país, a América Latina em geral tem uma história e uma cultura compartilhadas, além de possuir problemáticas semelhantes, produtos da colonização ibérica, das lições do *Corpus Iuris Civilis* e do *Corpus Canonici*, da influência dos Estados Unidos, da Constituição de Cádiz, do direito constitucional e administrativo francês, assim como da teoria de uma grande união latino-americana e seu subsequente fracasso[3]. Ainda, a grande maioria desses países vivenciou (ou vivencia) árduos períodos de governos autoritários, experimentou ou experimenta desequilíbrio entre os poderes, e não ajustou suas estruturas de poder às necessidades locais[4], marcadas principalmente pela pobreza e desigualdade social. Desse modo, no plano social resta evidente as deficiências na garantia de uma vida digna, tendo em vista características como altos níveis de concentração de renda, as condições precárias em que vive grande parte das populações e os altos índices de violência que caracterizam a região.

A partir do estudo que a América Latina ostenta o maior grau de desigualdade do mundo[5], evidente que esse contexto compromete a efetividade dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA). Tais deficiências acarretam violações sistêmicas aos direitos humanos, obstaculizando a própria consolidação da democracia e do estado de direito[6], já que a exclusão e a desigualdade repercutem principalmente na impossibilidade de iguais oportunidades para deliberar no

[3] VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66,2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594/56160>. Acesso em: 19 Fev. 2020.

[4] GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. New York e Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 148-195.

[5] PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. Revista Direito & Práxis, 2017. P. 1358.

[6] Em uma sociedade aberta e pluralista, que oferece espaço de diálogo entre distintos ideais do poder público, o Estado de direito se trata de uma proteção comum contra o poder arbitrário. Sobre isso, ver: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Desigualdad estructural y Estado de derecho*, in GARAVITO, César Rodriguez (org.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. P. 27.

espaço público[7]. Soma-se a essas questões o fato que a região sofre da baixa credibilidade dada às instituições e o constante questionamento acerca da legitimidade dos juízes, efeito, de um modo geral, dos casos de corrupção e da dificuldade de separação entre o cargo público e seu ocupante[8]. Isso advém de um passado construído por oligarquias que historicamente apropriaram-se das instituições e das estruturas estatais, o que alimentou o ciclo de exclusão social.

Portanto, temos como características da América Latina: autoritarismo, democracias frágeis, resistência ao progresso e uma reticência quanto à observância dos direitos humanos. Destarte, nota-se uma mudança positiva no cenário – houve, apesar dos retrocessos e tropeços, inegável avanço na democracia, através da conscientização da necessidade da luta pela legalidade e contra a impunidade -, mas os temas do passado persistem e tendem a não ser esquecidos. Nesse contexto, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) lida com essa temática quando reprime a anistia e outros impedimentos relacionados à transparência, à memória e à luta[9], ainda demandados por vítimas e seus familiares.

Nessa linha, destaca-se de antemão o papel de relevância do sistema interamericano de direitos humanos (SIDH) nesse cenário, por ter a sensibilidade de reconhecer e amparar esse histórico regional marcado por legados autoritários, com níveis recordes de desigualdade e violência, além dos problemas de corrupção, pobreza e instabilidade política. Capta-se a "ênfase na dimensão coletiva na proteção dos direitos fundamentais"[10], como um elemento diferenciador dos direitos humanos na América Latina.

A partir disso, tratemos da importância do direcionamento das funções estatais internas para um enfoque no direito internacional dos direitos humanos, almejando, assim, mudanças sociais, políticas e jurídicas. Os Estados devem se pautar em ações orientadas por

[7] MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México: Unam, 2015.

[8] A Transparência Internacional publicou o Índice de Percepção da Corrupção 2018, que demonstra os níveis de corrupção no setor público em 180 países e territórios, em uma pontuação que vai de zero (altamente corrupto) a 100 (altamente íntegro). Vide os índices de alguns países da América Latina e sua posição no ranking: Chile: 67 (27ª posição); Argentina: 40 (85ª posição); Guiana: 37 (93ª posição); Colômbia: 36 (99º posição); Brasil: 35 (105ª posição); Peru: 35 (105ª posição); El Salvador: 35 (105ª posição); Equador: 34 (114ª posição); República Dominicana: 30 (129ª posição); Bolívia: 29 (132ª posição); Venezuela: 18 (168ª posição). TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice da percepção da corrupção 2018*. Berlim, 2018. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 17 fev. 2020.

[9] Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, julgado em 24 de fevereiro de 2011, pár. 232.

[10] BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: aclaración conceptual*. In : BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Institute de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Mexico, 2017b, p. 152-153.

princípios universais, embasadas no respeito aos direitos humanos, democracia e o estado de direito, para que se cumpra, na prática, as promessas previstas nas constituições latino-americanas. Para a consolidação da democracia, é imprescindível o envolvimento tanto da comunidade jurídica quanto da sociedade civil, além de debates públicos; na região, o que se vê é a concessão de anistia aos violadores de direitos humanos, desaparecimentos forçados de indivíduos, e constantes violações a grupos historicamente discriminados, como mulheres, migrantes, povos indígenas, afrodescendentes, crianças e adolescentes, deficientes, dentre outros, o que foi devidamente colocado na agenda da Comissão Interamericana (Comissão IDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A necessidade da consulta prévia e participação desses grupos vulneráveis no espaço público chama especial atenção do sistema interamericano.

A práxis dos atores da América Latina no âmbito dos direitos fundamentais deve se fundamentar em suas constituições nacionais, que trazem promessas nesse campo desde a Constituição Mexicana de 1917. A indivisibilidade dos direitos de primeira e segunda geração, em particular dos direitos civis e sociais, tem sido enfatizada fortemente desde então, bem como há um destaque para a dimensão coletiva de proteção. Nessa esteira, julgamentos relevantes são fruto de uma litigância estratégica de grupos e organizações privadas que estão comprometidas com as mudanças sociais. Contudo, apesar de os projetos jurídicos almejarem uma mudança substancial, a ênfase nos direitos humanos e o direcionamento para essa área demonstram um profundo ceticismo em relação aos programas políticos; conclui-se, nesse ponto, que a concretização desses direitos é necessária, e não se fala aqui de soluções revolucionárias, mas sim de um caminho árduo e progressivo através do envolvimento plural da academia, da sociedade civil organizada, e de uma jurisprudência transformadora.

O ceticismo citado advém da construção do próprio regime democrático e, no contexto latino-americano, o presidencialismo é o ponto central desse regime quando pensamos na estrutura de governo. O sistema presidencialista pode se tornar patológico quando tratamos do populismo, que na prática afeta diretamente as populações historicamente e socialmente excluídas. Em governos populistas, as instituições são enfraquecidas pelo Presidente, e a presença da sociedade civil organizada, que pressiona o governo em prol de mudanças nessa estrutura que gera problemas sociais, se mostra essencial para descentralizar as estruturas, e trazer reformas ao sistema.

Nessa conjuntura, convém explicar que as constituições latinas, a despeito do esforço de implementar mudanças, mantêm, de modo geral, desenhos institucionais que

contemplam poderes executivos fortes através da centralização do poder na figura do presidente, fenômeno característico da região e designado "hiperpresidencialismo"[11]. São políticos eleitos pelo voto popular, mas que, através de um discurso de combate à exclusão, acabam por concentrar suas competências por meio de sua grande capacidade de coalização, de modo a limitar ou impedir outros elementos essenciais em uma democracia: a atuação parlamentária, a separação de poderes, e a divisão de tarefas em diferentes instituições. Nesse sentido, o populismo[12] se consolida quando há uma desconfiança e até um descrédito nas outras instituições de equilíbrio ao governo como um todo, a exemplo do Poder Judiciário, da mídia e das organizações não-governamentais, e a opinião pública fica comprometida com esse discurso da primazia do presidente para a garantia de soluções aos problemas sociais e estruturais que aquela sociedade vivencia.

Na prática, analisa-se que essa estratégia não só é inócua para a solução dos problemas de exclusão e desigualdade como também os potencializa[13], tendo em vista que o modelo presidencial centralizado não possibilita a democratização social, bem como o mais alto grau de personalização é em detrimento ao desenvolvimento de instituições fortes[14]. Nesse diapasão, o fomento da institucionalidade para a efetividade do direito é uma das grandes aspirações para os ativistas e estudiosos de direitos humanos, que valorizam a separação de poderes e a independência das instituições para o fortalecimento do estado de direito, da proteção aos direitos humanos, e da democracia.

Para lidar com as reminiscências dos regimes autoritários ditatoriais, que trouxeram como consequência uma cultura de violência e impunidade, com baixa credibilidade ao governo e à lei, alguns ordenamentos jurídicos implementaram mudanças para fortalecer os seus regimes democráticos. Alguns exemplos são a transcendência da figura de ombudsman que Jorge Capizo implementou no sistema mexicano, e o estabelecimento de

[11] BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitucionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. Revista de Direito Administrativo, Rio de janeiro, v. 269, 2015, p. 32; COUFFIGNAL, Georges. *La nueva América Latina: Laboratório político del Occidente*. Santiago: LOM Ed., 2015. p. 50-55; GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution.* New York e Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 148-195.

[12] Independente de ideologias de esquerda ou direita, os governos populistas possuem traços comuns, dentre os quais pode-se citar: (i) a relação próxima do líder com o "povo"; (ii) o enfraquecimento de corpos intermediários como os partidos, os meios de comunicação, os sindicatos independentes, os juízes; (iii) críticas em relação ao pluralismo; (iv) um autoritarismo mascarado por ser supostamente exercido em nome do povo, por meio de um discurso de patriotismo que encarna a unanimidade e a homogeneidade étnica pretendidas para a nação; (v) críticas quanto à alternância de poder, através de ataques constantes à mídia e aos opositores políticos.

[13] Ideia principal que permeia o livro de R. Gargarella, *Latin American constitutionalism 1810-2010*, *op. cit*.

[14] BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: a regional approach to Transformative Constitutionalism*. In: *Transformative Constitutionalism in Latin America: observations on transformative constitutionalism*. Oxford: United Kingdom, 2017. P. 35.

instituições independentes para a supervisão de processos eleitorais. A criação dessas figuras remonta a 1924, quando os Estados de Uruguai e Chile criaram a *Corte Electoral* e o *Tribunal Calificador de Elecciones*, respectivamente[15]. A partir disso, vários outros países criaram instituições de fiscalização eleitoral especializadas, e teoricamente independentes e autônomas dos poderes clássicos[16]. Com o tempo, essas instituições ganharam força e ampliaram suas funções, bem como passaram a ter maior legitimidade e credibilidade[17].

Projetos como esses são fundamentais especialmente quando pensamos em aumentar a transparência e a receptividade do sistema político. As instituições são crucias para a proteção de direitos e, apesar da baixa confiança dos cidadãos no Poder Judiciário, é imprescindível um empoderamento dessa esfera, sendo esta instituição voltada à concretização das normas fundamentais. Nessa linha, as Supremas Cortes assumem um papel de grande relevância e destaque, já que a elas é conferida a jurisdição constitucional e a tutela de múltiplas ações constitucionais, o que retrata um empenho de não apenas consolidar direitos, como também de consolidar a democracia e instaurar o estado de direito nos países da região[18].

Nessa esteira, para entender melhor a fragilidade do contexto latino-americano, o enfraquecimento do processo de institucionalidade e as dificuldades da aplicação do texto constitucional na prática, passa-se a analisar especificamente as problemáticas da exclusão, da desigualdade e como o Sistema Interamericano se configura nesse cenário.

3. A EXCLUSÃO E A DESIGUALDADE COMO PROBLEMAS CENTRAIS

O processo de democratização da região levanta questões importantes, como o empoderamento crescente do SIDH e a conscientização de seu impacto transformador, a adoção de cláusulas abertas e leis que dialogam com o direito internacional dos direitos humanos, e o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e justiça. Defende-se a

[15] ISSACHAROFF, S. *Fragile democracies: constitutional courts in the breach*. 2014. p. 165. A importância do modelo uruguaio é ressaltada no manuscrito de Issacharoff, assim como em FIALLOS OYANGUREN, M. *Los organismos electorales en el proceso de consolidación democrática en América Latina*. In: PRETELT, J.; RAMIREZ, J. M. (Coord.). *Democracia política y electoral en América Latina*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda; OEA, 2000. p. 348.

[16] JARAMILLO, J. *Los órganos electorales supremos*. In: NOHLEN, D. et al. (Coord.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México, DF: IIDH, 2007. v. 2, p. 372.

[17] MARTINEZ RUANO, P. *Los modelos latinoamericanos y europeos de control electoral*. Revista Derecho Electoral, v. 13, p. 180-181, 2102.

[18] COUFFIGNAL, Georges. *La nueva América Latina: Laboratório político do Occidente*. Santiago: LOM Ed., 2015. p. 44-46.

necessidade de avançar na proteção dos direitos humanos e fortalecer o sistema interamericano de proteção, sendo que, para isso, é crucial construir uma nova cultura que esteja aberta para elaborar políticas públicas que enfocam na implementação e na valorização dos direitos fundamentais.

Conforme já apontado, a América Latina continua sendo a região mais desigual do mundo. Após uma década de otimismo no início do século, quando houve evoluções na região que reduziram a pobreza e a desigualdade, a região não mantém o mesmo fôlego. Nesse sentido, os retrocessos sentidos anulariam certos ganhos obtidos desde 2002, ano em que 44,5% dos latino-americanos viviam na pobreza, dos quais 11,2% viviam na pobreza extrema, segundo a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal). Em comparação, hoje temos que a proporção de pobres ou muito pobres é de aproximadamente 30% dos 638 milhões de latino-americanos, ou seja, cerca de 210 milhões de pessoas. Em relatório emitido em janeiro de 2019, a Cepal aponta que a redução da desigualdade desacelerou nos anos recentes, e apesar dos avanços remanescentes entre 2002 e 2014, a América Latina segue em um quadro de extrema desigualdade social[19].

Ressalta-se que essa desigualdade também possui uma dimensão étnica-racial. Indicadores sociais demonstram um padrão sistemático de discriminação, exclusão, e violência que afetam especialmente afrodescendentes e populações indígenas, com mulheres e crianças sendo objetos de constante discriminação; ainda, uma média de 33% da população latino-americana se depara com uma forte padronização de violações de direitos. Além dos altos índices de desigualdade, a região se destaca por ser a mais violenta do mundo, além de haver uma desconfiança populacional no próprio sistema democrático[20].

Questões sociais como igualdade e redistribuição são extremamente delicadas e ambíguas, e dentro desse contexto complexo o conceito de exclusão torna-se importante. A desigualdade advém de inúmeros fatores – a exemplo de uma colonização exploratória e a formação de elites oligárquicas, que impediram que grupos de pessoas participassem dos grandes sistemas, como o social, o educacional, o legal, o econômico e o político. O desafio descrito, que faz com que um grande número de pessoas não seja levado em conta pelas instituições[21], é captado com o conceito de exclusão. É impossível para uma sociedade aliviar

[19] CEPAL, *Panorama Social da América Latina*. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44412/1/S1801085_pt.pdf>, acesso em 10 de fevereiro de 2020.

[20] PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios.* Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 8, N. 2, 2017. P. 1359.

[21] SEN, A. *The idea of justice*. Londres: Lane, 2009. p. 117, o qual, referindo-se a Mary Wollstonecraft, fala de inclusão universal em vez de inclusão seletiva.

a desigualdade se não consegue superar essa exclusão, e essa superação torna-se um projeto compartilhado por vertentes com ideias distintas a respeito da garantia de educação, criação de um bem-estar social, redistribuição de terras, livre-comércio, criação de um investimento sustentável, dentre outras.

O tema da inclusão está sempre presente nos âmbitos da política e da academia, sendo utilizado constantemente nas disputas políticas e eleitorais da América Latina. A academia, nesse âmbito, vincula a inclusão com os princípios constitucionais[22], mas não deixa de aproximá-la a uma luta política. Assim, diferentes autores tornam o desafio da desigualdade o ponto central do seu pensamento[23], e esse tema inspira os ativistas de direitos humanos na busca de uma mudança da realidade política e social da América Latina.

O direito internacional dos direitos humanos e a construção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos são peças-chave para essa mudança estrutural, na tentativa de sanar a desigualdade sistêmica da região. De fato, o crescente fortalecimento do Sistema Interamericano dos direitos humanos, além da consolidação da sociedade civil, como as ONGs[24], na luta por direitos, torna possível a concretização de mudanças na região. A partir desses dados que confirmam o contexto político, social e cultural da América Latina, busca-se compreender melhor a atuação do Sistema Interamericano na prática, especialmente a partir dos estandartes já elaborados pela Comissão IDH e pela Corte IDH, que possuem a força catalizadora de promover avanços na temática de direitos humanos.

Destaca-se que uma satisfatória proteção dos direitos humanos se dá em circunstância além da normatividade estatal, sendo indispensáveis os diversos documentos internacionais que tratam da matéria. Para o professor André de Carvalho Ramos, "O desenvolvimento da proteção dos direitos humanos fez nascer a necessidade de coexistência entre os diversos procedimentos de responsabilização do Estado por violação de direitos

[22] Isso explica a importância dada a obra de Häberle pela academia latino-americana, apesar das críticas. Sobre essa influência, ver FERREIRA MENDES, G.; RUFINO DO VALE, A. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 2, 2, 2008-2009, assim como a introdução de: VALADÉS, D. *Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio*. In: HÄBERLE, P. *El estado constitucional*. México, DF: Unam, 2001. p. XXI-LXXXIV.

[23] PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune y el impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. In: A. v. Bogdandy, H. Fix-Fierro e M. Morales Antoniazzi, *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, op. cit., p. 61 e 63.

[24] Na percepção de Kathryn Sikkink: "O trabalho das ONGs tornam as práticas repressivas dos Estados mais visíveis e públicas, exigindo deles, que se manteriam calados, uma resposta. Ao enfrentar pressões crescentes, os Estados repressivos buscam apresentar justificativas. (...) Quando um Estado reconhece a legitimidade das intervenções internacionais na questão dos direitos humanos e, em resposta a pressões internacionais, altera sua prática com relação à matéria, fica reconstituída a relação entre Estado, cidadãos e atores internacionais". SIKKINK, Kathryn. *Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America*. In: International Organizations. Massachusetts: IO Foundation and the Massacussetts Institute of Technology, 1993. p. 414-415.

humanos na esfera internacional. Com efeito, a internacionalização dos direitos humanos foi pautada pela diversidade de diplomas normativos internacionais no âmbito universal e regional, que criaram normas primárias com objeto semelhante ou idêntico"[25].

Existem, de modo concomitante e complementar ao sistema global de proteção – liderado pela Organização das Nações Unidas (ONU) -, os sistemas regionais de proteção, sendo eles: o europeu, o interamericano e o africano. Cada um possui especificidades próprias para atender às demandas e peculiaridades locais, considerando que um número reduzido de Estados, com características semelhantes, torna mais facilmente realizável o consenso político e a cooperação[26].

O sistema regional interamericano, diversamente do sistema regional europeu - que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos -, tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente desigual e autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos; ademais, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Essas resistências existentes na América Latina, especialmente por parte de uma elite dominante e conservadora, tornaram difícil um movimento de integração regional.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) conta principalmente com dois órgãos para a proteção dos direitos: a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em suma, a Comissão IDH recebe petições acerca de violações aos direitos humanos, podendo deferir medidas cautelares, além de produzir relatórios e recomendações sobre violações e temáticas urgentes, e tem competência para acionar a Corte IDH. Por sua vez, a Corte IDH dispõe de jurisdição consultiva e contenciosa sobre violações a direitos, julga essas violações, determina medidas, e pode até aplicar sanções aos Estados, tanto por provocação da Comissão quanto dos próprios Estados contratantes[27].

Nessa esteira, passa a ser relevante para as cortes nacionais conhecer o significado, a importância e o alcance desses órgãos que, em conjunto, garantem a realização

[25] CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 343.
[26] SMITH, Rhona K.M. *Textbook on International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
[27] CADH, art. 62, 3: "A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial."; art. 64, 1: "Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires".

dos direitos humanos em cada país da região. Para tratar da importância desses organismos internacionais em âmbito local, trataremos dos estandartes definidos internacionalmente e que devem ser implementados a nível interno.

4. ESTANDARTES DO SISTEMA INTERAMERICANO E SEU IMPACTO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a jurisprudência dos países que a ele estão submetidos deveriam, através de um diálogo, construir uma nova cultura jurídica aberta, reafirmadora de standards mínimos de um direito constitucional latino-americano compartilhado[28]. De modo geral, a normativa interamericana engloba outros regramentos que fazem parte dos ordenamentos internos, e que devem ser levados em conta pelas autoridades nacionais – assim, os Estados devem aderir aos standards advindos dos estatutos e leis dos órgãos internacionais de supervisão, e de suas diretrizes, resoluções, recomendações, procedimentos e outros atos que fazem parte da denominada *soft law*[29]. Com isso, analisa-se que o sistema interamericano possui um elemento político e operacional: as estruturas nacionais incorporam o direito internacional de direitos humanos através de vários meios, e a estrutura internacional providencia garantias coletivas, além da supervisão, proteção internacional e colaboração.

Nesse diapasão, esses estandartes que devem ser adotados em âmbito interno são desenvolvidos com base na Convenção Americana de Direitos Humanos e outros pactos, as constituições e jurisprudência nacionais, e os entendimentos desenvolvidos pelos organismos internacionais de proteção. Defende-se a superação de um processo decisório puramente estatal, para que haja um peculiar entrelaçamento entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, tornando-se uma estratégia para contornar as idiossincrasias internas típicas de cada país da região. Assim, entrelaçam-se as constituições com os ordenamentos internacionais, a fim de construir um "instrumento de resiliência

[28] PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: context, challenges, and perspectives.* In*: Transformative Constitutionalism in Latin America: observations on transformative constitutionalism*. Oxford : United Kingdom, 2017a, posição 2991.

[29] HUERTA, Mauricio. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Nº6, 2006, pags. 513-549. Disponível em <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>, acesso em 15 de fevereiro de 2020.

democrática em situações internas de ameaça de retrocesso, oferecendo standards de proteção em momentos de paixões autoritárias"[30].

A Corte IDH é da opinião que o direito internacional dos direitos humanos providencia os standards mínimos de proteção, e não o máximo que os Estados podem fazer para assegurar direitos às pessoas sujeitas à sua jurisdição. Assim, ressalta-se que, no âmbito dos direitos humanos, deve sempre prevalecer a norma mais protetiva[31], critério hermenêutico abordado do seguinte modo por Mónica Pinto, Relatora Especial das Nações Unidas[32]:

> *"El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más restringida cuando "se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria".*

Constata-se que houve uma importante construção de estandartes trazidos pelos organismos internacionais de proteção ao longo do tempo; por exemplo, através do caso *Niños de la Calle* (Villagrán Morales e outros vs. Guatemala) de 1999, a Corte IDH estabeleceu que o direito à vida[33], o qual constitui um pré-requisito para a garantia de todos os outros direitos, deve ser interpretado à luz do princípio da indivisibilidade dos direitos

[30] CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitucionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?* Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, Vol. 9, nº2, 2019.

[31] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. v. 1; RAMOS, André de Carvalho. *O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

[32] PINTO, Monica. *El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. In: *la aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*: Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editorial del Puerto, 1997, p. 163.

[33] Art. 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>, acesso em 10 de fevereiro de 2020.

humanos, como um direito a viver com dignidade[34]. Por conseguinte, não apenas cria o dever de não privar o indivíduo de sua vida arbitrariamente, como também há a obrigação positiva de assegurar as condições de uma vida digna em todas as suas dimensões, incluindo o âmbito social, econômico, cultural e ambiental.

Ao estudarmos as diretrizes do SIDH, vemos que os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais estão estritamente relacionados a uma vida digna e, como já trazido, a pobreza e a desigualdade extremas características da região impedem o acesso a tal dignidade. Nas palavras de Magdalena Sepúlveda Carmona[35], "la extrema pobreza es una clara ilustración de la indivisibilidad, relación mutua e interdependencia de los derechos humanos, ya que las personas que viven en la pobreza se ven enfrentadas a diario a violaciones de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, que interactúan entre sí y se refuerzan mutuamente, con efectos devastadores"[36].

A Comissão IDH defende que as políticas públicas com enfoque em direitos humanos devem orientar e coordenar a ação estatal com o objetivo de proteger e promover esses direitos essenciais, direcionadas a resolver problemáticas politicamente definidas dentro de um determinado contexto. O fortalecimento institucional voltado para os direitos humanos é elemento chave para o respeito e a implementação dos standards interamericanos de direitos humanos. Ainda, a Comissão também entende que o planejamento do gasto público deve visar a promoção da igualdade formal e material nas Américas, havendo a necessidade de uma política fiscal adequada que contribua para a redistribuição da riqueza e para a redução das brechas de desigualdade, para as correções das deficiências do mercado, e para a melhor aplicação das verbas públicas, bem como aborda a transparência na prestação de contas entre o Estado e seus cidadãos[37].

Considera-se que a análise de impacto que se faz sobre as alocações de verbas e dotações orçamentais deve estabelecer dados desagregados por sexo e outros elementos de diversidade, como a idade, etnia, deficiências, situação socioeconômica, dentre outros fatores, para que deste modo se possam identificar situações de discriminação indireta ocasionadas

[34] CIDH, *Villagrán Morales e outros vs. Guatemala* (1999), voto conjunto dos juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli, pár. 4.
[35] Relatora Especial sobre Pobreza Extrema e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.
[36] SEPÚLVEDA, Magdalena. *Principios rectores sobre la extrema pobreza*. pár. 16. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/A-HRC-21-39_sp.pdf>, acesso em 13 de fevereiro de 2020.
[37] CIDH, Relatório sobre Políticas Públicas com enfoque em direitos humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasPublicasDDHH.pdf>, acesso em 13 de fevereiro de 2020.

pelos impactos desproporcionais que tais dotações orçamentais têm em grupos específicos[38]. Para alcançar esses objetivos, se mostra imprescindível promover um diálogo profundo e urgente entre o direito internacional dos direitos humanos com o mundo da economia e das finanças, tanto a nível nacional quanto a nível internacional.

O Poder Judiciário, a seu turno, possui um papel fundamental de monitoramento e controle que realiza sobre as contas públicas, por exemplo, através de uma jurisprudência que traz avanços à implementação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Um elemento fulcral na jurisprudência interna é avaliar se as contas públicas e as execuções orçamentais cumprem com as obrigações estatais de garantir o mínimo essencial dos DESCA, garantindo os princípios da progressividade, da igualdade e da não discriminação. Assim, tanto as instituições nacionais de defesa dos direitos humanos como as organizações da sociedade civil também são atores centrais no monitoramento e na demanda ao Estado em relação ao vínculo do orçamento com a proteção dos direitos humanos, exigindo participação, transparência, prestação de contas e o acesso à informação, sendo estes os componentes democráticos das políticas públicas[39].

Para interpretar o significado e o alcance do direito à uma vida digna, apontam-se duas Opiniões Consultivas da Corte Interamericana fundamentais: (i) a Opinião Consultiva 17-02, que reiterou que o Estado deve empregar todos os esforços, de maneira constante e deliberada, para assegurar o acesso das crianças a direitos como o da educação e saúde – pilares fundamentais para garantir o desfrute de uma vida digna -, evitando retrocessos e demoras injustificadas e alocando os maiores recursos disponíveis a esse cumprimento[40]; (ii) a Opinião Consultiva 18-03 que, por sua vez, esclareceu que os direitos laborais são condição essencial para uma vida digna[41]. Ainda, destacam-se quatro casos que consolidaram a

[38] CIDH, *Audiência pública sobre Controle de gasto público, políticas fiscais e garantia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais na América Latina*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-nl76z30RpI&list=PL5QlapyOGhXtsMXZJufgB9OeUbP6_I5Gk&index=64>, acesso em 13 de fevereiro de 2020.

[39] CIDH, *Relatório sobre Políticas Públicas com enfoque em direitos humanos*, *op. Cit.*

[40] Segundo a Corte IDH: "El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles." Disponível em <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>, acesso em 19 de fevereiro de 2020.

[41] Nas palavras da Corte IDH, "Esta Corte considera que el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno". Disponível em <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>, acesso em 19 de fevereiro de 2020.

definição do que seria uma vida digna a grupos discriminados: o Caso *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, que trouxe que o direito à vida não pode ser interpretado sem a devida consideração do direito à identidade cultural[42], e os casos das comunidades indígenas *Yakye Axa* e *Sawyhoramaxa Vs. Paraguay*, os quais foram cruciais para a compreensão de que os membros das comunidades indígenas, quando são deslocados forçosamente de suas terras tradicionais, ou são privados de suas vidas ou forçados a uma existência marginalizada incompatível com os estandartes de uma vida digna. No primeiro caso, a Corte entendeu que lesionar a identidade cultural equivale a lesionar a identidade pessoal de seus membros[43].

Quanto ao tema dos direitos culturais, o Grupo de Trabalho do Protocolo de São Salvador, nas Observações e Recomendações Finais ao México em 2018[44], tratou da importância do desenvolvimento de políticas públicas destinadas à cultura, com a ênfase nos princípios da universalidade, igualdade, não discriminação e participação. Recomenda-se aos Estados o investimento nas áreas que promovam políticas culturais, bem como a valorização da ciência, tecnologia e inovação. Por sua vez, a Corte IDH já alegou em diversas ocasiões, além das já tratadas, a importância dos direitos culturais, a exemplo do caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, onde defendeu:

> *"El fortalecimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, garantizando el control de sus propias instituciones, culturas, tradiciones y territorios, a fin de contribuir con su desarrollo de acuerdo con sus proyectos de vida y necesidades presentes y futuras. Asimismo, el Tribunal reconoce que la situación de los pueblos indígenas varía según las particularidades*

[42] Nessa linha, o deslocamento de familiares indígenas para fora de suas comunidades pode provocar uma ruptura com a sua identidade cultural, afetando o vínculo com seus familiares, e o seu idioma e o seu passado ancestral, de modo que o Tribunal Interamericano entende que, dentro da obrigação geral dos Estados de promover e proteger a identidade cultural, está a obrigação específica de garantir o direito à vida cultural das crianças indígenas. Sobre isso, ver Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, julgado em 25 de maio de 2010; Corte IDH. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, julgado em 24 de agosto de 2010.

[43] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos económicos, sociales y culturales: recapitulación de fragmentos de memorias*. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, LEAL, Cesar Barros (Eds). *El desafío de los derechos económicos, sociales y culturales*. FB Editora, 2019 P.16.

[44] OEA, Grupo de Trabalho Protocolo de San Salvador, *Observações e Recomendações Finais ao México em 2018*. Disponível em: < http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/observaciones-finales-gtpss-mexico.pdf>, acesso em 16 de fevereiro de 2020.

nacionales y regionales, y las diversas tradiciones históricas y culturales"[45].

Nesse quadro, a Comissão IDH e a Relatoria Especial de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) se preocupam com a falta de comunicação entre os prestadores de serviço e as comunidades tradicionais, assim como a falta de compreensão e empatia com as suas realidades e práticas socioculturais. De fato, há pouco diálogo com as comunidades, o que claramente agrava as violações aos direitos desses povos, tendo em vista que isso dificulta o seu acesso aos bens, serviços e recursos econômicos – além de ter a sua existência e modo de vida profundamente afetados[46].

Em relação ao direito à saúde, válida a análise do caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* que, a seu turno, demonstrou que o direito a uma vida digna está intrinsicamente relacionado ao direito à saúde. Em tal oportunidade, a Corte IDH reiterou que o cuidado à saúde de pessoas com deficiência é um dever resultante de seu direito à uma vida digna, e que o Estado tem a obrigação de assegurar uma atenção médica eficaz às pessoas nessa condição de vulnerabilidade. Tal obrigação inclui garantir o acesso aos serviços básicos de saúde, a promoção dos cuidados à saúde mental, a prestação de serviços que sejam os menos restritivos possíveis e o amparo às deficiências intelectuais. Nesse âmbito do direito à saúde[47], os Estados têm o dever de fiscalizar tanto os seus serviços públicos quanto os fornecidos por entes privados, de acordo com as argumentações da Corte Interamericana no caso *Suárez Peralta vs. Equador*, seguindo os princípios de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade dos serviços médicos previstos na Observação Geral nº 14 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê DESC)[48]. Em relação aos presos, a Corte também se

[45] Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, julgado em 8 de outubro de 2015.

[46] CIDH, Comunicado de Imprensa Nº. 184/19, "CIDH y su REDESCA condenan hechos de represión violenta en Venezuela y urgen al Estado venezolano a garantizar los derechos humanos de la población frente a la crisis política, económica y social", disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/052.asp>, acesso em 16 de fevereiro de 2020.

[47] Recorda-se que o *leading case* do sistema interamericano em matéria de direito a saúde foi o caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Foi a primeira ocasião em que a Corte analisou o direito à saúde de forma autônoma como integrante do artigo 26 da CADH, frisando a obrigação dos Estados de impulsionar a melhora das condições de saúde da população. Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, julgado em 8 de março de 2018.

[48] O Comitê DESC da ONU entende que o direito a saúde abarca os principais fatores determinantes à saúde, como o acesso a água limpa e potável e condições sanitárias adequadas, bem como o consumo de alimentos saudáveis, uma moradia adequada, oportunidades de trabalho e um meio ambiente adequado, além do acesso a informações relacionadas com a saúde sexual e reprodutiva. COMITÉ DESC, Observación General, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, disponível em:

manifestou quanto à necessidade de garantir-lhes seu direito à saúde – por exemplo, em *De la Cruz Flores vs Perú*, foi argumentado que o Estado possui o dever de proporcionar aos detidos uma revisão médica regular, cuidados e tratamentos adequados quando for solicitado, bem como permitir e facilitar que sejam atendidos por alguém eleito por eles mesmos, ou quem exerça a sua representação legal.

O direito à moradia também foi pauta de diversos pronunciamentos por parte dos organismos internacionais de proteção. Para a interpretação desse direito, é imprescindível a compreensão das diretrizes estabelecidas no Comentário Geral nº 4 do Comitê DESC – nele, ressalta-se que não se deve interpretar uma moradia adequada em um sentido restritivo, como um simples teto sobre a cabeça; para que esse direito seja de fato efetivado, devem ser observadas características como a segurança, a disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura, gastos justos, acessibilidade, adequação cultural e localização que permita o fácil acesso ao trabalho, aos serviços de saúde, centros de atendimento para crianças, bem como outros serviços sociais[49]. Ainda, destaca-se nesse tema o relatório da Comissão IDH sobre migração forçada de nicaraguenses a Costa Rica, o qual aborda, em relação ao direito à moradia adequada, que deve haver a criação de lugares como o Centro de Atendimento a Migrantes, bem como um lugar para acolhimento das crianças não acompanhadas, e se atentar às condições dignas desses lugares[50].

Os grupos sociais que sofrem discriminação e condições desfavoráveis devem ser tratados de modo prioritário. Nesse tema de mobilidade humana, por exemplo, o Escritório do Alto Comissionado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), bem como o Programa da ONU para os assentamentos humanos (ONUHABITAT) já trataram que as pessoas itinerantes, sejam refugiados, solicitantes de asilo, pessoas deslocadas ou migrantes são particularmente vulneráveis a uma gama de direitos humanos, incluindo o direito a uma moradia adequada[51]. As pessoas deslocadas, seja por motivos sociais, climáticos, econômicos, ou expulsas em decorrência de atividades empresariais, são particularmente vulneráveis à

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451>, acesso em 18 de fevereiro de 2020.

[49] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, disponível em < https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-4-derecho-una-vivienda-adecuada-parrafo-1-del-articulo-11-del-pacto>, acesso em 18 de fevereiro de 2020.

[50] CIDH, *Migración forzada de personas Nicaragüenses a Costa Rica*, disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MigracionForzada-Nicaragua-CostaRica.pdf>, acesso em 18 de fevereiro de 2020.

[51] ACNUDH e ONUHABITAT , *El derecho a una vivienda adecuada*, disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf>, acesso em 18 de fevereiro de 2020.

discriminação, ao racismo e à xenofobia, o que pode dificultar o seu acesso às condições de vida dignas e sustentáveis. Nesse quadro, importante tratar da necessidade da garantia dos serviços básicos, como saneamento, água e alimentação; ainda, válido lembrar que mulheres e crianças deslocadas se encontram sob risco de violência sexual motivada pela discriminação de gênero, de modo que os lugares de acolhimento devem ter a estrutura necessária para o atendimento de acordo com as vulnerabilidades específicas[52].

Sobre a questão da desigualdade de gênero, destaca-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher ("Convenção Belém do Pará"). Em seu artigo quinto, está previsto que toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos; enfatiza-se também o artigo nono, o qual aclara que os Estados-Parte devem levar em conta especialmente a situação de vulnerabilidade da violência que as mulheres em situação socioeconômica desfavorável podem sofrer. Nesse aspecto da desigualdade, o Comitê DESC, em sua Comentário Geral nº 23, trouxe importantes estandartes acerca do acesso a água e desigualdade de gênero: o acesso à água e à serviços de saneamento adequados devem suprir as necessidades de higiene específicas das mulheres e o fornecimento de documentação e informação para promover uma higiene adequada, o que se mostra essencial em um contexto de trabalho seguro e saudável[53].

Ainda em relação à proteção do exercício dos direitos por parte de grupos vulneráveis, merece também atenção a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência que, por sua vez, dispõe em seu artigo III que os Estados devem adotar medidas de caráter legislativo, social, educativo, laboral ou de qualquer outra índole que sejam necessárias para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração por parte das autoridades governamentais e/ou entidades privadas na prestação ou fornecimento de bens, serviços, estrutura, programas e atividades, tais como emprego, transporte, as comunicações. Ressalta-se também a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas conexas de Intolerância, a qual proíbe o impedimento ao acesso de quaisquer dos direitos sociais, econômicos e culturais (artigo quarto). No Artigo sétimo, os Estados-parte se comprometem a

[52] *Op.cit*.
[53] COMITÉ DESC, *Observación General No. 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*. Disponível em: < https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-num-23-2016-sobre-derecho-condiciones-trabajo-equitativas-y>, acesso em 19 de fevereiro de 2020.

adotar a legislação que defina e proíba claramente o racismo e outras espécies de discriminação nos âmbitos de emprego, participação em entidades profissionais, educação, capacitação, moradia, saúde, proteção social, exercício da atividade econômica, acesso a serviços públicos, dentre outros. Por fim, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016 reconhece o direito fundamental desses povos à livre determinação e suas tradições culturais, à propriedade coletiva da terra em seus territórios ancestrais, à educação, saúde, meio ambiente equilibrado e direitos trabalhistas.

Convém destacar que o Artigo 12 da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos afirma o direito dessas pessoas a um sistema integral de cuidados que proporcione a proteção e promoção da saúde, a cobertura de serviços sociais, a segurança alimentar e nutricional, água, vestuário e habitação; deve ser provido à pessoa idosa o direito de permanecer em seu domicílio e ter independência e autonomia. A Convenção, ainda, reitera os direitos das pessoas a viver a velhice com dignidade (artigo sexto), ao consentimento livre e informado no âmbito da saúde (artigo 11), à seguridade social (artigo 17), ao trabalho (artigo 18), à saúde (artigo 19), bem como regula a educação, cultura, moradia, meio ambiente equilibrado, dentre outros direitos que essa categoria possui.

A partir desse estudo generalizado de alguns estandartes determinados pelo SIDH e outras diretrizes, abordarei a importância e o impacto dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) desenvolvidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), e que também trazem diretivas que os Estados devem seguir ao criar e concretizar as políticas de direitos humanos. Será enfocado, especificamente, o ODS 17, por sua coordenação com todos os outros ao tratar de políticas públicas que visam a salvaguarda dos direitos fundamentais. Farei, assim, um recorte da realidade brasileira nesse aspecto.

5. O ODS 17 NO CONTEXTO BRASILEIRO

Já vimos que umas das grandes problemáticas constatadas nas últimas décadas - especialmente no contexto latino-americano - é a desigualdade e a exclusão, sendo estas um grande desafio para a humanidade e motivo de preocupação pela comunidade internacional.

Como forma de acrescentar novos mecanismos e dinamizar a implementação do direito ao desenvolvimento[54], em 2016 foram estabelecidos os 17 objetivos globais, conhecidos como "Objetivos do Desenvolvimento Sustentável", que foram elaborados devido ao êxito dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) estipulados pela ONU. Através desses objetivos visa-se dar efetividade para esse direito ao desenvolvimento, proporcionando transformações sociais e melhorando a qualidade de vida das populações.

O enfoque especial dado ao ODS 17 vem do fato que ele se difere dos demais, pois abrange os meios de implementação - e não trata de temas específicos associados aos problemas da humanidade, como pobreza, fome, educação, saúde, água, energia, mudanças climáticas, igualdade de gênero etc., tal qual os ODS 1 a 16. Nesse sentido, esse ODS estipula metas visando a "fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável" e, para isso, aborda subáreas relacionadas a Finanças, Tecnologia, Capacitação, Comércio e Questões Sistêmicas. Ressalta-se, assim, trechos extraídos de um documento do PNUD[55] que demonstram o caráter transversal do ODS 17 como justificativa por terem sido estabelecidos apenas 16 grupos técnicos temáticos pela Força-Tarefa da ONU[56], e mostram que o ODS 17 foi considerado por todos os grupos:

> *"Assim, foram estabelecidos **16 grupos técnicos temáticos**. Cada grupo ficou encarregado de identificar indicadores para cada um dos 16 ODS temáticos, sendo liderados pelas diferentes agências especializadas, fundos, programas e entidades da ONU no Brasil com*

[54] O direito ao desenvolvimento é considerado como um direito de quarta geração; em suma, algumas doutrinas reconhecem quatro gerações: 1ª) direitos humanos de primeira geração (direitos civis); 2ª) direitos humanos de segunda geração (direitos políticos); 3ª) direitos humanos de terceira geração (direitos econômicos e sociais); e 4ª) direitos humanos de quarta geração (direitos de solidariedade)." Para uma melhor análise do tema, recomenda-se: BEDIN, Gilmar Antônio e FELZKE SCHONARDIE, Elenise. *A Declaração Universal e o Direito ao Desenvolvimento: alguns apontamentos sobre um direito em construção*. In: GUERRA, C.G.; GUERRA, S.; PINTO, F.C. de S. (coord). *70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: olhares e desafios*. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018. P. 128.

[55] O PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) trata-se de um programa global criado pela ONU que tem o foco de combate à pobreza e a implementação do direito ao desenvolvimento, colaborando com governos, iniciativa privada e sociedade civil para que as pessoas humanas possam construir uma vida mais digna. Atualmente, esse Programa está presente em 166 países das várias regiões do mundo. As informações sobre o PNUD Brasil estão disponíveis no site oficial: <https://nacoesunidas.org/agencia/pnud/>. Acesso em 19 fev. 2020.

[56] No início de agosto de 2015, a Agenda Pós-2015 passou a se chamar Agenda 2030, quando houve um consenso entre os 193 Estados-membros da ONU, que gerou o documento final da nova agenda, intitulada Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. A Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, realizada em Nova York entre os dias 25 a 27 de setembro de 2015, marcou a adoção oficial da nova agenda, composta de 17 objetivos e 169 metas associadas, vigorando entre 1º de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2030 (PNUD, 2018).

> *base no alinhamento com seus respectivos mandatos.* ***Todos também consideraram o 17º objetivo, referente aos meios de implementação".*** *(Gripo próprio)*
>
> *"O foco da primeira fase do trabalho dos grupos técnicos temáticos da Força-Tarefa da ONU sobre a Agenda de Desenvolvimento Pós-2015 foi* ***o conjunto dos 16 ODS temáticos*** *tal qual propostos pelo Grupo de Trabalho Aberto sobre Desenvolvimento Sustentável (GTA-ODS), considerando que* ***o ODS 17, sobre meios de implementação, tem caráter transversal".*** *(Grifo próprio)*

Nesse contexto, enquanto o ODM 8 já tratava de parcerias (com um caráter assistencialista, isto é, com o objetivo de que os países mais ricos ajudassem os mais pobres), o ODS 17 se fundamenta em um conceito mais abrangente de parceria global, em que toda a comunidade internacional exerce um esforço compartilhado, mobilizando não apenas recursos financeiros, como também a *expertise* para criar capacidades nos países em desenvolvimento[57].

No Brasil, a cooperação global por meio de fortes parcerias se mostra essencial para uma melhora no contexto local, bem como para propiciar o cumprimento dos estandartes internacionais. Ao estudar as metas propostas pelo ODS 17, vemos a grande importância do Pacto Global da ONU, sendo que este trata do tema da sustentabilidade fomentando a formação de parcerias para o avanço dos ODS, que também foram incorporados em sua missão, conforme o trecho a seguir[58]:

> *"No Pacto Global das Nações Unidas, nós almejamos mobilizar globalmente empresas e partes interessadas sustentáveis para criar o mundo que queremos. Esta é a nossa visão.*
>
> *Para tornar isto realidade, o Pacto Global das Nações Unidas suporta as empresas para:*

[57] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Partnerships for sustainable development goals: a legacy review towards realizing the 2030 Agenda*. Nova York: 2015-3. P. 16.

[58] United Nations Global Compact (UNGC). *Our Mission*. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission>, acesso em 19 fev. 2020.

> *1. Fazer negócios de maneira responsável, alinhando suas estratégias e operações aos 10 princípios de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção; e*
>
> *2.* ***Tomar ações estratégicas para avançar objetivos sociais mais abrangentes, como os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, com ênfase em colaboração e inovação".*** *(Tradução e grifo próprio).*

Destarte, O Pacto Global possui um papel relevante para estimular a esfera privada a adotar ações que ajudem a avançar os ODS e consequentemente garantir os direitos humanos, quando pensamos na melhoria da cooperação regional e internacional no acesso à tecnologia e inovação; o engajamento de empresas e investidores em ações sustentáveis também é essencial para enfrentar os problemas econômicos, sociais e ambientais, considerados como um enorme desafio por requererem grandes investimentos. Nessa linha, as tecnologias não constituem um fator limitante e os recursos necessários já existem, mas a sua efetiva aplicação somente ocorrerá com a coordenação de vários atores – governos, ONGs, sociedade e setor privado -, em ações priorizadas de acordo com o seu potencial impacto à melhoria da sociedade.

Além de tratar da importância do Pacto Global para o ODS 17 no âmbito privado, convém abordar a coordenação entre os povos nas questões de cunho humanitário, já que o desenvolvimento socioambiental estará sempre atrelado à atenção primária às condições desiguais de existência. Como exemplo, na temática da mobilidade humana, vemos que a ONU monitora o fluxo e o tratamento dado a essa população vulnerável através da ACNUR (Agência da ONU para refugiados). Há, assim, a emissão de relatórios que revelam os padrões de movimento e os riscos envolvidos para que, a partir desses dados, os países possam se organizar na solução do problema.

Quanto ao Caribe e à América Latina, há fatos que comprovam a parceria entre os países. Por exemplo, foi adotada a primeira lei modelo[59] de pesca artesanal do mundo, reconhecendo esta atividade como um modo de vida e uma atividade produtiva que contribui para o desenvolvimento sustentável da região e a segurança alimentar e nutricional de

[59] PARLAMENTO LATINO-AMERICANO E CARIBENHO, *Lei Modelo de Pesca Artesanal ou em Pequena Escala*. Disponível em: <http://parlatino.org/pdf/leyes_marcos/leyes/ley-modelo-pesca-artesanal-pt.pdf>, acesso em 19 fev. 2020.

milhares de famílias. Esta lei modelo de pesca artesanal, assim, estabelece um marco jurídico de referência para que os países possam adotar, fortalecer e complementar suas políticas e legislações nacionais vinculadas a este setor.

Nessa esteira, vemos que as problemáticas internacionais são assistidas sob os olhares de todo o mundo, e muitas são compartilhadas, em um quadro marcado pelo enfraquecimento do conceito clássico de soberania - considerando que atualmente os países não são mais tratados como comunidades independentes; isso acarreta em uma onda crescente de repúdio a políticas extremistas, de modo que a miséria, a fome, a desigualdade social, a falta de oportunidades, e as injustiças cometidas aos grupos historicamente discriminados são questões lentamente problematizadas e debatidas através dos esforços de ONGs e entidades sérias e comprometidas com a melhoria da qualidade de vida dos povos em todo o planeta. Nesse quadro, o cumprimento das metas deste ODS 17 busca fortalecer a paz universal e reconhecer que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável[60].

No Brasil, a implementação dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável se depara, na prática, com barreiras de cunho político, econômico e social. Sendo um país caracterizado pelos já tratados legados autoritários, com níveis recordes de desigualdade e violência, além dos problemas de corrupção, pobreza e instabilidade política, a articulação de ONGs, cidadãos, e entidades públicas e privadas encontra dificuldades. No campo da cooperação climática, por exemplo, os compromissos assumidos externamente pelo país passam por grande resistência de um quadro interno político retrógrado, com constantes ameaças a direitos humanos e seus defensores, e inclusive questionando iniciativas passadas exitosas. Nesse cenário, para que haja avanços no âmbito internacional, é preciso fortalecer a liderança regional do país, de modo a retomar o protagonismo nas relações sul-sul.

Segundo o "Relatório Luz da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável", o Brasil atua, sobretudo, por meio de dispêndios com o custeio de organismos internacionais, ajuda humanitária e operações de manutenção da paz e cooperação técnica, científica-tecnológica e educacional – contudo, a incoerência entre receita e alocação de recursos públicos impede sua realização a contento; constata-se que a opacidade nos contratos de Parcerias Público-Privadas (PPP) configuram outra dificuldade para ordenação político-jurídica que permita ao país melhor enfrentar seus desafios e avançar em prol de um

[60] Vide a plataforma da Agenda 2030, disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/sobre/>, acesso em 18 fev. 2020.

desenvolvimento minimamente sustentável, além de que, apesar do crescente endividamento (73% do PIB), o Estado se submete à uma financeirização que estrangula a alocação de recursos públicos[61].

Assim, ao longo dos últimos anos – salvo por iniciativas em setores específicos -, o país pouco explorou seu potencial de integração global, e os maiores esforços foram direcionados para a abertura de mercados e de regras para o comércio no plano multilateral. ainda assim, observa-se que há alguma valorização prematura de parcerias e cooperações para a implementação de políticas, e este tópico nos traz a reflexão acerca da responsabilidade das Redes e Parcerias que estão sendo firmadas a partir das facilidades que as novas tecnologias da comunicação e da informação estão oferecendo para as diversas esferas públicas e privadas[62].

Com isso, há muito vem sendo discutido e estudado o papel dos organismos multilaterais na formulação das políticas sociais e educacionais brasileiras, como condicionalidade aos empréstimos e suportes financeiros. As políticas de educação inclusiva no país foram e vêm sendo assumidas, alinhadas com os documentos internacionais ratificados e incorporados nacionalmente: com base em tratados e documentos da UNESCO, há a adaptação de uma rede de suporte, por exemplo, o uso das tecnologias assistivas para a inclusão escolar de pessoas com deficiência ganha destaque com a implementação de políticas públicas de atendimento educacional especializado por meio de salas de recursos multifuncionais. Além dessa iniciativa, podemos citar, ainda, iniciativas como o Programa Escola Acessível, a ampliação do número de salas de recursos multifuncionais a serem instaladas, a aquisição de ônibus escolares acessíveis, a ampliação do Benefício de Prestação Continuada (BPC) na escola[63], e a formação continuada de professores e gestores prioritariamente por meio da educação a distância.

Nada obstante, conforme dito, há no quadro brasileiro empecilhos na implementação de diretrizes internacionais, de modo que estas não são aplicadas integralmente; apesar dos avanços, as disputas políticas e as contradições sociais acabam redefinindo a aplicação da agenda dos organismos internacionais no contexto nacional.

[61] Relatório Luz da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável, disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/14577.pdf>, acesso em 19 fev. 2020. P. 75.

[62] Destaca-se, no contexto brasileiro, experiências como a Rede Nossa São Paulo e o Programa Cidades Sustentáveis conjugadas aos ODS, que objetivam auxiliar o país na superação da crise que o assola nos pontos de vista social, político e econômico. Informações obtidas no website da Rede Nossa São Paulo, disponível em: <www.nossasaopaulo.org.br>, acesso em 19 fev. 2020.

[63] O BPC é um Programa que garante às pessoas com deficiência o benefício mensal de um salário mínimo. Para recebê-lo, o sujeito deve comprovar não possuir meios de garantir o próprio sustento, nem tê-lo provido por sua família. A renda mensal familiar *per capita* deve ser inferior a um quarto do salário mínimo vigente.

Somam-se às questões estruturais a crise fiscal e as políticas protecionistas, que limitam a mobilização de recursos para alcançar as metas da Agenda 2030 (e concretizar os estandartes interamericanos), tais como um sistema tributário regressivo, que penaliza o trabalho e consumo desproporcionalmente à riqueza e movimentos de capital – ou seja, a carga fiscal fica proporcionalmente maior sobre os mais pobres, acarretando uma política de concentração de riqueza; enfatiza-se, por fim, o mal uso dos recursos públicos que caracteriza o país, e o pouco repasse de recursos para organizações sem fins lucrativos[64], de modo que o retorno do serviço em comparação ao esforço empregado debilita o sistema.

Sinteticamente, os documentos que trazem orientações de proteção aos direitos humanos em âmbito global e regional devem ser interpretados e adequados às realidades de cada país e de cada comunidade, e a articulação das políticas públicas somente ocorrerá na no Brasil – e na América Latina em geral - a partir do momento que barreiras ideológicas, políticas e econômicas forem superadas. Nessa lógica, é essencial que se envide um empenho coordenado nos âmbitos locais, regionais e global para trazer as visões contidas nesses instrumentos para a realidade prática, sendo fundamental reiterar o importante papel de cooperação da sociedade civil organizada também no campo das relações internacionais, compondo coletivos de monitoramento das resoluções, agendas de ação, declarações e comunicados dos organismos de governança multilateral no contexto da geopolítica diplomática; em âmbito nacional, são as instituições fortalecidas (organizações da sociedade civil, juízes, meio acadêmico, mídia, parlamentares, ombudsmen, defensores, promotores, dentre outros participantes) que se posicionam com força progressiva para o equilíbrio no planejamento e para a implementação de ações eficientes rumo ao desenvolvimento sustentável e inclusivo, devendo esta agenda ser investida e priorizada para que haja o efetivo cumprimento dos acordos internacionais firmados na região, com base nos estandartes internacionais de direitos humanos apontados.

[64] Segundo o Relatório Luz da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável, "Em 2017, o repasse de recursos públicos para organizações sem fins lucrativos – que incluem desde Santas Casas (serviço hospitalar), partidos políticos, organizações sociais e inclusive institutos governamentais – foi de 7 bilhões de Reais, 14% a menos que em 2016.". Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/14577.pdf>, acesso em 19 fev. 2020. P. 77.

6. CONCLUSÃO

A relação dialógica entre diversos atores, bem como uma cooperação regional e global que vise à implementação de políticas públicas enfocadas em direitos humanos são peças-chave para o fortalecimento da democracia na região latino-americana. Com o desenvolvimento desse diálogo multinível, analisa-se que cresce a preocupação internacional dos Estados Democráticos de Direito com a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos em seu âmbito interno, principalmente no atual contexto de integração e globalização, e a partir da necessidade urgente do enfrentamento das problemáticas estruturais e de temas transversais que a região como um todo enfrenta: direito à existência de grupos vulneráveis, fluxos migratórios, atentados a minorias e defensores de direitos humanos, mudanças climáticas, prisões arbitrárias ou injustificadas e questionamentos de liberdades fundamentais.

Os estandartes internacionais de proteção são valiosos para trazer lições e direcionamentos para os Estados-parte da Organização dos Estados Americanos, sendo necessária a implementação da jurisprudência e as recomendações advindas do SIDH nos âmbitos internos dos países da região. Através da jurisprudência, de leis e de políticas transformadoras será possível alterar as realidades política e social da América Latina, a fim de garantir o cumprimento das promessas centrais previstas nas constituições - especialmente a efetivação plena dos direitos humanos, da democracia, e do estado de direito. Nesse sentido, são consideradas transformadoras na medida em que almejam a concretização dessas promessas em regiões nas quais não estão consolidadas, a partir de um diálogo entre os ordenamentos jurídicos internos dos países da região com tratados e convenções internacionais, em particular com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por sua vez, a criação da Agenda 2030 da ONU foi um passo importante para o tema da erradicação da pobreza e para a solução dos demais problemas da humanidade, dando continuidade aos bons resultados alcançados com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Entretanto, o atingimento das 169 metas associadas aos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável que a compõem pressupõe investimentos massivos, enquanto governos e ONGs trabalham com quantias bem menores do que o necessário, deixando claro uma vez mais que somente através do estabelecimento de parcerias e de uma cooperação global – conforme preconiza o ODS 17 – será possível aplicar esse montante.

No caso específico brasileiro, se faz imprescindível o cumprimento e a valorização tanto dessa Agenda quanto dos estandartes internacionais, e para que isso aconteça as barreiras históricas, econômicas, sociais, políticas, legais e ideológicas devem ser superadas; sugiro, nesse sentido, que haja um aumento de esforços na cooperação regional, com foco na inovação e no aumento da produtividade nacional de modo inclusivo, sendo que, para isso, é necessário garantir transparência e prestação de contas aos seus cidadãos. Além disso, deve-se alinhar os instrumentos de planejamento da gestão pública (como os Planos Plurianuais) aos ODS, implementar reformas que promovam a justiça tributária, realizar auditorias da política de incentivos tributários, fortalecer a consciência nacional em prol do meio ambiente e sustentabilidade, garantir o financiamento da sociedade civil brasileira, e assumir papel de liderança na implantação de acordos que protejam os direitos humanos através do envio de recursos públicos em projetos de cooperação, inclusive aprovando projetos de lei nesse sentido, para que se alcance um desenvolvimento socialmente justo, economicamente inclusivo e ambientalmente responsável.

A partir dessa cooperação, com a inclusão dos grupos vulneráveis e transparência nos processos públicos, é que será possível alterar esse quadro esquizofrênico de extrema desigualdade, corrupção e violência, de modo a garantir uma cidadania mais justa, uma democracia fortalecida e a efetividade dos direitos humanos para todos e todas.

BIBLIOGRAFIA

ACNUDH e ONUHABITAT, El derecho a una vivienda adecuada. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf>, acesso em 18 de fevereiro de 2020.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). O STF e o direito internacional dos direitos humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BEDIN, Gilmar Antônio e FELZKE SCHONARDIE, Elenise. A Declaração Universal e o Direito ao Desenvolvimento: alguns apontamentos sobre um direito em construção. In: GUERRA, C.G.; GUERRA, S.; PINTO, F.C. de S. (coord). 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: olhares e desafios. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018.

BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. Revista de Direito Administrativo, Rio de

Janeiro, v. 269, p. 13-66, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594/56160>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2020.

BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión. Institute de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Mexico, 2017b.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: a regional approach to Transformative Constitutionalism. In: Transformative Constitutionalism in Latin America: observations on transformative constitutionalism. Oxford: United Kingdom, 2017.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitucionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 9, nº2, Brasília: 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. v. 1.

CARBAJOSA, Ana. Occidente en el diván. El País, 2020. Disponível em: <https://elpais.com/internacional/2020/02/14/actualidad/1581707209_406134.html>, acesso em 18 de fevereiro de 2020.

CARVALHO RAMOS, André de. Processo internacional de direitos humanos. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CEPAL, Panorama Social da América Latina. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44412/1/S1801085_pt.pdf>, acesso em 10 de fevereiro de 2020.

CIDH, Relatório sobre Políticas Públicas com enfoque em direitos humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasPublicasDDHH.pdf>, acesso em 15 de fevereiro de 2020.

CIDH, Audiência pública sobre Controle de gasto público, políticas fiscais e garantia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais na América Latina. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-nl76z30RpI&list=PL5QlapyOGhXtsMXZJufgB9OeUbP6_I5Gk&index=64>, acesso em 15 de fevereiro de 2020.

CIDH, Comunicado de Imprensa nº. 184/19, CIDH y su REDESCA condenan hechos de represión violenta en Venezuela y urgen al Estado venezolano a garantizar los derechos

humanos de la población frente a la crisis política, económica y social. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/052.asp>, acesso em 16 de fevereiro de 2020.

CIDH, Migración forzada de personas Nicaragüenses a Costa Rica, disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MigracionForzada-Nicaragua-CostaRica.pdf>, acesso em 18 de fevereiro de 2020.

COMITÊ DESC, Observação Geral nº14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451>, acesso em 18 de fevereiro de 2020.

COMITÊ DESC, Observação Geral nº 23. Sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. Disponível em : < https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-num-23-2016-sobre-derecho-condiciones-trabajo-equitativas-y>, acesso em 19 de fevereiro de 2020.

CORTE IDH, Opinião Consultiva 17-02. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>, acesso em 19 de fevereiro de 2020.

CORTE IDH, Opinião Consultiva 18-03. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>, acesso em 19 de fevereiro de 2020.

COUFFIGNAL, Georges. La nueva América Latina: Laboratório político do Occidente. Santiago: LOM Ed., 2015.

FERREIRA MENDES, G.; RUFINO DO VALE, A. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional, v. 2, 2, 2008-2009.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. The American Human Rights Navigation: Toward a Ius Commune, in BOGDANDY, Armin von (coord.), Transformative Constitutionalism in Latin America. Oxford: United Kingdom, 2017.

GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution. New York e Oxford: Oxford University Press, 2013.

Huerta, Mauricio. El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, N.6, 2006. Disponível em:

<http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>, acesso em 15 de fevereiro de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTINEZ RUANO, P. Los modelos latinoamericanos y europeos de control electoral. Revista Derecho Electoral, v. 13, 2102.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune. México: Unam, 2015.

NOHLEN, D. et al. (Coord.). Tratado de derecho electoral comparado de América Latina. México, DF: IIDH, 2007. v. 2.

OEA, Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José). Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>, acesso em 18 de fevereiro de 2020.

OEA, Grupo de Trabalho Protocolo de San Salvador, Observações e Recomendações Finais ao México em 2018. Disponível em: < http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/observaciones-finales-gtpss-mexico.pdf>, acesso em 16 de fevereiro de 2020.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), disponível em < https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-4-derecho-una-vivienda-adecuada-parrafo-1-del-articulo-11-del-pacto>, acesso em 18 de fevereiro de 2020.

ONU. Partnerships for sustainable development goals: a legacy review towards realizing the 2030 Agenda. Nova York: 2015-3.

PARLAMENTO LATINO-AMERICANO E CARIBENHO, Lei Modelo de Pesca Artesanal ou em Pequena Escala. Disponível em: <http://parlatino.org/pdf/leyes_marcos/leyes/ley-modelo-pesca-artesanal-pt.pdf>, acesso em 19 de fevereiro de 2020.

PINTO, Monica. El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: la aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales – Editorial del Puerto, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 8, N. 2, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos. In: A. v. Bogdandy, H. Fix-Fierro e M. Morales Antoniazzi. Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión. Instituti de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Mexico, 2017b.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune em América Latina: context, challenges, and perspectives. In: Transformative Constitutionalism in Latin America: observations on transformative constitutionalism. Oxford : United Kingdom, 2017a.

PNUD Brasil, disponível em <https://nacoesunidas.org/agencia/pnud/>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

PRETELT, J.; RAMIREZ, J. M. (Coord.). Democracia política y electoral en América Latina. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda; OEA, 2000.

REDE NOSSA SÃO PAULO, disponível em: <www.nossasaopaulo.org.br>, acesso em 19 de fevereiro de 2020.

RELATÓRIO LUZ DA AGENDA 2030 DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/14577.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

ROSSI IGNÁCIO, Renata. ODS 17 e a Articulação Mundial em prol de Políticas Públicas, in MEDEIROS COSTA, Hirdan Katarina de (coord.). Direitos Humanos e Objetivos de Desenvolvimento sustentável. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

ROSSI IGNÁCIO, Renata. Constitucionalismo Regional Transformador e o impacto do Sistema Interamericano na América Latina, in AMARAL JR., Alberto do; MONTEIRO DANESE, Paula; PIOVESAN, Flávia (coord.). 50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SEPÚLVEDA, Magdalena. Principios rectores sobre la extrema pobreza. Disponível em <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/A-HRC-21-39_sp.pdf>, acesso em 10 de fevereiro de 2020.

SIKKINK, Kathryn. Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America. In: INTERNATIONAL Organizations. Massachusetts: IO Foundation and the Massacussetts Institute of Technology, 1993.

SMITH, Rhona K.M. Textbook on International Human Rights. Oxford: Oxford University Press, 2003.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Índice da percepção da corrupção 2018. Berlim, 2018. Disponível em: <https://ipc2018. transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2020.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos económicos, sociales y culturales: recapitulación de fragmentos de memorias. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, LEAL, Cesar Barros (Eds). El desafío de los derechos económicos, sociales y culturales. FB Editora, 2019.

UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT (UNGC). Our Mission. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission>, acesso em 13 de fevereiro de 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdad estructural y Estado de derecho, in GARAVITO, César Rodriguez (org.), El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentença de 29 de julho de 1988.

Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentença de 19 de novembro de 1999.

Caso De la Cruz Flores vs Perú, sentença de 18 de novembro de 2004.

Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, sentença de 4 de julho de 2006.

Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, sentença de 25 de maio de 2010.

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentença de 24 de agosto de 2010.

Caso Gelman vs. Uruguay, sentença de 24 de fevereiro de 2011.

Caso Suárez Peralta vs. Equador, sentença de 21 de maio de 2013.

Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, sentença de 8 de outubro de 2015.

Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, sentença de 8 de março de 2018.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

A OPEP E A REVOLUÇÃO PETROLÍFERA NO MÉDIO ORIENTE: *quid juris*?

THE OPEP AND THE OIL REVOLUTION IN THE MIDDLE EAST: *quid juris*?

Patrícia Marlene Pinto Alves[1]

Submissão: 03/03/2020 Aprovação: 07/03/2020

RESUMO:

Neste trabalho de investigação, o que pretendemos é destacar a importância da OPEP e a sua relevância e interferência com o Médio Oriente. Petróleo, é a palavra-chave principal deste trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: Médio Oriente. Petróleo. OPEP. Vulnerabilidades.

ABSTRACT:

In this investigation work, we intend to highlight the OPEC importance and the OPEC importance and the interference with the Middle East. Petroleum, is the main keyword of this work.

KEYWORDS: Petroleum. Middle East. OPEC. Vulnerabilities.

SUMÁRIO: I. Nota Prévia; **II.** A OPEP e o petróleo: linhas paralelas? – O problema atual; **III.** O petróleo e o Médio Oriente; **IV.** Breves considerações finais; **V.** Referências bibliográficas.

∗ Trabalho apresentado no II Congresso Internacional da Academia Paulista de Direito, Coordenado pelo Acadêmico Titular da Cadeira SanTiago Dantas, Professor Doutor Alfredo Attié Jr.

[1] Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), vinculado à Cadeira SanTiago Dantas da Academia Paulista de Direito. Professora de Direito Assistente Convidada, no ensino superior, na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico do Porto - Portugal. E-mails: pmpa@estg.ipp.pt / patriciapintoalves26@gmail.com. Doutoranda em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Investigadora jurídica. Autora de várias publicações jurídicas. Conferencista. Juiz-árbitro em matéria de Direito Público no CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa e Juiz-árbitra no TRIAVE – Centro de Conflitos de Consumo do Tâmega, Ave e Sousa. CV: https://www.cienciavitae.pt/pt/6B1B-4AE1-C938?fbclid=IwAR2MXBxwz2YITK0MWDjtTqZzcV6Sb7RxvBa3D4hGMyPI3exExX0j8QTaRKE

1. NOTA PRÉVIA

A Organização dos Países Exportadores de Petróleo (doravante OPEP) foi fundada em Bagdad, no Iraque, com a assinatura de um acordo em setembro do ano 1960 por cinco países: a República Islâmica do Irão, o Iraque, o Kuwait, a Arábia Saudita e a Venezuela, e visa a coordenação das políticas de petróleo entre os países membros, tendo por intuito a salvaguarda da prática de preços justos, do fornecimento eficiente e da regulação do petróleo para as Nações consumidoras. Posto isto, existe um fundo para fomentar o desenvolvimento Internacional preservado pela OPEP ([2]).

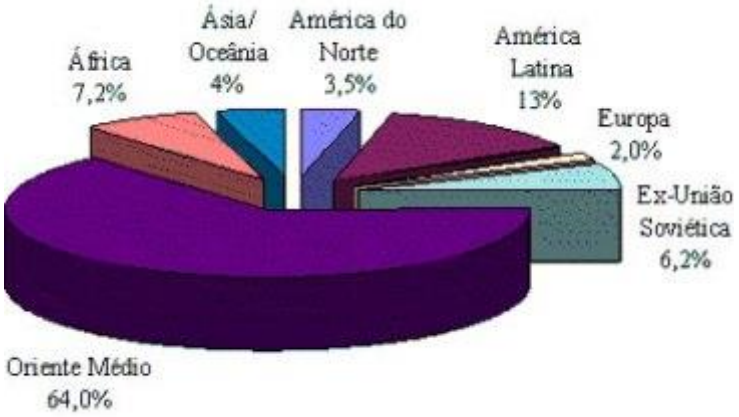
Contudo, aos países supramencionados juntaram-se mais tarde o Qatar em 1961, a Indonésia em 1962, a Líbia em 1962, os Emirados Árabes Unidos em 1967, a Argélia em 1969, a Nigéria em 1971, o Equador em 1973, o Gabão em 1975, a Angola em 2007, a Guiné Equatorial em 2017 e, muito recentemente, o Congo em 2018 ([3]).

Ora, a economia dos países que compõem o Médio Oriente está vinculada diretamente com a extração e o refinamento do petróleo. Por vezes, essa é praticamente a única fonte de receita para determinados países. Como a região é constituída basicamente por desertos com climas adversos, impróprio para a prática da agricultura, a maior riqueza que eles possuem é, indubitavelmente, o petróleo ([4]).

Dentre as diversas jazidas de petróleo do Oriente Médio ou Médio Oriente (designação dada em Portugal), a concentração maior do recurso está no Golfo Pérsico e na Mesopotâmia, os quais juntos possuem cerca de 60% de toda reserva a nível planetário. O Médio Oriente, é, indubitavelmente, a maior potência petrolífera a nível mundial no momento. Dentre os países do Oriente Médio, os maiores produtores de petróleo são a Arábia Saudita, o Irã ou Irão (denominação dada em Portugal), o Iraque, o Kuwait, os Emirados Árabes Unidos, o Catar e o Bahrain ([5]).

Graficamente representando o supra exposto até então, vejamos o presente gráfico:

[2] Neste sentido, e para maiores desenvolvimentos, *vd*, https://www.opec.org/opec_web/en/about_us/25.htm (acesso em 23.01.2020).
[3] Neste sentido, e para maiores desenvolvimentos, *vd*, https://www.opec.org/opec_web/en/about_us/25.htm (acesso em 23.01.2020).
[4] Neste sentido, FREITAS.
[5] Neste sentido, *vd*, FREITAS.



O gráfico mostra a participação do Oriente Médio na produção de petróleo em escala mundial ([6]).

Por conseguinte, a Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) comunicou recentemente prever que a sua oferta de petróleo diminuirá continuamente nos próximos cinco anos, sugerindo que o cartel poderá ter de manter a estratégia de restringir a produção para estabilizar os preços da "commodity", sendo que o que se espera é que a oferta sofra uma queda adicional de 1,6 milhões de bpd até ao ano de 2025. A OPEP afirmou que a mudança na previsão está relacionada a um aumento mais rápido do que o previsto da produção de óleo de xisto dos EUA. De acordo com o cartel, a oferta americana de óleo de xisto deverá crescer em 6,7 milhões de bpd no médio prazo, devendo termos em atenção, todavia, que os planos de produção da OPEP também serão atingidos pelo avanço mais contido da procura global por petróleo, em meio a crescentes incertezas económicas e à medida que variados governos implementam políticas para mitigar mudanças climáticas ([7]).

Seja como for, o petróleo é a grande fonte de rendimentos do Médio Oriente, alimentado e pagando as contas de muitas famílias. Mas, conforme os dados que têm vindo a

[6] Neste sentido, *vd*, Eduardo DE FREITAS, "A produção de petróleo no Oriente Médio", pesquisável em: https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/a-producao-petroleo-no-oriente-medio.htm (acesso em 23.01.2020).

[7] Cfr. "Opep prevê queda de 1,6 milhão de barris de petróleo na oferta diária até 2025", notícia de 05.11.2019 e pesquisável em: https://www.gazetadopovo.com.br/economia/breves/confianca-da-industria-e-a-maior-desde-julho-de-2010/ (acesso em 23.01.2020). *Vd*, ainda, para mais desenvolvimentos, o escrito da nossa autoria, Patrícia PINTO ALVES, apontando a relevância climática, "Circulação ecológico-sustentável do veículo automóvel - o equinócio jurídico-humano: que futuro?", in *Revista da Energia - Journal Energy*, 2020, pp. 70-83, pesquisável em: https://ispg.org/pdfs/ISPG15_web.pdf / https://www.energiser.pt/pt (acesso em: 13.08.2021).
Ainda em termos de preocupações climáticas e ambientais, segundo Barry BARTON: "Electricity as a fuel has adverse effects on the environment even when generated from renewable energy sources such as hydro, geothermal, and wind power". Cfr. Barton, 2018, p. 104.

ser projetados, e tendo em conta que o Médio Oriente é um grande exportador de petróleo e, a título de exemplo, os EUA são uma Nação muito consumidora de petróleo, há que realçar que as mudanças demográficas significam que os funcionários estão a exigir mudanças no ambiente de trabalho e estão a expressar preocupações sobre o papel das empresas de petróleo e gás na sociedade. A geração do milénio constituirá a maioria da força de trabalho dos EUA no início da década de 2020 e até já começou a sua escalada em funções de gerência e até executivas. Os denominados "nativos digitais" no banco do motorista trarão as suas próprias expectativas de tecnologia, colaboração, ritmo e responsabilidade. As empresas de petróleo e gás podem precisar de mudanças mais profundas para atender à elevada procura de trabalho e responsabilidade social para atrair a próxima geração dos principais talentos de engenharia e liderança ([8]).

A metodologia utilizada no presente estudo, tem em conta, essencialmente, a doutrina, *sites* da internet, notícias e dados estatísticos.

II. A OPEP E O PETRÓLEO: LINHAS PARALELAS? – O PROBLEMA ATUAL

A problemática que se coloca ao nível do petróleo na atualidade, e da sua exportação, por parte dos países do Médio Oriente, e daí termos intitulado o presente artigo por: "A OPEP e a revolução petrolífera no Médio Oriente: *quid juris*?", é a de que, e tendo em consideração, o defendido pelo analista Ed Morse, este analista sublinha que "os altos preços terão favorecido a comercialização de uma quantidade excessiva de petróleo" e que "agora estão prontos para ser colocados no mercado". "A diminuição da procura", faz com que seja "mais difícil" a venda de petróleo crude; Sem embargo, o Irão, o Iraque e outros países da OPEP "querem aumentar ainda mais a produção" ([9]). Tal aumento de produção de petróleo crude, julgamos ser manifestamente ineficiente e desnecessário, na medida em que haverá uma maior dificuldade para o seu escoamento. Na verdade, atrevemo-nos a afirmar que a tendência é a dos países consumidores de petróleo, virem a consumir cada vez menos, devido às preocupações climáticas e ambientais que cada vez se impõem mais a uma escala planetária, havendo já soluções, em que as energias renováveis, terão tendência a dominarem no futuro próximo, como

[8] Neste sentido, *vd*, Handscomb, Sharabura, Woxholth, 2016.

[9] A tradução é nossa. Cfr., e para maiores desenvolvimentos, "En contra de las directivas de la OPEP, los países productores están inundando el mercado del petróleo", notícia datada de 08.06.2015, e pesquisável em: http://www.asianews.it/noticias-es/En-contra-de-las-directivas-de-la-OPEP,-los-pa%C3%ADses-productores-est%C3%A1n-inundando-el-mercado-del-petr%C3%B3leo-34454.html (acesso em 23.01.2020).

por exemplo um grande afluxo ao consumo de carros elétricos (que são menos poluentes para o ambiente e cujo abastecimento se tornará mais barato para as carteiras dos seus consumidores finais). A verdade é a de que, uma vez que o petróleo causa elevada poluição atmosférica, e se trata de um recurso não renovável, que tende a escassear cada vez mais, a redução elevada do seu consumo, causará graves problemas a nível económico-financeiro e societário nos países exportadores do Médio Oriente, na medida em que causará elevado desemprego local e aumento exponencial da pobreza das populações residentes no Médio Oriente, e cuja fonte de rendimentos e sustento, advém da extração e comercialização petrolífera.

Ora, a estratégia da OPEP solidificar-se-ia em uma declaração de princípios sobre a política petrolífera, elaborada em 1968 – a denominada *Declaratory Statement of Petroleum Policy in Member Countries* -, de onde adviria uma estratégia construída em torna de dois eixos: por um lado, o controlo da indústria petrolífera mediante a participação e a nacionalização, mas preferencialmente mediante a participação; e a subida dos preços de referência do crude (Vieira de Andrade e Figueiredo Marcos – Coordenadores, 2013, p. 26).

Todavia, os países membros da OPEP asseguravam, já em 1973, 56% da produção mundial de petróleo, 85% das exportações mundiais e as suas reservas certas estavam avaliadas em mais de 60% do total das reservas existentes em todo o mundo. A duração média das reservas dos países membros da OPEP em 1973, às taxas de produção do ano de 1973, era de 35 anos, variando entre um mínimo de 10 anos para a Venezuela e um máximo de 59 anos para o Kuwait (Marques dos Santos, 1980, p. 22).

Porquanto, a história da OPEP é a história da tomada de consciência progressiva por parte dos países do denominado Terceiro Mundo (subdesenvolvidos) do valor dos eus recursos naturais e da necessidade da sua plena soberania sobre eles pela qual estão decididos a bater-se, como o anunciaram diversas vezes em variadas reuniões internacionais realizadas nos últimos anos, no decorrer da VI Sessão Extraordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas (Marques dos Santos, 1980, p. 23). Tal sessão foi convocada por iniciativa de um país membro da OPEP que é a Argélia, tendo aprovado em maio de 1974 a Declaração e o Programa de Ação sobre a instauração de uma Nova Ordem Económica Internacional (NOEI). Ora, após essa VI Sessão Extraordinária, muitas foram as reuniões em que o problema da soberania sobre os recursos naturais foi discutido – mais precisamente as conferências de Dakar acerca das matérias-primas, de Argel acerca da industrialização dos países de Terceiro Mundo, de Lima acerca da cooperação industrial internacional, todas em 1975, a IV UNCTAD, em Nairobi (1976), a V UNCTAD, em Manila (1979), etc. porém, as primeiras resoluções da Assembleia

Geral das Nações Unidas em matéria de soberania permanente sobre os recursos naturais tiveram a data de 1952 – Resolução 523 (VI) de 12-1-52 e Resolução 626 (VII) de 21-12-52 (C. A. Colliard, 1974, p. 315).

Por conseguinte, com a chegada dos anos 50, os países produtores passaram a partilhar os lucros, baseando-se no sistema do *fifty-fifty*, e os EUA, de exportadores que eram, tornaram-se importadores, o que conduziu os monopólios a baixarem os preços do petróleo na fase da produção, dado que, dada a homogeneidade das companhias petrolíferas no plano industrial, elas adotaram deliberadamente a política de redução dos preços do petróleo bruto, reduzindo desta feita os rendimentos dos países produtores, mas chamando a elas elevados lucros de monopólio, mediante o aumento dos lucros nas operações que se seguiam à produção (o transporte, a refinação e a comercialização) (Marques dos Santos, 1980, p. 31).

Relativamente ao Médio Oriente, o preço petrolífero passou a ser reduzido em função de despesas de transporte imaginárias entre o Médio Oriente e o Golfo do México – o preço do petróleo do Golfo Arábico é igual ao preço do petróleo do Golfo do México menos as despesas de transporte entre os dois golfos (Marques dos Santos, 1980, p. 31).

Este sistema de fixação dos preços de referência pelas companhias, sem qualquer interferência dos países produtores, durou até julho de 1970, data em que a Argélia decidiu de modo unilateral, pela primeira vez, a aplicação efetiva do princípio da soberania em matéria de fixação de preços (Marques dos Santos, 1980, p. 31).

Quanto ao *item* respeitante à ajuda ao desenvolvimento dos países da OPEP e do Comitê de Ajuda ao Desenvolvimento (CAD), cumpre-nos referir que o auxílio ao desenvolvimento pode abranger dádivas, empréstimos e também investimentos, desde que realizados diretamente pelos países produtores de petróleo, com a finalidade de aumentar as capacidades produtivas nos países recetores (Marques dos Santos, 1980, p. 95).

Um breve apontamento que aqui deixamos é o que concerne, ainda, aos organismos multilaterais criados por todos ou por alguns países da OPEP, o mais relevante e o que abrange todos os países membros e tem vocação mundial, é o Fundo Especial da OPEP, criado em janeiro de 1976 com uma dotação de 800 milhões de dólares. Do seu capital inicial, 435 milhões de dólares foram afetados ao Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola, criado por decisão da Conferência Mundial para a Alimentação, em novembro de 1974. Outra fração de 200 milhões de dólares foi destinada à ajuda ao equilíbrio das balanças de pagamentos e o saldo de 165 milhões de dólares, ao estudo e implementação de projetos de investimento. Posto isto, em dezembro de 1976 os países da OPEP decidiram aumentar o capital do Fundo

em 800 milhões de dólares, decisão essa que foi concretizada em agosto de 1977 (*Coopération pour le développement-Examen*, 1977, pp. 106-107).

Ademais, a Agência Internacional de Energia, entendida como uma verdadeira "máquina de guerra contra a OPEP" (Marques dos Santos, 1980, p. 125) criada por Kissinger, não conseguiu atingir as suas finalidades proclamadas: as economias de energia e a drástica redução do consumo de petróleo. A produção mundial de petróleo atingiu em 1979 o seu maior valor de sempre, ou seja, cerca de 3,5 biliões de toneladas, demonstrando deste modo, mais uma vez, que a curto prazo não há substitutos para o petróleo (Marques dos Santos, 1980, p. 125).

Assim, a OPEP assiste a um reforço do seu poder de negociação, mas em simultâneo assiste a uma aceleração do esgotamento do seu principal, ou mesmo único recurso, isto é, o petróleo (Marques dos Santos, 1980, p. 125).

A(s) hipótese(s) que aqui apontamos, visando o combate ao possível flagelo *supra* denunciado, são as de criação e desenvolvimento de outro(s) tipo(s) de negócio(s) e comercialização de produtos alternativos nestes grandes países exportadores de petróleo do Médio Oriente, pretendendo com isto, que sejam sustentáveis e rentáveis financeiramente para aqueles residentes, como a título de exemplo ao nível das tecnologias da informação, ao nível têxtil, ao nível alimentar, evitando assim a sua colisão social, demográfica e financeira. Neste prisma, observamos que cada vez mais, e no intuito de salvarmos, de alguma forma, o planeta Terra, julgamos que o que se pretende é recorrer-se cada vez menos ao petróleo como fonte de combustível, buscando opções igualmente válidas, mas mais ecológicas, ou seja, menos poluentes e que se possam renovar ao logo do tempo. Como todos nós temos conhecimento, o petróleo tende cada vez mais a ser um bem escasso, levando a várias guerras, por vezes, para a sua ambiciosa obtenção entre variadíssimos Estados-Nações (Alves, 2020, pp. 70-83) ([10]).

III. O PETRÓLEO E O MÉDIO ORIENTE

Um aspeto interessante a destacar neste trabalho de investigação prende-se com o facto de que em geral, os países da OPEP possuem uma procura por petróleo proporcionalmente pequena em comparação com a produção. Tal reflete-se em parques de refinamento que não são capazes de absorver a maioria do petróleo produzido nesses países.

[10] O itálico utilizado no corpo do texto é nosso.

Inclusive, alguns países exportadores de petróleo são importadores líquidos de derivados de petróleo, o que se espelha num impacto na balança comercial desses países (OPEP, 2017, *apud* Silva, 2019, p. 96).

Ora, as maiores jazidas comprovadas de petróleo situam-se na região do Golfo Pérsico, contudo, as reservas estão espalhadas um pouco por todo o mundo. Logo, nem só no Golfo Pérsico existem reservas, encontramos também reservas na Ásia, América do Norte, América do Sul, América Central, no Norte e no centro do continente africano (Ribeiro, 2008, p. 19).

No entanto, temos de ter em consideração que os grandes produtores de petróleo nem sempre são os grandes consumidores, logo há que se ter em atenção, que estes países consumidores não possuem petróleo suficiente ou não possuem este recurso no seu território para o desenvolvimento das suas economias, portanto têm de encontrar a forma mais vantajosa de importar este recurso natural que muitas vezes passa por controlar as reservas existentes no globo (Ribeiro, 2008, p. 20).

A fronteira mais importante na atualidade na indústria petrolífera é a mutável fronteira da tecnologia que está a ajudar a modificar radicalmente a cara da indústria (Paul Tempest, 1998, p. 43, *apud* Pignataro de Oliveira, p. 222).

Numa perspetiva de Direito comparado, destacamos aqui p caso do Canadá, na medida em que a província de Alberta, detentora de 75% das reservas de petróleo e gás do país, criou o Alberta Heritage Savings Trust Fund (AHF) em 1976, com o intuito de reduzir a volatilidade das receitas, diversificar a economia e promover justiça intergeracional. Mas, o AHF tem algumas diferenças, uma vez que não existe uma nítida sistemática para aplicação dos recursos (Alencar Xavier, Germano Alves e Vilar Guimarães, 2013).

Tendo em consideração a evolução dos preços do petróleo ao longo da história, podemos observar que este preço subiu exponencialmente e, por vezes, subitamente, quando relacionado com as crises no Médio Oriente, região esta, bem conhecida pela sua constante instabilidade. Já no passado Saul Bernard Cohen falava destas regiões como sendo cinturas fragmentadas, na sua obra "Geography and Politics in a divided World" começava por expressar: "O nosso mundo está dividido politicamente. Está dividido porque o homem o quer e porque a natureza o favorece", isto é, referia-se às regiões fragmentadas como sendo territórios que comandam pequenas áreas marítimas estratégicas; que se distinguiam pelas suas riquezas agrícolas e minerais; são áreas política e economicamente fragmentadas; pelas suas diferenças internas, parecem incapazes de conseguir uma unidade efectiva tanto no plano político como no económico; pela sua situação e características, é impossível o seu completo

controlo por qualquer dos grandes poderes; servem de apoio às grandes potências em épocas de conflito; são áreas tampões, isto é, impedem o afrontamento entre as grandes potências (Oliveira Ribeiro, 2008, p. 22).

Os EUA possuem forças em territórios estratégicos, de forma a que possam exercer influência sobre as regiões que são do seu interesse como é o caso das forças que possuem na Europa Ocidental, na Ásia Oriental e no Golfo Pérsico, forças estas que servem para garantir a estabilidade nestes territórios e impedir o possível aparecimento de potências regionais hostis. "Os Estados Unidos, com a primeira Guerra do Golfo, passam a ser uma potência regional no Médio Oriente, do mesmo modo que também são uma potência europeia e uma potência asiática." (Carlos Gaspar, 2006, *apud* Oliveira Ribeiro, 2008, p. 32).

Para que os EUA possam usufruir do estatuto de potência regional nesses territórios, ou seja, Europa, Ásia e Médio Oriente, tentam fixar os seus adversários nos territórios que lhes pertence porque é nessas regiões que esta potência pode influenciar da forma que mais lhe é conveniente os equilíbrios regionais e, onde pode controlar eventuais concentrações antiamericanas. Umas das formas dos EUA contrariarem esse antiamericanismo é a presença de forças americanas no Golfo Pérsico, pelo que, quem beneficia com a presença destas forças são as grandes potências regionais já mencionadas anteriormente (Oliveira Ribeiro, 2008, p. 32).

Posto isto, cabe-nos questionar: será que com a exploração do petróleo, por vezes, abusiva por parte de alguns, não há ou haverá a exploração laboral de alguns indivíduos? Serão todos os direitos humanos respeitados? Deixamos aqui a questão em aberto, para eventuais reflexões globais e para estudos futuros devidamente desenvolvidos…

IV. BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que pretendemos neste trabalho de investigação foi dar algumas possíveis eventuais soluções aos problemas que ainda subsistem na atualidade acerca do petróleo.

Fizemos, ou pelo menos, tentamos fazer um paralelismo relacional entre o petróleo, a sua exploração e a sua comercialização, tendo mais em consideração a região do Médio Oriente, uma vez que, o Médio Oriente, ainda nos nossos dias, e como, aliás, expusemos supra graficamente, é a maior potência a nível mundial exportadora de petróleo, gerando, por

vezes, conflitos armados com outros países que nutrem uma certa ganância pela posse daquele recurso, que é o petróleo.

Também há aqui inconvenientes, porque como já analisamos melhor supra, o petróleo está cada vez mais em fase de esgotamento a nível planetário, havendo necessidade de serem tomadas algumas medidas para combater os eventuais problemas supra expostos que daí possam advir.

Concordamos com Oliveira Ribeiro, quando este autor observa que as reservas de petróleo estão distribuídas de forma desigual pelo planeta, o que causa, naturalmente, uma corrida a este recurso, assim, é legítimo dizermos que os conflitos possam ocorrer em zonas onde as grandes potências procuram adquirir recursos, nomeadamente o petróleo. Diante deste cenário, pode consubstanciar-se como fonte de conflitualidade atualmente, uma vez que, e a título de exemplo, podemos referir algumas decisões tomadas na política externa dos EUA. Em 1980, com a reconquista sobre as cotações de petróleo, passaram a financiar o Iraque na guerra contra o seu vizinho Irão e, aproximaram-se à Arábia Saudita para adquirirem o petróleo deste país de forma a suprir eventuais faltas (Oliveira Ribeiro, 2008, p. 33).

Como enaltece Oliveira Ribeiro, posição que também adotamos da nossa parte, indubitavelmente, que o petróleo não é o único fator de conflitualidade, contudo, sempre esteve presente nos interesses dos países que entram em conflitos. *Primo* no Médio Oriente e futuramente, o mesmo se poderá passar em África se estivermos a referir-nos aos maiores produtores, países como a Nigéria, Líbia, Argélia, etc. Desta feita, parece que no futuro iremos assistir a novos focos de conflitualidade relacionados com o petróleo, como aliás, ainda defende Oliveira Ribeiro. Futuramente poderão existir conflitos que tenham como pano de fundo interesses petrolíferos em regiões tais como, América Central, África, Ásia e sobretudo no Médio Oriente continuarão a existir. No entanto, temos de ter em consideração que não podemos referir-nos à disputa do petróleo como a principal causa dos conflitos nestas regiões, pois não podemos descurar as possíveis crises do âmbito interno, de cariz mais ou menos alargado a todo o território, aquelas que estão diretamente relacionadas com África, de frisar casos como o da Nigéria, Sudão, Guiné, etc (Oliveira Ribeiro, 2008, p. 33).

Todavia, ao passo que para uns o petróleo gera fonte de riqueza, para outros gera ou / e pode gerar conflitos internos e / ou externos, guerras, fome, muita pobreza e mortes desnecessárias, defendendo nós que, nestas circunstâncias, em prol do benefício para uns da matéria-prima petróleo, são violados diariamente e / ou constantemente direitos humanos que devem e deveriam ser invioláveis! Assim, há e haverá uma maior crise não apenas económico-

financeira, mas de valores humanos, na medida em que, por causa do petróleo há e haverá, se nada for feito para o impedir, um alargado aumento da corrupção ativa e passiva, da falta de respeito pela dignidade da pessoa humana, de falta de respeito pelo ser humana em geral.

Há a necessidade de se despertar consciências! Até porque o petróleo é uma matéria-prima que, além de não se sobrepor aos seres humanos, está em vias de extinção.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Patrícia Pinto - **"Circulação ecológico-sustentável do veículo automóvel - o equinócio jurídico-humano: que futuro?"**, in *Revista da Energia - Journal Energy*, 2020, pp. 70-83, pesquisável em: https://ispg.org/pdfs/ISPG15_web.pdf / https://www.energiser.pt/pt (acesso em: 13.08.2021).

ALVES, Victor Rafael Fernandes – **"Receitas petrolíferas e fundos financeiros na promoção do desenvolvimento sustentável: um panorama de experiências internacionais e nacionais". In Temas de Direito Internacional do Petróleo e Gás Natural**, 08, Série Direito dos Recursos Naturais e da Energia, Organizadores: Yanko Marcius de Alencar Xavier, Fabrício Germano Alves e Patrícia Borba Vilar Guimarães, (Natal: 2013), EDUFRN – Editora da UFRN.

A. A. V. V. , **Direito do Petróleo**. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos / FIGUEIREDO MARCOS, Rui de (Coordenadores), (Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013), Instituto Jurídico.

BARTON, Barry - **"Electricity as a fuel has adverse effects on the environment even when generated from renewable energy sources such as hydro, geothermal, and wind power". Cfr. Barry BARTON, "Electric Vehicle Law". In The Transformation of Energy Law Through Technological and Legal innovations**, Coordinators: Carla Amado Gomes and Francisco Paes Marques, (Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, September 2018).

COLLIARD, Claude-Albert. – **"Institutions des relations internacionales"**. (Paris: Dalloz, 1974, 6.ª Edição.

HANDSCOMB, Christopher / SHARABURA, Scott / WOXHOLTH, Jannik - **"The oil and gas organization of the future"**. (2016).

RIBEIRO, Tiago Manuel Oliveira – **Interpretação Geopolítica e Geoestratégica do Petróleo: Dinâmicas de Poder, Dilemas e Conflitualidade**. Trabalho de investigação aplicada submetido à Academia Militar, Direcção de Ensino, Curso de Infantaria, (Lisboa, Agosto de 2008), pesquisável em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/6996/1/Trabalho%20de%20Investiga%c3%a7%c3%a3o%20Aplicada.pdf (acesso em 29.02.2020).

SANTOS, António Marques dos – **Recursos Naturais e Independência Nacional – o caso do petróleo**. (Coimbra, 1980).

TEMPEST, Paul – **Boundaries and Energy – Changing Attitudes of the World Petroleum Industry**. In: BLAKE, Gerald. **Boundaries and energy: problems and prospects**. (Londres, 1998), Kluwer Law International.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de – **Direito Internacional do Petróleo – o compartilhamento de petróleo e gás natural entre Estados**, ceend (Centro de Estudos de Energia e Desenvolvimento), Synergia Editora, …

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de – **"A responsabilidade dos Estados no compartilhamento de petróleo e gás"**. **In Temas de Direito Internacional do Petróleo e Gás Natural, 08, Série Direito dos Recursos Naturais e da Energia**, Organizadores: Yanko Marcius de Alencar Xavier, Fabrício Germano Alves e Patrícia Borba Vilar Guimarães, (Natal, 2013). EDUFRN – Editora da UFRN.

SILVA, Filipe de Pádua Fernandes – **Vulnerabilidade dos Países Exportadores de Petróleo à própria riqueza: o caso dos países-membros da OPEP**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Planejamento Energético, COPPE, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Planejamento Energético; Orientador: Alexandre Salem Szklo, Rio de Janeiro, Março de 2018, pesquisável em: http://www.ppe.ufrj.br/images/publica%C3%A7%C3%B5es/mestrado/Filipe_de_P%C3%A1dua_Fernandes_Silva.pdf (acesso em 29.02.2020).

SITES / SÍTIOS **DA INTERNET:**

https://www.opec.org/opec_web/en/about_us/25.htm

http://www.asianews.it/noticias-es/En-contra-de-las-directivas-de-la-OPEP,-los-pa%C3%ADses-productores-est%C3%A1n-inundando-el-mercado-del-petr%C3%B3leo-34454.html

https://www.mckinsey.com/industries/oil-and-gas/our-insights/the-oil-and-gas-organization-of-the-future

https://www.apden.pt/sites/default/files/publicacoes/pdf/2019-04/e-book_TransformationEnergyLaw_ICJP_nov2018_fct.pdf

https://www.gazetadopovo.com.br/economia/breves/confianca-da-industria-e-a-maior-desde-julho-de-2010/

https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/a-producao-petroleo-no-oriente-medio.htm

file:///C:/Users/patri/Downloads/OPEC_MOMR_February_2020.pdf

http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992015000200003

http://www.ppe.ufrj.br/images/publica%C3%A7%C3%B5es/mestrado/Filipe_de_P%C3%A1dua_Fernandes_Silva.pdf

https://moneytimes.com.br/eua-devem-proteger-petroleo-do-oriente-medio-e-russia-perder-mercado-pela-opep/

https://www.atlantico.ao/pt/institucional/research/OilGas/ATLANTICO_OilGas201707_PT.pdf

https://www.infopedia.pt/$organizacao-dos-paises-exportadores-de

https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/6996/1/Trabalho%20de%20Investiga%C3%A7%C3%A3o%20Aplicada.pdf

http://www.asianews.it/noticias-es/En-contra-de-las-directivas-de-la-OPEP,-los-pa%C3%ADses-productores-est%C3%A1n-inundando-el-mercado-del-petr%C3%B3leo-34454.html

https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/a-producao-petroleo-no-oriente-medio.htm

https://www.tororadar.com.br/blog/opep-anp-api-reguladores-petroleo

https://books.google.pt/books?id=tzMvDgAAQBAJ&pg=PT11&lpg=PT11&dq=RESOLU%C3%87%C3%95ES+OPEP+M%C3%89DIO+ORIENTE&source=bl&ots=gruawXqCzd&sig=ACfU3U1onMlXhLd42AaGXx8SL5Hvahy4XA&hl=pt-PT&sa=X&ved=2ahUKEwjkvazyk6HmAhWizYUKHVz4DcgQ6AEwBnoECAoQAQ#v=onepage&q=RESOLU%C3%87%C3%95ES%20OPEP%20M%C3%89DIO%20ORIENTE&f=false

https://observador.pt/2018/12/03/qatar-decide-abandonar-opep-garantindo-que-nao-e-uma-decisao-politica/

https://www.valor.com.br/internacional/6432487/opep-adia-decisao-sobre-corte-da-producao-de-petroleo

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0631&from=DE

https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/opep-chega-a-acordo-para-reduzir-producao-em-12-milhoes-por-dia-386686

https://angola.shafaqna.com/PT/AL/263389

http://negotiationsupport.org/pt/glossary/opep

http://negotiationsupport.org/pt/roadmap/reformar-e-revisar-estruturas-legislativa-e-regulat%C3%B3ria

https://www.gazetadopovo.com.br/economia/breves/opep-preve-queda-de-16-milhao-de-barris-de-petroleo-na-oferta-diaria-ate-2025/

https://ispg.org/pdfs/ISPG15_web.pdf / https://www.energiser.pt/pt

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

CORPOS DISSIDENTES E O DIREITO À CIDADE NO RIO DE JANEIRO: DA REPRESSÃO ÀS PARADAS DO ORGULHO LGBTI+

DISSIDENT BODIES AND THE RIGHT TO THE CITY IN RIO DE JANEIRO: FROM REPRESSION TO LGBTI + PARADES

Henrique Rabello de Carvalho[1]

Orcid: https://orcid.org/ 0000-0001-6366-1971

Submissão: 03/03/2020 Aprovação: 07/03/2020

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo analisar, em breve perspectiva histórica, como se estabelece o direito à cidade para as pessoas LGBTI+[2] na cidade do Rio de Janeiro. No contexto das violências historicamente sofridas pela população LGBTI+ e da luta pelo direito à cidade no Rio de Janeiro cumpre investigar como se constróem as relações e vivências dos corpos dissidentes das normas de gênero no espaço público e suas interações com os poderes instituídos que transita entre repressão e invisibilidade, em que se destaca a Parada do Orgulho LGBTI+ como expressão da luta por reconhecimento e ampliação da cidadania da população sexo-gênero diversa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à cidade. Parada LGBTI+. Direitos LGBTI+.

ABSTRACT:

This article aims to analyze, in a brief historical perspective, how the right to the city is established for LGBTI + people in the city of Rio de Janeiro. In the context of the 50th anniversary of the Stonewall Rebellion (1969-2019) and the construction of the LGBTI + movement in Rio de Janeiro, it is necessary to investigate how the relations and experiences

[1] Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), vinculado à Cadeira San Tiago Dantas da Academia Paulista de Direito. Doutorando em ciência política pelo IESP-UERJ. Professor do mestrado em Justiça, Saúde e Direitos Humanos (FIOCRUZ) e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Integra os grupos de pesquisa LABMUNDO (IESP-UERJ) e GEDHJUS - (NEPP-DH/UFRJ). Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB –RJ. Email: henriquerabello.ufrj@gmail.com

[2] No presente trabalho optou-se pela utilização desta sigla em virtude das múltiplas identidades de gênero e orientações sexuais.

of dissenting bodies of gender norms are constructed in the public space and their interactions with the instituted powers that transits between repression and recognition, in which the LGBTI + Pride Parade stands out as an expression of the struggle for recognition and expansion of LGBTI + citizenship.

KEYWORDS: Right to the city. LGBTI+ parade. LGBTI+ rights.

1. INTRODUÇÃO

O movimento LGBTI+ está desde as suas origens relacionado ao direito à cidade, à luta pelo direito de ocupar e vivenciar o espaço público em segurança, com o respeito às variadas orientações sexuais e identidades de gênero. Pretende-se discutir as tensões a respeito do direito às identidades individuais e a possibilidade de ocupação do espaço público para o reconhecimento de direitos e ampliação da cidadania, a partir do surgimento das primeiras manifestações relacionadas à parada do orgulho LGBTI+ no Rio de Janeiro.

A Parada LGBTI+ do Rio de Janeiro, realizada pela primeira vez em 1995 surge como manifestação da efetiva ocupação do espaço público em busca de visibilidade a partir do fortalecimento do movimento LGBTI+ e da luta pela conquista de direitos. A partir das reflexões sobre as relações das pessoas LGBTI+ na cidade pode se constatar as diversas formas de perseguição a que eram submetidas as pessoas LGBTI+, como detenção policial e humilhações em bares e casas noturnas, com base na orientação sexual e identidade de gênero.

A reação organizada do movimento social se estruturou na ocupação do espaço público e, posteriormente, nas primeiras paradas do orgulho LGBTI+. Assim, torna-se relevante discutir o direito à cidade para pensar a cidade a partir da população LGBTI+ e suas relações com o espaço público. A partir das proposições de Lefebvre que busca problematizar as relações sociais estabelecidas na estrutura do capitalismo e a estrutura espacial da cidade na qual se insere a população LGBTI+, observa-se que

> *o indivíduo encontra-se assim simultaneamente "socializado", integrado, submetido a pressões e a sujeições pretensamente naturais que o dominam (nomeadamente no seu quadro de espaços, a cidade e as*

> *suas extensões), e separado, isolado e desintegrado. Contradição que se traduz pela angústia, pela frustração e pela revolta. j) A comunidade apresenta-se de duas maneiras: de um lado, o "público", o "coletivo", o estatal e o social. Do outro, a associação marginal, ou até aberrante, das vontades. A cisão tem de resolver-se no âmbito de uma concepção do espaço, mas esta solução é de momento meramente utópica e de modo algum impede a dissolução das relações que não consigam encontrar lugar (espaço e "topos" que lhe convenham). (LEFEBVRE, 1972, p.172)*

Para Lefebvre (1991), a cidade é estruturada a partir de uma perspectiva de poder que se expande para as esferas econômicas, política e social cujas normas e possibilidades se adequam a essas estruturas. Uma relação de poder em que se estruturam conflitos e disputas sobre o espaço público. Nesse cenário, propõe-se que a cidade, ao se organizar em uma perspectiva de poder, fundamenta-se a partir de padrões hegemônicos sobre corpos e sexualidades, situação em que as pessoas LGBTI+ são excluídas desses processos e possibilidades de reconhecimento.

A partir dessas discussões, pretende-se refletir sobre o espaço público como lugar de violação de direitos e violência, mas também como lugar de reapropriação e ressignificação deste espaço pelo movimento LBGTI+ no Rio de Janeiro, em que a Parada do Orgulho LGBTI+ configura-se, historicamente, como expressão dessas lutas sociais. As pesquisas sobre a população LGBTI+ inevitavelmente se relacionam com a reflexão sobre o direito à cidade e a ocupação dos espaços, privados ou públicos. Os corpos LGBTI+, corpos políticos e dissidentes da norma heterossexual que classifica, organiza e condiciona os corpos, identidades e orientações a partir dos padrões heterossexuais desafiam essas normas e reorganizam, por meio das lutas, a ocupação dos espaços historicamente interditados.

2. IDENTIDADES E ORIENTAÇÕES DISSIDENTES

Butler (2003) entende que gênero corresponde a atos que são estabelecidos pelo discurso, fundamentados em uma matriz heterossexual e que depende de reiteração constante. Assim, gênero e sexo podem ser entendidos como resultante da lei e do discurso que se inserem em relações de poder. As categorias de gênero e sexualidade são construídas por meio de atos performativos, como atos de linguagem que não podem ser descritos e que inserem os indivíduos nos discursos de saber-poder. É neste contexto em que se consolida o imperativo heterossexual (Butler, 2002) e que constitui a materialidade dos corpos que caracteriza a diferença sexual. Os corpos dissidentes desta matriz heteronormativa e binária são entendidos como corpos abjetos, sujeitos dessa forma a diversas formas de violência em virtude da não-intelegibilidade e inadequação à heteronormatividade.

Essa situação de abjeção e precariedade incide sobre o corpo das pessoas LGBTI+ que se tornam mais vulneráveis à várias formas de violências sejam elas verbais, físicas, e em muitos casos resultam em morte. A condição precária (BUTLER, 2015) também pode ser utilizada para analisar a precarização das pessoas LGBTI+ nas relações de trabalho em virtude do preconceito e inconformidade face aos padrões hegemônicos de gênero (BUTLER, 2003). Tias perspectivas encontram reflexos nas proposições de Bauman (2005) sobre a descartabilidade de vidas no contexto dos processos de globalização (SANTOS, 2002) que se evidenciam de modo mais excludente que includente, em que estas consequências se tornam mais acirradas a partir de variáveis analisadas em conjunto como as categorias de gênero, raça, classe e orientação sexual.

É nesse contexto em que Preciado (2014) evidencia as categorias de gênero e sexualidade enquanto categorias estruturadas em uma perspectiva heteronormativa, essencialista e biologizante que se inserem em um sistema *tecnosociopolítico* que, à exemplo dos dispositivos (Foucault, 1999) organizam-se de forma complexa e constituem-se pelos discursos e práticas sobre os corpos, as identidades de gênero e orientações sexuais. Nesse sentido, Weeks (2010) observa que os discursos religiosos e morais incidiram sobre os corpos e práticas sexuais, e, historicamente, os fenômenos humanos passaram a ser analisados e compreendidos a partir da biologia.

Foucault (1997,1998, 2005) observa que a partir da biopolítica o biopoder organiza os corpos e os indíviduos no contexto da sociedade. É a partir desta proposta que

Mbembe (2012) amplia este debate para refletir sobre a soberania enquanto elemento definidor de vida e de morte, mas, em especial, como produtor da morte, ao que define como necropolítica. Nesse contexto, a produção da morte e de não reconhecimento de corpos que divergem da matriz binária heterossexual podem se relacionar a formas de ação do Estado ou mesmo de omissão relacionadas ao não reconhecimento como indica Oliveira (2014). A partir da proposta de Mbembe (2012), Aizura (2014) reflete sobre as situações de violência e assassinato de mulheres transexuais que se organizam a partir do não-reconhecimento destes corpos enquanto sujeitos de direitos e que conduzem a situações de desumanização.

As propostas das autoras e autores desta seção tornam-se relevantes como ponto de partida para a reflexão sobre a presença de pessoas sexo-gênero dissidentes no espaço público da cidade, marcado e controlado por instituições, leis e aparelho burocrático repressor que se organiza a partir de formas de reconhecimento vinculadas à matriz heterossexual. Dessa forma, a criminalização de orientações sexuais e identidades de gênero dissidentes torna-se uma prática e forma de regulação dessas pessoas dissidentes da matriz heterossexual o que representa fonte constante de tensionamento e de luta pelo direito à existência na cidade do Rio de Janeiro.

3. O ESPAÇO PÚBLICO NO RIO DE JANEIRO E PESSOAS LGBTI+

O processo de ocupação dos espaços no Rio de Janeiro pelas pessoas LGBTI+ pode ser caracterizado pelas tensões entre a manutenção e a afirmação da norma e a ocupação dos espaços e desafio das normas construídas socialmente a partir de padrões hegemônicos que procuram impor uma moralidade e modo de vida aos corpos dissidentes. Desde os processos de invasão do Brasil pelos países europeus os corpos LGBTI+ foram regulados como corpos dissidentes que deveriam ser regulados em uma perspectiva de moralização e criminalização por meio da legislação colonial.

Nesse contexto as Ordenações do Reino, conjunto de leis produzidas em Portugal do século XV até o século XVI, são divididas nas Ordenações Afonsinas (1447), Manoelinas (1521) e Filipinas (1583). Esse conjunto de leis que passaram a vigorar no Brasil enquanto colônia de Portugal tinha por objetivo impor regras morais que criminalizavam a diversidade de orientação sexual e de identidade de gênero denominadas como “sodomia”.

Como aponta Trevisan (2018), em razão da união entre Igreja e Estado a ideia de crime e pecado amalgamava-se indissoluvelmente

> *É importante assinalar que, em "matérias que envolvessem pecado" e provocassem controvérsia entre os juristas, as Ordenações mandavam recorrer ao direito romano e ao canônico, fato que demonstra a importância que a tradição e a religião católica tinham em matéria de legislação. (...) A mais antiga dentre essas várias compilações jurídicas portuguesas foram as Ordenações Afonsinas, promulgadas ainda no reinado de Afonso V e publicadas em 1446. Além dos direitos romano e canônico, elas tinham como fonte o Livro das leis e posturas, que coligiam as leis medievais dos territórios que depois passaram a constituir Portugal. Nessas Ordenações já aparece (livro V, título 17) a pena do fogo contra a sodomia — "pecado de todos o mais torpe, sujo e desonesto", por causa do qual "Deus lançou o Dilúvio sobre a terra". (TREVISAN, 2018, p. 160 - 161).*

A criminalização da sodomia somente será revogada em 1830, com a entrada em vigor do Código Criminal. No entanto, como aponta Trevisan (2018), atitudes em público que pudessem ser consideradas como indício de homossexualidade poderiam ser classificadas como "atos obscenos" e até mesmo "atentado público ao pudor". O critério subjetivo moral para a classificação destes atos ficou a cargo da polícia como instituição responsável pela proteção da "moral" social. O Código Criminal de 1830[3], na "PARTE QUARTA, Dos crimes policiaes, CAPITULO I, OFFENSAS DA RELIGIÃO, DA MORAL, E BONS COSTUMES" assim estabelece:

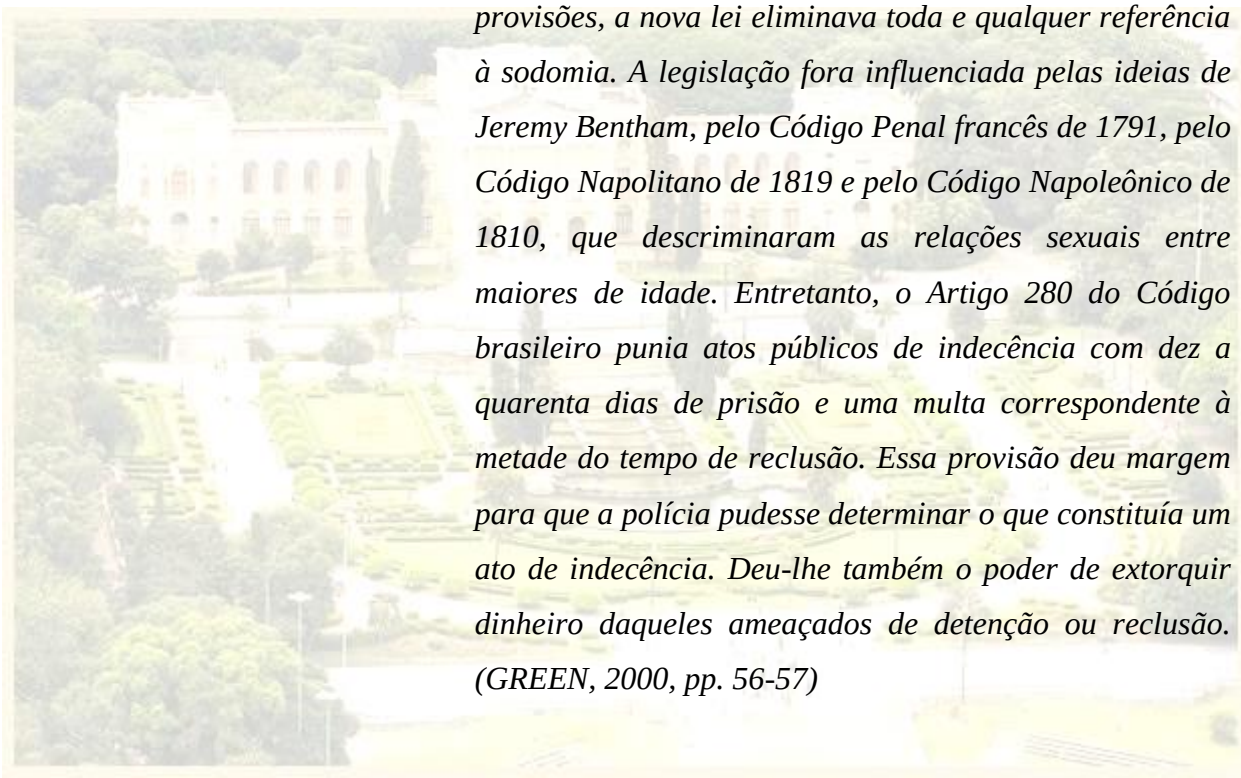
> *Art. 280. Praticar qualquer acção, que na opinião publica seja considerada como evidentemente offensiva da moral, e bons costumes; sendo em lugar publico. Penas - de*

[3] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm

> *prisão por dez a quarenta dias; e de multa correspondente á metade do tempo.*

De acordo com Green (2000), a partir dessa nova estrutura legal, "com uma redação abrangente, a polícia ou um juiz tinha ampla liberdade para definir e punir, como ato impróprio ou indecente, comportamentos que não se adequassem às construções heterocêntricas" (p. 57). Assim,

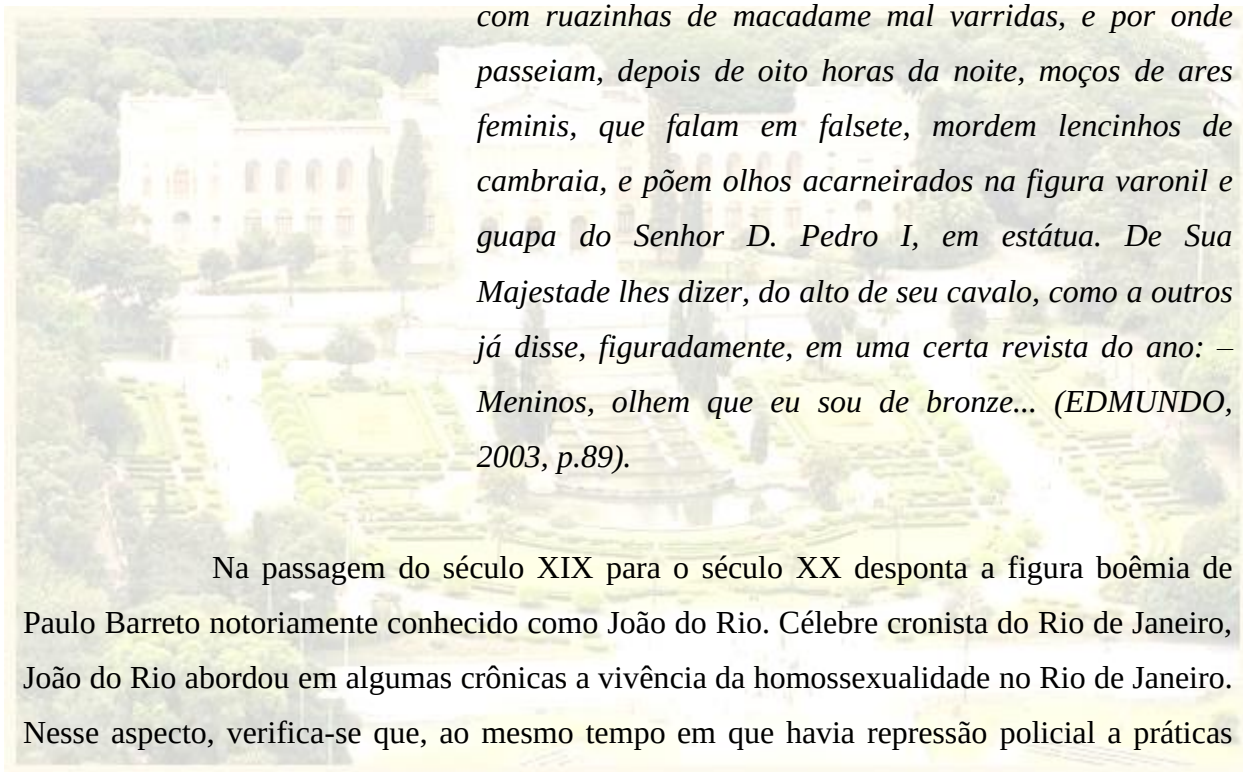
> *Em 1830, oito anos após a Independência, D. Pedro I promulgou o Código Penal Imperial. Entre outras provisões, a nova lei eliminava toda e qualquer referência à sodomia. A legislação fora influenciada pelas ideias de Jeremy Bentham, pelo Código Penal francês de 1791, pelo Código Napolitano de 1819 e pelo Código Napoleônico de 1810, que descriminaram as relações sexuais entre maiores de idade. Entretanto, o Artigo 280 do Código brasileiro punia atos públicos de indecência com dez a quarenta dias de prisão e uma multa correspondente à metade do tempo de reclusão. Essa provisão deu margem para que a polícia pudesse determinar o que constituía um ato de indecência. Deu-lhe também o poder de extorquir dinheiro daqueles ameaçados de detenção ou reclusão. (GREEN, 2000, pp. 56-57)*



Nesse contexto a polícia passou a ser a instituição com previsão legal para a interpretação do que poderia ser considerado como ofensa à "religião, moral e bons costumes", o que pautou toda a forma de sociabilização das pessoas LGBTI+ na cidade e sua restrição a uma vivência plena e democrática nos espaços públicos urbanos. A passagem da criminalização da sodomia nas Ordenações Reais para a ausência de previsão dessa criminalização no Código Criminal de 1830 não significa uma maior tolerância com as pessoas LGBTI+. Ao contrário, observa-se um controle maior e mais subjetivo dos corpos dissidentes da norma heterossexual no espaço urbano que envolve a polícia e o poder judiciário na definição das identidades e orientações consideradas violadoras da moral e dos bons costumes.

No entanto, durante os séculos XIX e século XX o Rio de Janeiro enquanto capital do Brasil era referência para outras regiões do país no que diz respeito à alguma possibilidade de vivência da sexualidade em espaços públicos, ao mesmo tempo em que se viviam as tensões sobre controle e criminalização dessas identidades/sexualidades. Determinados espaços públicos como praças e jardins tornavam-se locais específicos de sociabilização homoafetiva como observou o historiador Luiz Edmundo

> *Ao centro, o jardim, um jardim à Luís de Vasconcelos e Sousa, bosque selvagem e hirsuto, sem grandes perspectivas, todo ele um espesso tapa-vistas de folhagem, com ruazinhas de macadame mal varridas, e por onde passeiam, depois de oito horas da noite, moços de ares feminis, que falam em falsete, mordem lencinhos de cambraia, e põem olhos acarneirados na figura varonil e guapa do Senhor D. Pedro I, em estátua. De Sua Majestade lhes dizer, do alto de seu cavalo, como a outros já disse, figuradamente, em uma certa revista do ano: – Meninos, olhem que eu sou de bronze... (EDMUNDO, 2003, p.89).*



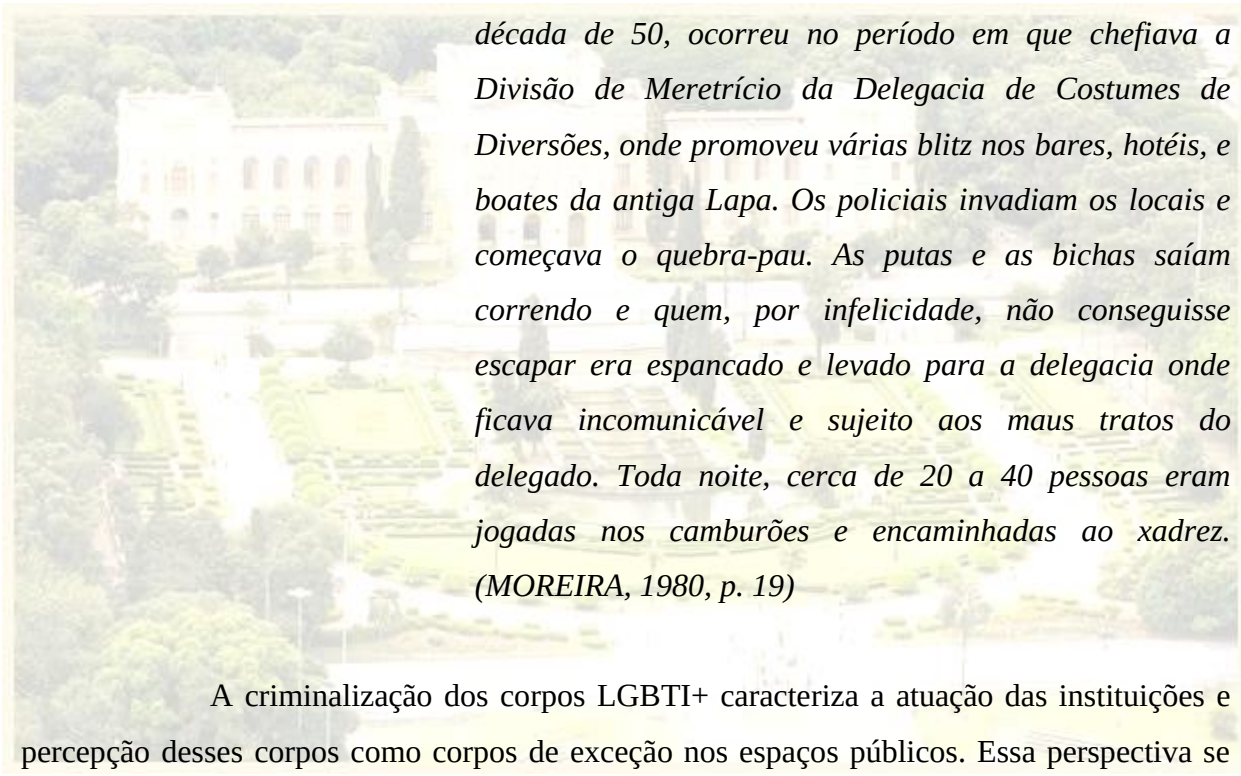
Na passagem do século XIX para o século XX desponta a figura boêmia de Paulo Barreto notoriamente conhecido como João do Rio. Célebre cronista do Rio de Janeiro, João do Rio abordou em algumas crônicas a vivência da homossexualidade no Rio de Janeiro. Nesse aspecto, verifica-se que, ao mesmo tempo em que havia repressão policial a práticas consideradas como ofensa aos bons costumes, por outros experimentava-se a vivência da homossexualidade em determinados espaços, o que caracterizaria alguns ambientes e bairros como reduto para as pessoas dissidentes das normas de gênero. Como aponta Green (2003)

> *Nos anos 20 e 30, a topografia homoerótica do Rio de Janeiro estendia-se num semicírculo que começava na praça Floriano Peixoto e no Passeio Público, na Cinelândia, passando pelo bairro boêmio e operário da Lapa, até a praça Tiradentes. As duas pontas dessa longa área arqueada, a Cinelândia e o antigo Largo do Rossio,*

ofereciam ambientes públicos para interações homossociais e homossexuais. A Lapa, com as pensões, edifícios de aluguel, bordéis e quartos para alugar por hora, oferecia outros espaços para interações com maior privacidade, tanto heterossexuais quanto homossexuais. Os bares e cabarés da Lapa eram também lugares frequentados por homens em busca de mulheres "faciles" para momentos de prazer, bem como por homens desejosos de sexo com outros homens. Funcionários públicos, jornalistas, profissionais da classe média, intelectuais boêmios e jovens de famílias tradicionais, amantes da aventura, misturavam-se livremente com escroques e ladrões de fim de semana, apostadores, cafetões, frescos e putas. Personalidades literárias do movimento modernista, artistas e estrelas em ascensão nos círculos intelectuais brasileiros – tais como Jorge Amado, Cândido Portinari, Sérgio Buarque de Holanda e Mário de Andrade – vinham aos bares e cabarés da Lapa para reunir-se com nomes importantes da música popular brasileira – Noel Rosa, Cartola, Nelson Cavaquinho, Chico Alves – e ouvir suas mais recentes composições. (Green, 2003, p.205-206)

Como se percebe, a sociabilidade LGBTI+ no espaço urbano era caracterizada pela tensão constante. A partir de 1964, período em que se instituiu o golpe civil militar que afastou o presidente João Goulart do poder e instaurou o período de exceção que durou até 1985, a perspectiva de "moralização" do espaço público no Rio de Janeiro permaneceu relacionada à polícia como instituição a quem caberia esse controle. Nesse cenário, destaca-se a figura do delegado Deraldo Padilha responsável pela perseguição a homossexuais e travestis no Rio de Janeiro. Na medida em que a homossexualidade não era considerada crime, a ação policial se estruturava na legislação que criminalizava a "vadiagem", assim como a criminalização de atitudes que configurassem, a critério policial, atentado ao pudor, à moral e aos bons costumes.

Como observa Moreira (1980) em edição do jornal *O Lampião da Esquina,* desde os anos 50 a atuação do delegado Padilha organizava-se a partir de ações específicas na repressão a prostitutas, homossexuais e pessoas que, a critério do delegado, violassem a legislação genérica e aberta, dando margem a uma interpretação ampla e sem moderações a critério das autoridades policiais. Como aponta Moreira (1980) em o *"Lampião da Esquina*" as operações dirigidas por Padilha constituíam-se como rotina na intervenção policial sobre o espaço público com o objetivo de remover corpos dissidentes e indesejáveis, por meio de operações de exceção com o objetivo de reprimir estas identidades, orientações e vivências



> *Outra de suas atuações muito propagandeada, ainda na década de 50, ocorreu no período em que chefiava a Divisão de Meretrício da Delegacia de Costumes de Diversões, onde promoveu várias blitz nos bares, hotéis, e boates da antiga Lapa. Os policiais invadiam os locais e começava o quebra-pau. As putas e as bichas saíam correndo e quem, por infelicidade, não conseguisse escapar era espancado e levado para a delegacia onde ficava incomunicável e sujeito aos maus tratos do delegado. Toda noite, cerca de 20 a 40 pessoas eram jogadas nos camburões e encaminhadas ao xadrez. (MOREIRA, 1980, p. 19)*

A criminalização dos corpos LGBTI+ caracteriza a atuação das instituições e percepção desses corpos como corpos de exceção nos espaços públicos. Essa perspectiva se pauta pelo não reconhecimento e rejeição dessas identidades e orientações, cuja única possibilidade de reconhecimento se efetiva por meio da legislação criminal. Ao longo dos anos a luta contra a perseguição irá se tornar um dos principais temas na agenda de direitos LGBTI+ ao lado da luta pelo reconhecimento dos direitos mínimos de cidadania, inscritos nos principais tratados de direitos humanos desde a Revolução Francesa e a criação da Organização das Nações Unidas e que não são vivenciados plenamente pela população sexo-gênero diversa.

4. PARADA DO ORGULHO LGBTI+: A LUTA POR DIREITOS NO ESPAÇO PÚBLICO

A organização dos movimentos sociais LGBTI+ em linhas gerais tem, por característica norteadora, a luta contra a violência estatal e social e pelo reconhecimento da cidadania (FACCHINI, 2003;2005). Nesse contexto, a luta do movimento LGBTI+ pelo reconhecimento de direitos vincula-se diretamente à luta por ocupação dos espaços públicos, seja no que diz respeito à esfera institucional para lutar contra a violência, seja no que diz respeito à ocupação dos espaços urbanos. Nesse contexto de articulações internacionais, a exemplo do que aconteceu nos Estados Unidos e na Espanha é realizada a Parada do Orgulho Gay, depois renomeada de Parada do Orgulho LGBT que recebe influências na sua organização de movimentos semelhantes vistos nos Estados Unidos e na Espanha, por exemplo, como forma de ocupação do espaço público e luta por visibilidade. Como aponta Scherer-Warren (2006):

> *(...) as mobilizações na esfera pública são fruto da articulação de atores dos movimentos sociais localizados, das ONGs, dos fóruns e redes de redes, mas buscam transcendê-los por meio de grandes manifestações na praça pública, incluindo a participação de simpatizantes, com a finalidade de produzir visibilidade através da mídia e efeitos simbólicos para os próprios manifestantes (no sentido político-pedagógico) e para a sociedade em geral, como uma forma de pressão política das mais expressivas no espaço público contemporâneo. Alguns exemplos ilustram essa forma de organização, incluindo vários setores de participantes: a Marcha Nacional pela Reforma Agrária, de Goiânia a Brasília (maio de 2005), foi organizada por articulações de base como a Comissão Pastoral da Terra (CPT), o Grito dos Excluídos e o próprio MST e por outras, transnacionais, como a Via Campesina. Também se realizaram articulações com universidades, comunidades, igrejas, através do*

> *encaminhamento de debates prévios à marcha. A Parada do Orgulho Gay tem aumentado expressivamente a cada ano, desde seu início em 1995 no Rio de Janeiro, fortalecendo-se através de redes nacionais, como a ABGLT, de grupos locais e simpatizantes. (SCHERER-WARREN, 2006, p.4)*

Assim, a exemplo de outros movimentos sociais, a ocupação do espaço público por meio do movimento LGBTI+ torna-se uma estratégia para a visibilização da agenda LGBTI+ assim como outros movimentos sociais em âmbito nacional e internacional (BRINGEL, CABEZAS, 2012). Destaca-se, como aponta Câmara (2015), o trabalho do Grupo Arco Íris (GAI), que em 1995 organizou a Marcha pela Cidadania Plena de Gays e Lésbicas, dois anos antes da Parada realizada em São Paulo. Como aponta Câmara (2015)

> *Pela primeira vez, a Conferência da Ilga, em sua 17ª edição, foi realizada no Brasil, no Rio de Janeiro, entre 19 e 25 de junho. Ao final da Conferência, ocorreu a Marcha pela Cidadania Plena de Gays e Lésbicas. O GAI organizou o evento mobilizando os grupos LGBTs brasileiros, que haviam fundado a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), em 31 de janeiro do mesmo ano. (...) Entretanto, foi a Marcha pela Cidadania Plena de Gays e Lésbicas que se tornou um divisor de águas, consolidando o advento das Paradas LGBTs no Brasil. Inspirou-as, inclusive, para a eleição de um tema. Em 1995: "Não à intolerância, ao preconceito, e sim aos direitos de todos os marginalizados". A ideia inicial partiu de uma conversa entre Adauto Belarmino Alves (PIM) e lideranças da Ilga durante a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1994. (...) A magnitude do evento foi determinante. A Conferência da*

> *Ilga foi realizada no Hotel Rio Palace, em Copacabana, com aproximadamente 2.000 pessoas, entre ativistas brasileiros e estrangeiros, representantes governamentais e vários políticos. A deputada federal Marta Suplicy foi presidente de honra da Conferência, que contou com tradução simultânea para três idiomas e sala de imprensa. A programação versava sobre direitos, união civil e adoção, entre outros temas; lançamento de livros e atividades externas, como o primeiro Gaymes e uma agenda cultural que incluía vários locais gays, entre eles o Safe Bar. (CÂMARA, 2015, p.387-388)*

Esta forma de inserção na arena pública do Rio de Janeiro em 1995 aponta para uma reocupação do espaço público pelos corpos dissidentes das normas de gênero pertencentes ao movimento social organizado e ativistas. A ocupação e visibilidade do espaço público representa um momento de disputa narrativa a respeito dos corpos, identidades e orientações em que se busca reorganizar as perspectivas sociais e institucionais no sentido de denunciar a violência como forma de não reconhecimento e de luta pela conquista dos mesmos direitos vivenciados pela população heterossexual. Como aponta Andrade (2011),

> *A Conferência terminou com uma marcha pela praia de Copacabana, contando aproximadamente três mil pessoas, chamada de Marcha pela Cidadania Plena de Gays e Lésbicas. Muitos ativistas deram a "cara à tapa" pela primeira vez, e, da mesma forma como ocorrera durante toda a Conferência, a cobertura da mídia foi excelente. Tínhamos conhecimento da existência de outras manifestações similares anteriores, tanto pela nossa participação direta, quanto pelos relatos de João Antônio Mascarenhas e Sylvio de Oliveira, e reconhecíamos a importância de cada uma delas (ANDRADE, 2011, p.105).*

A reconstrução simbólica e ressignificação dos corpos LGBTI+ no espaço público podem ser apontadas como as características principais da "Marcha pela Cidadania

Plena de Gays e Lésbicas" em Copacabana. Este ato não deve ser entendido como um fato isolado, mas sim como um resultado de disputas pelo direito à cidade e reconhecimento da cidadania pelo movimento social LGBTI+ em articulação com organizações internacionais, que reflete o acúmulo das experiências militantes individuais e coletivas caracterizadas, em grande medida, pela luta contra o preconceito e a violência.

É significativo portanto que a ocupação do espaço público nestes termos tenha ocorrido em Copacabana, bairro da zona sul do Rio de Janeiro que concentrava grande contingente de espaços de socialização relacionados à diversidade sexual e de gênero e que, por estas características havia sido alvo de operações de repressão à população LGBTI+ em décadas anteriores. Ao longo dos anos a pauta LGBTI+ no Rio de Janeiro, sem que restem dúvidas, ganha espaço nos debates públicos a partir da visibilidade deste segmento populacional e da luta incessante pela conquista de direitos, o que terá consequências na discussão de políticas públicas e da necessidade de financiamento público de campanhas educacionais e de saúde pública, prestação de serviços e combate à violência.

A complexidade da luta pelo reconhecimento da população LGBTI+ no Rio de Janeiro e inteligibilidade pelos poderes públicos, e suas especificidades, devem ser percebidas a partir de uma perspectiva interseccional(Crenshaw,2002) que leve em consideração necessariamente as categorias de gênero, raça e classe social, o que aumenta a percepção sobre as tensões na ocupação dos espaços, em particular os territórios periféricos. Nesse cenário, as lutas por visibilidade encontram no formato da parada a possibilidade de ressignificação do espaço público e uma forma de exteriorização de demandas relacionadas ao respeito às identidades de gênero e orientações sexuais diversas e afirmação da cidadania LGBTI+.

Paralelamente à Marcha realizada em 1995, no mesmo ano, em Madureira, organizava-se o Movimento de Gays, Travestis e Transformistas (MGTT) sob a presidência de Loren Alesxander que, ao mudar-se para o bairro de Madureira, sofre diversas agressões físicas e verbais no bairro (LISBOA, 2018). Estes fatos orientam a organização do movimento junto a outras pessoas LGBTI+ que resulta na organização da Parada LGBT de Madureira, que em 2019 comemorou a sua 19ª edição. Destaca-se também a expansão das paradas para bairros como Vila da Penha, Del Castilho, Caju e Maré, o que amplia visibilidade da luta pela cidadania LGBTI+ por meio da ressignificação e ocupação dos espaços públicos.

As relações entre movimento social LGBTI+ e poder público organizam-se na discussão a respeito da necessidade de investimento público nas paradas LGBTI+ como

evento de grande porte a partir de dois eixos fundamentais: a promoção da cidadania LGBTI+ em diversas vertentes (saúde, respeito, combate a violência dentre outros) e o retorno econômico para o estado/município a partir da promoção do turismo e consumo por meio de impostos. A título ilustrativo, a Parada do Orgulho LGBTI, de São Paulo, em apenas um fim de semana, proporcionou um aumento de 24% de turistas e uma movimentação de R$ 288 milhões[4] na economia da cidade. Nesse contexto, verifica-se a necessidade de contrapartida do poder público, tanto na forma de investimentos diretos como no que diz respeito à mobilização de secretarias e estrutura.

No entanto, a cidadania LGBTI+ tem a sua efetivação ameaçada quando critérios morais passam a pautar as políticas públicas voltadas para a população LGBTI+. Nesse contexto, a relação entre agentes públicos alçados ao poder por voto popular e percepções particulares sobre diversidade sexual e de gênero apontam para o neoconservadorismo e fundamentalismo religioso que impedem o desenvolvimento de uma cultura de respeito e Direitos Humanos voltada para a população LGBTI+ e que tem impacto diretamente na redução dos índices de violência motivada por LGBTIfobia.

O corte nos investimentos na Parada do Orgulho LGBT de Copacabana, a partir de 2017 devem ser analisados no contexto de censura à exposição *"QUEERMUSEU"*[5] e à peça teatral *"O Evangelho Segundo Jesus, Rainha dos Céus"*[6] em que se observam tensões entre a população LGBTI+ e os poderes públicos. Desde 1995 a marcha e posteriormente Parada do Orgulho LGBTI+ caracteriza-se pela celebração da cidadania LGBTI+ e pela luta por reconhecimento de direitos. A ressignificação do espaço público, por meio das paradas do Orgulho LGBT como um processo liderado pelos movimentos sociais LGBTI+ merece ser rememorada e compreendida como um processo liderado pelos movimentos sociais e por ativistas.

À medida que as tensões e resistências da população LGBTI+ em suas relações com o Estado, as instituições e a sociedade é acirrada com a chegada ao poder de governos conservadores o papel da Parada do Orgulho LGBTI+ na esfera pública deve ser resgatado para que se construam com os movimentos e os ativismos formas organizadas de ocupação dos espaços em busca de reconhecimento e ampliação da cidadania LGBTI+. As interações entre movimento social LGBTI+ e Estado caracteriza-se pela impermanência e complexidade

[4] http://www.capital.sp.gov.br/noticia/parada-gay-sao-paulo-se-torna-2018destino-amigavel2019-ao-turismo-lgbti. Acesso em 19/08/2019.
[5] https://revistahibrida.com.br/home/revista/edicao-2/segunda-chance-para-queermuseu/. Acesso em 19/08/2019.
[6] https://oglobo.globo.com/rio/mostra-que-teria-peca-com-jesus-interpretado-por-atriz-trans-teve-quatro-fotos-vetadas-22748389. Acesso em 19/08/2019.

na delicada relação entre estes atores. Apesar da maior visibilidade relacionada à pauta dos direitos LGBTI+ a violência LGBTIfóbica continua em expansão no Brasil.

Segundo o Dossiê LGBT+[7], elaborado pelo Instituto Segurança Pública do Rio de Janeiro em 2018, tendo por base o ano de 2017, os dados apontam que 431 vítimas de violência motivada por LGBTIfobia recorreram às delegacias do estado do Rio de Janeiro para registrar essa forma de violência. No entanto, a despeito do registro destas ocorrências, um grande óbice para a elaboração de dados oficiais a respeito de violência cometida contra a população LGBTI+ reside na subnotificação de registros. Conforme indica o Dossiê, podem ser elencados como elementos da subnotificação a possível revitimização pelos agentes de segurança e a impossibilidade de registro da ocorrência na ausência de legislação legal (antes do julgamento no Supremo Tribunal Federal que criminalizou a LGBTIfobia em 2019).

De acordo com o Dossiê, os tipos de violência sofridos foram violência moral (318 pessoas- 51,4%), violência física (140 pessoas – 22,7%), outros (15 pessoas – 2,4%), violência patrimonial (3 pessoas – 0,5%) e violência sexual (2 pessoas – 0,3%). A análise em conjunto dos dados apresentados evidencia a vulnerabilidade das pessoas LGBTI+ na cidade, cuja materialização da violência certamente é muito maior do que os dados ora analisados em virtude da subnotificação dos registros das diversas formas de violência.

5. CONCLUSÃO

A partir dos argumentos apresentados neste trabalho, nossa proposta é de que uma perspectiva democrática do direito à cidade inclua a plena liberdade de expressão da identidade de gênero e orientação sexual como condições estruturais para o exercício da cidadania pelas pessoas LGBTI+. A brevíssima análise histórica a partir da atuação das instituições públicas e dos movimentos sociais, e os dados analisados demonstra que a exclusão da população LGBTI+ do livre exercício do direito à cidade é uma realidade que ainda persiste.

A exclusão desse segmento da população das escolas, do mercado de trabalho, a violência sofrida nos espaços públicos e mesmo no ambiente doméstico aponta para a LGBTIfobia como estruturante das relações sociais e organizadora de um único modo de

[7] O inteiro teor do dossiê pode ser acessado em http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8528204/4225954/DossieLGBT1.pdf. Acesso em 26 de fevereiro de 2020.

existência, qual seja o biologizante, essencialista e heteronormativo cuja concretização é a violência material ou simbólica. Nesse cenário, a parada do Orgulho LGBTI+ surge como expressão da diversidade à luz dos mais basilares preceitos democráticos, evidenciando que a fraternidade, liberdade e liberdade ainda são valores distantes das relações sociais ao visibilizar segmentos da população excluídos historicamente. Na lição magistral e sempre atual de Bobbio

> *(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p.9).*

A parada do Orgulho LGBTI+ apresenta-se como uma das expressões dos movimentos sociais que, por meio da ocupação do espaço público, redimensiona, ressignifica e problematiza o exercício do direito à cidade e da luta pelos direitos humanos a partir do respeito à diversidade. A luta pela cidadania constitui-se como eixo central de organização das demandas e apropriação de espaços outrora interditados à população LGBTI+ em particular a partir da reflexão sobre a necessidade de elaboração de leis para reconhecimento dos direitos LGBTI+ e participação dessa parcela da população no próprio processo decisório, à luz dos princípios e fundamentos assegurados pela Constituição de 1988, em particular a proibição de não-discriminação. Nesse sentido, fica evidente a necessidade de construção de políticas públicas em uma perspectiva dos direitos humanos que se estruture em eixos como saúde, educação, combate à violência LGBTIfóbica, respeito à diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero como instrumento de concretização e democratização do direito à cidade para as pessoas LGBTI+.

BIBLIOGRAFIA

AIZURA, Aren Z. Trans feminine value, racialized others and the limits of necropolitics. In: **Queer Necropolitics**. Routledge, 2014.

ANDRADE, Augusto. Registros sobre a Conferência da ILGA 1995: A Marcha pela cidadania plena de Gays e Lésbicas. (In) CAETANO, Marcio [et al.] (ORG.). Quando Ousamos Existir: Itinerários Fotobiográficos do Movimento LGBTI Brasileiro (1978 – 2018). 1. ed. – Tubarão: Copiart; Rio Grande, RS: FURG, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Elsevier Brasil, 2004.

BRINGEL, Breno; CABEZAS, Almudena. América Latina en la geopolítica de la indignación global: movimientos-red y corporalidad de la acción. In: Jaime Preciado Coronado. (Org.). **Anuario de la Integración Latinoamericana y Caribeña 2012**. p. 413-432.

BUTLER, Judith. Cuerpos que importan: Sobre los límites materiales y discursivos del sexo. Buenos Aires/Barcelona, Paidós.

_____: Problemas de gênero: feminismos e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto? Trad. Sérgio Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CÂMARA, Cristina. Um olhar sobre a história do ativismo LGBT no Rio de Janeiro. **Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro**, v. 9, p. 373-96, 2015.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista estudos feministas**, v. 10, p. 171-188, 2002.

EDMUNDO, Luiz, 1880-1961. O Rio de Janeiro do meu tempo. Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

FACCHINI, Regina. Sopa de Letrinhas?: Movimento Homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

_____. Movimento Homossexual no Brasil: recompondo um histórico. In: Cadernos AEL, v.10, n. 18/19. São Paulo: 2003.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France, 1975-1976. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____.; MACHADO, R. Microfísica do poder. 19. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. Vigiar e punir. Petrópolis: Editora Vozes. 1997.

GREEN, James N. Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. São Paulo: UNESP, 2000.

_____. O Pasquim e Madame Satã, a" rainha" negra da boemia brasileira. **Topoi (Rio de Janeiro)**, v. 4, p. 201-221, 2003.

LEFEBVRE, Henri.O direito à cidade. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Moraes, 1991.

_____. O Pensamento Marxista e a Cidade. Tradução: Maria Idalina Furtado. 1ª Edição. Lisboa: Editora Ulisseia, 1972.

LISBOA, Vinícius. Travessa em Madureira é reconhecida como ponto turístico LGBTI. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/201806/travessa-em-madureira-e-reconhecida-como-ponto-turistico-lgbti>. Acesso em 17 de julho de 2019.

MBEMBE, Achille. Necropolítica, una revisión crítica. In: GREGOR, Helena Chávez Mac (Org.). Estética y violencia: Necropolítica, militarización y vidas lloradas. México: UNAM-MUAC, 2012, p. 130-139.

MOREIRA, Antônio Carlos. "Deraldo Padilha: perfil de um delegado exibicionista". Lampião da Esquina, n. 26, julho de 1980, p. 19.

OLIVEIRA, João Manuel de. A necropolítica e as sombras na teoria feminista. **A necropolítica e as sombras na teoria feminista**, n. 29, p. 69-82, 2014.

PRECIADO, B. Manifesto Contrassexual. Políticas subversivas de identidade sexual. São Paulo: n-1 edições, 2014.

SANTOS, Boaventura de S. A Globalização e as Ciências Sociais. São Paulo : Cortez Editora, 2002.

SCHERER-WARREN, Ilse. Das mobilizações às redes de movimentos sociais. Revista Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, p. 109-130, 2006

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso (4a edição, revista e ampliada): A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Objetiva, 2018.

WEEKS, J. O Corpo e a Sexualidade in O corpo educado: pedagogias da sexualidade. Autêntica Editora, 2010.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License

O EXERCÍCIO DE DEFESA NOS CASOS DE INSANIDADE MENTAL NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DIANTE DAS BALIZAS DOS DIREITOS HUMANOS

THE EXERCISE OF DEFENSE IN CASES OF MENTAL INSANITY IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT BEFORE THE BEACONS OF HUMAN RIGHTS

Renata Alves Amorim[1]

Orcid: https://orcid.org/ 0000-0002-8538-3092

Submissão: 30/08/2021 Aprovação: 09/09/2021

RESUMO:

A presente pesquisa teve como objetivo abordar os a legislação e jurisprudência que norteiam o reconhecimento da defesa por incidente de insanidade no Tribunal Penal Internacional, e as lacunas normativas sobre as consequências legais desse tipo de veredicto. Para tanto, caracteriza-se por ser uma pesquisa de caráter bibliográfica e documental, a fim viabilizar a análise dos parâmetros normativos impostos à atuação do Tribunal Penal Internacional, e ainda indicar o compromisso permanente da Corte com a proteção dos direitos humanos, em especial nos casos de insanidade mental. Pretendeu-se portanto, contextualizar as defesa de insanidade mental no TPI, a reabilitação do acusado como questão essencial à Justiça, os obstáculos sobrevindos da estigmatização, e promover uma análise crítica da falta de regulamentação sobre insanidade mental e as reais consequências atuais e prejuízos para o exercício da efetiva defesa em casos de insanidade. Concluiu-se que a legislação do Tribunal Penal Internacional, apesar de formalmente prever a exclusão da reponsabilidade penal em casos de insanidade, carece de uma prudente normatização e regulação, e portanto, mostra-se insuficiente frente aos desafios contemporâneos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Penal. Insanidade mental. Responsabilidade Internacional Penal do Indivíduo. Direitos humanos.

[1] Doutoranda em Direito Público Crise, Administração Pública e Cidadania na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito. Advogada.

ABSTRACT:

This research aimed to address the legislation and jurisprudence that guide the recognition of the defense for an incident of insanity at the International Criminal Court, and the normative gaps on the legal consequences of this type of verdict. Therefore, it is characterized by being a bibliographical and documentary research, in order to enable the analysis of the normative parameters imposed on the work of the International Criminal Court, and also to indicate the permanent commitment of the Court to the protection of human rights, especially in the cases of mental insanity. It was intended, therefore, to contextualize the defense of mental insanity in the ICC, the rehabilitation of the accused as an essential issue to justice, the obstacles arising from stigmatization, and to promote a critical analysis of the lack of regulation on mental insanity and the real current consequences and damages to the exercise of effective defense in cases of insanity. It was concluded that the legislation of the International Criminal Court, despite formally providing for the exclusion of criminal responsibility in cases of insanity, lacks a prudent standardization and regulation, and therefore, is insufficient to face contemporary challenges.

KEYWORDS: International Criminal Law. Mental insanity. International Criminal Liability of the Individual. Human rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O TPI e o efetivo exercício do Direito de Defesa em casos de insanidade; 2.1 Definições legais da defesa baseada em incidente de insanidade metal no Direito Internacional Penal; 2.2 O impacto da ciência e a Incapacidade mental frente a justiça criminal; 2.3 A relativização dos direitos fundamentais do acusado na prática penal internacional; 3. O veredito e a punição no caso de insanidade mental no TPI; 3.1 A correspondência finalística das decisões nos casos de insanidade mental; 3.2 Análise sobre a crítica de seletividade do processo de criminalização no Tribunal Penal Internaciona; 4. Conclusão

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
TPI	Tribunal Penal International
TPIY	Tribunal Penal International da Yuguslávia

RPE Regras dos Procedimentos e Evidencias

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa é um estudo histórico-evolutivo da legislação penal e da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional sobre o efetivo exercício de defesa com base no incidente de insanidade mental e o uso da defesa afirmativa de responsabilidade reduzida, cuja finalidade central é avaliar a lacunas normativas existentes no Estatuto da Corte, a aproximação da respectiva jurisprudência aos modelos domésticos e de outros Tribunais Internacionais, diante do desafio em conciliar a preservação dos direitos humanos inalienáveis do acusado e a incumbência da Corte de repressão dos crimes contra a humanidade, somado às tensões políticas e sociais.

A relevância do tema repousa no fato de existirem poucas obras, pesquisas e jurisprudências internacionais sobre a citada problemática, muito embora exista um progressivo desenvolvimento de diplomas internacionais voltados a estruturar e desenvolver os sistemas normativos para proteger as pessoas com insanidade e transtornos mentais, de modo que, ao tratar especificamente do Tribunal Penal Internacional, é fundamental avaliar o continuo processo de construção de parâmetros mínimos voltados à proteção dos direitos humanos, amplamente considerados, ou seja, tanto das vítimas, como também de todos os sujeitos envolvidos na sistemática processual conferida ao Tribunal Penal Internacional, em especial quando versar sobre o exercício de defesa em casos de insanidade mental.

Inicialmente, é aborda-se brevemente o contexto histórico e político da criação do Tribunal Penal Internacional, para então analisar a respectiva normativa vigente. Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o terrível legado das atrocidades que abalaram a comunidade internacional, houve finalmente a integração e mobilização para a criação de um Tribunal permanente para julgar os crimes de guerra e cometidos contra a humanidade para proteger a humanidade de atos e omissões. O Direito Internacional dos Direitos Humanos então ergue-se no sentido de resguardar o valor da dignidade humana, concebida como fundamento dos direitos humanos (PIOVESAN, 2015, p.188).

Importante, portanto, destacar que quanto aos precedentes históricos, conforme análise de Flavia Piovesan (2015, p.195) a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e também do TPI, surge em meados do século XX, constituindo-se

portanto, um fenômeno recente como resposta aos acontecimentos que resultaram na morte de milhares de indivíduos. Na perspectiva de um contexto dramático pós-guerra, tornou-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético e capaz de restaurar a lógica do razoável (PIOVESAN, 2015, p.196).

Esse contexto configurou-se como a importante ruptura para reconstrução dos direitos humanos, que culminou no desenvolvimento da sistemática de proteção dos direitos humanos, por meio de diversos organismo internacionais, onde o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional além de configurar um importante e histórico marco, passou a ter competência para julgar os chamados crimes contra a humanidade, assim como os crimes de guerra, de genocídio e de agressão. Historicamente outros Tribunais Internacionais foram constituídos, de maneira temporária, para julgar crimes cometidos em determinados conflitos e regiões do mundo, como o de Ruanda, Iugoslávia e Tóquio, mas o TPI consolidou finalmente o ideal de uma Corte permanente e incumbida de combater a impunidade dos dirigentes estatais por crimes que atentam contra toda a comunidade internacional.

Todavia, apesar da importância histórica, o Tribunal Penal Internacional não está imune de análises críticas, e nos tópicos seguintes será abordado então a problemática da possibilidade da invocação de insanidade mental em matéria de defesa na *práxis* do TPI, em especial a falta de qualquer menção no Estatuto do TPI sobre a individualização do cumprimento da pena nos casos de insanidade mental, impedindo qualquer imposição de tratamento médico, e principalmente a previsão de exclusão da culpabilidade penal apenas nos casos de completa destruição da consciência volitiva, e os desdobramentos desse alto padrão consolidativo do incidente de insanidade.

Isto porque, além da atuação repressiva, é imprescindível questionar o processo de fundamentação quanto ao direito de punir incumbido ao Tribunal Penal Internacional, para fomentar a constante adequação e consolidação da Corte, e especificadamente nos casos de defesa baseada na insanidade mental, pois não há disposições normativas precisas quanto ao tema no TPI, padecendo de lacunas normativas críticas, o que torna a temática abordada na presente pesquisa relevante e imperativa.

A urgência no desenvolvimento contínuo de legislações sobre saúde mental, em todos os âmbitos da vida social, deriva da comprovação do aumento nos números de diagnósticos e das consequências diretas numa escala global. De acordo com o Livro De Recursos da OMS sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação (edição 2015),

calcula-se que cerca de 340 milhões de pessoas no mundo inteiro sejam afetadas por depressão, 45 milhões por esquizofrenia e 29 milhões por demência.

Muito embora boa parte das legislações dos Estados, admitirem a mitigação da responsabilidade criminal por o acometimento de um transtorno mental e o cumprimento da pena em condições especiais de tratamento, a realidade indica a permanência de estigmas e violações de direitos humanos, em oposição aos inúmeros tratados, resoluções, convenções e instrumentos internacionais que sedimentam a obrigação dos Estados em proteger esses indivíduos.

Neste contexto, importante retomar uma constatação feita por Hannah Arendt em sua Obra, Eichmann em Jerusalém, em que retrata o julgamento de Adolf Eichmann pelos crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial: "(...) o problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais" (Arendt, 1999). Por tudo isso, além do retrato histórico da busca da comunidade internacional em estabelecer um Tribunal Penal Internacional permanente, para combater a impunidade dos crimes graves contra a humanidade como genocídios, agressão e crimes de guerra, é importante identificar que a sociedade internacional contemporânea é completamente diversa da do século[2].

Logo, o presente estudo busca promover a análise crítica sobre o exercício de defesa por insanidade mental, com o especial intuito de ratificar a necessidade de evolução da legislação da Corte, em prol da preservação dos direitos humanos amplamente considerados.

2. O TPI E O EFETIVO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA EM CASOS DE INSANIDADE

De acordo com Flavia Piovesan (2015, p.197) a realidade global tornou o domínio reservado aos Estados, insuficiente para proteger os direitos humanos, de modo que a necessidade de uma ação internacional mais eficaz, tornou possível a responsabilização do Estado e de indivíduos no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos.

[2] Os Estados compreenderam que existem certos problemas que não podem ser resolvidos por eles sem a colaboração dos demais membros da sociedade internacional. (MELLO, 2004, p. 53), e essa colaboração envolve a racionalização da normativa internacional, a fim de levar adiante o processo de reconhecimento amplo e dar efetividade a rede de proteção dos direitos humanos estabelecida e evitar o retrocesso.

Neste contexto, a entrada em vigor do Estatuto do Tribunal Penal Internacional em 1º de julho de 2002, ocorreu 129 anos após a ideia ter sido sugerida pela primeira vez em 1872 por Gustave Moynier, diplomata suíço e um dos fundadores do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, organização neutra para promover as leis que protegem as vítimas da guerra (Chibueze, p. 187). E historicamente figurou como um importante avanço na arena internacional, pois pela primeira vez tornou-se fatidicamente possível processar e julgar os indivíduos que cometerem diretamente ou colaboraram para crimes graves contra a humanidade, e não apenas responsabilizar os Estados por violações maciças de direitos humanos, consagrando a responsabilidade penal internacional do indivíduo.

Quanto aos precedentes históricos, o Tribunal de Nuremberg significou o principal marco histórico e normativo do TPI, vez que a comunidade internacional ao deliberar o modo como os crimes cometidos durante a Segunda Guerra seriam punidos, firmou o Tratado de Londres e em 1946 foi aprovada a resolução nº 95 pela Assembleia das Nações Unidas, instituído o Tribunal de Nuremberg para julgar crimes da 2ª Guerra Mundial, consolidando a ideia de limitação da soberania dos Estados e reconhecendo que os indivíduos tem direitos protegidos pelo Direito Internacional (PIOVESAN, 2015, p.202).

Desenvolve-se, portanto, no contexto pós-guerra o Direito Internacional dos Direitos Humanos[3], que com seus inúmeros instrumentos, não pretende substituir o sistema nacional, ao revés, situou-se como direito subsidiário e suplementar ao direito nacional, no sentido de permitir sejam superadas omissões e deficiências. (PIOVESAN, 2015, p.239)

Como sintetiza Flavia Piovesan (2015, p. 310) o precedente histórico da criação do Tribunal Penal Internacional, foram o Tribunal de Nuremberg, Tóquio, Bósnia e Ruanda, constituídos pelo Conselho de Segurança da ONU, tais Tribunais configuraram a criação de uma jurisdição internacional para os graves crimes contra a humanidade[4]. Porém, apenas em 1998, na Conferência de Roma, foi aprovado o Estatuto previsto na Convenção

[3] Sobre a importância do TPI, Valério Mazuoli (2004, p.178) sintetiza que: "O chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que emerge finda a Segunda Guerra Mundial, vem sepultar de vez esta antiga doutrina, que não atribuía aos indivíduos personalidade jurídica de direito das gentes. A idéia crescente de que os indivíduos devem ser responsabilizados no cenário internacional, em decorrência dos crimes cometidos contra o Direito Internacional, aparece bastante reforçada no Estatuto de Roma que, além de ensejar a punição dos indivíduos como tais, positivou, no bojo de suas normas, ineditamente, os princípios gerais de direito penal internacional (arts. 22 a 33), bem como trouxe regras claras e bem estabelecidas sobre o procedimento criminal perante o Tribunal (arts. 53 a 61)"

[4] Artigo 5: A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afectam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Os crimes contra a Humanidade, c) Os crimes de guerra; d) O crime de agressão.

para a prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948, e foi criado uma Corte Penal Internacional permanente.

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às Cortes Internacionais e Nacionais, com objetivo de proteger os direitos humanos, e por fim a impunidade para crimes descritos como crimes contra a humanidade (PIOVESAN, 2015, p.313). O Tribunal Penal Internacional, orientado conforme o princípio da legalidade, passou, portanto, a ter jurisdição complementar e subsidiária a jurisdição dos Estados, para processar e julgar crimes internacionais contra a humanidade[5], ficando condicionado a omissão das Cortes Nacionais.

A importância e o impacto da atuação do Tribunal Penal Internacional são substanciais, conforme análise de Flavia Piovesan (2015, p. 321), até dezembro de 2013, 8 situação e 20 casos tinham sido submetidas ao Tribunal Penal Internacional: situação em Uganda (1caso), situação na República Federativa Democrática do Congo (6 casos), situação República Federativa Centro-Africana (1 caso), situação em Darfur, Sudão (5 casos), situação na República do Quênia (3 casos), situação na Líbia (1 caso), situação na Costa no Marfim (3casos) e situação em Mali.

Houve igualmente um positivo impacto de absorção, por parte de alguns Estados, das tipificações dos crimes internacionais relacionados como delitos contra a humanidade, Portugal por exemplo, nos arts. 236º, 237º e 238º do Código Penal Português passou a prever os crimes contra a paz e a humanidade, e posteriormente com aprovação da Lei n.º 31/2004, de 2007 tais artigos foram alterados para adaptar a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário

Entretanto, apesar da importância internacional, a atuação da Corte não é imune de críticas, há uma descredibilização e a qualificação do Tribunal como colonial (FORSYTHE, 2006), cuja atuação essencialmente ocorreria em detrimento de países do Continente Africano, configurando neste sentido, uma continuidade em relação à hegemonia ocidental e seus interesses econômicos.

[5] Nos termos do Estatuto, ficam sujeitos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional os Estados aderentes ao Tratado constitutivo da Corte e os respectivos nacionais, além dos casos em que o Estado se submeta a sua jurisdição sem aderir ao Tratado. E o Estatuto de Roma define sua competência nos seguintes termos do art. 5: "*A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afectam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Os crimes contra a Humanidade; c) Os crimes de guerra; d) O crime de agressão."* E satisfeitas a questões sobre relativas à admissibilidade previstas no art. 17 do mesmo diploma.

Deste modo, entre críticas e predicados, é necessário firmar entendimento acerca do conjuntura de consolidação do Tribunal Penal Internacional, a contextualização de suas debilidades na progressão da sua atuação, pois apesar dos desafios sobre preeminência da *realpolitik* e a efetiva finalidade do processo penal internacional que imergem várias questões relevantes, o citado contexto deve ser avaliado conforme a centralidade da presente pesquisa, permitindo identificar e construir uma abordagem crítica sobre o exercício de defesa no caso se insanidade mental e as estruturas que o sustentam.

O Estatuto do TPI, conhecido como Estatuto de Roma, contém o catálogo de defesas nos casos de exclusão da responsabilidade criminal descrito no artigo 31[6], e os artigos seguintes descrevem as hipóteses de exclusão nos casos de Erro de facto ou erro de direito e decisão hierárquica compulsória. De modo que, a normativa apesar de prever a exclusão da responsabilidade nos casos de enfermidade mental, aborda a questão de maneira excessivamente limitada, edificando barreiras substantivas e processuais para punibilidade e acusação. Assim, a defesa da incapacidade mental apresenta um desafio multifacetado para a acusação internacional do sistema (BAGHI, p. 78).

As questões relativas à problemática central, são o fato do processo criminal internacional no TPI neste aspecto, exigir a completa privação da capacidade para avaliar a ilicitude, como requisito para exclusão da responsabilidade, a falta de qualquer disposição sobre os casos de diminuição da capacidade, e apesar de possuir autorização expressa para nomeação judicial de perito para avaliar a saúde mental na regra 135[7] do regulamento de Regras dos Procedimentos e Evidencias (RPE), também não há nenhuma regra explícita em relação a testemunhos de especialistas, sendo admissível em decorrência da interpretação extensiva das Regras 135 e 113 do Regulamento de procedimentos e evidencias do TPI.

Natalia Santauria (2013, p. 18) afirma que a falta de menção da questão da insanidade mental no Estatuto de Roma, advém da possibilidade de descredibilização da Corte perante a comunidade internacional, vez que diante das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, como o holocausto, tornando a questão da insanidade mental em potencial ou a responsabilidade reduzida dos réus uma questão irrelevante. Entretanto, tais alegações

[6] Estatuto de Roma, art. 31: Causas de exclusão da responsabilidade criminal: 1 - Sem prejuízo de outros fundamentos para a exclusão de responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto, não será considerada criminalmente responsável a pessoa que, no momento da prática de determinada conduta: a) Sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei;

[7] Regras de Processo e Evidencias: Regra 135 Exame médico do acusado:
1. A Câmara de Julgamento pode, com o objetivo de cumprir suas obrigações nos termos do artigo 64, parágrafo 8 (a), ou por qualquer outro motivo, ou a pedido de uma parte, ordenar um exame médico, psiquiátrico ou psicológico do acusado

mostram-se carentes de qualquer fundamentação jurídica idônea, que justifica a omissão excessiva do TPI, pois a efetiva punição de crimes graves, não possui qualquer relação comprovada com a questão do reconhecimento da insanidade mental.

Sobre a responsabilidade penal do indivíduo no âmbito internacional, ainda é essencial esclarecer que há duas espécies de normas, as normas de Direito Internacional Penal que regulam penalmente condutas nocivas de impacto transfronteiriço, baseado no primado da cooperação internacional para o combate de crimes e de organizações criminosas, e a responsabilidade penal internacional reguladas por normas internacionais consuetudinárias que afetam valores essenciais para a comunidade internacional (BENTES, 2018) que é exatamente o âmbito do Tribunal Penal Internacional.

Logo, a questão da mitigação da responsabilidade internacional penal no TPI, carece de normatização e regulação, o que permite que lacunas e omissões normativas permaneçam sem a correspondência necessária. Neste contexto, os poucos casos julgados pelo Tribunal Penal Internacional formam uma escassa jurisprudência complementar sobre a questão o incidente de insanidade mental, que conforme análise dos casos no tópico a seguir, igualmente não consolidam razoavelmente a formação do juízo, e a construção decisória adequada em relação ao tema.

2.1 DEFINIÇÕES LEGAIS DA DEFESA BASEADA EM INCIDENTE DE INSANIDADE METAL NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

No Direito Internacional Penal[8], a responsabilidade criminal individual reconhecida no TPI, demanda um determinado estado de espírito do autor, que deve acompanhar o ato ou omissão, de modo que a exigência de um elemento mental é comumente reconhecida no Direito Consuetudinário (Smith & Hogan, 1996, pp. 58-59). Neste aspecto, como mencionado anteriormente o artigo 30 do Estatuto de Roma seria uma regra geral dividida em três seções.

[8] Importante distinguir que, conforme descreve Jorge Bacelar Gouveia (2008, p.76), o Direito Internacional Penal parte do reconhecimento dos crimes pelo Direito Internacional Público, nesta órbita se organizando a respectiva punição por instâncias jurídico — processuais próprias; o Direito Penal Internacional parte do reconhecimento dos crimes pelo Direito Estadual, unicamente internacionalizando esquemas organizatórios de cooperação jurídico-penal e jurídico-processual no sentido de permitir, com base num princípio de reciprocidade, a punição de tais crimes por parte das jurisdições estaduais.
Todavia, Claude LOMBOIS (1979, p. 10-14) critica as dicotomias surgidas no estudo do Direito Penal Internacional, ou seja, entre o Direito Internacional Penal e o Direito Penal Internacional; também rejeita as distinções entre direito penal interestatal (inter-étatique) e Direito Penal Internacional (apud Silva, 2013, p. 57)

A principal disposição no TPI prevê os requisitos de intenção relacionados a conduta e consequências somente quando insanidade afeta substancial a consciência total. Logo, defesa da incapacidade mental no TPI, exige a destruição de a capacidade do réu de conhecer ou controlar sua conduta (Baghi, p. 78). Assim, compreender tal limitação normativa da Corte, é primordial para compreender as poucas jurisprudências sobre essa temática, e a construção crítica sobre o tratamento da problemática elegida.

Em 1997 houve o histórico julgamento no Tribunal Internacional da Iugoslávia, o defesa de Esad Landzo, um guarda acusado de homicídio e tortura praticados no campo "Celebici"[9] na Bósnia, alegou a defesa da diminuição da responsabilidade mental pela primeira vez no âmbito do Direito Penal Internacional(SPARR, 2005 p. 15), sob o fundamento de que o réu sofria de Estresse Pós-Traumático, e muito embora não haja referência a nenhum princípio explícito no caso, o princípio *nulla poena sine culpa* foi invocado pela defesa como principal pilar da necessidade de reconhecimento da defesa por incapacidade mental diminuída (Eschelbach, 2013 Apud Santauria p. 20).

Houve então pela primeira vez, um julgamento no âmbito do direito internacional penal que invocasse a individualização da pena como principio e direito fundamental do réu, com aplicação concreta dessa defesa especial. No entanto, apesar do diagnóstico psiquiátrico de Landžo, apresentado no processo, apontar para a existência de um distúrbio de personalidade, a Corte julgou improcedente o pedido do fator atenuante sob responsabilidade reduzida, e sentenciou o acusado a 15 anos de prisão.

Casos seguintes como o de Banović[10], um guarda do campo de Keraterm na Sérvia acusado perseguição, tortura e assassinato por motivos políticos, raciais ou religiosos de não sérvios, se destacaram, pois, a Defesa do acusado alegou configuração da diminuição ou falta de responsabilidade mental como causa de mitigação da conduta imputada ao réu.

Neste caso, a análise psicológica realizada pelos especialistas concluiu que o réu apresentava alguns sinais de imaturidade emocional, e falta de controle de impulsos (SANTAULARIA, p. 24), contudo, os laudos psiquiátricos não foram contundentes em demonstrar à Corte se ele era capaz de entender a ilegalidade de seu comportamento, e se no caso de insanidade, esta impedia completamente sua consciência sobre o ato, por fim o Tribunal manteve o entendimento adotado anteriormente no precedente do caso "Celebici", e

[9] Prosecutor v. Zejnil Delalić et al. ("Čelebići"), Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001 ("Čelebići Appeal Judgement"), §216-241; Čelebići Appeal Judgement, §242-267

[10] Prosecutor v. Radovan Karadzic ICTY, T. Ch. II, Case No. IT-95-5/18-T, February, 2013

observou que igualmente nao havia provas sobre a completa privação de consciência do acusado, condenado o acusado a oito anos de prisão.

Outro julgamento importante, foi o caso envolvendo os réus acusados dos crimes cometidos nos conflitos em 1992 na Sérvia, em que houve novamente o pedido da defesa de atenuação da pena com base na responsabilidade diminuída por problemas mentais, foi o caso em especial do réu Vasiljević[11], acusado de ajudar e encorajar perseguições e assassinatos. Todavia, apesar dos esforços da defesa, novamente o Tribunal rejeitou a argumentação da defesa, alegando que o incidente de insanidade exige destruição da capacidade de compreensão do cometimento do delito, e não apenas prejuízo da capacidade, de modo que o acusado foi sentenciado a quinze anos de prisão.

Conforme análise de Venus Ghareh Baghi (p.80) esse caso novamente firmou o alto padrão exigido pela corte em casos de julgamentos baseados em insanidade mental, e em um aspecto precário, embora seja consistente com a maneira como a maioria das jurisdições lida com o assunto.

Neste aspecto, o Tribunal Criminal Internacional da Iugoslávia, teria firmado entendimento de que a defesa da doença mental ou responsabilidade diminuída só seriam admissíveis no caso de completa destruição da capacidade do acusador de apreciar a ilegalidade da natureza de sua conduta, e posteriormente o mesmo critério foi incorporado no artigo 31 do estatuto do TPI. (BAGHI, p.80).

A defesa especial nos casos de insanidade mental, como causa de exclusão da responsabilidade penal no Tribunal Penal Internacional, possui como fundamentação jurídica além do conteúdo previsto no art. 31 do Estatuto, a Regra 145 do Regramento de Procedimentos e Evidencias da Corte. A Regra 145 traz as determinações sobre o capítulo da *Determination of sentence*, e prescreve que: "Além dos fatores mencionados acima, o Tribunal deve levar em consideração, conforme apropriado: a) circunstâncias atenuantes, tais como: (i) As circunstâncias que constituem motivos para exclusão de responsabilidade criminal, como destruição substancial da capacidade mental ou coação; (ii) a conduta da pessoa condenada após o ato, incluindo quaisquer esforços do réu para compensar as vítimas, e qualquer cooperação com o Tribunal."

Logo, a insólita normativa sobre a questão da insanidade mental no Tribunal Penal Internacional, não é clara sobre consequências, e não estabelece redução da pena nos casos de capacidade diminuída que demonstre prejuízo parcial da compreensão da conduta

[11] Prosecutor v. Mitar Vasiljević, ICTY, T. Ch. II, Case No. IT-98-32-T, 29 November 2002.

delitiva (BAGHI, p. 78). Neste aspecto, com a inauguração do Tribunal Penal Internacional, o direito internacional humanitário consuetudinário, normatizado no Estatuto de Roma, consagra a responsabilidade penal de todos os indivíduos que cometem crimes de guerra, ou que são, de alguma forma, responsáveis (BENTES, p.105), todavia quanto a possibilidade de submeter os infratores a um tratamento alternativo ou regime especial durante a prisão, não há qualquer previsão legal sobre a questão e igualmente o Tribunal Penal Internacional não lidou com nenhum caso em que esse assunto fosse invocado. Logo, sobre as consequências do êxito da insanidade mental estas permanecem um mistério (SANTAULARIA, p. 5)

A jurisdição internacional não está imune de estabelecer as balizas necessárias para repressão e punição condizentes com os valores mínimos de proteção de direitos inalienáveis, principalmente, em casos de insanidade mental, como ocorre nas instancias domésticas, isto porque os valores e princípios que fundamentam a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito penal dos Estados, impactados inevitavelmente pela carga de proteção internacional dos Direitos Humanos, são os mesmo que deveriam nortear a atuação e desenvolvimento normativo do Tribunal Penal Internacional.

Destaca Pedro Caeiro (2007, p.557) que "o Estado goza de uma ampla liberdade no exercício da sua jurisdição penal, legitimado através da soberania, mas o seu fundamento material encontra- se à semelhança do que sucede com os restantes titulares da jurisdição penal não-estaduais – na responsabilidade pela paz e a segurança da comunidade sob o seu domínio".

Importante destacar que punir, deve necessariamente ser uma estratégia de proteção alternativa, e não o objetivo central de qualquer Corte Penal. A atuação da estrutura internacional de proteção dos direitos humanos, é por si só indistintiva e homogênea. A atuação punitiva encontra limites intrínsecos, circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade" (ROXIN, 2006, p. 18-19).

O relato histórico demonstra que o Direito Internacional Penal concentrou seu objetivo no fim da impunidade dos responsáveis por crimes contra a humanidade que preocupam a comunidade internacional. Contudo, somado ao contexto político que circunda as relações internacionais, isso ocasionou a hipervalorização da retribuição, que faz com que, declarar um acusado não culpado por deficiência mental, torne-se algo supostamente contrario a própria natureza e o propósito do sistema, lançando dúvidas sobre a credibilidade. (SANTAULARIA, p. 5).

Contudo, como alerta Eugenio Zaffaroni (2010, p.90), o Direito Internacional Penal pode oferecer benefícios paliativos ou eventuais pragmáticos, mas a verdadeira prevenção de assassinatos em massa que o conhecimento jurídico criminal oferece, é através do exercício de críticas e da rejeição de técnicas de neutralização de valores, sob pena tornar-se outra ciência que não pensa.

2.2 O IMPACTO DA CIÊNCIA E A INCAPACIDADE MENTAL FRENTE A JUSTIÇA CRIMINAL

Sobre neurociência e Direito Penal, importante ressaltar a colocação de Fábio Araújo e Fernanda Baqueiro (2017, p. 64), os quais destacam que é possível afirmar que a neurociência corresponde ao estudo científico do sistema nervoso, e, em especial, do cérebro, que acompanham a trajetória e o interesse da humanidade. E nos últimos anos, a neurociência obteve um crescimento avassalador em seu campo de influência.

Destaca-se o nascimento da expressão "*Neurodireito*" construída com base nas descobertas da neurociência, desenvolvida pelo professor José Javier García Deltell (2013), da Faculdade de Filosofia da Universidade de Valência, a expressão *Neurolaw* foi empregada pela primeira vez em um trabalho de Taylor Sherrod, intitulado "Neuropsychologists and Neurolawyers", publicado em 1991 na revista Neuropsychology, cujo objetivo seria analisar como algumas lesões cerebrais poderiam ter implicações nas decisões judiciais. (BAQUEIRO, 2017, p.71)

As descobertas da Neurociência têm, portanto, impactado significativamente o Direito Penal, principalmente quanto a questão de capacidade mental, consciência e culpabilidade. E neste aspecto, o Tribunal Penal Internacional, nos termos do artigo 30 do Estatuto de Roma e das Regras de procedimentos e evidências, mostra-se alcançado por essa propensão, e permite a requisição de parecer técnico psiquiátrico sobre a capacidade mental do acusado, tanto para defesa, quanto para a acusação, além de testemunhas nesse sentido.

Neste contexto, Eilionoir Flyn (p. 485), descreve que o termo capacidade mental se refere à tomada de decisão habilidades de um indivíduo, que variam naturalmente entre os indivíduos, dependendo de vários fatores externos. Já a capacidade jurídica é o reconhecimento de um indivíduo como detentor e ator de direitos. Contudo, não são raras as oportunidades que que, a capacidade mental tem sido usada como sinônimo da capacidade legal.

Avaliar o comportamento humano, no âmbito do Direito Penal, é de fato um desafio, e envolve a avaliação da responsabilidade por uma conduta criminosa, o que impõe uma dependência entre psiquiatria e Direito, a fim de mediante expertise técnica distinguir o que é fruto de uma patologia e o que é a coordenação da personalidade. O grande desafio neste aspecto, é que não há patologias únicas que sejam específicas de indivíduos singulares.

Oswaldo Pataro (1963, p. 85) assim descreve que a alienação mental é um conceito que se enquadra nas cogitações da Psiquiatria Forense, configurando um ramo da Medicina Legal que se propõe a esclarecer os casos em que alguma pessoa, - decorrência do estado particular de sua saúde mental, -necessita consideração especial perante a lei. Por isso, o autor defende a classificação de CALABUIG (1958), como "aqueles conhecimentos médicos necessários para a resolução dos problemas que o Direito suscita ao ser aplicado aos doentes mentais".

No campo da neurociência, psiquiatria e medicina forense, como salienta Susana Aires de Sousa (2017, p.3), “constitui uma evidência dizer-se que entre os fins reconhecidos ao processo penal se conta, necessariamente, a busca da verdade e a realização da justiça”, e neste aspecto questiona a autora, “Constituirão os novos métodos neurocientíficos a resposta há tanto procurada? Serão estes métodos aceitáveis da perspetiva de um processo justo e leal, assente de forma inabalável na proteção dos direitos, liberdades e garantias?” (SOUZA, p.4). E por fim, conclui que o uso destes novos métodos em processo penal, antes tido como mero exercício de ficção cientifica, é agora um facto real e verdadeiro.

Neste contexto, conforme leitura de Bitencourt (2013, p.152) o Direito Penal não pode ficar alheio ao desenvolvimento tanto da ciência quanto dos usos e costumes, bem como da evolução histórica do pensamento, da cultura e da ética em uma sociedade em constante mutação. A complexidade da era contemporânea, impõe a racionalização do direito penal nas questões de insanidade mental, a fim de abdicar dos estigmas e ideários que tentam descredibilizar a expertise científica relacionada aos diagnósticos e tratamentos dos transtornos mentais.

Conforme destaca a Organização Mundial da Saúde, no Livro de Recursos da OMS sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação (p. 101), a preocupação sobre a questão do tratamento jurídico adequado da insanidade mental no âmbito do Direito Penal é uma realidade, pois envolve a necessidade de diálogo entre as ciências e racionalização do Direito, vez que as disposições legislativas relativas a infratores mentalmente doentes são

áreas altamente complexas que abrangem os sistemas de justiça criminal e de saúde mental forense.

A incapacidade mental por si só é uma questão complexa, pois no campo do direito é usada de forma genérica a definir desordens mentais, doenças mentais, debilidades intelectuais, e desordens físicas que afetam as funções mentais. Entretanto, na legislação criminal, é essencialmente utilizada para descrever consequências e certas condições. Isso ocorre, por conta da insanidade mental ser essencialmente analisada como ausência de capacidade moral, cognitiva e de vontade necessárias pela lei[12] (Loughnan 2012, p.2)

Na justiça criminal não há como distanciciar-se do estabilizador do princípio da dignidade humana, cujo conteúdo axiológico incide diretamente sobre todas essas situações, normalmente em tensão com o direito à liberdade e à vida biológica. (VILHENA, 2006, p. 69). Neste aspecto, a imputabilidade ou capacidade de culpa é a capacidade de entender a injustiça do fato e determinar a vontade de acordo com esse entendimento, ou seja, repousaria no ideal de *reproachability* (WELZEL, 1997, p.182). No contexto internacional, mais especificadamente do Tribunal Penal Internacional, nota-se que essa fundamentação só é válida para completa exclusão da culpabilidade, contudo não possui uma individualização necessária, quanto o grau de capacidade de culpa e no nível da aplicação judicial.

A loucura ou extravagância seria uma alienação do espírito, um desarranjo da razão que impede de distinguir o verdadeiro do falso e que, através de uma agitação contínua do espírito, deixa aquele que é por ela atingido sem condições para poder dar qualquer consentimento (FOULCAULT, P.155). Logo, a compreensão de que a insanidade mental atinge essencialmente a razão, o que de fato, afeta balizas essenciais do Direito Penal, como princípios relacionados a individualização da pena e da adequação finalística do *ius puniendi*, fez com que os diferentes sistemas jurídicos domésticos, estruturalmente evoluíssem para a sistematização normativa da exclusão da responsabilidade e tratamento ambulatorial como forma de penalização.

Esse contexto, igualmente regulou uma dependência entre Medicina e Direito, onde uma perícia altamente especializada pauta a chamada questão dos limites e

[12] "Incapacity" itself is the source of some complexity, As used across the criminal law field, "mental incapacity" is something of an umbrella term. It encompasses mental disorder, mental illness, intellectual disability, and physical disorders that have an effect on mental functioning.' Although it might be thought to describe a condition or set of conditions, in criminal law, the term "mental incapacity" refers to the consequences of certain conditions. It is for this reason that mental incapacity has been analyzed in terms of its effects, that is, as an absence of, or impairment in, the moral, cognitive, and volitional capacities both assumed and required by the law. (Loughnan 2012, p. 2)

modificadores da responsabilidade penal, configurando como ferramenta essencial para elucidar o importante problema da simulação e dissimulação de doenças mentais (PATARO, 1963, p. 87). Esse liame sutil entre insanidade e simulação é o um dos alvos de tensão entre as ideias de eficácia da persecução penal e impunidade.

Contudo, apesar da evolução dos sistemas normativos penais, no sentido de reconhecer a influência de causas patológicas na vontade humana e sistematizar a essencialidade da expertise técnica para estabelecer uma relação de causa e efeito, há estigmas e problemáticas que prejudicam a consolidação de balizas processuais e terapêuticas.

Nem sequer a sensibilidade à insanidade mental pode ser considerada como uma realidade na sociedade global, de modo genérico permanece homogêneo o entendimento de que a insanidade mental é sinônimo de maldade, crueldade e criminalidade. Apesar da autoridade obtida pela psiquiatria no sentido de contextualizar a gravidade das moléstias mentais, o comportamento e o sentimento social configuram uma barreira ao tratamento jurídico da insanidade.

Nesta conjuntura, é necessário a seguir brevemente, avaliar a diferença dos dois principais sistemas que influenciam a normativa existente e os fundamentos da questão da defesa arguida nos casos de insanidade mental no TPI, para compreender se a motivação da Corte em cuidadosamente manter extensas lacunas normativas sobre o temas se deu pela necessidade de não aproximar-se de um sistema em detrimento do outro, ou se em verdade há como pacificar a regulação da defesa por insanidade sem prejudicar por completo determinados Estados.

Nos casos julgados pelo TPIY analisados no tópicos anterior, a alegação das defesas sobre a responsabilidade diminuída, é construída conforme o Direito norte-americano, onde os Tribunais avaliam a questão da insanidade como possibilidade de exclusão da responsabilidade penal e declaração de "não culpado", e também há a possibilidade de atenuação da pena em casos que a consciência do ato não estava completamente afetada, por transtornos mentais, que afetaram significadamente a consciência do acusado, prejudicando os requisitos para estabelecer uma mente culpada (*mens rea*).

Na sistemática anglo-americana, responsabilidade diminuída, está relacionada com os denominados *mens rea* e *actus réus,* que determinam o liame ente um delito menor, por exemplo, homicídio culposo ao invés de doloso, em que no veredicto, considera a voluntariedade afetada por transtorno mental, duradouro ou momentâneo, para avaliar se a

intenção do acusado configura um delito grave, ou o detrimento dela pode permitir uma condenação menor.

Já o denominado sistema bipartido é a tradição da *Common Law*, também adotado França, onde o delito é dividido em dois elementos: o aspecto externo da conduta (*actus reus*) e o aspecto interno ou elemento subjetivo (*mens rea)* (CARLI, p.5). Ainda explica Carla Veríssimo de Carli (2014, p.5), que deve ser também destacado o sistema tripartido, cuja origem é o pensamento de Kant (*Strafrechtswissenschaft*), responsável pela elaboração da teoria do delito, em que se admite a existência de situações antijurídicas, porém escusáveis.

Carla Veríssimo de Carli (2014, p.15) brevemente sintetiza que o sistema *Common Law* divide na análise do delito, a conduta em *actus reus* e *mens rea*, esta seria o aspecto interno e aquela o externo, em cada crime deve ocorrer uma união de ambos, e não haverá responsabilidade criminal sem que se conjuguem a conduta externa e o estado mental, já no sistema germânico adota-se a teoria psicológica, onde se questiona se o delito estava representado na consciência do acusado.

Os sistemas *civil law*, centralizados no domínio na norma, tendencialmente são adeptos do sistema tripartido, de tradição germânica, e buscam exaustão normativa como fonte para apuração da eficácia na individualização da pena, principalmente por conta da necessidade de corresponder os altos padrões dos standards normativos vigentes quanto a proteção da dignidade humana, o que de fato possibilita identificar a presença de legislações penais direcionadas a estabelecer tanto a incapacidade total quanto a parcial, com a existência de causas de exclusão, parcial mitigação e atenuantes do delito, a fim de satisfazer os elementos exigidos para estabelecer responsabilidade criminal, e corresponder os limites dos princípios basilares.

Segundo Hans Welzel (2015, p.117), culpabilidade é a reprovabilidade da resolução de vontade, e somente aquilo que depende de algum modo da sua vontade pode ser culpável. Contudo, conforme a teoria do autor, existem problemas quanto a constatação da imputabilidade, ou seja, a identificação da responsabilidade criminal. Isto porque todo conhecimento científico encontra seu limite em além de constatar estados anormais de espírito, determinar a exclusão da capacidade da culpabilidade, pois "não pode converter em objeto aquilo que em princípio não é possível de objetivação: a subjetividade do sujeito(WELZEL, 2015, p.130)".

Isso não significa negar a essencialidade da resposta científica para determinar a capacidade de responsabilidade, mas seria necessário formular esse juízo de valor de modo negativo, excluindo todos os homens que ainda não são, ou já não são, capazes da mesma autodeterminação plena de sentido; estes são os que não são capazes de culpabilidade (WELZEL, 2015, p.131).

De modo que, esta breve análise permite observar que apesar das diferenças entre os sistemas e teorias relacionadas a capacidade e culpabilidade, inevitavelmente ambos os sistemas tratam a questão do impacto da ausência de consciência volitiva como causa de exclusão e diminuição, a fim de consagrar um resposta judicial condizente com a exclusão da responsabilidade criminal, e também regulamentam as consequências desse tipo de veredicto.

Todavia, como destaca Matus (2008, p. 19 apud CARLI, p.22), no caso do TPI aparentemente o modelo adotado, aproximasse do modelo bipartido da *Common Law*, principalmente devido à redação do artigo 31 do Estatuto de Roma. Entretanto, os excessos de lacunas normativas nos casos de defesa baseada em insanidade mental, e a jurisprudência do TPIY, utilizado como referencial teórico pelo TPI, rejeitam o reconhecimento da diminuição da capacidade no caso de insanidade em contrariedade a teoria do modelo bipartido *mens rea* e *actus réus*, o que traz incerteza sobre a legalidade do sistema jurídico internacional operante.

Pouco se discute sobre a garantia de integridade da dignidade humana do indivíduo acusado no âmbito do Tribunal Penal Internacional, como se a desumanização do indivíduo acusado de crimes contra a humanidade imperasse como um modelo rígido de resposta social, uma espécie de calmante ao anseio de combate a impunidade, porém, efetivamente, os massacres humanitários continuam a ocorrer em escala global e as atuações para prevenção de genocídios e crimes de guerra, enfrentam uma derrocada histórica, em nome da preservação da soberania, economia e de determinados ideias liberais.

O enfrentamento das questões relativas a insanidade mental, envolve inevitavelmente uma imersão técnica forense em que o Direito se alie as demais ciências, para permitir a adequação jurídica da pluralização de diagnósticos identificados psiquiatricamente, isto porque ajustar o indivíduo no contexto de insanidade, em um modelo jurídico padrão e de alto rigor requisitivo, trata-se de uma medida que negligencia a individualização da pena, a proteção da dignidade humana e o devido processo legal, pois não há qualquer fundamentação idônea para excluir da proteção de direitos as pessoas portadoras de transtornos mentais.

2.3 A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO NA PRÁTICA PENAL INTERNACIONAL

De acordo com Luigi Ferrajoli (2002, p. 36), “as formas mais radicais de desvalorização do papel definidor da lei que desembocam em uma dissolução do próprio comportamento criminoso como pressuposto da pena, até identificar, além daquele, o tipo de sujeito como delinquente, a partir de um ponto de vista ético, naturalista ou social e, em todo caso, ontológico. Entre as figuras mais nefastas do moderno obscurantismo penal, pode-se recordar a concepção positivista-antropológica do "delinquente natural".”

O princípio da culpabilidade é necessário para evitar resultados ofensivos incompatíveis com a dignidade humana, como impor responsabilidade criminal quando nenhum comportamento puder ser atribuído por falta de voluntariedade (KREMENITZER, et. Al, apud, 2011, p.115). De acordo com o estudo sobre os Desafios da Loucura Judicializada (2013), com a associação da loucura à periculosidade, despontaram práticas de criminalização que endossaram a estratégia de relativizações excessivas dos direitos do acusado como forma de prevenção, cenário que difundiu o crescente sentimento coletivo de desenfreada de medo, vigilância e controle.

O Tribunal Penal Internacional, portanto, padece com uma estruturação normativa lacunosa e insuficiente, que no caso do incidente de insanidade, cujo conteúdo estabelecido no artigo 30 do Estatuto, pode, por falta de conversão e especificação normativa, impedir um célere deslinde processual e relativizar excessivamente direitos do acusado.

Destaca-se ainda que o Estatuto do TPI prevê circunstâncias individuais[13] como um potencial fator atenuante, entretanto não há previsões sobre sentenças mínimas obrigatórias. De acordo com o texto legal, o TPI tem autoridade para mitigar o patamar da pena em casos de transtornos mentais, levando em consideração as evidências relativas à condição mental no cometimento do delito, porém, apesar de não haver proibição explícita de mitigação nos artigos e da discricionariedade judicial possível, a jurisprudência firmada pela Corte é no sentido de restrição e impossibilidade de redução (GHAREH BAG p. 83)[14].

[13] Artigo 78 do Estatuto dO TPI estabelece que o Tribunal levará em consideração "circunstâncias individuais da pessoa condenada",

[14] The sentencing provisions of the statues all include the individual circumstances of offense as a potential mitigating factor, and mandatory minimum sentences are absent. It is clear that the ICTY and ICT have the authority to mitigate by taking into account evidence concerning an offender's mental condition and there a clear grant of discretion in the statute's sentencing provisions and there is no explicit prohibition of mitigation in article (GHAREH BAG p. 83)

Reafirma-se portanto, que apesar das lacunas normativas, a jurisprudência do Sistema Penal Internacional, poderia contornar determinadas omissões, a fim de ajustar o conteúdo existente para comtemplar questões éticas, estratégicas e operacionais, que contribuíssem para a repressão de crimes contra humanidade, sem perder de vistas a proteção dos direitos humanos de todos os envolvidos, neste sentido, torna-se imprescindível a produção pesquisas e análises críticas para intervenções pontuais na normativa e na atuação do Tribunal Penal Internacional.

Ao exigir a destruição dos capacidade de conhecer ou controlar sua conduta, e diante das lacunas abertas e do conteúdo normativo dos incontáveis tratados e Convenção em relação aos direitos humanos do acusado, garantias processuais, devido processo legal e proteção/tratamento do indivíduos acometidos de transtornos mentais, a Câmara de julgamento do TPI nos poucos casos que servem como precedente, não deixa lugar para responsabilidade diminuída, como uma circunstância atenuante (GHAREH BAG p. 83)15, o que configura um cenário de excessivas relativizações dos direitos humanos do acusado.

3. O VEREDITO E A PUNIÇÃO NO CASO DE INSANIDADE MENTAL NO TPI

Quanto a debilidade das lacunas normativas do TPI, Venus Ghareh Bag (p. 86), observa que o fato do Estatuto de Roma, não ter previsto a possibilidade de um veredito com fundamento para outra forma de resolução nos casos de insanidade mental, como tratamentos psiquiátricos. O autor então conclui que o Tribunal Criminal Internacional, têm sido confundidos entre desculpas e justificativas em defesas sobre a incapacidade mental, cuja fundamentação permanece contrária à Justiça Criminal.

Nos termos do Estatuto do TPI a insanidade mental é apresentada apenas como um motivo que exclui a responsabilidade criminal, o que na visão de Natália Santaularia (2011, p.27), ocorreu para evitar a preferência de um sistema jurídico nacional em detrimento de outro. Isto seria devido principalmente a diferença entre o sistema jurídico inglês usa os termos "defesa contra insanidade", o alemão enquadra-se em questões de incapacidade mental

[15] The sentencing provisions of the statues all include the individual circumstances of offense as a potential mitigating factor, and mandatory minimum sentences are absent. It is clear that the ICTY and ICT have the authority to mitigate by taking into account evidence concerning an offender's mental condition and there a clear grant of discretion in the statute's sentencing provisions and there is no explicit prohibition of mitigation in article (GHAREH BAG p. 83)

sob o caput de "culpabilidade" e usando o termo "*Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen*", e o sistema do anglo-americano que na jurisprudência assentou entendimento como responsabilidade deiminuida.

Todavia, ao fixar esse padrão para uma suposta neutralidade, o TPI acabou por relativizar excessivamente direitos e garantias do acusado, pois os transtornos mentais raramente privam os indivíduos de todo autocontrole (SALTON, apud Santaularia, 2011, p.28). Quanto aos veredictos, as penas nos termos do art. 77 do Estatuto do TPI, somente possui balizas, quanto ao patamar máximo, estabelecido em 30 anos e caberá, em casos excepcionais, prisão perpetua, o que confirma a lacuna normativa na eventualidade de uma pessoa ser condenada com base em incapacidade mental e necessitar de tratamento médico como forma de cumprimento da pena, ou aliado a essa.

Os acusados, assim como qualquer outro individuo acometido de transtornos mentais, deve necessariamente receber tratamento, enquanto perdurar a necessidade, ou seja, uma decisão condenatória custodial cumprida em um estabelecimento de saúde mental, ou ser encaminhado ao hospital para tratamento a qualquer momento antes da conclusão de seu julgamento (Szmukler, George, et al. p. 21).

No Livro de Recursos da OMS sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação, (2005, p.102) a Organização Mundial da Saúde, alerta sobre a necessidade de verificação da capacidade mental em todos os estágios da persecução penal, e ainda enfatiza a necessidade de homogeneização das legislações em prol do tratamento e da humanização da pena nos casos de insanidade penal[16].

O não reconhecimento e as condições de detenção a que são submetidos os acusados com transtornos mentais desencadeiam processos de desumanização, e estão em conflito com os padrões internacionais de direitos humanos. O alerta da Organização Mundial da Saúde sobre a urgente necessidade de reforma e desenvolvimento normativo, em prol da efetiva tutela dos direitos das pessoas com debilidades mentais, demonstra a gravidade da dupla estigmatização que sofre um acusado nesses casos, e a essencialidade de

[16] Neste aspecto, conforme a OMS (2005, p.102), existem diferentes estágios, nas quais uma pessoa detida pode ser desviada para admissão e tratamento de saúde mental conforme encontradas em diferentes estatutos legislativos, no estágio pré-julgamento, do julgamento, pós-julgamento (sentenciamento) e pós-sentenciamento (cumprimento de sentença em prisão). Seria a verificação de aptidão para suportar ir a julgamento, compreender os procedimentos legais do julgamento, e o diagnóstico de transtorno mental que afete a responsabilidade penal na condenação, cuja consequência, ou seja, a necessidade de tratamento e internação no estágio pós-condenação. Havendo ainda a possibilidade de diagnóstico de um transtorno mental depois do encarceramento, o que requer a transferida para uma unidade hospitalar.

desenvolvimento na educação em direitos humanos para sensibilizar e racionalizar o desenvolvimento normativo.

3.1 A CORRESPONDÊNCIA FINALÍSTICA DAS DECISÕES NOS CASOS DE INSANIDADE MENTAL

A interpretação da defesa da responsabilidade reduzida no caso *Celebici*, afasta-se de um modelo de direito penal doméstico em específico, pois apesar da tendência de aproximação com o sistema *common law*, a Corte afastou qualquer possibilidade de prosperar a defesa por insanidade em casos, cuja limitação de consciência do ilícito não era completa. Este cenário demonstra que não há avaliação adequada da consistência do modelo, normas e procedimentos internacionais adotado (Ghareh p. 85).

O procedimento que permite uma condenação judicial, possui como fundamento essencial o *due processo of law*, onde no âmbito do direito penal, o exercício do *ius puniendi* do Estado, deve corresponder ao ideal da racionalização do exercício de defesa e da proteção de direitos e garantias mínimos desejáveis para uma sociedade democrática de direito. Contudo, analisando o conteúdo da normativa que regula a atuação do Tribunal Internacional e os precedentes jurisprudenciais, apesar dos esforços em racionalizar a sistemática penal no âmbito internacional que envolve vários sistemas heterógenos, não existe a regulamentação necessária que defina parâmetros para a penalização nos casos de insanidade mental.

Como abordado anteriormente, há uma estreita possibilidade do exercício de defesa com base na insanidade mental, nos termos do art. 30 do Estatuto do TPI, entretanto, caso prospere um argumento bem-sucedido de insanidade mental - que não seja absolvição - ou de responsabilidade mental reduzida, o artigo 77 do Estatuto do TPI permanece sem qualquer previsão sobre a imposição de uma penalidade ou medida especial para uma internação ou para tratar o acusado na prisão, ou seja, um réu condenado em tais circunstancias será encarcerado sem possibilidade de tratamento (SANTAULARIA, p. 44).

A falta de regulação normativa do TPI nesse âmbito, vai na contramão de inúmeros documentos internacionais, em especial da União Europeia, que marcam a evolução normativa em prol da proteção dos direitos e garantias no processo penal em âmbito internacional. A recomendação n. 1235 do Conselho da Europa de 1994, por exemplo, figura como importante marco nesse sentido, vez que na época não haviam muitos estudos

conjuntos dos estados membro do Conselho da Europa sobre legislação, psiquiatria e proteção dos direitos humanos, e constata a urgência de regulação da matéria, o Conselho passou a recomendar o desenvolvimento da jurisprudência baseada na Convenção Europeia de Direitos Humanos, com a finalidade de combater os inúmeros registros de casos de violações dos direitos humanos, a fim de desenvolver medidas legais que garantissem o respeito aos direitos humanos de pessoas com problemas psiquiátricos.

Nessa perspectiva, dando continuidade na necessidade de desenvolvimento do aparato Estatal para proteção dos direitos humanos, a Comissão Europeia em 27 de novembro de 2013, aprovou uma Resolução relativa às garantias processuais para as pessoas vulneráveis suspeitas e acusadas em processos penais, cujo objetivo era incentivar os Estados membros a reforçar os direitos processuais dos réus que não podem participar eficazmente de um processo penal, devido a sua condição mental ou idade, com finalidade de estabelecer normas mínimas de proteção. (art. 5, I ,c CEDH). Reforçando a necessidade dos corpos judicias realizarem avaliações e solicitarem experts para medir o grau de vulnerabilidade.

A reabilitação, ressocialização e tratamento dos acusados são direitos reconhecidos em diversos instrumentos de direitos humanos, e eles são pilares essenciais na maioria das jurisdições domésticas, integrando o núcleo axiológico do Estado Democrático de Direito então estabelecido, sendo fundamental que as pessoas mentalmente doentes, tenham reconhecimento como tal. Neste contexto em 30 de novembro de 2009, houve elaboração de nova resolução do Conselho da União Europeia, ratificando um roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais, onde uma das medidas necessárias destacas era estabelecer Garantias especiais para suspeitos ou acusados vulneráveis.

A Corte Europeia de Direitos Humanos igualmente possui jurisprudências, cuja a construção decisória reforça essa sistemática de fortalecimento na proteção dos direitos e garantias do acusado mentalmente doente, como o caso de um acusado com menor idade contra a Irlanda (2002), em que houve a alegação de que o Estado promoveu a Detenção Penal de Criança para Sua Própria Proteção[17], por tempo e de modo excessivo, sem que houvesse a possibilidade de tratamento e melhores cuidados, ocorrendo a Violação do artigo 5 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

[17] European Court of Human Rights: Detenção Penal de Criança para Sua Própria Proteção: Violação do artigo 5 da Convenção Europeia sobre Direitos humanos DG / Irlanda (2002) 35 EHRR 33. Precedente idêntico a casos como ECHR 2012/8 Case of Stanev v. Bulgaria, 17January 2012, no. 36760/06 (Grand Chamber)

Conforme consta no processo, o requerente, estava em tratamento desde os dois anos de idade, devido a circunstâncias terríveis no âmbito familiar, e por isso tinha um histórico de conduta ilegais. E após cumprir sentenças danos criminais, roubo e incêndio criminoso cometidos em uma unidade de atendimento residencial, o indivíduo passou a morar em um albergue, foi quando seu advogado solicitou às autoridades acomodações adequadas disponibilizado ao requerente, entretanto o judiciário considerou que a detenção era única alternativa por falta de possibilidade de tratamento médico especial. A CEDH considerou que no caso houve ofensa ao artigo 5 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, e não havia antecedentes de esforços duradouros e consideráveis para garantir o tratamento adequado para o acusado que possuía inegável necessidade de tratamento psiquiátrico.

Igualmente notório é o julgamento do caso T. Y V. contra Reino Unido pela CEDH[18] , os demandantes foram acusados e condenados, em 1993, pelo sequestro e assassinato de uma criança de 2 anos, e na época tinham apenas 10 anos de idade. E nos termos dos costumes e leis inglesas, além da condenação por tempo indeterminado (*during Her Majesty Pleasure*), jovens deveriam cumprir a pena incialmente em um internamento punitivo (*tariff*), estabelecidos pelo Ministério de Interior. Neste contexto, os demandantes alegaram que a natureza punitiva da sentença imposta a eles, constituem uma violação ao direito de não serem submetidos a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, garantidos pelo artigo 3 da Convenção.

Os Demandantes ainda denunciaram que foram privados de um processo equitativo, violando o artigo 6 da Convenção, e que quanto a privação de liberdade imposta esta implicaria em uma violação de seu direito à liberdade, garantida pelo artigo 5, por ser um ministro do Governo, e não um juiz, encarregado de estabelecer a duração e controle do período punitivo, violando também os direitos garantidos pelo artigo 6 e 5.4 da Convenção. Na decisão a CEDH considerou que impor uma pena de duração indeterminada não seria por si só ilegal, tendo os Estados autonomia nesse sentido. Entretanto, houve evidências psiquiátricas de que os dois autores sofriam de transtornos de estresse pós-traumáticos no momento do julgamento, como resultado do que haviam feito e que era impossível para eles discutirem o crime com seus advogados naquele contexto, portanto, os autores não tiveram um processo eqüitativo em violação ao artigo 6.1 da Convenção Europeia de Diretos Humanos.

[18] Corte Europeia de Direitos Humanos Caso T. Y V. CONTRA REINO UNIDO - Sentença 24888/94 y 24724/94 de 16 de dezembro de 1999.

Deve ainda destacar, que a CEDH salientou que sobre as alegações do governo Britânico, este não forneceu nenhum exemplo de caso em que um réu que sofra de uma deficiência mental, que não permita que ele seja declarado incapaz de acordo com a lei inglesa, teria obtido a suspensão de um processo criminal com o argumento de que ele não pôde participar plenamente dele, ou em que uma criança acusada de assassinato ou de outro crime grave, poderia ter obtido a suspensão do procedimento com base no fato de que um julgamento público, lhe causaria danos ou sofrimentos.

Importante portanto, notar que as balizas firmadas pela CEDH em seus julgamentos, buscam centralizar os padrões internacionais de proteção dos Direitos Humanos em casos de transtornos mentais e capacidade penal do acusado, apesar das restrições em relação a subsidiariedade e a soberania dos Estados. Há quem afirme que no TPI, o objetivo de punição da reabilitação pode ser questionado devido à natureza extraordinária dos crimes, neste aspecto Natalia Santaularia (p.8) alega que os infratores das atrocidades mais graves, merecem uma punição em consonância com suas características ou circunstâncias pessoais, todavia, além dos mencionados fundamentos das jurisprudências da CEDH, destaca-se trecho da jurisprudência do TPI[19] do caso "*Aleksovski*", em que a própria Corte rechaça tais argumentos e define os fundamentos de sua atuação, onde a retribuição e pena, não se legitimam como vingança.

3.2 ANÁLISE SOBRE A CRÍTICA DE SELETIVIDADE DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

As limitações de atuação e jurisdição do TPI em decorrência dos princípios da complementariedade[20] e cooperação, configuram a necessidade de respeito a soberania e aos sistemas legais dos Estados-partes, todavia, há parâmetros mínimos sobre os crimes cujos quais ele próprio compete julgar, em respeito aos direitos humanos. A lei é um terreno de debate discursivo, e as Cortes Internacionais em especial, possuem o desafio de estabilizar em um ordenamento os diversos sistemas existentes.

As leis são a arena onde sobrevém a luta para determinar os conceitos de igualdade, justiça, liberdade e informar a maneira como os direitos humanos são entendidos (Kapur, 2006, p.105), atualmente os desafios da pós-modernidade, suas instabilidade políticas

[19] Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, ICTY, A. Ch., Case No. IT-95-14/1-A, 24 March 2000, p.185.
[20] Princípio da complementaridade, nos termos do artigo 17.º do Estatuto do TPI, significa que a Corte atua como último recurso, após esgotamento ou icapacidade das instâncias domésticas.

e sociais, tornam a estruturação e atuação do TPI, uma tarefa ainda mais complexa. Contudo, a racionalização da normatização da defesa por insanidade é possível e necessária, a exemplo da CEDH, que na perspectiva de jurisdição internacional, busca continuamente reafirmar as balizas mínimas de proteção aos direitos humanos dos acusados.

A gravidade dos crimes julgados no TPI, enfrenta também como barreira para a regulação normativa, o reforço em escala mundial ao fenômeno do populismo penal, onde o uso demagógico do direito penal é feito para justificar o consenso eleitoral, e medidas extremas, indiferentes as causas estruturais dos fenômenos criminais e ineficazes para a sua prevenção (Ferrajoli, 2014, p. 117).

A sociedade moderna é além de característica pela globalização, tecnologia e domínio do capital, uma sociedade "*líquida*" , ou seja, permeada por incertezas e com tendências individualizadoras que incrementam a insegurança social generalizada. Nesse aspecto a crítica de Alessandro Baratta é contundente ao afirmar que "El funcionamiento de la justicia penal es altamente selectivo, ya sea en lo que respecta a la protección otorgada a los bienes y los intereses, o bien en lo que concierne al processo de criminalización y al reclutamiento de la clientela del sistema (la denominada población criminal"(BARATTA, 2004, 10 s.).

De modo que, além de reforçar o papel do TPI, e suas essencialidade na dinâmica atual, é importante que a estruturação normativa nos casos de insanidade mental, reconheça a condição em particular do acusado como doente, e estabeleça parâmetros para vereditos que contemplem a necessidade de tratamento aconteça, afastando-se das justificativas construídas com base em políticas socialmente mais conservadoras e criminalmente mais repressivas (Machado, 2004, p.100).

Como alerta a OMS (p. 126), há um considerável estigma e discriminação contra pessoas com transtornos mentais, o que reforça a necessidade de reconhecimento da confiabilidade e essencialidade da expertise técnica e científica que envolvem os diagnósticos e tratamento dos transtornos mentais, o que de fato facilitaria o consenso e sobre elaboração e implementação da legislação desejável.

Neste contexto, a crítica de Alessandro Baratta mostra-se contundente, quanto a seletividade e correspondência finalística do sistema penal: "Ningún cambio democrático en la política del control social puede ser realizable si los sujetos de necesidades y derechos humanos no logran pasar de ser sujetos pasivos de un tratamiento institucional y burocrático, a ser sujetos activos en la definición de los conflictos de que forman parte y en la construcción

de las formas y de los instrumentos de intervención institucional y comunitaria idóneos (BARATTA, 2004, p.329), pois a reabilitação e tratamento configuram um objetivo do Direito Penal em uma Ordem Democrática, seja no âmbito doméstico ou internacional, pois ambos estão inseridos nos limites mínimos de proteção da dignidade da pessoa humana.

4. CONCLUSÃO

Ao analisar esta dicotomia entre regulamentação adequada da defesa por insanidade mental e a determinação de suas consequências legais pelo TPI, observou-se que o excesso de omissões e a falta de regulações normativas sobre o assunto sistematicamente violam os standards mínimos de proteção da dignidade da pessoa humana. A mobilização da comunidade mundial para conter a violência, é a mesma luta para afirmação dos direitos humanos, impondo, portanto, que as decisões a serem tomadas pelo sistema de justiça internacional, estejam em congruência com os standards mínimos relacionados a dignidade humana. O TPI deve ser capaz de lidar com esses casos em potencial, e efetivamente delimitar medidas apropriadas a serem impostas após a sentença de insanidade mental ou responsabilidade reduzida.

Em especial, quanto a questão da regulamentação da responsabilidade reduzida nos casos de insanidade, a conquista da referida regulação normativa não acarreta qualquer prejuízo de legitimidade perante os Estados, pois os diferentes modelos e sistemas, mesmo que de formas distintas, preveem a redução da responsabilidade por insanidade mental. De fato, tal regulamentação pode impor que o TPI se aproxime de algum modelo jurídico doméstico, para ajustar a questão de conceitos e consequências, todavia não há como fortalecer sua legitimidade com timidez normativa.

Seja como for, os Estados devem lidar a questão dos transtornos mentais no processo penal, de forma multidisciplinar e sensata, com mútua cooperação no âmbito do TPI, contribuindo para fomentar a desenvolver mecanismos processuais eficazes, capazes de efetivamente aplicar a justiça, e racionalizar o *ius puniendi* do Estado. Para de fato lidar com a dinâmica da realidade global, onde o processual penal internacional é apenas um remediador de conflitos, ou seja, o combate às violações humanitárias, depende essencialmente da plena cooperação dos Estados e de suas vontades políticas.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano. A aplicação da neurociência ao direito penal: rumo a um direito penal do autor?. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA

ARENDT, Hannah. (1999) Eichmann em Jerusalém — Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia da Letras.

BARATTA, Alessandro. (2004) Criminología y Sistema Penal.Buenos Aires/Montevideo: B de f.

BENTES, Natália Mascarenhas Simões. (2018) A humanização do Direito Internacional e a responsabilidade penal internacional do indivíduo. Coimbra : [s.n.], 2018. Tese de doutoramento. Disponível em: http://hdl.handle.net/10316/80174 . Acendido em 20 de janeiro de 2020.

CAEIRO, Pedro. (2007) *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O caso Português*. Dissertação de Doutoramento em Ciência Jurídico – Criminais. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

CARRARA, Sérgio. Crime e Loucura. (1998) O Aparecimento do Manicômio Judiciário na Passagem do Século. Rio de Janeiro, Ed. Edusp.

Chibueze, R. (2006). The International Criminal Court: Bottlenecks to Individual Criminal Liability in the Rome Statute. Annual Survey of International Comparative Law, 12, 185-218.

COMISSÃO EUROPEIA. Recomendação de 27 de novembro de 2013 sobre a proteção das pessoas as garantias processuais das pessoas vulneráveis nos acusadas nos processos penais (2013/C 378/02). Disponível em: http://www.trastornosmentalesyjusticiapenal.com/portfolio-item/recomendacion-comision-europea-proteccion-personas-vulnerables-en-los-procesos-penales-11-de-noviembre-2013/. Acendido em 14 de janeiro de 2020.

CONSELHO DA EUROPA. Recomendação 1235. Assembleia de 12 de Abril de 1994 (décima sessao) (Doc. 7040, informe do Comité sobre Assuntos Legais e Dereitos Humanos. Doc. 7048, Comité de Assuntos Sociais, Sanitários e Familiares,1994 Disponível em: http://www.trastornosmentalesyjusticiapenal.com/wp-content/uploads/Consejo-de-Europa-1994-Rec-1235-1994-sobre-Psiquiatria-y-Derechos-Humanos.pdf . Acendido em 14 de janeiro de 2020.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Conselho de 30 de Novembro de 2009 sobre um Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em

processos penais. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:295:0001:0003:pt:PDF Acendido em 18 de janeiro de 2020.

CURADO, Manuel. O ataque aos tribunais pelos psiquiatras portugueses de oitocentos. In: DIACRÍTICA, FILOSOFIA E CULTURA, n.o 21/2 (2007), 103-115. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/12519/1/Ataque_Tribunais_Oitocentos_Curado.pdf . Acendido em 20 de janeiro de 2020.

DE CARLI, Carla Veríssimo. (2014) Gramática do Direito Internacional Penal: as linguagens do crime e da punição. Cadernos do Programa de Pós- Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/42767>. Acendido em: 20 de dezembro de 2019.

FERRAJOLI, Luigi (2013) Direito e Razão: teoria do garantismo penal 4.ed. Sao Paulo: RT.

DUTE, J. (2012).European court of human rights. European Journal of Health Law, 19(3), 305-320.

_____.(2003). European Court Of Human Rights. Journal of Criminal Law, 67 (Part 1), 25-30.

FERRAJOLI, Luigi. (2014) Democracia e medo *in Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade.* Ano 19 números 21/22. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Revan. P. 117-127.

FLYNN, E. (2013). Mental (in)capacity or legal capacity: human rights analysis of the proposed fusion of mental health and mental capacity law in northern ireland. Northern Ireland Legal Quarterly, 64(4), 485-506

FORSYTHE, David P. (2006)– Human Rights in International Relations. 2.ª edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 106-110.

FOUCAULT, Michel. História da loucura. São Paulo: Perspectiva.2002.

GEORGE Szmukler; Rowena Daw; John Dawson, "A Model Law Fusing Incapacity and Mental Health Legislation," Journal of Mental Health Law (2010): 11-24

GHAREH BAGHI, V. Apud Fletcher, G.P. (1978). Rethinking Criminal Law. Boston. Hogan, Smith (1996). Criminal Law. London.

GHAREH BAGHI, V. (2011). Critical study on mental incapacity in international criminal court. Acta Universitatis Danubius Juridica, 2011(2), 78-86.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. (2008) *Direito Internacional Penal: Uma perspectiva dogmático-crítica*. Coimbra, Editora Almedina.

WELZEL, Hans. (2015). O novo sistema jurídico penal: uma introdução a doutrina da ação finalística. Sao Paulo: RT.

JONES, John R.W.D. & Powles, Steven (2003). International Criminal Practice. Herring, Jonathan (2005). Criminal Law. Oxford. Schabas, William (2008). Genocide in International Law. 2nd ed. Cambridge.

KAPUR, Ratna.(2006) "Revisioning the role of law in women´s human rights struggles". In MECKLED-GARCÍA, Saladin e ÇALI, Basak (orgs.), *The Legalization of Human Rights: Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*. New York: Routledge, p. 101-116.

KREMNITZER, M., and Hörnle, T., 'Human dignity and the Principle of Culpability', (2011) in: Israel Law Review, Vol. 44, 2011, pp. 115- 141.

KREMNITZER, M., and Hörnle, T., 'Human dignity and the Principle of Culpability', Israel Law Review, Vol. 44, 2011, pp. 115.

LOUGHNAN, A. (2012). Mental incapacity doctrines in criminal law. New Criminal Law Review, 15(1), 1-31.

MACHADO, Carla. (2004) *Crime e Insegurança. Discursos do medo, imagens do outro.* Lisboa: Notícias Editorial

MACHADO, Sérgio Bacchi. (2009). Foucault: a loucura como figura histórica e sua delimitação nas práticas psiquiátricas e psicanalíticas. Ágora: Estudos em Teoria Psicanalítica, 12(2), 217-228. Disponível em: https://dx.doi.org/10.1590/S1516-14982009000200004. Acendido em 14 de janeiro de 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Importância do Tribunal Penal Internacional para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Revista Jurídica da UNIGRAN, Dourados/MS, v. 6, n. 11, p. 167 – 182, jan./jul. 2004.

OMS. Livro De Recursos Da OMS sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação.2005. Disponível em : https://www.who.int/mental_ health/policy/Livroderecursosrevisao_FINAL.pdf. Acesso em 14 de janeiro de 2020.

Prosecutor v. Radovan Karadzic ICTY, T. Ch. II, Case No. IT-95-5/18-T, February, 2013

Prosecutor v. Mitar Vasiljević, ICTY, T. Ch. II, Case No. IT-98-32-T, 29 November 2002,

Prosecutor v. Zejnil Delalić et al. ("Čelebići"), Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001 ("Čelebići Appeal Judgement"), §216-241; Čelebići Appeal Judgement, §242-267

ROXIN, Claus. (2006) Derecho Penal: Parte General. Madrid: Civitas.

SALTON, C. A., 'Mental Incapacity and Liability Insurance Exclusionary Clauses: The Effect of Insanity upon Intent', California Law Review, Vol. 78, Issue 4, Article 5, 1990, pp. 1027-1068.

SANTAULARIA. Natalia Silva. . (2013) Mental Insanity at the ICC Proposal for a new regulationIn: Utrecht University, Llm Human Rights And Criminal Justice, 2013. Disponível em: *https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=827006111117102079126124097089004111103049014093061025126075002126024092004064005067098030052002015017013095029068073018126005052019045093022031023089096102030074119051084044090004117119067089081086005095098115086013011000127007027126014067119113001093&EXT=pdf* . Acndido em 20 de janeiro de 2020.

SILVA, Alexandre Pereira da. (2013) Direito Internacional Penal (Direito Penal Internacional?): Breve Ensaio Sobre A Relevância E Transnacionalidade Da Disciplina. In: Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, pp. 53 - 83, jan./jun.

SOARES, Camila Soares. Desafios a Loucura Judicializada. 2013. Disponível em: http://newpsi.bvs-psi.org.br/tcc/CAMILA_ROQUE_SOARES_TCC.pdf . Acendido em 02 de janeiro de 2020.

SOUSA, Susana Aires de. (2017) Neurociências e Direito Penal: em busca Da "verdade" Perdida (Na mente)? Nótulas à margem do "caso ricla". Fev. 2017 Instituto Jurídico Faculdade De Direito. Universidade De Coimbra. Disponível em: https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/direitonumahora2_ebook.pdf . Acendido em 07 de janeiro de 2020.

WELZEL, Hans. (1997) Derecho Penal Alemán. Parte General. 4. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br
This work is licensed under a Creative Commons License

DIREITO AUTORAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

COPYRIGHT IN THE INFORMATION SOCIETY

Afonso Soares de Oliveira Sobrinho[1]

Orcid: https://orcid.org.br/0000-0001-7098-5034

Submissão: 02/03/2020 Aprovação: 07/03/2020

RESUMO:

No presente artigo, discute-se o direito autoral na sociedade da informação. O problema da pesquisa é em que medida os direitos do autor se coaduna com a sociedade da informação e comunicação. A hipótese é que o arcabouço jurídico nacional e internacional relativo ao direito do autor é instrumento viável à inserção e sua proteção na sociedade em rede. O objetivo proposto é a análise dos direitos do autor na sociedade da informação, perspectivas, desafios. Utilizamos o método hipotético-dedutivo e da técnica descritiva, bibliográfica e documental. Concluímos destacando o direito autoral como direito multidimensional (exponencial), sendo alçado a um direito fundamental, em que encontra um campo de atuação promissor na sociedade da informação por envolver juridicamente interesses morais, patrimoniais, culturais e comunicacionais com o presente e o futuro atuando, no meio ambiente digital ou analógico.

PALAVRAS-CHAVE: Informação. Direito autoral. Inteligência artificial.

ABSTRACT:

The present article addresses copyright in information society. The research problem lies on the extent to which copyright is consistent with the information and communication society. The hypothesis is whether the national and international legal framework of copyright is a viable instrument for its insertion and protection in network society. The aim of the study is to analyze copyright in information society, together with its perspectives and challenges, based on the hypothetical-deductive method, as well as on the descriptive, documentary and bibliographic techniques. Copyright stands out as a multidimensional (exponential) right

[1] Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Aluno da especialização em Direito e Tecnologia da Informação - PECE-POLI-USP.

acknowledged as fundamental right, which finds a promising field of action in information society. It happens because copyright comprises moral, patrimonial, cultural and communicational rights and has both the present and the future primarily acting in the digital or analog environment.

KEYWORDS: Information. Copyright. Artificial intelligence.

1. INTRODUÇÃO

O Direito do autor como Direito Intelectual encontra amparo constitucional no art. 5º, incisos XXVII a XXIX, da Constituição Federal de 1988, quando dispõem, respectivamente, que aos autores pertence o direito de exclusividade na utilização, bem como na publicação ou reprodução de suas obras, sendo inclusive transmitidas aos herdeiros pelo tempo fixado em lei. Há, inclusive, proteção das participações individuais em obras coletivas, e a garantia legal quanto à reprodução da imagem e voz humana nas atividades desportivas. Resguarda-se, o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem, ou de que participarem aos criadores, intérpretes, bem como as respectivas representações sindicais e associativas. Confere-se aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, proteção às criações industriais, com vista ao interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico do País.[2]

A Constituição assegura a proteção ao autor, conjugando-a à liberdade econômica por meio da garantia da propriedade privada e sua função social (viés utilitarista, art. 5º, XXIII da CF/88). A extensão dessa dinâmica normativo-interpretativa se coaduna com as limitações aos direitos autorais, entre as hipóteses previstas no art. 46, Lei n º 9610/98 que não considera violação ao direito autoral: a reprodução de notícia em jornais periódicos com caráter informativo, com a referência ao nome do autor e da publicação onde ocorreu a transcrição (alínea a, inciso I); reprodução de exemplar (apenas um) de pequeno trecho, para uso privado e sem fim lucrativo (inciso II); entre outros casos expressos em lei. [3] [4]

[2] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315p.
[3] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[4] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315p.

A interação do autor com os meios tecnológicos está em constante mudança e podemos situar que esse fato decorre das características do paradigma tecnológico, dentre os quais a informação como matéria-prima e como parte integrante da atividade humana. Assim, os processos de existência individual e social são moldados pelo meio tecnológico; isso ocorre devido à penetrabilidade produzida pelos efeitos das novas tecnologias.[5]

No presente artigo, analisamos o direito autoral na sociedade da informação. O problema da pesquisa é em que medida os direitos do autor se coaduna com a sociedade da informação e comunicação. A hipótese é que o arcabouço jurídico nacional e internacional relativo ao direito do autor é instrumento viável à inserção e sua proteção na sociedade em rede. O objetivo proposto é a análise dos direitos do autor na sociedade da informação, perspectivas, desafios. Utilizamos o método hipotético-dedutivo e da técnica descritiva, bibliográfica e documental.

A justificativa do tema emerge da inserção dos direitos autorais como parte do meio ambiente analógico (tradicional) ou digital (com alta penetrabilidade da informação e comunicação por meio de novas tecnologias), numa sociedade interligada e impulsionada pelas criações do espírito humano atuando como direito cultural fundamental: a capacidade intelectual criadora(originalidade), associada à liberdade econômica e de comunicação, dialogando com um público por meio de novas tecnologias integradas. Engendra-se uma proteção normativa como direito individual ou coletivo dos autores que se projeta à coletividade, produzindo um *status* de direito multidimensional (envolvendo a dimensão: moral, patrimonial, digital e seus reflexos).

O artigo foi organizado nos seguintes tópicos: Inicialmente fazemos uma introdução acerca do tema proposto; em seguida, apresentamos um breve escorço dos direitos intelectuais na sociedade da informação; no segundo tópico, analisamos o direito autoral na contemporaneidade; no terceiro item, investigamos os direitos do autor em sua multidimensionalidade na sociedade da informação inserido no meio ambiente analógico (tradicional) ou digital. Concluímos destacando os direitos do autor em seu viés multidimensional, sendo alçado a um direito fundamental, em que encontra um campo de atuação promissor na sociedade da informação e comunicação por envolver interesses jurídicos: patrimonial, moral, cultural e comunicacional com o presente e o futuro, atuando, no meio ambiente analógico ou digital; com amparo significativo, no ordenamento jurídico nacional e internacional.

[5] CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação**: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede. v. 1. 6ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

2. DIREITOS INTELECTUAIS E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: UM BREVE ESCORÇO

Os direitos intelectuais podem ser conceituados como bens incorpóreos ou imateriais, e constituem os denominados direitos reais. O direito autoral tem como principal requisito a originalidade (subjetividade), ao passo que o direito industrial tem a novidade (objetivamente)**.** As criações pertencentes à seara do direito industrial têm como foco de atuação as invenções, modelos de utilidade, e desenho industrial. [6]

O requisito originalidade nos precedentes vem assumindo a característica, que deve ser uma contribuição objetiva, e, portanto, que não se restringiria a uma marca pessoal do autor. Por outro lado, a obra deve possuir como dado objetivo um contributo mínimo criativo. [7]

O Contributo mínimo, significa conhecimento novo, inclusive para aquele responsável pela criação. É nesse sentido que há a subjetividade (algo até então ignorado pelo autor). Ao passo que em termos objetivos há uma contribuição nova para a coletividade (que ainda não existia). No entanto, pode ocorrer a possibilidade de duas criações paralelamente atingirem o fito de apontarem a mesma solução. Embora seja raro, haja vista o autor de uma criação artística lida com ideias pertinentes à sua imaginação. [8]

Entre as obras protegidas pelo direito autoral, podemos destacar: as singulares (criadas por um só pessoa); as coletivas (com participação individual de diversas pessoas sob coordenação de pessoa física ou jurídica); as obras criadas em coautoria (dois autores em diante); obra sob encomenda (que decorre de prestação de serviço ou contrato de trabalho); entre outras: obra originária; obra derivada; obra anônima; obra pseudônima; obra psicografada.[9]

A lei nº 9.610, em seu art. 7º, I a XIII, §1 º , trata das obras intelectuais protegidas como criações de espírito, dentre as quais os textos de obras literárias, artísticas e científicas, obras fotográficas, audiovisuais, de desenho, pintura, ilustrações, projetos,

[6] SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual**. 6 ed. (revisada e ampliada). Manole: Barueri, São Paulo, 2018.
[7] BARBOSA, Denis Borges. **Como o requisito autoral de originalidade vai se radicando nos precedentes judiciais**. Online. 2012. Disponível em:< http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/requisito_autoral_originalidade.pdf >. Acesso: em 06 jun. 2020.
[8] SILVEIRA, Newton. Op. Cit.
[9] MORATO, Antônio Carlos. **Direitos do autor e direitos conexos (obras protegidas e não protegidas)**. Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 28 abr. 2020. 2020b.

esboços, obras plásticas, os programas de computador, obras dramáticas, composições musicais, obras de desenho, pintura, gravura, escultura, as obras dramáticas, as conferências, sermões, as coletâneas ou compilações que constituam uma criação intelectual, entre outras. [10]

A proteção ao direito do autor reside no fruto da sua atividade, enquanto gerado, gestado e produzido a partir da sua capacidade intelectual, individual, ou em obras coletivas (art. 5, inciso VIII, b da CF/88: pessoa física ou jurídica) a partir da mentalização e materialização do seu trabalho. Anteriormente à lei nº 9.610, havia a lei nº 5.988/73[11]. Os acréscimos da lei atual permitiram uma maior transparência e espírito empresarial ao direito do autor, quando se reputam, para os efeitos legais, como bens móveis (art. 3 º). [12]

É assegurada (nos termos do art. 2º, da lei nº 9. 609/98[13]), a proteção da propriedade intelectual do programa de computador o mesmo que é atribuído às obras literárias (legislação de direito autoral e conexos). No entanto, não se aplica aos programas de computador (art. 2, §1º) as previsões concernentes aos direitos morais, com as ressalvas especificadas em lei. [14]

A proteção constitucional dos direitos autorais advém desde a primeira Constituição Republicana em seu art. 72, § 26, assegurando o direito de exclusividade na reprodução das obras literárias e artísticas, seja de forma impressa ou mesmo mecânica pelos respectivos autores. Nesse diapasão, aos herdeiros é assegurado esse direito pelo tempo estabelecido em lei. Nesse diapasão, a Constituição de 1934, em seu art. 113, inciso 20, também assegurava o direito exclusivo de reprodução de suas obras literárias, artísticas e científicas pelos respectivos autores e herdeiros pelo tempo determinado em lei. A Constituição de 1946, em seu parágrafo 19, da mesma forma garantia os direitos de exclusividade aos autores de suas obras e aos seus herdeiros pelo tempo fixado em lei. A exceção foi a Constituição de 1937, que vigorou durante o Estado Novo, omissa quanto a essa proteção.[15]

---

[10] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[11] BRASIL. **Lei nº 5.988**, de 14 dez. 1973. Brasília (DF): Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[12] Silveira, Newton. Op. cit.
[13] BRASIL. **Lei nº 9.609**, de 19 fev. 1998. Brasília (DF): Presidência da República, 1998a. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[14] MORATO, Antônio Carlos. **Visão Geral do Direito do Autor** (Direito do autor). Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 14 abr. 2020. 2020a.
[15] BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual.** 2 ed. Revista e Atualizada. Lumes Juris. 2010. 951p.

A característica originalidade, adveio com a Constituição Federal de 1988, quando, além de assegurar o direito de exclusividade, permitiu uma interpretação sistemática desse direito, ampliando, portanto, a própria ideia de direito do autor e de seus herdeiros quanto à exclusividade e espaço temporal fixado em lei (art. 5 º, XVII)[16] para uma concepção de direitos culturais, o intuito foi de salvaguardar e não restringir a sua proteção. [17]

Ao autor é conferido a liberdade criadora e original, com viés econômico, comunicacional, cultural, atuando no meio ambiente digital, com possibilidade de reparação em caso de dano moral ou material, art. 5 º, X da CF/88. A Constituição Federal de 1988 trata em seu art. 5º, XXVII acerca do direito de utilização, publicação ou reprodução de obras. Há na Constituição Federal a proteção aos direitos intelectuais, tais como art. 5º, XXVIII e XXIX, respectivamente: participações individuais em obras coletivas, reprodução da imagem e voz humanas; proteção aos direitos dos autores de inventos industriais, propriedade de marcas, signos, tendo em vista o desenvolvimento tecnológico do país. [18]

A dimensão moral do direito do autor emerge como uma proteção à liberdade de criação e de exercício profissional na previsão do art. 5º, IX e X da Constituição de 1988[19], respectivamente quanto à livre expressão da atividade criativa e comunicacional, independentemente de censura ou licença; bem como, da inviolabilidade, da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, sendo assegurada indenização por dano moral ou material que decorra da sua violação. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis nos termos do art. 27 da lei 9.610[20] de 1998.[21]

Situa-se, portanto, a proteção à participação individual ou coletiva das obras, reprodução da imagem, da voz; o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras, ou de que houver participação de criadores, intérpretes, e suas respectivas representações sindicais, nos termos do artigo 5º, XXVIII da Carta Constitucional[22] em vigor. [23]

[16] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315p.
[17] BARBOSA, Denis Borges. Op. cit.
[18] BRASIL. Op. cit.
[19] BRASIL. Op. cit.
[20] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[21] BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual.** 2 ed. Revista e Atualizada. Lumes Juris. 2010. 951p.
[22] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315p.
[23] BARBOSA, Denis Borges. Op. cit.

A Carta Magna prevê em seu art. 170, IV que a ordem econômica tem como um de seus princípios a livre concorrência. Há a possibilidade do exercício da liberdade econômica do autor, da livre iniciativa (parceria empresarial na exploração de seus frutos de criação), mas ao mesmo tempo alça esse direito ao viés de direito cultural pela função social que representa para o desenvolvimento econômico, tecnológico do país. Os artigos 215 e 216 da CF/88, apontam nessa direção.[24]

Os bens jurídicos tutelados nos direitos morais do autor, relaciona-se aos direitos da personalidade (pelo vínculo indissociável entre o autor e sua criação). Possuem esses direitos protegidos uma,

> *[...] natureza incorpórea ou imaterial, ou intelectual, destinando-se a proteção jurídica a preservar a integridade da obra resultante e os liames que sua relação com o autor, advêm, na defesa da personalidade do titular. A ratio legis é assim, em última análise, a do resguardo à personalidade do homem-criador de obras estéticas ou utilitárias.* [25]

A proteção ao direito autoral é assegurada na legislação nacional, bem como, pelo ordenamento jurídico pátrio a partir dos tratados internacionais aos quais o Brasil é signatário. [26]

> *Art. 5 º [...]*
> *§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*
> *§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

[24] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315p.
[25] BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6. ed. Forense Universitária: São Paulo, 2003. p. 143-144.
[26] BARBOSA, Denis Borges. Op. cit.

> *§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.* [27]

O diálogo das fontes na sistemática constitucional visa assegurar o direito de exclusividade, como patrimônio do autor (monopólio de reprodução, utilização, publicação), numa interpretação conforme à Constituição.

Destacam-se, como postulados normativos (normas sobre a aplicação de outras normas), dirigem-se aos intérpretes e aplicadores do direito e estão situados num metanível, e, como tal orientam na aplicação de princípios e das regras, sem que haja conflitos com as demais normas. [28]

Existem os postulados hermenêutico e os postulados normativos aplicativos: os primeiros são destinados à compreensão em geral do Direito, como exemplos temos, o postulado da unidade do ordenamento jurídico; enquanto os segundos visam especialmente, a solução de antinomias, e têm por escopo a estruturação e sua aplicação concreta, como exemplos temos: o postulado da razoabilidade, proporcionalidade, proibição de excesso. [29]

Nota-se, assim, um diálogo das fontes normativas na aplicação simultânea, coerente e coordenada das múltiplas fontes legislativas. Há a necessidade em reconstruir a coerência do sistema de direito ou de uma ordem jurídica nacional. Em tempos pós-modernos, de fragmentação, internacionalização e flexibilização de valores e hierarquias, vislumbra-se a ponderação de conflitos em casos concretos. [30]

Observa-se a partir de hermenêutica constitucional que os princípios passam a nortear a criação e aplicação normativa conforme expresso no art. 5 º, § 2º da CF/88[31]. Essa dinâmica alcança uma interpretação conforme a constituição das leis infraconstitucionais, inclusive os tratados aos quais o país houver ratificado. Dentre os tratados ratificados pelo

---

[27] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** In: Vademecum Saraiva Compacto. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 9.

[28] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

[29] ÁVILA, Humberto. Op. cit.

[30] ***MARQUES, Claudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.).* Diálogo das fontes: *do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.***

[31] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

Brasil para a proteção da propriedade industrial, podemos destacar, especialmente, o Decreto 9.233 de 1884 (convenção de Paris de 1883); o Decreto 19.056 de 1929 (Convenção de Haia); o Decreto 75.572 de 1975 (Convenção de Paris de 1975 com a revisão de Estocolmo de 1967) [32] [33] [34] [35] [36]

A Convenção de Berna de 1886 unifica os direitos morais e patrimoniais do autor mediante a proteção das obras literárias e artísticas ratificada pelo Decreto 75.669 de 1975: "[...] Art. 2º: "obras literárias e artísticas" abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão". [37] [38]

O Decreto 26.675 de 1949 promulga a Convenção Interamericana sobre os Direitos do Autor em Obras Literárias. O Decreto 48.458 de 1960 promulga a Convenção sobre Direito do autor de Genebra de 1952. A Convenção de Roma de 1961 trata da proteção aos artistas, intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão. [39] [40] [41] [42]

[32] GARCIA, Balmes Vega, MORATO, Antônio Carlos. **Arcabouço normativo aos Direitos Intelectuais no Brasil e nos tratados internacionais**. Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 03 fev. 2020.

[33] BRASIL. **Decreto nº 75.699**. Convenção de Berna. Brasília (DF): Presidência da República, 1975b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

[34] BRASIL **Decreto nº 75.572**, de 08 abr. 1975. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1975a. Disponível em< https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75572-8-abril-1975-424105-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 08 mar. 2020.

[35] BRASIL. **Decreto nº 19.056**, de 31 dez.1929. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1929. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-19056-31-dezembro-1929-561043-publicacaooriginal-84377-pe.html>. Acesso em: 08 mar. 2020

[36] BRASIL. **Decreto nº 9.233**, de 28 jun. 1884. Convenção de Paris. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1884. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9233-28-junho-1884-543834-publicacaooriginal-54426-pe.html >. Acesso em: 08 mar. 2020.

[37] MORATO, Antônio Carlos. **Visão Geral do Direito do Autor** (Direito do autor). Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 14 abr. 2020. 2020a.

[38] BRASIL. **Decreto nº 75.699**. Convenção de Berna. Brasília (DF): Presidência da República, 1975b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

[39] MORATO, Antônio Carlos. Op. cit.

[40] BRASIL. **Decreto nº 26.657**, de 18 maio. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1949. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26675-18-maio-1949-453475-norma-pe.html>. Acesso em: 08 mar.
2020.

[41]BRASIL. **Decreto nº 48.458**, de 04 jul. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1960. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-48458-4-julho-1960-387886-norma-pe.html>. Acesso em: 08 mar. 2020.

[42] BRASIL. **Decreto nº 57.125**. Convenção de Roma. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1965. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-57125-19-outubro-1965-397457-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 08 mar. 2020.

A primeira norma incipiente sobre patente e direito autoral visava proteger os impressores em Veneza no século XV. Posteriormente, teríamos as supracitadas Convenção de Paris de 1883, de Berna de 1886 (direito autoral). [43]

Sob o aspecto dos tratados internacionais, há que se vislumbrá-los como frutos de conquistas de direitos. Assim no que não se contradizem, há a complementação, e repercutem na maioria das vezes a proteção dos países centrais. Podemos destacar um histórico de tratados acerca do proteção ao direito intelectual: Estatuto de Veneza, proteção do direito do autor e proteção da patente; Convenção de Paris, trata das criações industriais, ratificado pelo decreto 1.263/94; Convenção de Berna, trata das criações artísticas, ratificado pelo decreto 75.699/75; acordo TRIPS (sobre Direito Intelectuais relacionados ao comércio), novo marco jurídico internacional ratificado pelo decreto 1.355/94, que trata da aplicação de normas de proteção dos direitos intelectuais e da promoção da inovação tecnológica e difusão da tecnologia em benefício mútuo de produtores e usuários, com vista ao bem-estar econômico e social, bem como visa ao equilíbrio entre direitos e obrigações com um patamar mínimo de proteção ao direito de propriedade intelectual. [44]

As principais características do paradigma tecnológico são: a) a informação como matéria-prima e como parte integrante da atividade humana - assim, os processos de existência individual e social são moldados pelo meio tecnológico, ocorrendo devido à penetrabilidade produzida pelos efeitos das novas tecnologias; b) identifica-se em qualquer sistema ou conjunto de relações por meio do uso das novas tecnologias uma lógica própria de redes; c) o paradigma da tecnologia da informação se baseia na flexibilidade inerente ao sistema de redes, o que permite tornar não apenas os processos reversíveis, mas modificar as organizações e instituições a partir da reorganização dos seus componentes; d) a existência a partir da revolução tecnológica de uma crescente convergência de tecnologias determinadas a um sistema altamente integrado, desde a microeletrônica, as telecomunicações, e a optoeletrônica, até os computadores - todos inter-relacionados aos sistemas de informação, sendo impossível distingui-los, isoladamente. [45]

[43] GARCIA, Balmes Vega, MORATO, Antônio Carlos. **Arcabouço normativo aos Direitos Intelectuais no Brasil e nos tratados internacionais**. Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 03 fev. 2020.
[44] GARCIA, Balmes Vega, MORATO, Antônio Carlos. Op. cit.
[45] CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação**: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede. v. 1. 6ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

> *[...] as bases significativas da sociedade, espaço e tempo estão sendo transformadas, organizadas em torno do espaço de fluxos e do tempo intemporal.*
> *[...] O tempo intemporal parece ser o resultado da negação do tempo – passado e futuro – nas redes do espaço de fluxos. Enquanto isso o tempo cronológico, medido e avaliado diferencialmente para cada processo de acordo com sua posição na rede, continua a caracterizar as funções subordinadas e os locais específicos.* [46]

A sociedade da informação tem como marca a vida em sociedade, que passa a ser pautada pela simbiose homem-máquina (não apenas na relação voltada para a produção capitalista focada no controle sobre tempo e trabalho, mas na própria constituição do ser cibernético). Assim, os capitais humano e tecnológico ampliam-se, pela necessidade de sobrevivência do ser, que transita entre o mundo real e virtual na produção e reprodução da informação e conhecimento com vistas à criação de um novo paradigma de existência mutante e flexível de vida. [47]

3. DIREITO AUTORAL NA CONTEMPORANEIDADE

3.1 OS SISTEMAS TRADICIONAIS DE DIREITOS AUTORAIS

O sistema internacional que regula à proteção jurídica à propriedade intelectual tem como bases fundantes às convenções de Paris e Berna. [48]

Os sistemas vigentes que permeiam a propriedade intelectual, conforme Vasconcelos, 2020, tem por um lado o modelo continental europeu (romano-germânica) com

[46] Ibidem, p. 572
[47] OLIVEIRA SOBRINHO; Afonso Soares; LOPES FIGUEIREDO, Eduardo Henrique. **Dignidade da pessoa humana, cidadania e dialética: valores e princípios constitucionais na sociedade da informação**. Direitos Culturais, Santo Ângelo, v.12, n.27, p. 47-62, maio/ago. 2017.
[48] VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **As Limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro**. In: Direito Digital (Direito Privado E Internet). Guilherme Magalhães Martins; João Vitor Rozatti Longhi. (Coordenadores). 3 ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020. pp.649-669.

tradição civilista (*droit d'auteur*) adotado pelo Brasil, há uma espécie de vinculação personalíssima (projeção do 'ser-ai' hegeliano) do autor com a sua criação, portanto, um 'pertencimento' como projeção da própria liberdade criativa: "[...] E, nos limites de sua honra, à integridade intelectual dessa criação.[49]

E a justificação da tradição civilista (*civil law*) da propriedade intelectual, segundo VASCONCELOS, 2020, adviria do liberalismo clássico com fundamento moral no jusnaturalismo. A essência da legitimação moral do direito de propriedade teria por inspiração de John Locke como: "[...] 'justa remuneração' do trabalho humano.". [50]

A tradição anglo-saxã (*common law*) adotada pelo Reino Unido e Estados Unidos, por exemplo, denominado *copyright*, tem como fundamento de existência do direito do autor a:

> *[...] convicção de que a garantia de direitos exclusivos de exploração econômica é a forma mais eficiente até aqui encontrada para remunerar e, com isso, incentivar investimentos na criação e produção de obras literárias ou artísticas no futuro.* [51]

Na tradição do *civil law*, o direito autoral vincula-se à relação causal pertencimento (e sua contribuição do passado que ficou impressa a sua personalidade: reconhece-se por isso a seu mérito e remuneração), enquanto os utilitaristas (*common law*), o direito se justifica pela capacidade contributiva ao bem-comum, portanto, o direito de exclusividade, é meio de se alcançar no futuro um escopo socialmente útil: "[...] que é o aumento das oportunidades de expressão e aprendizado. [52]

O direito autoral é influenciado na sua gênese por doutrinas jusnaturalistas, respectivamente: personalidade e trabalho nos países signatários do *civil law* que procuram separar elementos morais (inalienáveis) dos patrimoniais ('direito real' de exploração condicionada). Enquanto, nos países que utilizam o copyright, tem influência da doutrina utilitarista onde são concebidos como através de políticas econômicas, culturais ou sociais, e, portanto, reconhecidos à luz dos fatores materiais.[53]

[49] VASCONCELOS, Cláudio Lins de. Op. cit., p. 651.
[50] Ibid. p. 652.
[51] Ibid. p. 653.
[52] Ibid. p. 655
[53] Ibid.

Nesse diapasão é relevante mencionar acerca de diferença essencial quanto aos limites impostos por um e outro sistema:

> *O direito do autor, no common law contemporâneo, não é um dever da sociedade para com o autor, válido a priori, mas uma proposição funcional do Estado, válida por suas consequências previsíveis. O Copyright em si é uma exceção talhada para confirmar, no longo prazo, a regra geral do free speech. É comum entre os anglo-saxões, especialmente nos EUA, referir-se ao fair use como um 'porto seguro' (safe harbor) onde o direito exclusivo não se aplica.*[54]

3.2 O DIREITO AUTORAL NO BRASIL NA CONTEMPORANEIDADE

O direito do autor na sociedade da informação tem como cerne a proteção às criações de espírito ou obras literárias, artísticas e científicas, fixadas por quaisquer meios, incluídos os programas de computador. Relaciona-se, a priori, o direito autoral com a sociedade da informação, a partir da possibilidade de escolha quanto ao suporte a ser utilizado pelo autor, seja ele tangível ou intangível, conhecido ou que venha a ser inventado no futuro, conforme art. 7 º e seus incisos. [55]

A dogmática do direito autoral brasileiro é próxima do sistema da *civil law*. No entanto, na contemporaneidade, verifica-se a utilização do sistema do *common law*, como é o caso das "clausulas gerais" que atribuem a jurisprudência a interpretação do conteúdo normativo da 'boa-fé subjetiva', ou mesmo da 'onerosidade excessiva'.[56]

Acrescentaríamos a influência do *common law* na utilização dos precedentes judiciais como previsto no art. 927, I a V do Código de Processo Civil de 2015 que representa uma mudança de paradigma na interpretação e aplicação da norma jurídica. Nesse sentido dispõe **o art. 926, §§ 1 º e 2 º acerca da uniformização da jurisprudência pelos Tribunais de modo a gerar segurança jurídica, estabilidade, coerência e integridade às decisões, portanto a edição de enunciados de súmulas que reflitam a jurisprudência dominante,**

[54] Ibid., p. 656, grifo do autor
[55] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[56] VASCONCELOS, Cláudio Lins de. Op. cit.

prioriza um evidente utilitarismo e funcionalidade como influência do sistema do *common law*. Essa possibilidade não descarta a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*), nos termos do art. 489, caput, VI (na fundamentação da decisão, caso não seja adotado o precedente ou súmula vinculante deverá o julgador na decisão demonstrar no caso concreto os fundamentos que justifiquem a sua decisão em sentido diverso do enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte**).** [57]

Vasconcelos, 2020, explicita dois dispositivos com viés marcadamente funcionalista que são os art. 1º, parágrafo único da lei nº 9610/98[58], quando expressa que interpretação e aplicação da lei deverão atender às finalidades de estímulo à criação intelectual, a diversidade cultural, liberdade de expressão, bem como guiar-se pelos princípios constitucionais no que concerne à proteção aos direitos do autor, observado o equilíbrio normativo ante os direitos fundamentais, sociais. E, nesse diapasão se coaduna com o art. 28 quando dispõe que a lei tem como objetivo principal, do ponto de vista econômico, a garantia de vantagens patrimoniais que resultem da exploração de obras literárias, artísticas ou cientificas, em sintonia com os preceitos da constituição para a atividade econômica.[59]

A própria percepção da função social da propriedade nos termos do art. 5º, inciso XXIII, permite uma instrumentalização da norma com fins funcionalistas, e, portanto, na aplicação da norma ao caso concreto, em especial nos casos difíceis.

A limitação do direito autoral decorre do preceito constitucional da função social da propriedade intelectual, por refletir a contribuição do autor, o tributo de sua obra com vistas ao desenvolvimento científico e tecnológico do país. O professor Antônio Morato, 2020, fala da necessidade da aplicação restritiva com vistas à salvaguardas aos direitos do autor, entre as limitações do art. 46, da lei n 9610 podemos destacar: a reprodução de notícias ou artigos informativos que venha a ser publicados me periódicos ou diários, resguardado a menção ao nome do autor (caso seja assinado), e da publicação onde foi transcrito; a reprodução de obras literárias, artísticas ou científicas com fim exclusivo de uso para os deficientes visuais , nos termos do art. 46, inciso I da lei 9.610/98; a reprodução de pequenos trechos para uso privado do copista, desde que não tenha fins lucrativos; a citação de livros, jornais para fins de estudos desde que citado o nome do autor e origem da obra; a utilização

[57] BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. VadeMecum.15 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
[58] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[59] VASCONCELOS, Cláudio Lins de. Op. cit.

de fonogramas, transmissão de rádio, voltado exclusivamente a demonstração à clientela (art. 46, II), entre outras hipóteses previstas no art. 47 a 48 da lei nº 9610[60]. [61]

Há a possibilidade de transferência a terceiros de direito autorais, seja total ou parcialmente, salvo os de natureza moral, expressos no art. 49, caput, e inciso I, além das demais hipóteses dos incisos II a VI; art. 50 e seguintes da lei nº 9610/98. [62]

Na percepção exponencial do tema, verifica-se a ampliação da proteção do direito autoral aos direitos conexos ou afins[63]. A exegese da lei nº 9.610/98 visa tutelar atores, cantores, instrumentistas, dançarinos, produtores de fonogramas, de videogramas, emissoras de radiodifusão (pessoa jurídica), telenovelas, compositores, coreógrafos, além dos sujeitos de direitos relacionados ao próprio processo de criação, escrita das letras de música ou das telenovelas e que visam atingir o público. Nesse diapasão, o art. 11, parágrafo único, dispõe que a proteção do direito do autor poderá ser estendida às pessoas jurídicas, assim definidas em lei. [64] [65]

No estudo do direito à imagem (a pessoa em razão de sua forma plástica), afinidades e distinções com outros direitos, há os direitos conexos ao de autor:

> *[...] (ou seja, o direito de interpretação), quando caracterizada a pessoa na representação de um determinado personagem (como um ator ou um humorista enquanto vive um papel). Ambos não se confundem com o direito de autor, propriamente dito, que incide sobre a obra intelectual, estética, de cunho literário, artístico ou*

[60] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

[61] MORATO, Antônio Carlos. **Limitações aos Direitos autorais**. Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 05 maio. 2020. 2020c.

[62] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

[63] Na apelação cível com revisão de nº 528.962.4/4-00, em acordão da Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, reconhece-se violação ao direito dos dubladores, e foi caracterizado o dano moral e material dentro dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade sendo mantida condenação à indenização decorrente dos direitos conexos. Haja vista, houve veiculação e distribuição em DVDs e TV aberta da voz dos dubladores. Negando-se provimento ao recurso da apelante (SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível com revisão** nº. 528.962-4/4-00, da Terceira Câmara de Direito Privado. São Paulo. 08 abr. 2008. pp.1-11).

[64] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

[65] MORATO, Antônio Carlos . **Direitos do autor e direitos conexos (obras protegidas e não protegidas)**. Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 28 abr. 2020. 2020b.

> *científico (assim, na fotografia, na pintura, na cinematografia, na obra publicitária).* [66]

Relevante, frisar, no que concerne às hipóteses de conflitos entre direito à imagem e de direitos conexos, à luz do art. 46, I, c da LDA, prevalecerá o direito da personalidade; ressalte-se que no direito à imagem é vedada qualquer lesão à honra, à reputação, ao decoro, à intimidade, ou uso torpe (que vise atentar aos valores da pessoa). [67]

No que concerne a proteção legal às criações é importante esclarecer o que seria ou não o plágio, conforme acentua Galvão, 2020:

> *Ao menos de passagem, o art. 8º, VII, trata sobre as hipóteses de um não plágio, visto que o mero aproveitamento comercial das ideias contidas nas obras não representa, necessariamente, uma violação ao direito de autor. Ou seja, o fato de o originador tomar para si uma ideia presente numa obra já existente para criar a sua própria acaba por excluir o caráter insidioso que configura o plágio. Nunca é demais ressaltar que as ideias , por si só, não recebem a proteção conferida pela LDA, sendo ,portanto, indispensável a formalização da ideia, ou seja, a forma de expressão, fixada num suporte tangível ou intangível, para se obter o status de autor, somada à originalidade.* [68]

Podermos identificar no repertório legal diversos dispositivos que visam proteger os direitos de autor, o art. 47 da Lei nº 9610[69], permite a paródia ou paráfrase, quando não se constituírem "[...] verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito". [70]

---

[66] BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6. ed. Forense Universitária: São Paulo, 2003, p.97
[67] Ibidem
[68] GALVÃO, Helder. **Plágio e Internet.** In: Direito Digital (Direito Privado E Internet). Guilherme Magalhães Martins; João Vitor Rozatti Longhi. (Coordenadores). 3ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020. p.674.
[69] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[70] GALVÃO, Helder. Op. cit. p. 647.

Entre as hipóteses previstas para o plágio temos os arts. 102 a 104 (lei nº 9610/98), que prevê àquelas consideradas como reprodução fraudulenta, entre outras formas, que venham a infringir os direitos autorais. Nesse sentido também a lei penal nos art. 184 a 186, prescreve os crimes contra a propriedade intelectual que violem o direito autoral, que pode ocorrer em relação[71]:

> *[...] à paternidade da obra, à sua integridade ou a publicação não autorizada.*
> *Também não descarta o espírito do plágio contido na concorrência desleal, afinal o elemento dissimulação, ilusão a terceiros ou dar uma falsa roupagem a um determinado produto são características presentes na legislação da propriedade industrial*[72] [73]

Há previsão no Código Civil acerca dos atos ilícitos (conduta fraudulenta) e possível reparação. Além das hipóteses em que ocorre violação à boa-fé (e dever de correção e lealdade).[74]

Entre os exemplos de plágio podemos mencionar o seguinte julgado:

> *[...] referente ao programa 'Gente Inocente', da TV Globo, cujo simulacro foi lançado pelo SBT, intitulado 'Pequenos Brilhantes'. Na sentença, restou caraterizada a intenção desta emissora de apoderar-se da visibilidade da outra emissora, com o objetivo de angariar público alheio, o que configuraria prática de concorrência desleal, passível de ressarcimento pelos prejuízos causados, tanto moral quanto material.*[75]

Há alguns critérios que podem ser utilizados para possível caracterização do plágio: a comprovação do acesso; identificar as semelhanças essenciais e descartar as

[71] Ibid.
[72] Nos termos do art. 195 da lei 9279/96 (BRASIL, 1996)
[73] GALVÃO, Helder. Op. cit. p. 674
[74] Ibid.
[75] Ibid., p. 675.

consideradas não relevantes, ou seja, a verificação deve priorizar as semelhanças principais da obra em análise (objeto da confrontação); e por último analisar a originalidade da obra. O que não pode perder de vista por outro é se há um contributo mínimo da obra analisada (fator limitador).[76]

> *Restará, então, saber como impedir o plágio na internet, seja por meio de notice and take down, notice and notice, ou por meio da tutela judicial. Em todos eles, no entanto, o operador deverá adotar os referidos testes, de forma dinâmica, daí o desafio.* [77]

O desafio na sociedade da informação se dá além do aspecto jurídico, no aspecto ético, em criar padrões de condutas seja entre empresas, seja entre provedores de acesso e suas múltiplas plataformas. Haja vista, a multidimensionalidade e dialogicidade - na relação jurídica fundada em interesses ético (necessidade de respeito a alteridade[78]), do direito autoral, sua abrangência como criações do espírito humano, desenvolvidas por qualquer meio, tangível ou intangível, do presente e do futuro permite identificar uma característica exponencial intrínseca: a comunicação pública, e seu alcance tecnológico.

Na sociedade da informação e comunicação há inúmeras plataformas que podem ser utilizadas na execução pública, como o *broadcast* (transmissão via rádio, TV que passaram a ser transmitidas na internet); a webcast (transmissão via internet); o streaming (transmissão via internet de obra audiovisual); entre outras mídias que venham a ser utilizadas no futuro. [79].

Como direito exponencial (se projeta no espaço-temporal do presente-futuro), o direito autoral está situado no meio ambiente digital. Nessa perspectiva, passa a ser observado como direito cultural por contribuir até mesmo com o desenvolvimento tecnológico do país, alçando uma dimensão de direito fundamental e seu núcleo: a liberdade de criação e expressão artística, literária, científica impulsionadora da informação e comunicação, de matriz principiológica.

---

[76] Ibid.
[77] Ibid. p. 683, grifo do autor.
[78] Conforme ensinamento de Paul Ricoeur, em "O Justo" quando analisa o *si-mesmo* como um outro. (RICOEUR, 2008)
[79] MORATO, Antônio Carlos. **Comunicação ao público (streaming).** Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 12 maio. 2020. 2020d.

A interpretação e aplicação dos direitos autorais deve levar em conta a harmonia de princípios e normas relativas à livre iniciativa, liberdade de expressão, bem como à defesa da concorrência, do consumidor, e da proporcionalidade e razoabilidade como princípios. Nos termos do art. 1 º, caput e parágrafo único da lei 9610/98 e do art. 5 º, inciso IX da Constituição Federal de 1988. [80] [81]

3.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS AUTORAIS

Podemos caracterizar o direito autoral, segundo Bittar (2003), como ramo do direito privado, que particularmente irá regular as relações jurídicas, do processo de criação, utilização econômica de obras intelectuais estéticas, compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências.

Faz-se, mister, na análise do requisito originalidade que os direitos às criações intelectuais sejam situados sob aspecto pessoal da vinculação do autor e sua obra. Há nesse direito uma incidência sobre o produto da criação, um elo místico entre autor e sua construção intelectual, alicerçada sob diferentes formas, seja estética ou utilitária com propósito ou não empresarial. Nesse diapasão, a proteção do direito recai sobre as "[...] manifestações do intelecto inseridos no mundo dos fatos (*ius in re imaterialli, ou* intelectual) com assento no sistema dos direitos privados". [82]

Os direitos intelectuais, portanto, seriam identificados como de autor ou industrial, quando destinados, respectivamente:

> *[...] à sensibilização ou à transmissão de conhecimentos {obras estéticas},e, de outro lado, à aplicação industrial {obras utilitárias}, as criações resultantes expressam-se sob formas plásticas próprias (literárias, artísticas ou científicas, de um lado, e formas práticas, de outro: símbolos, emblemas, sinais identificadores da empresa,*

[80] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[81] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315p.
[82] BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6. ed. Forense Universitária: São Paulo, 2003, p. 142

> *bem como invenções, modelos, desenho, aparatos de uso na vida diária).* [83]

Faz-se, mister, atentar para o realce do aspecto moral do direito do autor como constituidor do alicerce dos próprios direitos patrimoniais vinculados ao seu titular. [84] Há, na sua criação um vínculo indissociável à sua personalidade.

> *O regime desses direitos caracteriza-se, fundamentalmente, pela exclusividade outorgada ao titular, por lapsos de tempo definidos em lei, para a exploração econômica de sua criação, fazendo submeter-se qualquer utilidade pública à previa e expressa autorização do titular, em face do fenômeno natural da criação da obra e de sua inserção na circulação jurídica. Limitada no tempo, conforme a lei, mediante prazos definidos, a exclusividade cessa ao respectivo término, caindo então em domínio público (uso comum) a obra, mas sob mecanismos, em vários países, que protegem juridicamente de atentados à sua integridade e, portanto, à personalidade do criador.* [85]

Há, portanto, duas ordens de interesse: uma moral e outra pecuniária. Em um atributo moral (direito da personalidade) e patrimonial (direito proveniente do viés econômico da obra e dessa interação autor (criador) e sua obra. Do ponto de vista moral, há o aspecto da criação do espírito (expressão do espírito criador que é próprio da pessoa) como reflexo da personalidade advinda da condição de autor da obra (que envolve o intelecto). Do ponto de vista patrimonial, há uma retribuição econômica da obra intelectual (*corpus mechanicum*) e sua expressão com o público. Existe, portanto, uma relação de integração e complementaridade. [86]

[83] Ibidem, p. 142-143
[84] Ibid.
[85] Ibid, p. 144
[86] Ibid.

> *Os direitos respeitantes ao liame pessoal entre autor e obra são, assim, inseridos, pela doutrina, entre os direitos da personalidade, embora, por força do poder de exploração econômica da criação, decorram proventos, classificáveis sob a rubrica de direitos patrimoniais, portanto, direitos de cunho real. Ora, essa duplicidade de aspectos, que forma o núcleo dos direitos em tela, gerou inúmeras discussões na formulação da respectiva teoria, prevalecendo, no entanto, com a evolução apontada, a tese da incindibilidade da categoria jurídica, em razão do intimo relacionamento entre seus componentes, em que cada qual encontra no outro a sua razão e a sua expressão.* [87]

Dessarte, vislumbra-se diversos instrumentos na defesa do direito do autor, além da reparação por danos patrimoniais, morais (destacam-se as indenizações decorrentes de índole moral e patrimonial na jurisprudência com vistas ao desestímulo às violações), suspensão, interdição de espetáculos. Na esfera criminal, há previsão nos art. 184 e 185, do Código Penal brasileiro[88], respectivamente, quanto à violação de direito do autor e usurpação do nome, pseudônimo. [89]

No entanto, os direitos do autor, embora tenham em grande medida advindos de ordenamentos de séculos anteriores, necessitam ser situados no paradigma do século XXI, em que a sociedade da informação é vinculada ao modo de vida do sujeito em rede na produção da informação e, portanto, necessitam ser sopesados à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade por meio de uma interpretação sistemática. A Constituição de 1988 inaugura o fenômeno da constitucionalização do direito no Brasil. Esse marco inaugura as normas constitucionais como centro do sistema jurídico e os princípios como

[87] Ibid, p. 145.
[88] BRASIL. **Decreto nº 2848**, 7 de dezembro de 1940. Brasília (DF): Presidência da República, 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em: 03 jul. 2020
[89] Ibid.

balizadores do nosso sistema normativo, dentre os quais podemos destacar a dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.[90]

Tepedino (2008), na análise do tema da informação e privacidade, entende no sentido de que a privacidade se relaciona à cidadania e à liberdade de informação à democracia, portanto dois princípios constitucionais. No entanto, "[...] a dignidade da pessoa humana e o respeito à personalidade de cada indivíduo servem de guia, como valores constitucionais primordiais e unificadores de todo o sistema". [91]

Por outro lado, o direito à privacidade não é absoluto, basta ver o caso das biografias não autorizadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 4815. No caso em questão, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inexigível autorização prévia para publicação de biografias, pois haveria interpretação conforme a Constituição dos artigos 20 e 21 do Código Civil[92] e o direito à liberdade de expressão, no tocante à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; portanto independente de censura ou licença do biografado. [93]

3.4 DIREITO AUTORAL: PERSPECTIVAS ATUAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O direito do autor, goza de proteção quanto à dimensão moral e patrimonial, sobre a criação da obra, nos termos do art. 22 da Lei nº 9610/98. Considera-se, autor, a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.[94]

A proteção ao direito autoral, encontra-se, inicialmente no art. 7º, caput e seus incisos, bem como no art. 24, I, de reivindicar a qualquer tempo a autoria da obra; e art. 29, depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra (total ou parcialmente) da lei nº 9.610/98. [95]

---

[90] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315p.
[91] TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. Revista e Atualizada. Renovar: São Paulo, 2008, p. 560.
[92] BRASIL. **Lei n 10.406**, de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Brasília (DF): Presidência da República, 2002. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[93] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF afasta exigência prévia de autorização para biografias.** Notícias STF. 10.06.2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em 24 maio.2020.
[94] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[95] MORATO, Antônio Carlos. **Limitações aos Direitos autorais**. Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 05 maio. 2020. 2020c.

O resguardo ao direito do autor, nos termos do art. 18 da lei nº 9.610, independe de registro, sendo facultado ao autor registrar sua obra (art.17, parágrafo 1 º, da lei nº 5.488/73). Nos termos do art. 13 da lei nº 9.610, a presunção de autoria seria relativa (até prova em contrário). Conforme o art. 41 da lei de direitos autorais, a proteção aos direitos patrimoniais do autor se estende por setenta anos contados de 1° de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor, obedecida a ordem sucessória do estatuto civil. Podem ser registradas como obra de arte, desenho, personagens. Assim como a arte aplicada, pode ser registrada, desde que seu valor artístico possa ser dissociado do caráter industrial do objeto que estiverem sobrepostas. [96] [97]

No contexto da sociedade da informação, temos como referência na legislação nacional o marco civil da internet[98]. Em seu art. 19, aponta a responsabilidade civil de provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros após descumprimento de decisão judicial expressa. No entanto, o § 2º, especifica que a aplicação do disposto no artigo: "[...] para infrações a direitos do autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal". [99]

Um dos desafios da sociedade da informação relaciona-se à necessidade de proteção do direito do autor a partir do uso de inteligência artificial que é definida como "a possibilidade de máquinas replicarem a capacidade cognitiva humana [...] a inteligência artificial seria um campo mais abrangente que visa mimetizar o processo decisório e de assimilação humano para a resolução de problemas". [100]. Entre as suas aplicações, as autoras utilizam o exemplo do Google que "[...] disponibilizou um *doodlle* que possibilitava aos usuários compor trechos de composições, os quais seriam sujeitos à afinação pela inteligência artificial desenvolvida com base com base nas composições de Johann Sebastian Bach". [101]

Acerca do tema, a União Europeia tem se preocupado em estabelecer parâmetros quanto ao papel da robótica no processo de criação, conforme proposta de

[96] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[97] MORATO, Antônio Carlos. **O Direito autoral e as novas tecnologias**. Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 19 maio. 2020. 2020e.
[98] BRASIL. **Lei n. 12.965**, de 23 abr. 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. In: Vademecum Saraiva Compacto. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
[99] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** In: Vademecum Saraiva Compacto. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.1944.
[100] ARANTES, Camila Rioja; BLUM, Renato, Opice. **A inteligência artificial e machine learning:** o que a máquina é capaz de fazer por você. In Advocacia 4.0. Viviane Maldonado; Bruno Feigelson (coordenação). Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019, p. 76.
[101] ARANTES, Camila Rioja; BLUM, Renato, Opice. Op. cit. p. 81.

resolução 2015/2103/INL. Há várias dimensões que envolve o tema, tais como questões éticas e jurídicas. Isso implica na elaboração de critérios para a criação intelectual direcionada às obras relativas ao direito do autor que seja computador ou robô e pessoas eletrônicas, como os robôs que são capazes de tomar decisões com autonomia ou aqueles que interagem com terceiros. Há, inclusive, orientação na proposta da resolução a responsabilidade civil objetiva, mediante prova do dano e do nexo causal (funcionamento deletério do robô e em decorrência, os danos sofridos pelo lesado). [102] [103]

Pari passu ao aspecto jurídico, das tecnologias na sociedade da informação que são e serão colocadas à disposição no ciberespaço, se faz necessário um diálogo interdisciplinar, bem como a necessidade de processamento da percepção de valores que estão assentados no mundo real. Faz-se, mister, portanto, retomar o debate ético e da dignidade como princípios e não como mero discurso. Haja vista no ciberespaço:

> *[...] são particularmente estimados os valores da binariedade (determinismo), simplicidade (de arquitetura), privacidade (como expressão da dignidade), liberdade (de manifestação), inovação, livre competição, não discriminação/repúdio e acessibilidade.* [104]

4. DIREITOS DO AUTOR E A TUTELA DO MEIO AMBIENTE DIGITAL

Vislumbra-se na sociedade da informação e comunicação atual um direito do autor sob o aspecto moral e patrimonial operando em um meio ambiente digital protegido à luz de princípios constitucionais. E qual a relevância da operacionalização principiológica na sociedade da informação e comunicação?

---

[102] MORATO, Antônio Carlos. **O Direito autoral e as novas tecnologias**. Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 19 maio. 2020. 2020e.

[103] UNIÃO EUROPEIA. **Proposta de Resolução do Parlamento Europeu**, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). 27 jan. 2017. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html#title1>/ Acesso em 25 abr. 2020.

[104] ROSAS, Eduarda Chacon. **Alcance resultados, mas não esqueça dos propósitos: a dignidade, a ética e os elevados fins**. In Advocacia 4.0. Viviane Maldonado; Bruno Feigelson. (coordenação). Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019.p. 207.

Na 'terceira mundialização cultural', a relação entre cultura e comunicação passa ao centro do debate Por outro lado, há a necessidade de planejamento do que se denomina 'coabitação cultural'. [105]

O modelo de globalização em vigor, mantém um aprofundamento de contrastes e de culturas, por isso não basta simplesmente a troca de informações, mensagens, no entendimento da cultura digital, mas primordialmente, a reciprocidade das relações sociais. [106]

A dinâmica de direito autoral se situa nessa trama entre o global e o local, mas é preciso criar mecanismos capazes de protegê-lo e, ao mesmo tempo, incentivar a pluralidade e o multiculturalismo como valor cultural sem perder de vista o respeito à alteridade, e essencialmente, ao autor e sua criação. Assim, os princípios (postulados normativos) são a primeira fonte à luz da sistemática normativa, incluídas as leis infraconstitucionais, tratados internacionais, como parte de um sistema que compõem os direitos do autor no nosso século.

A concepção de responsabilização por danos decorrentes de violação aos direitos do autor envolve sob o aspecto civil-constitucional a interpretação conforme a Constituição quanto à interpretação analógica em relação à possibilidade de indenização por danos morais ou materiais decorrentes da sua violação, conforme previsto no art. 5 º, inciso X da Constituição Federal de 1988. Destaca-se, na sociedade da informação, a partir do fenômeno da constitucionalização do direito, o sopesamento, ponderação e harmonização de princípios, em caso de colisão de direitos. Há nesse processo uma dialogicidade (relação de adequação). Destarte, se por um lado temos a liberdade de criação do autor, por outro temos, no mais das vezes, o uso indevido de uma obra em nome da liberdade de expressão, devendo haver a responsabilização civil (aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a reparação, art. 927 do Código Civil). Portanto, em caso de violação a direitos, deve haver a aplicação de uma interpretação sistemática do direito que leve em conta a ponderação principiológica. [107] [108]

Entende-se que os direitos morais de autor, sob o viés constitucional, necessitam de proteção, assegurando-se, *pari passu*, a manifestação de pensamento, o direito de criação:

---

[105] SOUZA, Allan Rocha de. **Cultura, Revolução Tecnológica e Os Direitos Autorais**. In: Direito Digital (Direito Privado E Internet). 3ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020. pp.609-626.
[106] SOUZA, Allan Rocha de. Op. cit.
[107] BRASIL. **Lei n 10.406**, de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Brasília (DF): Presidência da República, 2002. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.
[108] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315p.

> *Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.* [109]

A relevância do sopesamento e ponderação de princípios a partir da teoria de Alexy (2008) - em caso de colisão de princípios[110]- prioriza, no caso concreto, a aplicação da norma jurídica. E, por meio de uma interpretação sistemática, é possível ao exegeta aplicar a proporcionalidade necessária pela conjugação entre princípios. [111]

Dessarte, convém esclarecer que tampouco as ideias ou as notícias diárias com caráter de simples informação da imprensa serão objeto de proteção da lei 9.610/98, conforme art. 8 º, incisos I e IX, respectivamente São os direitos morais do autor inalienáveis e irrenunciáveis, nos termos do art. 27, da lei nº 9.610/98. [112]

Conforme salienta Pereira de Souza (2020), há no campo do direito autoral o estímulo à criação intelectual como núcleo:

> *[...] A metodologia adotada pelas legislações nacionais, e constante dos tratados e convenções internacionais, se vale da concessão de uma exclusividade limitada e temporária sobre a utilização da obra. Em regra, nos países que seguem o sistema de direitos autorais conforme desenhado na Europa (droit d'auter), caso alguém queira utilizar determinada obra e o seu uso não se enquadre nas*

[109] Idem. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** In: Vademecum Saraiva Compacto. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 78.

[110] "Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. O modelo de princípios e o modelo de valores mostraram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito do axiológico (no âmbito do bom)". (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-153)

[111] FREITAS, J. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

[112] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

> *exceções e limitações derivadas da legislação, nem esteja a obra em domínio público, deverá a pessoa solicitar autorização do autor para legitimamente utilizá-la da forma pretendida.* [113]

Poderíamos situar esse viés marcadamente de incentivo à criação e exclusividade nos termos da Constituição Federal, art. 5 º, XXVII. Também existe uma estrutura normativa constitucional em sintonia com a lei nº 9.610[114], arts. 28 e 29, que tratam da exclusividade de outorgada pelo autor que deverá ser 'prévia e expressa'.[115]

Assim, poderíamos descrever sucintamente os direitos morais do autor como de reivindicar a autoria da obra a qualquer tempo, entre outros previstos no art. 24 e seus incisos II a VII, da lei de direito autoral, com destaque para: o direito de assegurar o nome, pseudônimo; de conservar o ineditismo da obra; a integridade ou prática de atos que venham a prejudicar sua reputação, honra; o direito de modicar a obra antes ou após a sua utilização; de suspender a utilização de obra que afronte sua reputação ou imagem ainda que já tenha sido autorizada a sua circulação. [116]

O cenário em que atua o direito autoral no século XXI é voltado, não apenas, ao meio ambiente digital, mas, inclusive ao meio analógico de obras artísticas, literárias, científicas e seu alcance temporal, como parte integrante das gerações presentes e futuras. Tem previsão na Constituição Federal de 1988, em seu art. 225. Situa-se à luz da interpretação principiológica como um dos objetivos fundamentais a ser tutelado juridicamente, como parte integrante do meio ambiente cultural, nos termos do art. 3º da nossa Carta Magna. Todavia, o que seria meio ambiente cultural na sociedade da informação, senão a capacidade humana de criar mecanismos que promovam a qualidade de vida, que é o patrimônio cultural do povo brasileiro (a ser protegido individual e coletivamente). [117]

O patrimônio cultural de um povo se constitui no que há de mais valioso. Nosso ordenamento jurídico constitucional assegura a partir do art. 216 como bens materiais e

---

[113] PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. **Direitos Autorais, Tecnologia e Transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais**. In: Direito Digital (Direito Privado E Internet). 3ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020. p.627.
[114] BRASIL. Op. cit.
[115] PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. Op. cit. pp.627-648.
[116] BRASIL. Op. cit.
[117] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios constitucionais do Direito da Sociedade da Informação**: a tutela jurídica do meio ambiente digital. Saraiva: São Paulo, 2015.

imateriais, incluídos nos incisos I, II, III, respectivamente: "[...] I- as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas". [118]

Nesse diapasão, a norma jurídica que contempla o direito do autor como interpretação sistemática à luz dos princípios constitucionais traz à baila a concepção de que ao Estado deverá proteger as manifestações culturais (art. 215, **§ 1º da CF/88)** como formas de expressão, os modos de criação cientificas, artísticas e tecnológicas como patrimônio cultural de um povo e, portanto, estão tuteladas como meio ambiente cultural.[119]

Cabe destacar que esse patrimônio cultural de um povo como cultura permite a construção de um suporte para que se aumente a relevância dos direitos morais, patrimoniais e digitais aos autores pela dimensão de sua obra e seu alcance social pela sua capacidade criadora. Esse viés multidimensional amplia seu status de bem imaterial com repercussão indenizatória em caso de violação. O processo civilizatório no contexto da sociedade da informação engloba as criações, manifestações de expressão e pensamento e o acesso à informação por qualquer meio ou veículo (art. 220 da CF/88)[120]. É possível mediante a vinculação entre os padrões culturais, dignidade, e meio ambiente sadio. Há inexoravelmente uma:

> *Cultura de convergência em que emissoras de rádio, televisão, o cinema, os videogames, a internet, as comunicações por meio de ligações de telefones fixos e celulares, etc. moldam uma 'nova vida' reveladora de uma nova faceta do meio ambiente cultural, a saber:* ***o meio ambiente digital.*** [121]

A respeito do processo de manifestações culturais no nosso século, relaciona-se às novas formas de expressões culturais, difusas, em função dos diversos meios de informação e comunicação interconectadas em rede. É parte integrante do meio ambiente digital:

---

[118] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** In: Vademecum Saraiva Compacto. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.76.
[119] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit.
[120] Idem. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315p.
[121] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., p. 143, grifo do autor.

> *[...] A tutela jurídica do meio ambiente digital tem como finalidade interpretar os arts. 220 a 224 da Constituição Federal diante dos art. 215 e 216 com a segura orientação dos princípios fundamentais indicados nos arts. 1º a 4º* ***de nossa Carta Política [...].*** [122]

Estabelece-se, portanto, um direito fundamental associado à:

> *[...] A tutela jurídica das formas de expressão, dos modos de criar, fazer e viver, assim como as criações científicas, artísticas e principalmente tecnológicas realizadas com a ajuda de computadores e outros componentes eletrônicos, observando-se o disposto nas regras de comunicação social determinadas pela Constituição Federal.* [123]

É nesse cenário que se situa no século XXI o direito do autor. Em um espaço nuançado entre meio ambiente analógico e digital com suas benesses e desafios do presente e do futuro. Há um caminho a ser percorrido e um objetivo: a criação, a liberdade de expressão, a interação do autor e sua projeção no ambiente, galgando direitos e colhendo frutos pelo alcance que sua arte criadora. A associação entre o direito do autor e os direitos culturais na sociedade da informação está imbricada à tutela jurídica como uma novidade capaz de trazer reflexos à dimensão da obra, ampliando-a exponencialmente, ao mesmo tempo que, para o autor, resguarda-se à tutela subjetiva da sua criação. Ambas atuam no meio ambiente cultural como um direito fundamental.

Há, portanto, um viés individual de proteção (criações literárias, artísticas, científicas) associada ao desenvolvimento tecnológico que beneficia a coletividade (direito cultural), e permite ao autor exercer a sua liberdade de expressão, de comunicação, em um meio ambiente analógico e digital com reflexos morais, patrimoniais em relação à proteção, com repercussão indenizatória quanto ao seu alcance, nos termos da legislação civil. Destaca-

[122] Ibid, p. 148-150
[123] Ibid. p. 156

se, no direito de autor a função social da propriedade intelectual (de promoção e incentivo à cultura). [124]

Por outro viés, a percepção do direito autoral e sua função social, não deve ser utilizada para restringir direitos, mas, ao contrário, estimular e valorizar a obra. O direito autoral como parte dos direitos cultural teria a função de valorizar a criação nacional e não como instrumento de benefício social em detrimento do individual (propriedade e liberdade de criação), mas de sua harmonização principiológica-normativa.

No entanto, faz-se mister cautela, com cláusulas contratuais genéricas que utilizam a função social do direito do autor, sem resguardar, devidamente, seus direitos com cláusulas protetivas específicas bem definidas. Outrossim, deve-se vislumbrar o uso da tecnologia digital para a promoção de obras coletivas dos autores, e, ao mesmo tempo lhe assegurar à tutela jurídica devida, como bem lembra, Pereira de Souza (2020), explicando sobre os *softwares* livres*:*

> *A ascensão das obras coletivas, seja no caso da Wikipedia, seja no caso dos 'mundos virtuais', traz consigo uma segunda transformação que se direciona ao instrumento pelo qual a exclusividade se vale para restringir o uso da obra por terceiros: a autorização. Nesse sentido, cabe perceber como a autorização tem sido transformada pela aplicação das novas tecnologias, enfocando o exemplo do software livre e do Creative Commons como modelos que conciliam a tecnologia com a possibilidade de ser criarem autorizações que propiciem um acesso maior e mais facilitado à obra autoral, sem abrir mão dos direitos autorais inerentes à obra licenciada.* [125]

[124] PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. **Direitos Autorais, Tecnologia e Transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais**. In: Direito Digital (Direito Privado E Internet). 3ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020. pp.627-648.
[125] PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. Op. cit, p. 641

5. CONCLUSÕES

Configura-se o direito do autor em um direito multidimensional. Ao que pese o aspecto moral, e patrimonial, há um elemento intrínseco à sua configuração na sociedade da informação: o meio ambiente analógico-digital. E sua área de atuação abrange a seara dos direitos culturais, relacionando-se no ciberespaço pela dialogicidade com o presente e o futuro. Ressalta-se que na sociedade da informação o direito autoral adquire a característica de direito fundamental de autor, e sua proteção na interpretação conforme à Constituição alcança a legislação infraconstitucional (lei nº 9.610)[126], com repercussão moral de criação, sua contribuição ao desenvolvimento tecnológico à coletividade. E, portanto, o arcabouço jurídico nacional e internacional relativo ao direito do autor é instrumento viável à inserção e sua proteção na sociedade informacional.

A transmutação do direito do autor para um direito multidimensional envolve a sua dinâmica exponencial (associado aos meios e recursos tecnológicos, bem como aos diversos sujeitos considerados na seara de alcance da sua tutela jurídica). Esse viés multifacetário poderia ser entendido como uma projeção relativa ao elemento nuclear: liberdade de criação, comunicação em rede em um meio ambiente analógico ou digital, propagando-se dialogicamente como direito cultural. Isso ocorre, pois há uma construção comunicativa e discursiva de público-alvo decorrente do processo de criação intelectual na sociedade da informação em franca expansão (exponenciação).

Destaca-se, o direito autoral em seu viés *multidimensional*, sendo alçado a um direito fundamental, em que encontra um campo promissor na sociedade da informação e comunicação por envolver dimensões ou interesses jurídicos que se irradia, sob o prisma: patrimonial, moral, cultural, comunicacional com o presente e o futuro, atuando, no meio ambiente analógico ou digital.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

[126] BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

ARANTES, Camila Rioja; BLUM, Renato, Opice. **A inteligência artificial e machine learning:** o que a máquina é capaz de fazer por você. In Advocacia 4.0. Viviane Maldonado; Bruno Feigelson (coordenação). Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual.** 2 ed. Revista e Atualizada. Lumes Juris. 2010. 951p.

_____. Como o requisito autoral de originalidade vai se radicando nos precedentes judiciais. **Online.** 2012. Disponível em:< http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/requisito_autoral_originalidade.pdf >. Acesso: em 06 jun. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6. ed. Forense Universitária: São Paulo, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315p.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** In: Vademecum Saraiva Compacto. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. VadeMecum.15 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Lei n. 12.965**, de 23 abr. 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. In: Vademecum Saraiva Compacto. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Lei n 10.406**, de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Brasília (DF): Presidência da República, 2002. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. **Lei nº 9.609**, de 19 fev. 1998. Brasília (DF): Presidência da República, 1998a. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. **Lei nº 9.610**, de 19 fev. Brasília (DF): Presidência da República, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. **Lei nº 9.279**, de 14 de maio de 1996. Brasília (DF): Presidência da República, 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm >. Acesso em: 07.06.2020

_____. **Lei nº 5.988**, de 14 dez. 1973. Brasília (DF): Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, 7 de dezembro de 1940. Brasília (DF): Presidência da República, 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em: 03 jul. 2020

_____. **Decreto nº 75.572**, de 08 abr. 1975. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1975a. Disponível em< https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75572-8-abril-1975-424105-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. **Decreto nº 75.699**. Convenção de Berna. Brasília (DF): Presidência da República, 1975b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. **Decreto nº 57.125**. Convenção de Roma. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1965. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-57125-19-outubro-1965-397457-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. **Decreto nº 48.458**, de 04 jul. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1960. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-48458-4-julho-1960-387886-norma-pe.html>. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. **Decreto nº 26.657**, de 18 maio. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1949. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26675-18-maio-1949-453475-norma-pe.html>. Acesso em: 08 mar.
2020

_____. **Decreto nº 19.056**, de 31 dez.1929. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1929. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-19056-31-dezembro-1929-561043-publicacaooriginal-84377-pe.html>. Acesso em: 08 mar. 2020

_____. **Decreto nº 9.233**, de 28 jun. 1884. Convenção de Paris. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1884. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9233-28-junho-1884-543834-publicacaooriginal-54426-pe.html >. Acesso em: 08 mar. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação**: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede. v. 1. 6ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios constitucionais do Direito da Sociedade da Informação**: a tutela jurídica do meio ambiente digital. Saraiva: São Paulo, 2015.

FREITAS, J. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GALVÃO, Helder. **Plágio e Internet.** In: Direito Digital (Direito Privado E Internet). Guilherme Magalhães Martins; João Vitor Rozatti Longhi. (Coordenadores). 3ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020. pp.671-684.

GARCIA, Balmes Vega, MORATO, Antônio Carlos. **Arcabouço normativo aos Direitos Intelectuais no Brasil e nos tratados internacionais**. Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 03 fev. 2020.

MARQUES, Claudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes:** ***do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.***

MORATO, Antônio Carlos. **Visão Geral do Direito do Autor** (Direito do autor). Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 14 abr. 2020. 2020a.

_____. **Direitos do autor e direitos conexos (obras protegidas e não protegidas)**. Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 28 abr. 2020. 2020b.

_____. **Limitações aos Direitos autorais**. Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 05 maio. 2020. 2020c.

_____. **Comunicação ao público (streaming).** Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 12 maio. 2020. 2020d.

_____. **O Direito autoral e as novas tecnologias**. Aula do Curso de Especialização em Direito e Tecnologia da Informação. (Informação verbal). PECE/POLI/USP: São Paulo, SP. 19 maio. 2020. 2020e.

OLIVEIRA SOBRINHO; Afonso Soares; LOPES FIGUEIREDO, Eduardo Henrique. **Dignidade da pessoa humana, cidadania e dialética: valores e princípios constitucionais na sociedade da informação**. Direitos Culturais, Santo Ângelo, v.12, n.27, p. 47-62, maio/ago. 2017.

PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. **Direitos Autorais, Tecnologia e Transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais**. In: Direito Digital (Direito Privado E Internet). 3ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020. pp.627-648.

RICOEUR, P. **O Justo**: a justiça como regra moral e como instituição. v. 1. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ROSAS, Eduarda Chacon. **Alcance resultados, mas não esqueça dos propósitos: a dignidade, a ética e os elevados fins**. In Advocacia 4.0. Viviane Maldonado; Bruno Feigelson. (coordenação). Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível com revisão** nº. 528.962-4/4-00, da Terceira Câmara de Direito Privado. São Paulo. 08 abr. 2008. pp.1-11.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual**. 6 ed. (revisada e ampliada). Manole: Barueri, São Paulo, 2018.

SOUZA, Allan Rocha de. **Cultura, Revolução Tecnológica e Os Direitos Autorais**. In: Direito Digital (Direito Privado E Internet). 3ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020. pp.609-626.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF afasta exigência prévia de autorização para biografias.** Notícias STF. 10.06.2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em 24 maio.2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. Revista e Atualizada. Renovar: São Paulo, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. **Proposta de Resolução do Parlamento Europeu**, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). 27 jan. 2017. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html#title1>/ Acesso em 25 abr. 2020.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **As Limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro**. In: Direito Digital (Direito Privado E Internet). Guilherme Magalhães Martins; João Vitor Rozatti Longhi. (Coordenadores). 3 ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020. pp.649-669.

All Rights Reserved ©Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: **2236-5796**
ISSN da versão digital: **2596-111X**
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br

(cc) BY-NC-ND
This work is licensed under a Creative Commons License