

REGINALDO DE SOUZA VIEIRA
(ORGANIZADOR)

V.1

DIREITOS HUMANOS
REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS



EDITORA ÍTHALA

© 2024 Editora Íthala

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Godoy Dotta – Doutor e mestre em Educação. Especialista em Administração, Metodologia do Ensino Superior e em Metodologia do Conhecimento e do Trabalho Científico. Licenciado em Sociologia e Pedagogia. Bacharel em Tecnologia.

Ana Cláudia Santano – Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

Daniel Wunder Hachem – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

Emerson Gabardo – Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-PR. Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR. Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado pela Fordham University School of Law e pela University of California - UCI (EUA).

Fernando Gama de Miranda Netto – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de

Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC-PR. Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo da UFC-CE. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA e coordenadora Regional do IBDU.

Luiz Fernando Casagrande Pereira – Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

Rafael Santos de Oliveira – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
BIBLIOTECÁRIA: MARIA ISABEL SCHIAVON KINASZ, CRB9 / 626

D598 Direitos humanos: reflexões contemporâneas
[recurso eletrônico] / organização de Reginaldo de Souza
Vieira - Curitiba: Íthala, 2024.
v.1, 175p.; 22,5cm
Vários colaboradores
ISBN: 978-65-5765-215-2

1. Direitos humanos. 2. Vulnerabilidade social. 3. Políticas públicas.
I. Vieira, Reginaldo de Souza (org.).

CDD 340.1 (22.ed)
CDU 340

Editora Íthala Ltda.
Rua Pedro Nolasco Pizzatto, 70
Bairro Mercês
80.710-130 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
☎+55 (41) 3093-5257
<http://www.ithala.com.br>
E-mail: editora@ithala.com.br

Capa: Yasmim Vitória Koslyk
Revisão: Karla Andreia Leite
Diagramação: Sônia Maria Borba

abdr
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE DIREITOS
REPRODUTÍVEIS
Respeite o direito autoral!

Informamos que é de inteira responsabilidade do autor a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

REGINALDO DE SOUZA VIEIRA

(ORGANIZADOR)

V. 1

DIREITOS HUMANOS

REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS



EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2024

SUMÁRIO

PARTE I

DIREITOS HUMANOS E VULNERALIDADES SOCIAIS

DESAFIOS DE PENSAR DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE PANDEMIA	18
--	----

Gabriela Maia Rebouças

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DAS CRIANÇAS À VIDA DIGNA E O DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO DAS FUTURAS GERAÇÕES	30
---	----

Raquel Viegas Carvalho de Siqueira Biscola | Livia Gaigher Bósio Campello

ORIENTAÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE REABILITAÇÃO, ACESSIBILIDADE E INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: PROPOSTAS DE REPARAÇÃO INTEGRAL ÀS VÍTIMAS DA POLÍTICA DE HANSENÍASE NO BRASIL DO SÉCULO XX	44
---	----

Pedro Pulzatto Peruzzo | Enrique Flores | Isabella Souto Cruvinel
| Rafaela Jordão

O DISCURSO DO “OUTRO” COMO FERRAMENTA DE MITIGAÇÃO DO DIREITO DE MIGRAR.....	69
---	----

Michelli Linhares de Bastos | Sandra Regina Martini

PARTE II

DIREITOS HUMANOS, ESTADO E DEMOCRACIA

A SOCIAL-DEMOCRACIA COMO CONCEPÇÃO AUTÔNOMA DE JUSTIÇA.....	82
--	----

José Claudio Monteiro de Brito Filho

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO	96
---	----

Bruno Fávoro | Reginaldo de Souza Vieira

DOIS PROJETOS PARA UMA TEORIA CRÍTICA DA JUSTIÇA: DENILSON WERLE E AXEL HONNETH.....	120
---	-----

Saulo M. M. de Matos

PARTE III

DIREITOS HUMANOS
E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA

O DISCURSO DA RESSOCIALIZAÇÃO E A POLÍTICA CRIMINAL
DE DROGAS: INCOMPATIBILIDADES NA PRÁTICA JUDICIAL 136

Ana Beliza Gomes Vasconcelos | Érica B. do Amaral Machado

VULNERABILIDADE À CRIMINALIZAÇÃO E O PAPEL DAS DECISÕES
NO ÂMBITO DA POLÍTICA DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA: POR UMA
CONTENÇÃO DA IRRACIONALIDADE PUNITIVA 159

Emanuele Dallabrida Mori | Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

APRESENTAÇÃO

A Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos (REDE-DH) foi fundada em 10 de setembro de 2019, na sede na Capes em Brasília, por programas de Pós-Graduação em Direito, representantes de todas as regiões do Brasil. São membros fundadores da Rede: Unesc, UniRitter, Unijuí, UFMS, PUC-Campinas, Unit, Unicap, Cesupa, UFPA.

A REDE-DH tem por objetivo geral: propugnar a partir de um referencial crítico, interdisciplinar, intercultural e transformador da realidade social, reunir os Programas de Pós-Graduação em Direito que pesquisam a temática dos direitos humanos, com vistas ao seu fortalecimento, defesa e garantia, bem como estimular a produção científica e extensionista em rede entre os seus membros.

Os seus principais objetivos/ações específicos(as) foram assim definidos: a) fortalecer a pesquisa jurídica em direitos humanos, a partir de uma perspectiva que considere o ensino, a pesquisa e a extensão; b) propugnar pela criação de uma rede ibero/latino/americana de pesquisa em direitos humanos; c) realização de um evento anual no segundo semestre e uma reunião de trabalho no primeiro semestre (preferencialmente no Conpedi); d) possibilitar a publicação conjunta entre os(as) pesquisadores(as) que fazem parte da rede; e) lutar pela defesa e garantia do direitos humanos, principalmente dos grupos socialmente mais vulneráveis; f) publicação de uma obra anual da rede; g) possibilitar a realização de pesquisas conjuntas entre os membros da rede, inclusive, com participação em coorientações, bancas de mestrado e doutorado etc.; h) estimular a mobilidade entre os membros da rede (docentes e discentes), inclusive a validação de créditos cursados entre as instituições; i) propugnar pela construção de projetos de pesquisa e de extensão comuns e o fortalecimento das clínicas em direitos humanos.

A coordenação responsável pela estruturação da Rede ficou assim composta: Reginaldo de Souza Vieira (PPGD/Unesc), coordenador geral, e adjuntos(as): Gabriela Rebouças (PPGD/Unit) e Jean Carlos Dias (PPGD/Cesupa).

Atualmente, a rede conta com 16 Programas de Pós-Graduação em Direito como membros: Unesc, Furb, Furg, UniRitter, Unijuí, UCS, UFMS, PUC-Campinas, UFRJ, Unirio, Ufop, Unit, Unicap, Cesupa, UFPA, Unifap.

Em 2023, durante a realização o II Seminário Nacional de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos, realizado nos dias 20 e 21 de setembro, na Universidade

do Extremo Sul Catarinense (Unesc), em Santa Catarina, foi eleita a sua nova diretoria para um mandato de 4 anos: coordenador geral: Reginaldo de Souza Vieira (PPGD/Unesc), vice-coordenador sul: Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (PPGD/Unijuí), vice-coordenador centro-oeste: Vladimir Oliveira da Silveira (PPGD/UFMS), vice-coordenador norte: Jean Carlos Dias (PPGD/Cesupa), vice-coordenadora sudeste: Daniela Silva Fontoura de Barcellos (PPGD/UFRJ), vice-coordenadora nordeste: Erica Babini Lapa do Amaral Machado (PPGD/Unicap).

Nestes cinco anos de funcionamento, a REDE-DH se consolidou e realizou diversas atividades de ensino, pesquisa e inserção social/extensão: a) reuniões de trabalho e participação em eventos no contexto da rede; b) participação em bancas; d) coorientações; e) participação como avaliadores(as) em eventos científicos promovidos pelos membros da rede; f) publicação de capítulos de livros em obras coletivas organizadas no âmbito dos programas membros; g) palestras realizadas com a participação dos(as) pesquisadores(as) que fazem parte dos programas da rede; h) minicursos ministrados no âmbito dos programas membros da rede; i) realização do I Seminário Nacional de Estudos em Direitos Humanos e Sociedade, com participação como palestrantes de representantes de todos os programas da rede e convidados(as) em 2021 – este evento foi realizado em parceria com o PPGD/Unesc, tendo mais de 700 inscrições de todas as regiões do Brasil e de 25 Estados e o DF e internacionais –; j) aprovação no Edital Procad/CAPES n. 16/2020 de projeto que envolveu a Unijuí (na qualidade de coordenadora), Unesc e UFPA – rede de cooperação acadêmica e de pesquisa: eficiência, efetividade e economicidade nas políticas de segurança pública com utilização de monitoração eletrônica e integração de bancos de dados –; k) realização de três seminários nacionais de pesquisa jurídica em direitos humanos: o primeiro virtual em 2022, sob a coorganização do PPGD/Unesc; o segundo presencial em Criciúma, SC, em 2023, na Unesc, sob a coorganização do PPGD/Unesc e, em 2025, o terceiro presencial em Campinas, SP, na PUC-Campinas, coorganizado pelo PPGD/PUC-Campinas; l) realização de seminário de autoavaliação da rede e do conjunto dos programas da rede 2024: primeira etapa em agosto em Campinas e a segunda etapa, em setembro em Criciúma; m) realização de um curso de formação de lideranças comunitárias, via *meet*, com representantes de mais da metade dos estados brasileiros, em coorganização com o PPGD/Unesc; n) fundação da Rede Latino-Americana de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos em setembro de 2023, em Criciúma, SC, na Unesc; o) construção e execução de quatro disciplinas comuns em rede, ofertadas junto aos programas da REDE-DH e duas delas em conjunto com os programas e parceiros internacionais que também constituem a Rede Latino-Americana de Pesquisa

Jurídica em Direitos, ofertadas em 2023 e 2024 (com a participação de docentes e discentes nacionais e internacionais): Temas Contemporâneos em Direitos Humanos – em português; em espanhol: *Derechos Humanos, Pensamiento Crítico y Constitucionalismo Latino-americano*; em espanhol/português: *Defensa Integral de los Derechos Humanos* (com análise de casos voltados para atuação junto aos observatórios e clínicas em direitos humanos); em inglês: *Human Rights in Global Context*; p) construção de projetos de pesquisa em conjunto; q) realização de painéis da REDE-DH em eventos nacionais do Conpedi.

Portanto, é a partir deste contexto e das pesquisas realizadas entre os programas parceiros da REDE-DH que esta obra surge. Os(As) autores(as) são pesquisadores(as) dos programas membros da REDE-DH. Os capítulos são fruto de projetos de pesquisa e dos debates e discussões realizadas nos seminários e demais eventos promovidos pela REDE-DH.

A publicação foi financiada com os recursos do Programa de Apoio à Pós-graduação (PROAP) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), quota destinada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Por fim, desejamos a todos(as) uma excelente leitura e que a obra possa contribuir na construção de pesquisa, práticas pedagógicas e ações de inserção social que possam fortalecer a defesa dos direitos humanos.

Criciúma, SC, verão de 2024.

Prof. Reginaldo de Souza Vieira
Doutor em Direito pelo PPGD/UFSC
Coordenador do PPGD/Unesc
Coordenador da REDE-DH

A obra, organizada pelo professor Reginaldo de Souza Vieira, destacado pesquisador na seara dos Direitos Humanos, Políticas Públicas e Sociedade, seleciona pesquisas discutidas pela Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Essas pesquisas demonstram um compromisso científico do mais elevado nível.

Assim, é com grande satisfação que prefaciamos a obra *Direitos Humanos: Reflexões Contemporâneas – volume I*. Este livro é uma compilação abrangente e atualizada que aborda temas críticos relacionados aos Direitos Humanos.

Nessa perspectiva é preciso conceber os Direitos do Homem em *corpus dogmático*, em recurso comum da humanidade, para permitir engendrar uma outra visão, que não uma atroz, da questão de valores num mundo globalizado, além de abrir vias de uma hermenêutica dos Direitos do Homem possível a todas as civilizações. Em um recurso comum da humanidade (Supiot, 2007), essa qualificação levaria em conta direitos e perspectivas de organizações estatais e privadas e o reconhecimento dos Direitos do Homem no âmbito internacional. Acolhidos por uma significativa maioria de Estado, os Direitos do Homem não seriam mais entregues a interpretação única de potências mundiais e isso romperia com os preceitos do Ocidente, de unir seu mercado entre os grupos que lhe convém, excluindo os demais. Para que consista em um recurso comum, é necessário que os Direitos do Homem se tornem passíveis da apropriação de todos (Supiot, 2007), o que leva aos Estados, sua internalização, na forma de direitos fundamentais.

A expressão “direitos fundamentais” aparece na França¹, no ano de 1770, em um movimento político e cultural que culminou com a Declaração dos

¹ Com “[...] influência das doutrinas jusnaturalistas, de modo especial a partir do século XVI. Já na Idade Média, desenvolveu-se a idéia *[sic]* da existência de postulados de cunho suprapositivo, que, por orientarem o poder, atuam como critério de legitimação de seu exercício. De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomas de Aquino, que, além da, já referida concepção cristão da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população. Também o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista” (Sarlet, 2007, p. 45-46).

Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789², e que além de configurar os direitos humanos positivados nas constituições estatais, representam princípios que resumem a concepção de mundo e que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico (Pérez Luño, 2010).

Com o moderno Estado de Direito, responsabilidades e deveres emergem em uma sociedade cujo objetivo é o respeito pela dignidade humana. Portanto, “[...] nessa perspectiva, assim como os direitos fundamentais, o apoio estrutural dos deveres fundamentais é justamente o ser humano e sua dignidade” (Mendonça, 2018, p. 96).

Consagrada nos mais variados documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais, a dignidade da pessoa humana teve seu significado elevado à condição de conceito jurídico, como consequência desencadeada pelo fim da Segunda Guerra. Sua condição superior reflete-se não apenas como um fundamento para ordem jurídica, mas também da comunidade política, de modo a representar a fonte jurídico-positiva de maior generalidade de preceitos substanciais, bem como a origem e o fundamento dos direitos fundamentais.

Considerado como um valor que emite a ideia de supremacia, a dignidade humana assegura aos indivíduos uma configuração de igualdade. Nesse sentido, a dignidade constitui um valor intrínseco à pessoa, e em razão desse conteúdo associado à própria virtude da humanidade ou mesmo ao significado da existência, todos merecem igual tratamento baseado no respeito. O valor inerente à pessoa, refletido pela dignidade humana, equivale à soma de aspectos em que todos os seres humanos guardam em comum de maneira intrínseca. Tal conteúdo intervém na esfera jurídica a partir do momento em que se instala como origem de direitos fundamentais. Configura-se, portanto, como dado anterior a qualquer direito e, ainda assim, os direitos desempenham relevante papel na sua proteção e promoção.

A dignidade, como sustentáculo da atual concepção de Estado Democrático de Direito, emite um significado cuja essência confere à pessoa uma posição única e absoluta, de modo a trazer consigo um volume de respeito pela sua humanidade. O que culmina em uma proteção do seu estado de ser autônomo e vindica a proibição de qualquer situação que venha a causar a sua instrumentalização ou objetificação. O princípio da dignidade, nesse sentido, atribui ao Estado a tarefa de prote-

² Em que pese as discussões francesas e o documento de 1789, é na Declaração de Direitos do povo da Virgínia, que “[...] pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais” (Sarlet, 2007, p. 52).

ção e respeito, bem como de redução de circunstâncias opositoras para o alcance de uma vida com dignidade. (Mendonça, 2018, p. 99)

O direito à vida, de notória inspiração jusnaturalista, como os demais direitos fundamentais de primeira dimensão, de igualdade e liberdade, advém “[...] do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado” (Sarlet, 2007, p. 56). Todavia, há de se ressaltar que o direito à vida digna em sociedade pressupõe condições – alicerçadas em uma mutação histórica – de reconhecimento e políticas de diferenciação com redistribuição, sob o prisma de direitos fundamentais.

Aliás, é essa mutação histórica (Pérez Luño, 2016) que fez surgir as diversas “gerações” ou “dimensões”³ desses direitos, uma vez que, seu conteúdo não se limita aos contornos individuais ou coletivos. Inspirada na tríade da Revolução Francesa de 1789, revelada pelo lema “*Liberté*”, “*Égalité*”, “*Fraternité*”, surge, pelo pensamento do jurista tcheco Karel Vasak, externalizado na conferência de Estrasburgo em 1979, “[...] a ideia de que a evolução dos direitos (humanos e fundamentais) poderia ser compreendida mediante a identificação de três “gerações” de direitos” (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2015, p. 306).

No Brasil, Bonavides (2008), além de incorporar a ideia de Vasak, defende a existência de uma quarta geração (dimensão), inserindo nesta o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, além, de um direito de quinta geração (dimensão), a paz, que em seu entender deve ser positivado nos textos das constituições, como papel central de supremo direito da humanidade e, portanto, deve ser tratado como geração (dimensão) autônoma, ao contrário de Vasak, que afirma estar a paz, inserida na terceira geração (dimensão) por representar, segundo seu entendimento, corolário do rol de direitos relacionados à fraternidade. Em um verdadeiro criacionismo geracional (Falcón y Tella, 2007), já há quem defenda a sexta, sétima e oitava geração (dimensão) de direitos fundamentais.

³ Sem adentrar aqui na discussão da terminologia adequada. Sarlet, entendendo ser mais adequada a moderna doutrina, opta por se filiar aqueles que elegeram o termo “dimensões”, todavia destaca que, para parcela da doutrina, o termo “gerações” pode ensejar, como afirma Sarlet a “[...] falsa impressão da substituição gradativa de uma geração para a outra [...]” (Sarlet, 2007, p. 54). Romita (2007, p. 99) critica esse termo por considerar que ele estaria se referindo “[...] a um significado e função distinta do mesmo direito, e não de um grupo de direitos [...]” o que faz com que aquele autor prefira falar em “naipes” ou “famílias” de direitos.

Feita essa breve digressão sobre as gerações (dimensões) de direitos fundamentais, e, sem ingressar no debate sobre o criacionismo geracional, importa aqui destacar que, portanto, não há uma preterição conceitual, mas um déficit de concreção, uma vez que, hodiernamente, a efetivação dos direitos humanos está cada vez mais distante, com o ressurgimento, na sociedade do século XXI, de um conservadorismo negacionista desses direitos às populações mais necessitadas, promovendo e acirrando uma verdadeira repulsa de toda a ordem, em especial, a aporofobia⁴.

Esse processo de negação dos direitos humanos continua, como um projeto, capitaneado por um segmento político influenciando por uma noção predatória de economia, antítese daquela proposta pelo vencedor do prêmio Nobel de economia de 1998, o professor Amartya Sen⁵, que na sua obra *Desenvolvimento como Liberdade* (2000), propõe o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades que uma pessoa goza, pois o alargamento dessas liberdades substantivas orientaria as ações para fins que tornam o desenvolvimento como algo importante, mais do que atentar para os meios, que evidentemente desempenham um papel necessário.

A partir disso, observa-se que há um descompasso entre os fins prometidos na Constituição Federal de 1988, especialmente quando se trata dos direitos sociais, e as ações ultimadas pelo Estado, em particular pelos governos tidos como liberais e neoliberais. Exemplo disso, foram as ações tomadas no decorrer da sindemia⁶ por Covid-19 que assolou, não só a população brasileira, mas a população global.

⁴ Termo cunhado pela filósofa e professora da cátedra de ética da Universidade de Valência, na Espanha, Adela Cortina, que denuncia que além da xenofobia, a Europa se volta às atitudes de aporofobia, pois cresce o ódio, a aversão ou hostilidade para com os pobres e necessitados, ao mesmo tempo em que multimilionários de todos os cantos são calorosamente recebidos na Comunidade Europeia (Cortina, 2017).

⁵ Professor de Harvard, autor de diversas obras, entre livros e artigos, especialmente preocupado com a “Ideia de Justiça”, nome dado a uma das principais obras, editada e publicada no Brasil pela Companhia das Letras, onde se observa que o professor indiano, sem esquecer suas origens, reforça a preocupação com a justiça social e seus elementos.

⁶ “O termo sindemia foi cunhado por Merrill Singer, antropólogo médico americano e professor da Universidade de Connecticut, na década de 90. Seus estudos foram desenvolvidos na comunidade de Hartford, em Porto Rico, e se baseavam em relacionar a violência urbana, o abuso de drogas e a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), em comunidades vulneráveis, fatores estes que eram epidemias simultâneas entre a população americana vulnerável. [...] Por isso, Singer conceitua a sindemia como um conjunto de fatores ligados à saúde e as condições sociais que estão diretamente relacionados e que afetam, de forma geral, a saúde de uma população. O agravamento das condições de saúde tende a ser mais devastadoras quando se fala em comunidades ou populações em situação de vulnerabilidade, especialmente, a vulnerabilidade social. Por esse motivo, as teorias sindêmicas buscam compreender e identificar as inte-

Observa-se que, não há, pela lógica libertária do liberalismo econômico, movida especialmente pelo interesse de grandes investidores e empresas transnacionais, a menor preocupação de atentar para o conteúdo dos direitos sociais inseridos na Constituição brasileira, ao contrário, consideram estes um empecilho (ao livre mercado).

Por esse motivo, essa lógica perversa, baseada no mercado, contribui para acirrar as desigualdades sociais e, por via de consequência, a vulnerabilidade social, pois atribui ao mercado a função de reduzir a pobreza, fazer a inclusão dos excluídos, distribuir renda, entre outros. Esse modelo conduzido por essa lógica de mercado, volta-se a perspectivas do utilitarismo, que “[...] procura mostrar-se como uma ciência de moralidade baseada na quantificação” (Sandel, 2016, p. 55).

Entretanto, para se evitar essa perspectiva utilitarista é necessário conceber os direitos fundamentais em instrumento prescritivo que se transforma em instrumento descritivo da realidade, porquanto, essa configura a essência de um novo olhar para a efetivação dos direitos humanos, dado que, “[...] de nada servirão as definições jurídicas, que podem ser aplicadas a todos os papéis assinados pelo povo [...] proclamando-as ‘constituições’, seja qual for seu conteúdo, sem penetrarmos na sua essência” (Lassalle, 2012, p. 13).

Dessa forma, para enfrentar uma interpretação jurídica que busque a essência dos direitos humanos e o papel da solidariedade, enquanto direito fundamental de terceira dimensão⁷⁸, com vistas à proteção de grupos humanos

rações biológicas e sociais para a definição de indicadores que levam a elaboração de políticas públicas de saúde eficiente, a fim de combater e tratar as doenças. No caso da síndrome pelo COVID-19, tem-se presente uma epidemia sinérgica, uma vez que o vírus SARS-CoV-2 não age de forma isolada. Já se confirmou que pessoas com doenças crônicas possuem mais propensão para ter quadros mais severos da doença. Essas doenças crônicas, muitas vezes, estão ligadas a nutrição fora do padrão ideal e as condições econômicas da população. Contudo, não se pode considerar somente o quadro de saúde das pessoas infectadas com o vírus, mas também, a dificuldade de controle deste em pessoas com maior vulnerabilidade, pois elas possuem maior dificuldade de se manterem isoladas, residem em habitações precárias e, na maioria das vezes, não tem acesso à saneamento básico. [...] Por esse motivo, faz-se necessário abordar e enfrentar o vírus da SARS-CoV-2, não mais como uma pandemia, apesar do termo pandemia remeter para uma disseminação mundial de uma nova doença (OMS, 2021), mas sim, considerá-la como uma síndrome, em virtude dos reflexos gerados, não somente na saúde pública, mas nas áreas econômica, social e política” (Thaines; Oliveira; Vargas, 2021).

⁷ Acompanhando a uma concepção mais moderna e os críticos à terminologia “geração”, por não o vincular a um processo acumulativo, de substituição gradativa de uma geração pela outra.

⁸ A Constituição Federal Brasileira, “[...] foi a primeira a utilizar as expressões Direitos e Garantias Fundamentais como abrangendo as diversas espécies de direitos” (Sarlet; Marini; Mitidiero 2015, p. 296). Pérez Luño (2016) ressalta que, o termo direitos humanos acabou tendo contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais.

(povo, nação), há de se considerar a proposta do estudo do Direito e a concretização dos direitos fundamentais como “política constitucional” (Meleu; Thaines, 2018).

Zagrebelsky (1992, p. 8) afirma que o “Direito é um conjunto de materiais de construção, porém a construção em concreto não é obra da Constituição enquanto tal, mas de uma ‘política constitucional’ que se aplica às possíveis combinações destes materiais” e, que significa estudar não apenas as técnicas jurídicas e disciplinares de interpretação e aplicação das disposições constitucionais (como “normatividade constitucional”, segundo a fórmula de H. Heller), mas sobretudo as políticas, de qualquer conteúdo e nível (privado, comercial, tributário, cultural, pedagógico, econômico, local, nacional, supranacional, internacional etc.), que contribuem para promover ou condicionar a atuação das Constituições e, portanto, do Direito, como desenhos da convivência civil (como “normalidade constitucional”, segundo H. Heller) e da vida em comunidade (Melo; Carducci; Sparemberg, 2016).

Para Melo, Carducci e Sparemberg (2016), a “política constitucional” não é outra coisa que não o conjunto de ações e atividades práticas, culturais, educativas, sociais, comunicativas, jurisprudenciais, legislativas, econômicas, políticas, que alimentam práxis de uso das regras e princípios jurídicos, em geral, e constitucionais em particular, mas, sobretudo, a unidade do sentido da Constituição no seu conjunto.

E, essa é justamente a preocupação dos autores desta Coletânea, prescrutar mais do que elucubrações conceituais, formas de superação do déficit de concretização dos direitos fundamentais, em consonância com um mínimo ético originado com a preocupação mundial com a internalização dos Direitos Humanos, em especial no segundo pós-guerra, que, em síntese, garanta uma vida digna à todas as populações.

Blumenau, Santa Catarina, outono de 2024.

Marcelino da Silva Meleu⁹ e Aleteia Hummes Thaines¹⁰

⁹ Doutor com estágio pós-doutoral em Direito Público. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau (Furb). Integrante da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos e da Rede Latino-Americana de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Líder do Grupo de pesquisa CNPq: “Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça”. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9416741172999678>. E-mail: mmeleu@furb.br

¹⁰ Doutora com estágio pós-doutoral em Direito Público. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc). Integrante da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos e da Rede Latino-americana de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4711022A9>. E-mail: aleteiathaines@unesc.net

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>. Acesso em: 10 abr. 2024.
- CORTINA, Adela. **Aporofobia, el rechazo al pobre**: um desafio para la democracia. Barcelona: Paidós, 2017.
- FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Challenges for human rights**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Leme: EDIJUR, 2012.
- MELEU, Marcelino; THAINES, Aleteia. A solidariedade como política constitucional de efetivação dos direitos humanos. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 189-206, jul./set. 2018. Disponível em: <https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/864>. Acesso em: 10 abr. 2024.
- MELO, Milena; CARDUCCI, Michele; SPAREMBERG, Raquel. **Políticas constitucionais e sociedade**: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades. Curitiba: Prismas, 2016.
- MENDONÇA, Suzana Maria Fernandes. Deveres fundamentais de solidariedade. **Revista de Derecho (UCUDAL)**, Montevideo, año 14, n. 18, p. 91-116, dic. 2018. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932018000200091&lang=en#aff1. Acesso em: 02 abr. 2024.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2016.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.
- SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

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

THAINES, Aleteia Hummes; OLIVEIRA, Éder Machado de; VARGAS, Leonardo. A colisão de Direitos Humanos frente a Sindemia causada pelo COVID-1: o direito humano à saúde versus o direito à propriedade decorrente de patentes farmacêuticas. *In*: BOFF, Salete Oro; GONÇALVES, Diego; TOCHETTO, Gabriel Zanatta (org.). **Propriedade intelectual, gestão da inovação e desenvolvimento**: propriedade intelectual, inovações disruptivas e sustentabilidade. Santo Ângelo: Metrics, 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi, 1992.

The image features a close-up of two hands shaking, symbolizing agreement or support. The hands are covered in vibrant, multi-colored paint (blue, yellow, red, and orange). The background is a dark, rich brown wood grain. Scattered around the hands are numerous small, colorful confetti pieces in various colors like white, red, green, and blue.

PARTE I

DIREITOS HUMANOS

E VULNERALIDADES SOCIAIS

CAPÍTULO I

DESAFIOS DE PENSAR DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Gabriela Maia Rebouças¹

1 INTRODUÇÃO

Este capítulo foi pensado para o III Seminário Internacional em Direitos Humanos e Sociedade & V Jornada de Produção Científica em Direitos Fundamentais e Estado, realizado nos dias 20 a 23 de setembro de 2021, organizado pelo Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado, da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc), de Criciúma/SC. Com a temática “Direitos humanos, democracia e políticas públicas no contexto da Covid-19”, o evento aglutinou centenas de estudantes, docentes, pesquisadores, do Brasil e do mundo. O que poderia parecer um tema óbvio, considerando que vivíamos ainda com muita intensidade os riscos e as interdições da pandemia, apresentava-se muito mais como um tema desafiador, que nos colocava como observadora e objeto de pesquisa, na medida em que todas as pessoas, indistintamente, estavam submetidas à condição de viver em pandemia.

Dividi a mesa de encerramento junto com outros três professores, todos nós da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos (RBPJDH). Abriu a exposição o professor Jean Carlos Dias do Centro Universitário do Pará (Cesupa); e, após minha contribuição, falaram Jean François Yves Deluchey da Universidade Federal do Pará (UFPA) e o Prof. Marcos Rolim do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter/RS). A diversidade de perspectivas enri-

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE, 2010). Estágio Pós-doutoral com bolsa CAPES no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (UC/PT, 2015/2016). Docente do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (Unit/SE) e do Programa de Pós-graduação em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas na Unit/AL. Pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Pesquisa (ITP/SE) e líder do grupo de pesquisa ativo no CNPq Acesso à justiça, direitos humanos e resolução de conflitos. E-mail: gabriela_maia@unit.br

queceu o debate, mas as confluências foram muitas. Estávamos todos afetados por aquela condição e marcados pelos tempos da enfermidade.

Portanto, as ideias que aqui apresento, como ensaio, estão marcadas pela oralidade, pela partilha daquela noite de seminário e pela condição mesma de estar em curso aquilo de que se falava. Talvez fosse recomendável pensar no aforisma de Wittgenstein (1968), e calar diante do que não pode ser dito². Mas, de alguma maneira, estarmos juntos cumpria um papel, conectava redes e ativava potências. Valeu à pena.

É preciso entender o ensaio como forma (Adorno, 1986) e com isso, como recurso metodológico para o campo jurídico (Rebouças, 2012). Nesse sentido, estarão presentes aqui uma escrita de si e uma escrita do mundo, percepções e dados, um pouco de mim e dos outros. Para esta publicação, alterno também algumas referências que não fizeram parte da fala para o seminário, mas que podem ajudar a esclarecer, no que ficará impresso, a posição defendida.

Trago aqui alguns apontamentos para falar sobre direitos humanos em tempos de pandemia a partir desse lugar de quem se enveredou pela filosofia e estuda a partir de uma perspectiva dos enfoques conceituais. A perspectiva trabalhada parte também de um lugar subjetivo, daquilo que sinto agora, daquilo que vivencio no momento, com um tom emocional grande porque é assim que me expresso, é assim que produzo filosofia e penso os direitos humanos.

2 SITUANDO UM PONTO DE PARTIDA: DOR, GOZO, COLAPSO

A pandemia foi, tem sido, resta sendo um acontecimento impactante e brutal. Em 11 de março de 2020, após 114 países terem sido atingidos pela doença, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou o novo coronavírus Sars-CoV-2 como uma pandemia e identificou a doença decorrente como Covid-19. Nós estamos vivendo de fato um momento sem igual, que nos coloca diante da morte, diante da dor, do medo, do escárnio de uma maneira perturbadora. Como pesquisadora, é muito difícil falar, é muito difícil afirmar, é muito difícil saber que perguntas fazer, que questões nós devemos enfrentar.

Para além dessa dimensão coletiva mundial, o incômodo e a situação indizível que é conviver com o Brasil e seu (des)governo, o sofrimento do nosso

² O aforismo mais conhecido talvez seja o 7: “O que não se pode falar, deve-se calar” (Wittgenstein, 1968, 7, p. 129). Mas para nós cabe também referência ao anterior: “o método correto em filosofia seria propriamente: nada dizer a não ser o que pode ser dito” (Wittgenstein, 1968, 6.53, p. 129).

povo, submetido a um desmonte de políticas públicas, excesso de sangue nos noticiários: necropolítica.

Começo trazendo para refletirmos juntos essa entrevista que o Achile Mbembe deu em dezembro de 2016 e que foi traduzida para o português no início de 2017 pelo grupo da Unisinos, na qual ele falava exatamente sobre o fim da era do humanismo.

No Brasil, 2016 foi um ano muito emblemático também para as os movimentos de direitos humanos e, certamente, as reflexões de Mbembe serviam adequadamente a nós.

Outro longo e mortal jogo começou. O principal choque da primeira metade do século XXI não será entre religiões ou civilizações. Será entre a democracia liberal e o capitalismo neoliberal, entre o governo das finanças e o governo do povo, entre o humanismo e o niilismo (Mbembe, 2017).

Com lastro nos seus estudos foucaultianos e de todo um conjunto de pensadores sobre o tempo presente, Mbembe³ observava o rosto humanista forjado nas concepções liberais e iluministas, o rosto de um sujeito racional e moral, capaz de escolha, aquele rosto que Foucault já apontava como um demurgo que nasceu velho, a desvanecer, apagar, desfigurar como areia na orla do tempo. Em seu lugar, restaria o consumidor deliberante, imediatista, eleitor de suas vontades pessoais, irrefletidas, restaria um sujeito descompromissado com seus pares e com os outros – aqueles diferentes de nós.

Fugaz, instantâneo e repentino, o gozo nunca basta. “O homem contemporâneo sabe o que é consumir e está numa relação na qual parece ter sido engolido pelo consumo e pelo gozo, não constituindo essa separação que lhe permite sustentar um desejo” (Lebrun, 2007). Por isso, o homem contemporâneo está aprisionado no presente: sem passado – sem memória; sem futuro – sem compromissos e responsabilidades.

Sem memória e sem responsabilidades, o sujeito contemporâneo se esgota, se arrisca pelo gozo⁴ e pulsa de morte. Para além de um campo psicana-

³ “A noção humanística e iluminista do sujeito racional capaz de deliberação e escolha será substituída pela do consumidor conscientemente deliberante e eleitor. Já em construção, um novo tipo de vontade humana triunfará. Este não será o indivíduo liberal que, não faz muito tempo, acreditamos que poderia ser o tema da democracia. O novo ser humano será constituído através e dentro das tecnologias digitais e dos meios computacionais” (Mbembe, 2017).

⁴ Acerca desta questão do prazer extremo a qualquer preço, Charles Melman dirá: “Gozar a qualquer preço. Quaisquer que sejam as consequências, mesmo em prejuízo à própria vida. Isso

lítico, mas enveredando pelo campo social e político, fica evidente “a crescente posição anti-humanista que agora anda de mãos dadas com um desprezo geral pela democracia. [...] sob as condições do capitalismo neoliberal, a política se converterá em uma guerra mal sublimada” (Mbembe, 2017). O sujeito contemporâneo faz da guerra seu gozo. Como consumidor, parece se desvencilhar de qualquer constrangimento.

Esta será uma guerra de classe que nega sua própria natureza: uma guerra contra os pobres, uma guerra racial contra as minorias, uma guerra de gênero contra as mulheres, uma guerra religiosa contra os muçulmanos, uma guerra contra os deficientes (Mbembe, 2017).

Ora, o tempo presente é o tempo da metáfora se transformar numa realidade bruta, o excesso do explícito. As forças que permitiram a eleição em 2018 do atual governo no Brasil, na sequência dos acontecimentos de rompimento institucional de 2016, já apontavam para o esgotamento de valores humanistas e democráticos. Mas a pandemia agudizou ainda mais essa condição, ampliando os sentimentos de fracasso, desunião, falta de pertencimento, iminência da morte e precariedade da vida.

Viver uma pandemia é algo inimaginável⁵, é algo ainda indizível. Estamos no meio dela sem controle das questões, porque uma pandemia é exatamente a perda de qualquer controle sobre a vida, sobre a difusão do vírus, sobre as condições de proteção. Por todos os lados perdemos vidas, quer em famílias que dispunham de acesso à saúde e condições econômicas, quer, sobretudo, entre a população desamparada de tantos direitos. A pandemia, tal como a guerra, faz da morte um signo do tempo presente, a medida central de todas as coisas. Com a pandemia, normalizamos⁶ avaliar dias melhores e piores por número de mortes, ouvimos em declarações de chefes de estado que não havia o que fazer, um dia todos iriam morrer: “e daí?”.

Nos parece então que, inevitavelmente, o diagnóstico de Mbembe do fim da era do humanismo e desse projeto civilizatório havia se transformado na

não é mais um fator primordial. Então, somos forçados a dizer que estamos à mercê da perversão, se não, da prioridade concedida ao gozo e ao objeto do gozo quaisquer que sejam as condições éticas que possam ser associadas a ele” (Melman, 2018).

⁵ Imagine que se usávamos o termo pandemia como um termo metafórico: “Isso aqui virou uma pandemia”, “parece uma pandemia” e coisas desse tipo.

⁶ Ouvimos da elite empresarial a sugestão de que alguns “CPFs poderiam se sacrificar e morrer para que CNPJs não morressem”.

descrição do que vivíamos. A pandemia só ampliava os efeitos de uma política neoliberal.

Esse diagnóstico, no entanto, não cabe somente a Mbembe. Ainda que bastante criticados em suas bases, estudos começaram a surgir na França em torno da colapsologia⁷, de criação de uma disciplina que pense o colapso como algo inevitável, o colapso da civilização como inevitável, não no sentido de anunciar o fim dos tempos, mas desses tempos.

A pandemia se torna, então, um signo do século. Não apenas desses primeiros 20 anos, mas conviveremos com seus efeitos, sequelas, com novas pandemias e com novas catástrofes, em dimensões mundiais, em dimensões coletivas que nos imporão diversos desafios. Um deles, que sempre esteve em curso, o desafio de pensar os direitos humanos.

3 DIREITOS HUMANOS: A URGÊNCIA DE PENSAR O PRESENTE

O desafio que tínhamos em relação aos direitos humanos, para além de pensá-los como categoria, era aquele de garantir uma condição mínima de realização desses direitos, ainda que, desde seu nascedouro, com críticas absolutamente contundentes acerca do próprio projeto civilizatório (direitos humanos para quem?). A pandemia tornou qualquer direito mais necessário. Os direitos humanos passaram a ser a urgência de pensar o presente. Sobreviveremos?

Essa questão, colocada para cada um dos indivíduos, recoloca as questões no próprio direito. “É filosofia o deslocamento e a transformação dos parâmetros de pensamento, a modificação dos valores recebidos e todo o trabalho que se faz para pensar de outra maneira, para fazer outra coisa, para tornar-se diferente do que se é” (Foucault, 2005, p. 305).

Permaneço permanentemente provocada por Foucault⁸, especialmente na sua demarcação sobre as questões éticas, sobre a subjetividade, sobre as tecnologias de si. Portanto, nesse *insight* foucaultiano – da urgência de pen-

⁷ “A ideia de ‘colapsologia’ começou a se popularizar em 2015 com o lançamento do livro *Comment Tout Peut S’effondrer (Como Tudo Pode Desmoronar)*, em tradução livre, do engenheiro agrônomo Pablo Servigne e do pesquisador Raphaël Stevens. Na obra, que virou um best-seller na França, eles definem um novo objeto de pesquisa: o colapso do mundo. Baseados em estudos científicos multidisciplinares bastante pessimistas sobre questões climáticas, escassez energética e penúria de alimentos, eles alertam para um cenário preocupante [...]” (“Colapsologia” [...], 2019).

⁸ Conferir nossa tese de doutoramento publicada: REBOUÇAS, G. **Tramas entre subjetividades e direito: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

sar o presente –, é preciso encarar o desafio filosófico não apenas enquanto diagnóstico, mas também, para mim, como busca dos escapes, das fugas, das alternativas, em pensar no que é possível pensar e para construir uma realidade diferente do que está dada. “Trata-se, em suma, de transformar a crítica exercida sob a forma de limitação necessária em uma crítica prática sob a forma de ultrapassagem possível” (Foucault, 2005, p. 347).

Em suas *Ideias para Adiar o Fim do Mundo*, Ailton Krenak já havia alertado:

Tem gente que fica muito confortável se contorcendo, fazendo yoga, ou ralando no caminho de Santiago, ou rolando no Himalaia, achando que com isso ele tá se elevando e, na verdade, o que ele tá fazendo é só uma fricção com a paisagem. Isso não vai fazer ninguém sair do ponto morto. Então é uma provocação acerca do egoísmo. **Eu não vou me salvar sozinho de nada! Eu não tenho fuga. Nós estamos todos enrascados.** E eu acho que seria irresponsável ficar dizendo para as pessoas que se nós economizarmos água ou se a gente só comer orgânico, ou andar de bicicleta, nós vamos diminuir a velocidade com que nós estamos comendo o mundo (Krenak, 2020 *apud* Gitti, 2020) (grifos do autor)

Portanto, a urgência de pensar o presente é a urgência de pensar a sobrevivência não só de uma teoria dos direitos humanos, mas de suas próprias condições de possibilidade. O que temos agora é a urgência de pensar a vida e esse modelo de sociedade que foi estruturada em torno do direito como repressão. Então as promessas civilizatórias dos direitos humanos são promessas muito pouco realizadas e agora absolutamente em xeque.

É preciso notar que a lógica neoliberal importa em um apagamento do próprio Direito. Seu contorno vai sendo borrado, margens turvas que não permitem vê-lo com clareza, são imagens conectadas com o diagnóstico lançado de um humanismo que se esvai. Na perspectiva neoliberal, onde tudo é monetizado, cada vez mais a resposta do sistema de justiça é uma resposta indenizatória: tudo é reduzido a um valor.

Assim, uma série de direitos que sinalizavam um projeto de vida segura, um projeto de vida boa, também são reduzidos à lógica da compensação financeira, ou do risco de satisfazer o agora, já que, sem futuro (ou normalizando a iminência da morte), vale o instante e mais nada. Podemos citar, nesse caldeirão, a transformação do fundo de garantia do trabalhador (um direito de seguridade social, para um futuro momento de desemprego, para aquisição de uma moradia ou para um tratamento médico de graves enfermidades) no so-

corro momentâneo de uma população endividada, o trabalho intermitente, a “uberização” de todos os serviços. Podemos citar também a transformação dos sistemas de saúde (públicos e privados, através dos planos de saúde que garantiam o atendimento) em seguros de saúde (que garantem um reembolso ou um ‘prêmio’ – compensação financeira). Durante a pandemia, uma falsa dicotomia entre saúde e economia sugeriu que para garantir a vida, o isolamento não poderia ser alternativa para a massa de trabalhadores. Ou seja, nessa perspectiva neoliberal, o direito vale muito pouco, e vale somente para alguns poucos.

Somadas a essa realidade que corria e corre velozmente, a pandemia catalisou ainda mais as questões existenciais, da urgência, do agora, de sobreviver, do medo da morte. Perdemos colegas em muitos programas, familiares, conhecidos. Fomos afetados sensivelmente por uma mudança no campo do trabalho, por uma mudança nas relações de consumo. O mundo virtual se tornou nosso mundo normalizado, do qual saímos, eventualmente, para ainda cumprir necessidades fisiológicas, para escapar, digamos, mas sempre vigiados: estamos mais do que nunca dentro da Matrix. Este mundo afeta existencialmente nossas vidas e nossa própria percepção do tempo. Na rede, no virtual, não há tempo, não há hora. Kairós se fragmenta e Chronos se anula. Vivemos de múltiplos e infinitos acontecimentos (e não de acontecimentos significativos) e não compartilhamos (vivemos juntos) o momento. Alguém posta, depois alguém vê. Reage. Excita. Esquece. TikTok. Não há noite, não há dia. Não há domingo. Há o sempre, o agora. Tudo e nada. Ninguém se importa, não se esquece. Viver é impossível. Um gozo permanente. Cansaço. A guerra declarada contra os pobres, as mulheres, indígenas e quilombolas, contra a população LGBTQ+, contra o Sul, todo o devir negro. Fazer morrer, deixar morrer, escolher quem morre. Viver sufoca.

Diante do trágico, o compromisso da sobrevivência não é um exagero, é uma necessidade. Se a Matrix se mostra assim inevitável, a pergunta agora é como sair dela. Como colocar limites, como retomar seu lugar de técnica, artefato e retirá-la do controle e vigilância de nossas vidas, para que possamos retomar a ação como sujeitos de liberdade.

Então há de fato uma série de questões que nos obrigam a pensar na urgência dos direitos humanos. Como pesquisadora, tenho pensado nas estratégias ou compromissos de pesquisa para recolocar uma discussão sobre direitos humanos a partir desse cenário, dessas vivências e sensibilidades. Não os estou inventando, são todos pressupostos conhecidos há muito tempo, enunciados por vozes e intelectuais potentes: Lélia Gonzales (1983), Ângela Davis (2016), Boaventura de Sousa Santos (2020), Herrera Flores (2009), Ailton Krenak (2019),

Viveiros de Castro, tantos outros e outras; mas, sinceramente, que precisam ser levados mais a sério, levados como pressupostos estruturantes da pesquisa e do direito: (i) interdisciplinaridade como ponto de partida (ii) interseccionalidade (gênero, classe e raça); (iii) resgate da dimensão radical da crítica; (iv) ativação de um novo imaginário para os direitos humanos.

A interseccionalidade, por exemplo. A pandemia, em si, não nos ensina. Ninguém aprende com a morte de si e dos outros. A pandemia e a morte são eventos dolorosos. Mas eles nos colocam com muita clareza que as questões são interseccionais (Gonzalez, 1983; Davis, 2016; Almeida, 2018), que não dá para trabalhar gênero sem classe, sem raça, sem cultura. Não dá para trabalhar sem uma dimensão geopolítica, sem considerar as questões na sua complexidade.

Também não dá mais para optar pela interdisciplinaridade como apenas um ponto de partida elegível. Nós vimos o quanto no *rush* do desespero, do início da pandemia, o quanto foi necessário compreendermos um pouco de todas as áreas, o quanto foi extremamente necessária a interdisciplinaridade na construção das soluções, na construção das alternativas (Santos, 2020).

Em relação ao resgate da dimensão radical da crítica: não dá mais para nos mantermos no direito ou nos direitos humanos com discursos de contemporizar. Precisamos assumir esses discursos como nossas práticas, nos colocando nesse lugar como afetados por essas políticas e não apenas os outros, ainda que estejamos aqui na posição de bastante privilégio. Ou nós resgatamos essa dimensão radical da crítica e nos colocamos ideologicamente também com coragem ou não sobreviveremos (Krenak, 2019). Não dá mais para não se afetar, não se ver como afetado. Um exemplo muito singelo: posso dizer, como já disse – tudo bem, oriento, ainda que contra ideologicamente algumas questões. Penso que não dá mais: precisamos nos posicionar, assumir a responsabilidade por essas posições.

E nesse sentido, é necessário ativar um novo imaginário para os direitos humanos, já que o campo dos direitos humanos tem sido muito complacente com suas próprias violações. O diagnóstico do Mbembe parece ser um diagnóstico de algo que já aconteceu. O humanismo, tal como inventamos há dois séculos aproximadamente, essa figura redentora de um progresso feliz, se nunca se realizou como experiência comum, até mesmo como projeto chegou ao fim. É preciso, então, recolocar, ressignificar, reinventar. Estão aí todas as metáforas dos autores críticos⁹. Ativar também por outras sensibilidades, projetando for-

⁹ Cf. Herrera Flores (2009), Sánchez Rubio (2007), Dussel (1995).

ças, nos colocando e andando no mundo, entre as pessoas, de modo radicalmente diferente¹⁰.

4 UM POUCO MAIS...

Antes de nós, Jean Carlos Dias havia aberto a mesa com reflexões acerca da atuação do Judiciário durante a pandemia. Após nossa intervenção, a mesa prosseguiu com as falas dos colegas Jean-François Deluchey (2017, 2020) e Marco Rolim (2023). Mais apontamentos sobre necropolítica, conjuntura política brasileira, democracia e direitos humanos, sobre a forma como os governos mundo afora enfrentaram a pandemia com discursos absurdos e negacionistas.

O debate foi aberto e a atuação dos jovens foi mencionada, como uma possibilidade. Instada a falar, lembrei imediatamente que, naqueles dias, a vacinação tinha chegado aos jovens. Precisávamos nos conectar sempre às novas gerações, porque elas são essenciais na radicalização da mudança. Mas também reconhecer o Brasil que dá certo: muitos dos jovens que aguardavam para tomar sua primeira dose, traziam consigo uma caderneta de vacinação que começou a ser preenchida ao nascer. Um documento, sabemos, com dezenas de doses de diferentes imunizações, guardado com muita importância provavelmente pelas mulheres mães, avós, cuidadoras, um documento que é o testemunho de um Sistema Único de Saúde¹¹, que é uma das políticas mais bem-sucedidas desse Brasil. Naquele papel diversas vezes carimbado, a prova cabal das últimas duas décadas de políticas públicas em saúde coletiva, em vacinação, um histórico muito grande de um esforço muito grande desse Brasil nação de fazer as coisas avançarem.

¹⁰ Já apontávamos essa necessidade antes da pandemia, quando, pensando a partir da constituição do sujeito em Foucault, problematizávamos o campo dos direitos humanos: “No debate discursivo e ideológico, a teoria crítica dos direitos humanos, com sua ênfase na emancipação e resistência dos grupos oprimidos em constituir as condições para uma vida melhor e mais digna, encontra nas denúncias e escavações de Foucault sobre a subjetividade um reforço aos seus fundamentos, colocando para os direitos humanos o desafio de experimentar uma dimensão ética e política diferente, comprometida no campo da imanência, da ação, da vida, e não mais no campo puramente normativo. Porque os direitos humanos podem ser, para além de cartas e tratados, a realização de vidas emancipadas” (REBOUÇAS, 2015, p.60)

¹¹ “O Sistema Único de Saúde (SUS) mostrou sua resiliência, e o compromisso e a dedicação dos profissionais de saúde se revelaram em toda a sua grandeza e generosidade [...]. A existência do SUS é um fator fundamental no processo de construção de um país efetivamente desenvolvido, sendo um contraponto à disseminação de uma visão da saúde vista como mercadoria ou bem a ser comprado no mercado de acordo com a capacidade de gasto de famílias ou empresas. Mas nos últimos anos assistimos a várias iniciativas de flexibilização do mercado de planos e seguros” (Temporão, 2021, p. 8).

Então há um Brasil que dá certo, diversas experiências bem-sucedidas no campo da educação, da saúde, do trabalho, da seguridade, da cultura, um Brasil que resiste e que luta, que trabalha e cuida, um Brasil que ama. É desse Brasil também que a gente precisa falar. E é contra esse Brasil que Deluchey fala que se estabeleceu a guerra. Sem esse Brasil, ainda mais mortes teriam acontecido. A vacinação veio tardia, essa história de 2021 poderia ser muito diferente se em novembro de 2020 nós tivéssemos um Plano Nacional de vacinação para a Covid-19¹², se tivéssemos priorizado a compra de vacinas, mas como Marcos Rolim falou, sequer tínhamos, enquanto governo, comprado as seringas. Quando chegou a vacina, usamos os critérios de priorização da campanha de imunização do H1N1, ou seja, usamos um plano de uma década atrás, que já existia, que foi feito por governos anteriores em relação a outra doença. Então há um Brasil que dá certo, que é possível, mas contra quem se estabeleceu uma guerra, necropolítica.

É preciso ouvir essas gerações e protegê-las também, porque elas estão na linha de frente não apenas do combate, como protagonistas da mudança, mas da ameaça em relação ao futuro, de se tornarem adultos, de assumirem o país. Temos que reforçar o compromisso das gerações atuais que estão nas instituições com essas gerações que virão. Aquela cena dos jovens com seus cartões de vacinação, fila imensa de pessoas que queriam se vacinar, apesar de tanta desinformação, de tanto desgoverno, de tanta ameaça, apesar do perigo, a vontade de sobreviver me emocionou, porque nós podemos muito mais, nós somos muito capazes, mas estamos no meio dessa guerra, sem dúvida, estamos anestesiados, estamos enfrentando essa guerra, então é preciso se posicionar.

Se nós estamos vivendo um Brasil da morte, da dor, do sofrimento, há também um Brasil da vida, do cuidado, da esperança, que vale à pena, vale o esforço, vale nossa luta e nossa dedicação. Brasil dentro do Brasil que resistem

¹² A esse respeito, conferir Temporão (2021, p. 6): “a autoridade sanitária e o próprio presidente da República atuaram através da disseminação ampla (com apoio de médicos e entidades médicas) de que teríamos um tratamento precoce para manutenção a doença com medicamentos como hidroxicloroquina, ivermectina e antibióticos. Isso disseminou na população uma falsa segurança responsável por estimular as pessoas a assumirem situações de risco e de vulnerabilidade, o que foi responsável por muitos óbitos. Na contramão de todo o mundo vivemos uma mistura de guerra cultural (não use máscaras) com anticiência (‘tratamento precoce’, defendida por grupos marginais dentro da categoria médica) e racionalidade epidemiológica distorcida sobre a dinâmica das epidemias (atingiríamos a imunidade de rebanho e vida que segue). Mas não se trata de uma atuação equivocada, desastrada, fragmentada ou incompetente do presidente e do governo federal como um todo, mas de uma atuação pautada por uma lógica perversa. Existe, portanto, um método que começa com um diagnóstico onde são tomadas medidas e decisões nas áreas sanitária, econômica, social e médica que resultam nos óbitos registrados até agora”.

e inventam, na prática, possibilidades para os direitos humanos e para políticas do bem viver. O que se espera de nós é coragem.

REFERÊNCIAS

“COLAPSOLOGIA”, a nova teoria do fim do mundo, ganha cada vez mais adeptos na França. **UOL**, 16 jun. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2019/06/26/colapsologia-a-nova-teoria-do-fim-do-mundo-ganha-cada-vez-mais-adeptos-na-franca.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 19 fev. 2024.

ADORNO, Theodor W. O ensaio como forma. *In*: COHN, Gabriel. **Theodor W. Adorno sociologia**. São Paulo: Ática, 1986. p. 167-187.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

DAVIS, Angela, **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELUCHEY, Jean François Y. Os direitos humanos entre polícia e política. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 1, p. 196-228, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/XSqyWRNg6MFjH6zHGnKYhmK/>. Acesso em: 19 fev. 2024.

DELUCHEY, Jean Francois Y.; DIAS; Bárbara L. C. V. The ‘Total Continuous War’ and the covid-19 pandemic: neoliberal governmentality, disposable bodies and protected lives. **Law, Culture and the Humanities**, p. 1-18, nov. 2020.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão**. São Paulo: Paulus, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

GITTI, Gustavo. Ailton Krenak sobre como adiar o fim do mundo. **O lugar**, 2020. Disponível em: <https://olugar.org/ailton-krenak-sobre-como-adiar-o-fim-do-mundo/>. Acesso em: 10 set. 2021.

GONZALES, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. *In*: SILVA, Luiz Antônio Machado *et al.* **Movimentos sociais urbanos, minorias étnicas e outros estudos**. Brasília: ANPOCS, 1983. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4130749/mod_resource/content/1/Gonzalez.Lelia%281983-original%29.Racismo%20e%20sexismo%20na%20cultura%20brasileira_1983.pdf?fbclid=IwAR3Wk1L87iUuFI0cm4aNWXXWvCb-1mr-ND1JRZTY8ZzJdhrabW0rcY_WkFM. Acesso em: 19 ago. 2022.

HERRERA FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LEBRUN, Jean-Pierre. O homem contemporâneo não sabe o que é desejar, só sabe o que é consumir. Entrevista especial com Jean-Pierre Lebrun. **Revista Ihu On-Line**, 16 maio 2007. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/7194-%60o-homem-contemporaneo-nao-sabe-o-que-e-desejar-so-sabe-o-que-e-consumir%60-entrevista-especial-com-jean-pierre-lebrun>. Acesso em: 19 ago. 2022.

MBEMBE, Achile. A era do humanismo está terminando. **Revista Ihu On-Line**, 24 jan. 2017. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/186-noticias/noticias-2017/564255-a4-chille-mbembe-a-era-do-humanismo-esta-terminando>. Acesso em: 10 set. 2021.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. 3. ed. São Paulo: N-1 edições, 2018.

MELMAN, Charles. Charles Melman: o prazer extremo a qualquer preço. **Fronteiras do Pensamento**, fev. 2018. Disponível em: <https://www.fronteiras.com/leia/exibir/charles-melman-o-prazer-extremo-a-qualquer-preco>. Acesso em: 19 ago. 2022.

REBOUÇAS, Gabriela M. O avesso do sujeito: provocações de Foucault para pensar os direitos humanos. **Opinião Jurídica**, Medellín, v. 14, n. 28, p. 45-62, jul./dez. 2015. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1692-25302015000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 19 ago. 2022.

REBOUÇAS, Gabriela M. **Tramas entre subjetividades e direito**: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ROLIM, Marcos. Guerreiros ou guardiões? Notas sobre o conceito de polícia. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 248-269, 2023. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/57448>. Acesso em: 19 fev. 2024.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Repensar derechos humanos**: de la anestesia a la sinestesia. Sevilla: MAD, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra, PT: Almedina, 2020.

TEMPORÃO, José G. As pandemias de H1N1 (2009) e de covid-19 (2020) no Brasil: uma visão comparativa. **Cadernos de História da Ciência**, v. 15, n. 1, p. 1-19, 2021. Disponível em: <https://periodicos.saude.sp.gov.br/cadernos/article/view/36746>. Acesso em: 20 ago. 2022.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Tradução de José Arthur Giannotti. São Paulo: Editora Nacional, 1968.

CAPÍTULO II

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DAS CRIANÇAS À VIDA DIGNA E O DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO DAS FUTURAS GERAÇÕES

Raquel Viegas Carvalho de Siqueira Biscola¹

Livia Gaigher Bósio Campello²

1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente em que vivemos é imprescindível a todos os seres humanos para garantir o pleno gozo de muitos direitos, tais como à vida, saúde, alimentação, água e saneamento. Sem um meio ambiente saudável podem não ser acessíveis sequer padrões mínimos de dignidade humana. Com efeito, proteger os direitos humanos é proteger o meio ambiente, conforme apontado por recente relatório das Nações Unidas, o qual bem observou que muitos Estados, atualmente, incorporaram o direito ao meio ambiente saudável em suas constituições, mas inúmeras questões sobre a relação entre os direitos humanos e o meio ambiente permanecem sem resposta e requerem um exame mais aprofundado.

Em relatório recente sobre o direito ao meio ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável, apresentado à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), observa-se que a ecologização de direitos humanos, como os direitos à vida, saúde, alimentação, água, habitação, cultura, desenvolvimento, propriedade, lar e vida privada contribuem para melhorias na saúde e no bem-estar das pessoas em todo o mundo. Com essa perspectiva, assim como em muitos outros países, a Constituição brasileira prevê que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do

¹ Mestranda no Programa de Mestrado em Direitos Humanos na Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: Liviagaigher@gmail.com

² Professora da graduação e do Programa de Mestrado em Direitos Humanos na Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: raquelvcisqueira@yahoo.com.br

povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Portanto, está expresso o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sua correspondente obrigação de preservação para as presentes e futuras gerações, sendo as crianças emblemáticas destas.

São as crianças afetadas de forma desproporcional pelos danos causados ao meio ambiente, em um período único e curto de desenvolvimento físico e mental que se dá na infância, em especial entre o nascimento e os 5 (cinco) anos. Elas também possuem menos mecanismos para se recuperarem de traumas psicológicos a que possam ter sido submetidas, tais quais após eventos climáticos extremos, os quais podem ocasionar prejuízos aos seus familiares ou mesmo a morte de entes queridos, ou separá-las de suas famílias. Alguns grupos de crianças, como meninas, indígenas, crianças com necessidades especiais e aquelas sujeitas à pobreza, enfrentam o maior risco de todos os grupos.

São, portanto, as crianças extremamente vulneráveis às alterações ocorridas no meio ambiente e sujeitos do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de que possam desenvolver plenamente suas potencialidades cognitivas, físicas e psicológicas.

Com esse enfoque, o presente trabalho pretende abordar a efetividade do direito humano das crianças ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito de terceira geração com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e na equidade intergeracional. Desse modo, será apresentado o contexto da crise ambiental global como resultado da intervenção humana no meio ambiente e seus impactos sobre as necessidades básicas humanas. Em seguida, será abordado o princípio da dignidade humana em seu conteúdo e importância para a conformação dos direitos das crianças. Também será analisado o direito humano ao meio ambiente na qualidade de direito das futuras gerações, com enfoque nos desafios para sua concretização.

2 ALGUMAS NOTAS SOBRE A CRISE ECOLÓGICA GLOBAL

Inúmeras alterações no meio ambiente decorrentes da ação humana foram constatadas pela comunidade científica mundial. A mudança climática antropogênica é a maior e mais difundida ameaça ao ambiente natural e aos direitos humanos do nosso tempo e já começou a ter impactos ambientais de longo alcance, inclusive em recursos naturais e processos ecológicos que dão suporte ao acesso à água limpa, à comida e a outras necessidades humanas bá-

sicas, impactos que, combinados com danos diretos às pessoas, propriedades e infraestrutura, representam uma séria ameaça ao gozo e exercício dos direitos humanos em todo o mundo (United Nations Environment Programme, 2015).

Esses impactos negativos representam uma ameaça direta à vida humana e à segurança, não apenas uma possibilidade futura abstrata. Com efeito, é necessário conferir maior proteção para grupos específicos, por serem mais vulneráveis, dentre os quais as crianças (United Nations Environment Programme, 2015).

Existe uma tradição, na modernidade ocidental, de dualismo entre homem e natureza, bem como de interdependência, na qual a natureza é reduzida e submetida ao ambiente humano. Em diversos momentos históricos da modernidade, a natureza foi tratada pela lógica racional e pelas diversas formas econômicas de apropriação e de transformação a serviço do desenvolvimento humano, pela dinâmica de exploração dos recursos e dos bens comuns da natureza, em um processo monocultural e antropocêntrico de colonização (Wolkmer; Wolkmer, 2014a).

Esse cenário começou a sofrer mudanças a partir das décadas de 60 e 70, com as conferências das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Estocolmo, em 1972, e Rio de Janeiro, em 1992) e com os estudos da Ecologia, que despertaram a consciência para a urgência da crise ambiental, da ameaça sobre a biodiversidade, das mudanças climáticas e das alternativas para a sustentabilidade (Wolkmer; Wolkmer, 2014a).

A crise ecológica global decorre da intervenção humana no meio ambiente. Não há dúvidas de que os problemas referentes às mudanças climáticas foram ocasionados pela atividade antrópica, a qual gerou consequências inestimáveis e um risco tanto para o ser humano quanto para todas as formas de vida existentes no planeta (Campello; Calixto, 2017).

No século XX, a partir da década de 90, à medida que as ações humanas sobre os ecossistemas e contra a vida na terra se tornaram mais evidentes, uma nova abordagem começou a surgir no pensamento social sobre o papel do direito como regulador e limitador da atividade antrópica, que defendia a necessidade de se caminhar para uma transição ecológica, em que a vida humana no planeta estivesse mais intimamente relacionada à natureza e à sua proteção – *Earth Jurisprudence*, ou Jurisprudência da Terra (Dalmau, 2019).

Norberto Bobbio, ao discorrer sobre a preocupação com o futuro da humanidade, ressalta três pontos: o aumento cada vez maior e incontrolado da população; o aumento cada vez mais rápido e incontrolado da degradação do ambiente

e o aumento cada vez mais rápido, incontrolado e insensato do poder destrutivo dos armamentos (Bobbio, 2004), previsões que não poderiam ser mais atuais.

Com o individualismo exacerbado (de pessoas, governantes, estados e países), a solidariedade, única alternativa para a efetividade dos direitos humanos atualmente, resta enormemente prejudicada (Bauman, 2001). Nesse ponto, é pertinente a indagação trazida por Ricoeur: como passar do indivíduo qualquer ao indivíduo que é qualquer um de nós? (Ricoeur, 2014).

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DAS CRIANÇAS

Em decorrência da posição central que a noção de dignidade humana desempenha tanto na Carta das Nações Unidas quanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tal conceito se converteu em referência permanente no discurso dos direitos humanos. Seu rol expandiu-se até alcançar o próprio conteúdo de artigos referidos a diversos direitos, tal qual o direito à educação. Kant (1980) esclarece que esse especial título não se origina unicamente de sua condição como ser racional capaz de estabelecer fins e preços às coisas que o rodeiam, mas de sua capacidade para estabelecer e seguir a lei moral. A autonomia e liberdade dos seres humanos como seres racionais não se justifica por haver nascido com dignidade: é a autonomia, a capacidade para estabelecer e seguir a lei moral, que permite dizer que os seres humanos ostentam uma dignidade (Aguirre-Pabón, 2011).

O ser humano deve ser considerado como um fim em si mesmo e, portanto, possui uma dignidade, definida por Kant (1980) como um valor interno absoluto pelo qual essa pessoa pode demandar respeito de todos os demais seres racionais. Essa dignidade lhe dá um título para medir-se a si mesmo em igualdade com eles, mas o objeto de respeito não é simplesmente sua individualidade, senão seu pertencimento a essa especial classificação de seres, os racionais. Se a própria humanidade é dotada de uma dignidade, todo ser que pertença à humanidade terá uma classificação especial que lhe dá um título a uma demanda legítima de respeito pelos outros seres humanos, mas também o submete a um respeito devido a partir de todos os demais, assim como também a si mesmo. As declarações contemporâneas de direitos humanos e as interpretações judiciais parecem ter um sentido diferente de dignidade, que deriva primordialmente da individualidade dos seres humanos e funciona de forma comum como fundamento de direitos fundamentais implicados por tal ideia de dignidade (Aguirre-Pabón, 2011).

Do ponto de vista da filosofia moral de Kant (1980), o termo dignidade não é um elemento moral legitimador do discurso atual dos direitos humanos, pois a compreensão que tem do conceito de dignidade é sociopolítica, estendida, mediante uma analogia, ao âmbito moral. Não obstante, outras influências além de Kant têm contribuído para o desenvolvimento do conceito moderno de dignidade e, apesar da diversidade e complexidade de suas fontes teóricas, a relação entre dignidade e direitos humanos é inegável (Aguirre-Pabón, 2011).

Nem todos os indivíduos sabem que possuem certos direitos e que estes devem ser respeitados, tampouco conhecem o conteúdo e a importância dos direitos humanos. É preciso compreender o que significam os direitos humanos, que podem ser definidos como princípios ou valores que permitem a uma pessoa afirmar sua condição humana e participar plenamente da vida. Aplicam-se a todos os homens e servem para protegê-los de tudo que possa negar sua condição humana; para assegurar ao homem o exercício da liberdade, a preservação da dignidade e a proteção da sua existência. São essenciais a uma vida digna (Pequeno, 2016).

Fundamentos dos direitos humanos são a sua natureza ou razão de ser. Mesmo que não seja possível afirmar a existência de um fundamento absoluto que possa garantir a efetivação dos direitos humanos, já que a noção do que vem a ser dignidade pode mudar no tempo e no espaço, é possível considerar que sempre haverá uma ideia, um valor ou princípio que poderá definir a natureza própria do homem. Assim, o fundamento dos direitos humanos é a essência que torna humano o nosso ser. Muitos sequer consideram possível a definição de um fundamento único capaz de fazer a todos superarem a diversidade de culturas, hábitos, costumes, convenções e comportamentos próprios às inúmeras sociedades, como que se impõe reconhecer que cada cultura poderia definir, a partir de seus valores ou hábitos, a definição da essência do homem (Pequeno, 2016).

A ideia de dignidade deve garantir a liberdade e a autonomia do sujeito, noção que permite afirmar que todo ser humano tem um valor primordial, independentemente de sua vida particular ou de sua posição social. O homem é um ser cuja existência constitui um valor absoluto: nada do que existe no mundo lhe é superior ou equivalente. Além disso, a dignidade é um valor incondicional, incomensurável e insubstituível. Possui uma dimensão qualitativa, mas jamais quantitativa, e valor intrínseco (uma pessoa não pode ter mais dignidade do que outra). Apesar de sua indiscutível importância, nem sempre pode ser definida de forma ampla, satisfatória e inquestionável, mas é possível constatar-se quando é negada, violada, esquecida. Não é necessário compreender o que o termo significa para proteger os que têm sua dignidade ameaçada (Pequeno, 2016).

O respeito, a garantia e a promoção da dignidade é um processo que envolve avanços e conquistas, mas também está sujeito a recuos e fracassos, razão pela qual é necessário que o tema da dignidade humana esteja sempre presente no cotidiano das pessoas, seja como objeto de reflexão e discussão ou como motivo para uma prática de respeito ao direito alheio. O homem é um ser em construção que pode ser melhorado; sua existência é resultado dessa busca de aperfeiçoamento e da sua capacidade de superar os instintos egoístas e nocivos à vida em sociedade. É, portanto, possível defender e promover a dignidade do indivíduo mediante meios educativos apropriados, como através de uma educação orientada para os direitos humanos, que seja apta a prepará-lo para o exercício da cidadania e para o reconhecimento da dignidade que define sua natureza e condição (Pequeno, 2016). Vê-se de tais considerações que o princípio da dignidade da pessoa humana aplica-se plenamente às crianças.

Conforme a sociedade, faz-se a periodização da vida humana, a qual, assim como a classificação da faixa etária, relaciona-se à socialização e sociabilidade de cada contexto cultural. A divisão etária mais conhecida dá-se em infância, adolescência, juventude, vida adulta e velhice, fases que nem sempre são regidas pelas mudanças fisiológicas, apesar de serem marcadores em muitas sociedades. A Escola Norte-Americana de Personalidade e Cultura demonstra que as condutas dos indivíduos, em cada fase da vida, não são universais nem complementos invariáveis da natureza humana. O significado de ser criança varia conforme onde ela se encontra geograficamente. As ações, as emoções, o modo de senti-las e o contexto em que são sentidas não são noções universalizantes, determinadas pela natureza humana, mas sim construtos sociais de determinado contexto social, cheios de valores, crenças e regras de dada cultura. O que é universal é a diversidade cultural, a capacidade de produzir cultura e de transmiti-la de geração a geração, com mudança de acordo com a época de seus significados e valores (Pinezi; Lidório, 2012).

Nesse sentido, ser criança, com sua caracterização e fronteiras com outras idades, é um conceito mutável historicamente, variado, que carrega uma pluralidade de aspectos enraizados local e culturalmente. Em grande parte das sociedades ocidentais, a criança é pensada linearmente, no futuro, como um “devir”, uma potencialidade para um adulto, perspectiva que reduz a infância a um momento transitório, em sua dimensão futura, e ignora o dinamismo do ser infantil como o sujeito social que é. Estudos recentes sobre antropologia demonstram que as crianças são capazes de formulações sobre o mundo social, logo, a antropologia da infância acena para “a necessidade de enxergar a criança como um ser social ativo no processo de socialização”. De fato, é a criança “capaz de produzir e modificar a cultura”, e não somente de imitar os adultos (Pinezi; Lidório, 2012, p. 68).

A noção de criança, de vida e de existência passa por transformações em uma sociedade. Alguns membros podem ser os “desviantes” ou esse “outro de dentro”, que pode ser quem também leva sua sociedade à reflexividade e, em dado contexto histórico, quem dispara e reforça o processo de mudança. “Reconhecer esse ‘outro de dentro’ talvez seja ainda mais doloroso do que reconhecer o ‘de fora’” (Pinezi; Lidorio, 2012, p. 75).

Impõe-se destacar a empatia com o outro que amamos e que vive uma situação diversa, sendo cabível a reflexão do direito das crianças ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por serem emblemáticas das futuras gerações. Observe-se, por fim, dado o dinamismo dos direitos humanos e das relações sociais e sua dimensão cultural, que o reconhecimento é uma reivindicação sem fim (Ricoeur, 2007), noção exposta na teoria da dinamogênese dos direitos humanos (Rocasolano; Silveira, 2010).

Qualquer sociedade é capaz de implementar mudanças para buscar o bem-estar dos indivíduos e da coletividade. Essa via parece ser difícil, mas também a que valoriza a diversidade cultural e a considera como um elemento de saúde para todas as sociedades que, em intenso contato entre si, podem construir, desconstruir e reconstruir sua identidade cultural, em um processo dinâmico e de reciprocidade, sem que sua cultura se torne um fragmento de elementos culturais emprestados, mas que reconheça a circulação e o aspecto mutante dos significados, sem prescindir do respeito à pessoa humana, de qualquer status social e/ou etário (Pinezi; Lidorio, 2012).

Considerando-se que ser criança, com sua caracterização e fronteiras com outras idades, é um conceito mutável historicamente, variado, que carrega uma pluralidade de aspectos enraizados local e culturalmente, pois as crianças são capazes de formulações sobre o mundo social, vê-se a necessidade de conferi-las todas as ferramentas necessárias para seu desenvolvimento, mormente o meio ambiente sadio, *conditio sine qua non* para todas as suas demais potencialidades.

4 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO HUMANO DAS FUTURAS GERAÇÕES

Os direitos humanos, em toda sua complexidade, apontam para um espaço de “u-topia”, ou de “eu-topia” (de bom lugar) que funciona como um horizonte, o qual nunca poderá ser alcançado, pois sempre está mais além. Sem ele, porém, não saberíamos sequer para onde ir. Após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, vários pactos e protocolos internacionais foram assinados,

tendo a quantidade de direitos neles previstos se desenvolvido de acordo com três tendências: universalização, multiplicação e diversificação. De acordo com a última, as Nações Unidas definiram melhor os titulares dos direitos, de modo que a pessoa humana não mais foi considerada de forma abstrata e genérica, mas na sua especificidade e nas suas diferentes maneiras de ser, tendo sido abrangidas as crianças (Tosi, 2016).

Existem controvérsias quanto a considerar como direitos “efetivos” os de terceira e quarta geração, já que não existe um poder que os garanta. Assim, não se trata apenas de “direitos”, no sentido estritamente jurídico da palavra, mas de um conjunto de “valores”, que envolvem várias dimensões. Dentre tais dimensões, destaca-se a educativa, por ser o homem um ser que deve ser educado pela sociedade. Dessa forma, a educação para a cidadania constitui uma das dimensões fundamentais para a efetivação dos direitos, tanto na educação formal quanto na informal ou popular e nos meios de comunicação (Tosi, 2016).

Atualmente, há um consenso de que as normas de direitos humanos se aplicam às questões ambientais, inclusive o direito das futuras gerações a um ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável. São princípios estruturais sobre direitos humanos e meio ambiente que estabelecem três conjuntos de deveres que envolvem: obrigações procedimentais, obrigações substantivas e obrigações relativas a pessoas em situação de vulnerabilidade (United Nations Human Rights, [2021?]).

De fato, nenhum grupo é mais vulnerável aos danos ambientais do que as crianças. A poluição do ar, da água e a exposição a substâncias tóxicas, juntamente com outros tipos de danos ambientais, causa 1,5 milhão de mortes de crianças menores de 5 anos a cada ano e contribuem para doenças, deficiências e mortalidade precoce ao longo de suas vidas. Além disso, as mudanças climáticas e a perda de biodiversidade ameaçam causar efeitos de longo prazo que afetarão a vida das crianças nos próximos anos. Ademais, as crianças muitas vezes não conseguem exercer seus direitos, incluindo seus direitos à informação, participação e acesso a soluções eficazes (United Nations Human Rights, [2021?]).

Na estrutura das normas de proteção ambiental se apresenta o conceito de equidade intergeracional, muitas vezes também tratado como parte integrante dos direitos humanos e que tem como premissa a crença de que os seres humanos são parte da natureza; que a degradação da natureza tem um efeito direto sobre os seres humanos; que todas as gerações estão inerentemente ligadas umas às outras: presente, passado e futuro; e que não há gerações mais favorecidas – todas

elas estão em posição de igualdade. Outro aspecto fundamental do conceito é que se percebe a comunidade humana como uma parceria entre gerações.

A equidade intergeracional dá origem a três princípios fundamentais. O primeiro é a “conservação das opções”, que exige que cada geração observe a diversidade de seu patrimônio natural e cultural, pois as gerações futuras têm direito a um grau de diversidade comparável ao desfrutado pelas gerações passadas. O segundo é o da “conservação da qualidade”, cuja essência é que a próxima geração deve desfrutar da mesma qualidade do planeta que a geração anterior. Finalmente, o terceiro é o da “conservação do acesso”, segundo o qual cada geração deve proporcionar aos seus membros um direito equitativo de acesso ao legado das gerações passadas e deve conservar esse acesso às futuras gerações (Weiss, 1990).

Em resumo, a ideia de direitos intergeracionais pode ser representada pela afirmação de que cada geração deve passar o planeta em condições não piores do que o recebeu e fornecer acesso equitativo aos seus recursos e benefícios naturais.

É através da educação ambiental que os princípios e diretrizes aptos a efetivar a equidade intergeracional poderão ser concretizados, bem como o próprio direito das crianças ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O primeiro passo é a tomada de consciência da crise ecológica atualmente vivida, fruto do desrespeito à natureza e da atividade antrópica como um todo, típica da visão antropocêntrica verificada nos últimos séculos.

Essa conscientização deverá ser feita através da informação, para a qual precisa haver acesso a todos, em especial às crianças, por meio de seus representantes (pais, escola, comunidade), e de mecanismos de participação ambiental, que é um meio de vivenciar a educação ambiental.

5 DESAFIOS À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DAS CRIANÇAS AO MEIO AMBIENTE

O Conselho de Direitos Humanos reconheceu, através da resolução 28/11 (United Nations, 2015), a necessidade contínua de esclarecer alguns aspectos das obrigações de direitos humanos relativos ao meio ambiente, conforme consta no relatório ao Conselho de Direitos Humanos sobre os direitos das crianças e o meio ambiente (United Nations, 2018). A Iniciativa Global dos Direitos das Crianças promove o direito das crianças ao meio ambiente saudável e sustentável. O relator especial, em colaboração com parceiros, estabele-

ceu um processo de acompanhamento do relatório sobre os direitos da criança e o meio ambiente, com o objetivo de promover ainda mais o direito das crianças a um meio ambiente saudável e sustentável, iniciativa que se baseia em desenvolvimentos recentes e estruturas internacionais, como os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (United Nations, 2018; United Nations Human Rights, 2018).

Essa iniciativa possui pertinência com o presente estudo, vez que tem como objetivo impulsionar o reconhecimento e a implementação do direito das crianças a um meio ambiente saudável e sustentável, ao empoderar crianças e jovens em relação aos seus direitos ao meio ambiente; aumentar a conscientização e a capacitação entre os tomadores de decisão nacionais, regionais e globais sobre a relação entre os direitos das crianças e o meio ambiente, incluindo as obrigações do Estado a esse respeito; reunir as principais partes interessadas e facilitar o diálogo e uma cooperação mais forte em relação ao cumprimento do direito das crianças ao meio ambiente saudável; moldar e garantir o reconhecimento internacional de um conjunto global de princípios orientadores sobre os direitos ambientais das crianças e informar a definição de padrões e o desenvolvimento de políticas em níveis global, regional e nacional (United Nations, 2018).

São feitas, como parte da iniciativa, consultas regionais a fim de reunir crianças, jovens e especialistas para discutir questões ambientais específicas enfrentadas por elas na região e soluções tangíveis para enfrentar esses desafios, bem como consultas digitais, orientação técnica, fornecidas ferramentas de capacitação e realizadas ações de assessoria jurídica para promover o direito das crianças a um ambiente seguro e saudável em fóruns importantes (United Nations, 2018).

Como conclusão do relatório sobre os direitos da criança e o meio ambiente, tem-se que os Estados devem fazer mais para respeitar, proteger e cumprir os direitos das crianças em relação aos danos ambientais. Foram apresentadas, ainda, recomendações específicas, baseadas no trabalho de outros relatores especiais, do Comitê dos Direitos da Criança, OHCHR, Unicef, OMS e muitos outros que enviaram comunicações orais e escritas durante a preparação do relatório (United Nations, 2018).

No que tange aos direitos educacionais e procedimentais das crianças, os Estados devem, entre outras coisas: garantir que os programas educacionais aumentem a compreensão das crianças sobre as questões ambientais e fortaleçam sua capacidade de responder aos desafios ambientais, bem como que os

efeitos das medidas propostas sobre os direitos das crianças sejam avaliados antes que as medidas sejam tomadas ou aprovadas; coletar informações sobre as fontes de danos ambientais às crianças e torná-las publicamente disponíveis e acessíveis; facilitar a participação de crianças nos processos de tomada de decisões ambientais e protegê-las de represálias por sua participação ou de qualquer outra forma de expressar suas opiniões sobre questões ambientais; remover as barreiras que as crianças enfrentam ao acesso à justiça por danos ambientais para o pleno gozo de seus direitos humanos (United Nations, 2018; United Nations Human Rights, 2018).

Ademais, os Estados devem aumentar as obrigações para proteger as crianças de danos ambientais, inclusive garantindo que seus melhores interesses sejam uma consideração primária com respeito a todas as tomadas de decisão que possam lhes causar danos ambientais; adotar e implementar padrões ambientais que sejam consistentes com a melhor ciência disponível e os padrões internacionais de saúde e segurança relevantes. Os Estados nunca devem tomar medidas retrógradas, mas buscar medidas cautelares para proteção contra danos ambientais, especialmente quando houver ameaças de danos graves ou irreversíveis (United Nations, 2018; United Nations Human Rights, 2018).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou evidenciar a importância da preservação ambiental a fim de assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações e para as crianças como emblemáticas destas, além de ser a população mais vulnerável à degradação ambiental. Para tanto, abordou a efetividade do direito humano das crianças ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de terceira geração, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e na equidade intergeracional.

Ressaltou-se a necessidade de que o tema dignidade humana esteja presente no cotidiano das pessoas, como objeto de reflexão e discussão ou como motivo para uma prática de respeito ao direito alheio, tendo em vista a existência humana como resultado da busca de aperfeiçoamento e de sua capacidade de superar os instintos egoístas e nocivos à vida em sociedade, com o que seria possível defender e promover a dignidade do indivíduo mediante meios educativos apropriados, como por meio de uma educação orientada para os direitos humanos.

Evidenciou-se constituir a educação para a cidadania uma das dimensões fundamentais para a efetivação dos direitos, tanto na educação formal

quanto na informal ou popular e nos meios de comunicação, e que os princípios e diretrizes aptos a efetivar a equidade intergeracional poderão ser concretizados pela educação ambiental, através da conscientização da crise ecológica decorrente do Antropoceno, bem como através da informação e de mecanismos de participação ambiental.

Com efeito, deverão os Estados adotar medidas para minimizar os impactos da crise ambiental global resultante da intervenção humana no meio ambiente e nas necessidades humanas básicas, de modo a concretizar o princípio da dignidade humana e conformá-lo com os direitos das crianças, em especial o direito ao meio ambiente, vez que sujeitos do direito das futuras gerações, apesar dos desafios para tanto. Demonstrou-se a aplicação do princípio da dignidade às crianças, face a seu valor intrínseco, e a possibilidade de constatação nos casos de violação.

Além disso, os Estados precisam garantir que os melhores interesses das crianças sejam uma consideração primária a respeito de todas as tomadas de decisões que possam lhes causar danos ambientais, além de adotar e implementar padrões ambientais que sejam consistentes com a melhor ciência disponível e os padrões internacionais de saúde e segurança relevantes. Os Estados não podem retroagir, mas sim buscar medidas progressivamente cautelares para proteção contra danos ambientais, especialmente quando houver ameaças de danos graves ou irreversíveis, o que afeta gravemente o direito das futuras gerações, sendo oportuno lembrar o conceito de direitos intergeracionais como a afirmação de que cada geração deve passar o planeta em condições não piores do que o recebeu e fornecer acesso equitativo aos seus recursos e benefícios naturais.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE-PABÓN, Javier O. Dignidad, Derechos Humanos y la filosofía práctica de Kant. **Revista Universitas**, Bogotá, n. 123, p. 45-74, jul./dic. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n123/n123a03.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMPELLO, Livia G. B.; CALIXTO, Angela J. Notas acerca dos direitos humanos de solidariedade. In: CAMPELLO, Livia G. B.; TREVISAM, Elisaide (Coord.). **Direito & solidariedade**. Curitiba: Juruá, 2017.

DALMAU, Rubén M. Fundamentos para el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. *In*: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana; STORINI, Claudia; DALMAU, Rubén M.; DANTAS, Fernando A. de C. **La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático**. Bogotá: Universidad Libre, 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Coleção Os Pensadores).

PEQUENO, Marconi J. P. O fundamento dos direitos humanos. *In*: FERREIRA, Lúcia de Fátima G.; ZENAIDE, Maria de Nazaré T.; NÁDER, Alexandre A. G. (org.). **Educando em direitos humanos: fundamentos histórico-filosóficos**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2016.

PINEZI, Ana Keila M.; LIDORIO, Ronaldo. O direito de fazer a história: apontamentos sobre dinâmica cultural e identidade a partir dos casos das crianças Suruwahá. *In*: CANTÚ, Ariadne (org.). **Criança Indígena: olhar multidisciplinar**. 1. ed. v. 1. Campo Grande: Alvorada, 2012. p. 65-103.

RICOEUR, Paul. **Percursos do reconhecimento**. São Paulo: Loyola, 2007.

RICOEUR, Paul. **O si-mesmo como outro**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ROCASOLANO, Maria M.; SILVEIRA, Vladimir O. da. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOSI, Giuseppe. O significado e as consequências da declaração universal dos direitos humanos de 1948. *In*: FERREIRA, Lúcia de Fátima G.; ZENAIDE, Maria de Nazaré T.; NÁDER, Alexandre A. G. (org.). **Educando em direitos humanos: fundamentos histórico-filosóficos**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2016.

UNITED NATIONS. General Assembly. **A/HRC/RES/28/11** – Human rights and the environment. Human Right Council, 7 apr. 2015. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g15/071/78/pdf/g1507178.pdf?token=7icmS0jGX1SpMmCSGL&fe=true>. Acesso em: 21 fev. 2024.

UNITED NATIONS. General Assembly. **A/HRC/37/58** – Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy, and sustainable environment. Human Right Council, 24 jan. 2018. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/017/29/pdf/g1801729.pdf?token=EfDHNhEULxOapJOj&fe=true>. Acesso em: 21 fev. 2024.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **UNEP 2015 Annual Report**. Disponível em: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/7544/-UNEP_2015_Annual_Report-2016UNEP-AnnualReport-2015-EN.pdf.pdf?sequence=8&am%3BisAllowed=y%2C%20Chinese%7C%7Chttps%3A//wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/7544/-UNEP_Annual_Report_2015-016cs6_UNEP. Acesso em: 20 fev. 2024.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Framework principles on human rights and the environment**. 2018. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/FrameworkPrinciplesUserFriendlyVersion.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **About human rights and the environment**. [2021?]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/AboutHRandEnvironment.aspx>. Acesso em: 19 jun. 2021.

WEISS, Edith B. Our rights and obligations to future generations for the environment. **American Journal of International Law**, v. 84, n. 1, p. 198-207, 1990.

WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKMER, Maria de Fátima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 3, p. 994-1013, set./dez. 2014a. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/6676>. Acesso em: 20 fev. 2024.

WOLKMER, A. C. Pluralismo jurídico, derechos humanos y globalización. **Cálamo Revista de Estudios Jurídicos**, Quito/Ecuador, v. 2, p. 142-152, dez. 2014b. Disponível em: <https://revistas.udlapublicaciones.com/index.php/RevistaCalamo/article/view/305>. Acesso em: 20 fev. 2024.

CAPÍTULO III

ORIENTAÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE REABILITAÇÃO, ACESSIBILIDADE E INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: PROPOSTAS DE REPARAÇÃO INTEGRAL ÀS VÍTIMAS DA POLÍTICA DE HANSENÍASE NO BRASIL DO SÉCULO XX

*Pedro Pulzatto Peruzzo*¹

*Enrique Flores*²

*Isabella Souto Cruvinel*³

*Rafaela Jordão*⁴

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar um conjunto de orientações do Comitê da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Comissão e Corte) sobre reabilitação, acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência, tendo como objetivo fornecer elementos que possam orientar e contribuir para o processo de construção de um projeto de reparação integral aos danos advindos das graves violações a direitos humanos decorrentes da política hanseníase que vigorou no Brasil do século XX.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Advogado voluntário da Rede de Acesso à Justiça e Direitos Humanos do Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas pela Hanseníase (MORHAN). E-mail: pedro.peruzzo@puc-campinas.edu.br

² Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). E-mail: flores.epace@gmail.com

³ Bolsista FAPIC/Reitoria de Iniciação Científica na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas) entre 2020 e 2021. E-mail: isaacruvinel@gmail.com

⁴ Bolsista FAPIC/Reitoria de Iniciação Científica na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas) entre 2020 e 2021. E-mail: rafaa_jordao@hotmail.com

Em outros termos, a proposta foi estudar o papel da cooperação internacional em direitos humanos para os projetos de reparação integral às vítimas dessa política, com um olhar específico sobre os casos de tortura e abuso sexual que desencadearam a deficiência, considerando as vulnerabilidades permanentes que atingem as vítimas dessa política sanitária ainda hoje e que, em interação com as barreiras sociais, impõem obstáculos ao exercício da cidadania.

A política sanitária compreendida nesta pesquisa vigorou no Brasil de 31 de dezembro de 1923 a 31 de dezembro de 1986, período no qual as pessoas atingidas pela hanseníase e seus familiares foram submetidas a diversos tipos de violações a direitos humanos, que podem ser resumidas em duas perspectivas gerais: (1) os isolamentos e internações compulsórias dos enfermos e (2) a separação de filhos das pessoas afetadas pela doença. O isolamento e a separação foram medidas sanitárias no bojo das quais foram praticados outros atos que causaram danos de difícil reparação, a saber: lesões físicas e psíquicas que, em interação com as barreiras sociais, ainda hoje impedem o exercício da cidadania e configuram deficiência; traumas decorrentes de abusos sexuais na infância; preconceito e estigma que ainda hoje permanecem arraigados na sociedade; insegurança no tratamento da doença, pois, apesar de 93% dos casos de hanseníase das Américas serem diagnosticados no Brasil (Organização Mundial da Saúde, 2019), o país não produz a poliquimioterapia de forma independente e soberana, dependendo de doações internacionais.

O fato de as vítimas do isolamento compulsório e os filhos separados nunca terem recebido uma reparação integral que, para além da indenização em dinheiro, pudesse assegurar programas efetivos (1) de erradicação da doença, (2) de reabilitação das lesões físicas e psíquicas decorrentes de diagnóstico tardio, do abuso sexual e de outras formas de tortura, (3) projetos de memória das graves violações a direitos humanos praticadas no bojo dessa política, bem como (4) reforma institucional que assegure a não repetição dos erros do passado, faz com que essas vítimas vivam, ainda hoje, em situação de vulnerabilidade social relativas ao pleno emprego, à previdência, ao planejamento familiar e ao acesso à saúde numa perspectiva multisetorial.

O trabalho se debruçou sobre orientações do Comitê da ONU em questão e da Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos que tratam de políticas públicas de reabilitação, acessibilidade e inclusão não apenas como uma questão de direito social à saúde, mas também considerando medidas de eliminação do estigma e a garantia de outros direitos individuais e políticos impactados pela ausência dessas políticas.

O estudo teve base empírica calcada na análise documental, tendo como procedimento para o estudo das orientações dos organismos internacionais analisados a busca de decisões em casos contenciosos, recomendações e sentenças emitidos por esses organismos internacionais em temas de saúde pública e pessoa com deficiência. Levamos em consideração a análise das normas, recomendações e relatórios dos organismos internacionais e das instituições nacionais como estudo documental, na linha do que Paulo Eduardo Alves da Silva (2017) esclarece ao afirmar que o levantamento de dados em autos de processos judiciais é uma vertente da técnica da “pesquisa documental”.

No âmbito do Comitê das Nações Unidas, analisamos oito casos individuais⁵ que tratavam de violação ao artigo 9º da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, que trata de acessibilidade, e sete casos individuais que tratam de violação ao artigo 26 da Convenção. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁶ levantamos e sistematizamos três casos da Corte Interamericana e três casos da Comissão Interamericana sobre saúde e graves violações a direitos humanos que, nas devidas proporções e consideradas as situações concretas, também apresentam relação com a forma como foram praticadas as violações a direitos humanos no bojo da “política de profilaxia da lepra” no Brasil do século XX.

Como resultado da pesquisa identificamos um conjunto de orientações emanadas desses organismos internacionais de direitos humanos em situações semelhantes às da hanseníase que fornecem elementos importantes para a construção de medidas de reabilitação, acessibilidade e inclusão que consideram não apenas pagamento de indenização em dinheiro às vítimas pelo estado perpetrador das violações, mas também de memória, reforma institucional, atendimento às famílias e não repetição, apontando para uma concepção de direitos humanos que considera a interdependência e a indivisibilidade de condições mínimas para a reconstrução de um projeto de vida.

⁵ O Comitê em questão trabalha com recomendações feitas aos Estados partes nos casos de denúncias individuais nas quais são reconhecidas violações de direitos previstos pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, além das observações gerais sobre a convenção e a apreciação sobre os relatórios periódicos dos Estados. A análise de casos individuais depende da ratificação, pelos Estados partes na convenção, de um protocolo facultativo que trata especificamente do assunto. O Brasil incorporou a convenção e o protocolo facultativo em questão pelo Decreto 6.949/09.

⁶ O Brasil reconheceu a competência da Comissão Interamericana com a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Decreto 678/1992 e reconheceu como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Decreto 4.463/2002.

2 HANSENÍASE E DEFICIÊNCIA: CONTEXTUALIZAÇÃO

Durante os anos de 1923 a 1986, com base no Decreto n. 16.300/1923 e na Lei n. 610/1949, o Estado brasileiro implementou uma política pública de saúde pautada no isolamento compulsório e na separação de filhos de pessoas acometidas pela hanseníase (*Mycobacterium leprae*)⁷. Antes disso, o Decreto n. 5.156/1904 previa a notificação compulsória da doença (artigo 145), porém o isolamento era domiciliar (artigo 154). A política de profilaxia da lepra ganhou novos contornos com as leis e os decretos que reorganizaram os serviços de saúde pública na década de 20, quais sejam a Lei n. 3.987/1920 e o Decreto n. 14.354/1920. Os hospitais de isolamento já eram previstos na legislação anterior, porém, com a aprovação do Regulamento do Departamento Nacional de Saúde, através do Decreto n. 16.300/1923, a política de isolamento se consolidou e, junto com ela, a separação de pais e filhos (artigo 128, XIV e artigo 148, alínea “f”).

A Lei n. 610/1949 intensificou a política de isolamento de separação de pais e filhos. O isolamento era feito a juízo da autoridade sanitária e se destinava também aos doentes que, nos termos da lei, não podiam obter os recursos necessários à própria subsistência ou que eram portadores daquilo que a lei denominava “estigmas impressionantes da lepra”. Ou seja, o isolamento e a separação de pais e filhos ocorreram inclusive em relação a pessoas que já estavam curadas e que ficaram com lesões que incomodavam uma sociedade carregada de estigma e preconceito. Essa norma foi revogada pela Lei n. 5.511/1968.

Tanto o isolamento de pessoas doentes como a separação de pais e filhos foram marcados pela exclusão⁸ e por episódios de tortura, abuso sexual, privação ilegal da liberdade, castigos físicos e negligência estatal em relação à readaptação das pessoas afetadas para que pudessem viver com autonomia. Essas graves violações a direitos humanos foram responsáveis por danos físicos⁹, mentais, emocionais, materiais e sociais que impactaram diretamente nos

⁷ A hanseníase é causada por uma bactéria que, para ser transmitida, exige a confluência de ao menos 3 fatores, quais sejam o contato permanente, a pré-disposição genética e a baixa imunidade. Sem esses três fatores, a doença não é transmitida e nem desenvolvida no organismo. Além disso, o tratamento, apesar de longo (cerca de 12 meses), elimina a possibilidade de transmissão da doença logo no início (Brasil, 2019; [2019?]).

⁸ Yara Nogueira Monteiro (2003) analisa esse assunto em seu artigo “Profilaxia e exclusão: o isolamento compulsório dos hansenianos em São Paulo”.

⁹ Em Betim/MG, existe um grupo de pessoas surdas que cresceu no mesmo educandário. O documentário “Filhos separados pela injustiça” (2017) registra que essa surdez foi decorrência dos castigos empregados contra as crianças com socos e tapas nos ouvidos, causando lesões irreparáveis nos tímpanos.

projetos de vida e deixaram lesões permanentes nos dois grupos de vítimas objeto da pesquisa, ou seja, pessoas afetadas pela doença (em razão das lesões neurais e das torturas sofridas) e filhos separados (Peruzzo *et al.*, 2021).

Apesar da Lei n. 5.511/1968, que revogou a Lei n. 610/1949, da Portaria n. 165 de 1976, que aboliu o termo “lepra” e garantiu o oferecimento de mecanismos para diagnóstico e tratamento adequados em serviços públicos de saúde e não mais em “leprosários”, e de todas as técnicas científicas mundialmente conhecidas em temas de saúde, os isolamentos compulsórios e a separação de pais e filhos permaneceram sendo praticados como política pública para a hanseníase até o ano de 1986, conforme inúmeros relatos de pacientes. A perpetuação do isolamento compulsório associado ao estigma¹⁰ levou à aprovação de uma lei indenizatória (Lei n. 11.520) no Brasil, em 2007, reconhecendo as graves violações a direitos humanos decorrentes dessa política.

Apesar do reconhecimento do Estado brasileiro e da indenização paga às vítimas do isolamento, os filhos separados não foram indenizados, as pessoas afetadas pela doença não foram reabilitadas e muitas ainda residem nas antigas colônias, o Brasil segue sendo o país com maior número de diagnóstico da doença (Cruz, 2020) e a internação compulsória e a destituição do poder familiar permanece sendo praticada no Brasil em relação a doenças e outros fatores relacionados ao estigma, como mulheres encarceradas, com transtornos mentais ou em situação de rua.

As sequelas provenientes da hanseníase, quando não tratada, em relação às mulheres, torna-se algo mais desafiador. O trabalho e as demais atividades diárias associadas às duplas e triplas jornadas, acentuam suas dificuldades sociais e escancara a dimensão interseccional da doença, pois, além da dor social causada pelo estigma, o que também gera medo, as pacientes enfrentam a dor física agravada pelas diversas jornadas. Ademais, questões como a autoestima e a maternidade¹¹ também são afetadas, fazendo com que essa questão exija

¹⁰ A questão do estigma é central para a pesquisa e um autor que tem sido bastante utilizado na definição desse conceito nos estudos sobre pessoa com deficiência e sobre hanseníase é Erving Goffman. Goffman (2017, p. 12) explica que o termo estigma foi criado pelos gregos para se referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o status moral de quem os apresentava. Para o autor, esses sinais produzidos por corte na pele ou por fogo indicavam que ali estava “uma pessoa marcada, ritualmente poluída”, que devia ser evitada, especialmente em lugares públicos.

¹¹ Suellen Santos Lima de Almeida e outros (2012) discutem em seu artigo questões como a compreensão da maternidade em hospitais colônias e a resignificação da maternidade pós trauma.

mais atenção dos profissionais de saúde e suporte social, já que pode afetar diversos aspectos das vidas das mulheres.

Levantezi, Shimizu e Garrafa (2020) trazem uma importante contribuição em relação à discriminação e ao estigma ao abordarem essas questões como “estruturas mais amplas de desigualdade e exclusão social”. Ademais, essa violência se configura a partir da “negação do acesso a sistemas, serviços e práticas de saúde”, o que observamos ainda hoje em relação à hanseníase e outras doenças tropicais negligenciadas.

Importante registrar que, desde 1941, o mundo conhece a eficácia de medicamentos para a hanseníase, como é o caso da sulfona¹², o que desaconselhava, desde aquela época, a política de isolamento compulsório. O Brasil aplicou a sulfona desde a década de 40, mas não interrompeu a prática dos isolamentos e internações compulsórias e da separação de pais e filhos. A internação em colônias, além de manter a pessoa acometida pela doença em contato permanente com outros doentes, o que dificultava o restabelecimento da imunidade do paciente, também aumentava o estigma sobre esse grupo de pessoas que, mesmo depois de curadas, encontravam barreiras praticamente intransponíveis para o exercício da cidadania e o retorno à vida social¹³.

Apesar de não existir mais o isolamento compulsório para hanseníase, o Brasil é, ainda hoje e proporcionalmente à sua população, o país com maior número de casos de hanseníase no mundo. Nas Américas, 93% dos casos de hanseníase são registrados no Brasil, somando 26.875 novos casos em 2017 e 28.660 novos casos em 2018, conforme apontado pela Organização Mundial da Saúde (2019).

Alice Cruz, atual Relatora Especial da ONU para a Eliminação da Discriminação contra as Pessoas Afetadas pela Hanseníase e seus Familiares, desenvolve em sua tese de doutorado (2013) uma avaliação precisa sobre diversas perspectivas relativas à dimensão biomédica e social do estigma. Afirma que a política de saúde para a hanseníase foi esboçada numa escala transnacional e difundida nas escalas nacionais, tendo como “cerne nuclear uma tecno-

¹² Atualmente, o tratamento através da poliquimioterapia é reconhecido pelo próprio Estado brasileiro como uma associação de antimicrobianos (Rifampicina, Dapsona e Clofazimina na apresentação de blíster), recomendado pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Essa associação diminui a resistência medicamentosa do bacilo, que ocorre com frequência quando se utiliza apenas um medicamento, o que acaba impossibilitando a cura da doença (BRASIL, [2019?]).

¹³ A incidência da hanseníase, como a de muitas outras doenças associadas a precariedade do acesso e ao sistema deficitário de saúde, assim como a pobreza, possui relação direta com os fatores socioeconômicos do espaço (CURY *et al.*, 2012).

logia terapêutica alardeada como apta a curar esta enfermidade em qualquer contexto, colocando a tônica, justamente, na distribuição gratuita da mesma, no seio de um paradigma curativo alicerçado na farmacêutização da saúde pública” (Cruz, 2013, p. 444).

Desse modo, Cruz coloca no centro da discussão a forma como as pessoas afetadas lidam e significam o processo de tratamento farmacêutico e, a partir de suas “narrativas subalternas” à ciência moderna, dos lugares reservados a elas numa sociedade preconceituosa e estigmatizante, consideram como cura da doença.

A deficiência é uma marca presente tanto nas pessoas afetadas pela hanseníase como nos filhos que foram separados de seus pais no período estudado e submetidos a tratamentos desumanos e tortura. Nas pessoas doentes, a deficiência é consequência tanto do diagnóstico tardio, que desencadeia lesões neurais (problema que ainda hoje marca a omissão estatal na erradicação da hanseníase), como dos métodos equivocados de tratamento (como foi o caso do isolamento em leprosários), das torturas sofridas ou ainda da falta de reabilitação, o que fez com que essas pessoas carregassem por toda a vida lesões que desencadearam “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que, em interação com diversas barreiras, impedem sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas nos dois grupos” (conceito de deficiência da Convenção da ONU sobre pessoa com deficiência e da Lei Brasileira de Inclusão). Nos filhos separados, as principais lesões identificadas foram decorrentes dos castigos físicos, do abuso sexual e de outros tipos de tortura que sofreram nos educandários, preventórios, na rua ou em famílias substitutas para as quais foram enviados após a separação.

A forma como o Estado brasileiro implementou sua política de hanseníase entre as décadas de 20 e 80 e seus resultados demonstram que o direito à saúde não pode ser assegurado de forma isolada. A política de internação compulsória e separação de pais e filhos que ocorreu no Brasil, apesar de ter sido implementada sob o argumento de que a saúde coletiva estava sendo preservada, não apenas foi fracassada na erradicação da doença (os dados atuais da doença são a evidência disso), como violou sistematicamente outros direitos das pessoas atingidas e seus familiares, como o direito à participação social e política, ao planejamento familiar, à saúde reprodutiva e sexual¹⁴, à integridade

¹⁴ No Japão, o Estado impedia até mesmo o nascimento de filhos de pessoas afetadas pela doença. O poder público interrompia a gestação com a prática do aborto em mulheres afetadas pela

física, psíquica e social, à educação, ao trabalho, à cultura, ir e vir, à liberdade de pensamento e expressão e tantos outros¹⁵.

3 PARÂMETROS GLOBAIS E REGIONAIS SOBRE REABILITAÇÃO, ACESSIBILIDADE E INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A presente pesquisa analisou um conjunto de orientações do Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) sobre reabilitação, acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência com o objetivo de identificar parâmetros globais e regionais de cooperação internacional que pudessem orientar e contribuir para o processo de construção de um projeto de reparação integral aos danos advindos das graves violações a direitos humanos decorrentes da política para hanseníase que vigorou no Brasil no século XX.

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi promulgada nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição de 1988 (com estatuto de emenda constitucional¹⁶), em 25 de agosto de 2009, pelo Decreto n. 6.949¹⁷. Essa promulgação ocorreu juntamente com a promulgação

doença, colocava o feto num vidro com formol e entregava para as mães. Essa política extremamente violenta foi objeto de uma ação judicial e o Estado japonês foi condenado a indenizar as famílias no ano de 2019. O estado japonês decidiu não recorrer da sentença e o legislativo japonês aprovou a provisão de 1.8 milhões de yen para que a indenização aos familiares fosse realizada (JAPAN [...], 2019).

¹⁵ Esses direitos, juntos, consagram a dimensão individual do “direito ao desenvolvimento” que se extrai do artigo 30 da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), promulgada no Brasil pelo Decreto n. 30.544/52, do artigo 26 da Declaração Americana de Direitos Humanos, bem como do artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU).

¹⁶ A natureza de norma constitucional dessa convenção e, por consequência, do protocolo facultativo incorporado pelo mesmo Decreto 6.949/09 é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Na ADI n. 5.357 MC-Ref/DF, constou o seguinte na ementa da decisão: “À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita” (ADI n. 5.357 MC-Ref/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 11/11/2016).

¹⁷ A promulgação por tratado confere executividade interna, nos termos do entendimento do STF: “A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à

do Protocolo Facultativo, reconhecendo a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para receber denúncias individuais, além de fiscalizar e se pronunciar sobre o cumprimento dos termos da convenção em casos concretos envolvendo potenciais violações aos direitos das pessoas com deficiência.

Ao promulgar a Convenção e o Protocolo Facultativo reconhecendo a competência do Comitê, o Estado brasileiro decidiu, soberanamente, submeter-se às orientações do referido organismo especializado. O Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é um órgão criado pelo artigo 34 da Convenção com o objetivo de garantir o seu adequado cumprimento pelos países signatários. O Comitê tem competências que decorrem da própria Convenção e outras que decorrem do Protocolo Facultativo à Convenção.

O dever de cumprir disposições previstas em tratados e compromissos internacionais cabe a qualquer cidadão, agente público ou órgão do Estado¹⁸. Nesse sentido, o desalinhamento sistemático, em outras palavras, o atendimento discricionário dos direitos assegurados nos instrumentos internacionais, não apenas enfraquece o acordo de cooperação assumido soberanamente pelo Estado brasileiro, como também torna sem sentido um recurso internacional tão importante como o corpo jurídico dos tratados internacionais e as agendas globais de direitos humanos (Peruzzo; Casoni, 2021).

sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno (STF, CR 8279 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 10-08-2000). O artigo 47 do Regulamento do Comitê prevê as observações gerais. Como exemplo, podemos citar a observação geral sobre o artigo 12 da Convenção, editada em 2014, estabelecendo diretrizes sobre o artigo 12, que trata da igualdade da capacidade legal. Dentre os esclarecimentos constam os seguintes: [...] El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o comprendida por muy pocas personas. [...] Algunas personas con discapacidad solo buscan que se le reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás con arreglo al artículo 12, párrafo 2, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir apoyo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 3. [...] El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio (o establecer una unión civil) y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad. [...] La efectividad progresiva (art. 4, párr. 2) no se aplica a la capacidad jurídica’.

¹⁸ Como afirma André de Carvalho Ramos (2015, p. 372): “[...] os atos internos (leis, atos administrativos e mesmo decisões judiciais) são expressões da vontade de um Estado, que devem ser compatíveis com seus engagements internacionais anteriores, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente”.

Essa compreensão é fundamental se considerarmos que, nos casos de omissões e ações violadoras de direitos humanos pelo Estado, o recurso ao próprio Estado muitas vezes é insuficiente para sanar os problemas, pois normalmente encobrem questões relevantes e estruturais que são expostas com muito mais clareza e respondidas com muito mais eficiência nos foros internacionais (Peruzzo; Flores, 2021).

Se, por um lado, existem condições rígidas para o acesso à justiça internamente (desde condições financeiras até a configuração de grupos de indivíduos em categorias jurídicas específicas, como entidade de classe, sindicato, partido político), por outro lado os organismos internacionais de direitos humanos não fixam nenhuma limitação à atuação de movimentos sociais ou indivíduos, documentados ou não, nacionais ou não, com personalidade jurídica ou não no espaço público transnacional (Peruzzo; Lopes, 2019; Bernardes, 2011; Melo, 2006).

O Brasil incorporou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, por meio do Decreto n. 678/1992. De acordo com o artigo 33 da Convenção, são competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados partes a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que integram o que chamamos de Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

De acordo com a convenção americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem dois papéis: 1) órgão principal da Organização dos Estados Americanos (OEA), “encarregado de zelar pelos direitos humanos, incumbido até do processamento de petições individuais retratando violações de direitos humanos protegidos pela Carta da OEA e pela Declaração Americana”; e 2) órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos, que analisa petições individuais e/ou de Estados, e interpõe “ação de responsabilidade internacional contra um Estado perante a Corte”.

Em 2002, pelo Decreto 4.463/2002, o Brasil reconheceu como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com artigo 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Considerando o objetivo deste trabalho de buscar parâmetros internacionais para orientar e contribuir com o processo de construção de um projeto de reparação integral aos danos advindos das graves violações aos direitos humanos decorrentes da política para a hanseníase que vigorou no Brasil do século XX, considerar o que tem sido construído no âmbito do Comitê da ONU em questão e no âmbito da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos se justifica não apenas pelo esforço de construir alternativas considerando os compromissos de cooperação internacional em direitos humanos assumidos pelo Brasil, mas também pela responsabilidade jurídica que emana desses compromissos. Nesse sentido, não é demais lembrar que em 2022, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a Recomendação 123, recomendando a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana em todos os âmbitos do Judiciário (Brasil, 2022).

Delmas-Marty, discutindo a questão da produção legislativa no direito internacional, explica que o fato de afirmar que o Estado é a “única fonte do direito” é o mesmo que, a um só tempo, definir certo tipo de ordem normativa que faz a geração das normas remontar ao Estado e afirmar que todas as normas pertencem ao espaço estatal, com exclusão de qualquer outro espaço normativo (Delmas-Marty, 2004, p. 46). A autora sugere, então, uma dinâmica de hierarquias cruzadas:

Referências que marcam alternativamente a primazia de um (sistema), e depois do outro, graças ao instrumento privilegiado de troca interativa constituído pelos princípios gerais do direito. De fato, é a própria heterogeneidade deles que os tornam inclassificáveis na hierarquia piramidal clássica, mas também facilita o transporte das mensagens que ligam entre si sistemas aparentemente autônomos.

Tais parâmetros são amparados por dispositivos legais internacionais que criam deveres aos Estados que, soberanamente, aderiram a eles. Nesse sentido, a Comissão Interamericana publicou um compêndio sobre direitos humanos e sua relação com os Estados intitulado “Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos” (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2021). Nesse documento, a Comissão consolida orientações que expõe a necessidade da continuidade da incorporação do direito internacional ao direito interno dos Estados membros, agregando e adequando seus respectivos ordenamentos às diretrizes interamericanas de direitos humanos.

4 ANÁLISE DOS DOCUMENTOS

No âmbito do Comitê das Nações Unidas, analisamos oito casos individuais¹⁹ que tratavam de violação ao artigo 9º da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, que trata de acessibilidade, e sete casos individuais²⁰ que tratam de violação ao artigo 26 da Convenção. Dos oito primeiros casos, apenas o caso D.L. x Suécia²¹ não foi admitido pelo Comitê por falta de requisitos formais. Nos casos relativos ao artigo 26, os casos T.M. x Grécia²², D.R. x Austrália²³, O.O.J. x Suécia²⁴ e LM.L. x Reino Unido²⁵ não foram admitidos por falta de requisitos formais pra denúncia. Assim sendo, os casos estudados foram: X. X Argentina²⁶, Simon Bacher x Áustria²⁷,

¹⁹ X. x Argentina (acessibilidade em centro de detenção); Simon Bacher x Áustria (reforma em única estrada de acesso a casa de pessoa com deficiência); Gemma Beasley x Austrália (acessibilidade para pessoa com deficiência participar de júri popular); Michael Lockrey x Austrália (acessibilidade para pessoa com deficiência participar de júri popular); Fiona Given x Austrália (voto secreto para pessoa com deficiência); F x Áustria (Acessibilidade em transporte público); H.M. x Suécia (Construção de piscina hidroterapêutica para reabilitação de pessoa com deficiência); D.L. x Suécia (solicitação de adaptações razoáveis no ambiente escolar);

²⁰ X. x Argentina (acessibilidade em centro de detenção); Simon Bacher x Áustria (reforma em única estrada de acesso a casa de pessoa com deficiência); H.M. x Suécia (Construção de piscina hidroterapêutica para reabilitação de pessoa com deficiência); T.M. x Grécia (Pessoa com transtorno do espectro autista buscando acesso a serviços de seguridade social); D.R. x Austrália (Centro de reabilitação que não oferece serviços adequados); O.O.J. x Suécia (Expulsão de criança autista da Suécia para a Nigéria, país natal de seus pais, privando de acesso aos programas e serviços de habilitação e reabilitação); LM.L. x Reino Unido (negativa de acesso à saúde, diagnóstico tardio e falta de reabilitação que agravaram o estado da lesão);

²¹ UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/17/D/31/2015**. D.L. x Suécia. Session n. 17. Date of decision: 24 mar. 2017a. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2330>. Acesso em: 10 ago. 2022.

²² UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/21/D/42/2017**. T.M. x Grécia. Session n. 21. Date of decision: 02 apr. 2019. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2516>. Acesso em: 10 ago. 2022.

²³ UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/17/D/14/2013**. D.R. x Austrália. Session n. 17. Date of decision: 24 mar. 2017b. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2387>. Acesso em: 10 ago. 2022.

²⁴ UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/18/D/28/2015**. O.O.J. x Suécia. Session n. 18. Date of decision: 18 aug. 2017c. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2328>. Acesso em: 10 ago. 2022.

²⁵ UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/17/D/27/2015**. LM.L. x Reino Unido. Session n. 17. Date of decision: 24 mar. 2017d. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2384>. Acesso em: 10 ago. 2022.

²⁶ UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/11/D/8/2012**. Caso X. x Argentina. Session n. 16. Date of decision: 11 apr. 2014. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1989>. Acesso em: 10 ago. 2022.

²⁷ UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/19/D/26/2014**. Caso Simon Bacher x Áustria. Session n. 20. Date of decision: 16 feb. 2018a. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2394>. Acesso em: 10 ago. 2022.

Gemma Beasley x Austrália²⁸, Michael Lockrey x Austrália²⁹, Fiona Given x Austrália³⁰, F x Áustria³¹ e H.M. x Suécia³².

No caso H.M x Suécia, o Comitê entendeu que o Estado parte, ao rejeitar o pedido feito pela pessoa com deficiência autora da comunicação, no sentido de obter permissão para a construção de uma piscina hidroterapêutica, não levou em consideração a situação e as necessidades especiais provenientes da deficiência da vítima. Desse modo, tendo em vista que o artigo 26, parágrafo 1º, item “a”, da Convenção, diz que os Estados partes devem adotar todas as medidas necessárias para que as pessoas com deficiência possam se habilitar e reabilitar por meio de programas e serviços que devem ser pensados levando em conta as necessidades individuais de cada um, o Comitê considerou que essa decisão prejudicou o acesso da vítima aos cuidados de saúde e reabilitação dos quais necessitava.

Assim, além de recomendar que o Estado parte reparasse a violação que causou aos direitos da vítima e reavaliasse seu pedido, o Comitê também recomendou que indenizasse a autora pelos custos incorridos para preparar a comunicação. Em aspectos gerais, o Comitê afirmou que o Estado parte tem a obrigação de evitar que situações similares ocorram no futuro, garantindo que a legislação e a forma como é aplicada pelos tribunais nacionais não obstrua ou invalide o reconhecimento e o exercício, em igualdade, de todos os direitos das pessoas com deficiência.

O conceito de habilitação e reabilitação, de acordo com a Convenção em questão, também inclui pautas como a acessibilidade e a inclusão que, por muitas vezes, estão conectadas. Em outros três desses casos, Gemma Beasley x Austrália, Michel Lockrey x Austrália e Fiona Given x Austrália, o Comitê identifi-

²⁸ UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/15/D/11/2013**. Gemma Beasley x Austrália. Session n. 15. Date of decision: 01 apr. 2016a. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2142>. Acesso em: 10 ago. 2022.

²⁹ UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/15/D/13/2013**. Michael Lockrey x Austrália. Session n. 15. Date of decision: 01 apr. 2016b. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2143>. Acesso em: 10 ago. 2022.

³⁰ UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/19/D/19/2014**. Fiona Given x Austrália. Session n. 19. Date of decision: 16 feb. 2018b. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2393>. Acesso em: 10 ago. 2022.

³¹ UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/14/D/21/2014**. F x Áustria. Session n. 16. Date of decision: 21 aug. 2015. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2087>. Acesso em: 10 ago. 2022.

³² UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/7/D/3/2011**. H.M. x Suécia. Session n. 7. Date of decision: 19 apr. 2012. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1984>. Acesso em: 10 ago. 2022.

cou violações ao direito à acessibilidade da pessoa com deficiência em relação às liberdades individuais e aos direitos políticos, pois, nos dois primeiros casos, a violação era relacionada ao direito de voto e à participação em júri. Em todos esses, dentre as recomendações do Comitê, constam que o Estado em questão deve possibilitar a participação dessas pessoas na vida pública, oferecendo toda a assistência necessária.

Em suma, tendo em vista os casos discutidos onde o Comitê entendeu que houve a violação dos direitos protegidos pelos artigos 9º e 26 da Convenção, pode-se notar semelhanças entre as violações ocorridas e as recomendações do Comitê aos Estados partes. Com isso, notamos que a habilitação e a reabilitação para o Comitê estão além de fornecer o que cada indivíduo necessita individualmente para que possa se reabilitar apenas do ponto de vista da lesão. O conceito de habilitação e reabilitação para esse organismo tem como ideia central a conquista e a preservação da autonomia, a plena capacidade física, mental, social e profissional e a plena inclusão e participação dessas pessoas em todos os aspectos da vida, o que evidencia uma dimensão social e estrutural das medidas necessárias para o exercício desses direitos e, do mesmo modo, exige a eliminação do preconceito e da discriminação.

Nesse ponto, várias correlações com a busca de uma reparação integral às vítimas da política de hanseníase no Brasil são possíveis, uma vez que essas pessoas, pacientes ou filhos de pacientes, ainda sofrem com o estigma e com as lesões decorrentes de diagnósticos tardios e falta de reabilitação. Uma vez diagnosticada com hanseníase, a chance é grande de uma pessoa perder o emprego, mesmo estando habilitada para o trabalho (já que a hanseníase não é transmitida se a pessoa estiver em tratamento). E esse problema afeta especialmente as mulheres. Em seu relatório sobre o Brasil, Alice Cruz (2020, p. 11) afirma o seguinte:

O padrão se manifesta especialmente no ambiente doméstico e dentro da família, em alguns casos evoluindo para problemas psicológicos e físicos. Violência, principalmente perpetrada pelos cônjuges. Manifesta-se também nas relações de trabalho, principalmente no caso das trabalhadoras domésticas não qualificadas, com perdas de emprego agravadas pelo fato de que, segundo essas mulheres, os benefícios previdenciários são insuficientes e não garantem um padrão mínimo de vida.

Assim sendo, considerando que o Brasil reconhece a competência do Comitê em questão para recebimento de denúncias individuais e, nesse sen-

tido, assumiu o dever de se alinhar aos entendimentos desse Comitê, as recomendações constantes nos casos analisados, em especial a dimensão social e estrutural das medidas propostas para a reparação dos direitos violados, oferecem diretrizes relevantes para projetos que estão sendo construídos num país que ainda está no topo do ranking dos países que mais diagnosticam Hanseníase no mundo, que ficou desabastecido de poliquimioterapia durante a pandemia de covid-19 e que ainda não reparou as pessoas que, na infância, foram separadas dos pais e submetidas a tortura e abuso sexual.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos levantamos e sistematizamos 3 casos da Corte Interamericana (Damião Ximenes Lopes vs. Brasil, Furlan e Familiares vs. Argentina e Gonzales Lluy e outros vs. Equador) e 3 casos da Comissão (María Zambrano vs. Equador, Edgardo Tamayo Arias vs. Estados Unidos e Víctor Rosario Congo vs. Equador) sobre saúde e graves violações a direitos humanos que, nas devidas proporções e consideradas as situações concretas, também apresentam relação com a forma como foram praticadas as violações a direitos humanos no bojo da “política de profilaxia da lepra” no Brasil do século XX.

O caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2006. Damião Ximenes Lopes era uma pessoa com deficiência mental e, após sua internação na Casa de Repouso Guararapes, em Sobral (CE), foi torturado e assassinado. Apesar das marcas claras de tortura, a necropsia concluiu “morte natural”. A família de Damião se mobilizou, mas não houve nenhuma responsabilização civil ou criminal por parte da Justiça brasileira. Como medidas de prevenção, a Corte Interamericana considerou o amparo que foi dado à vítima após o acidente, ou seja, a hospitalização da vítima, a terapia intensiva, cirurgia e atenção ao estado de coma até a alta. Já sobre a reabilitação, apesar do falecimento da vítima, aspectos considerados pela Corte e que podem ser utilizados para orientar a reabilitação em outros casos foram a melhoria das condições hospitalares e capacitação de profissionais para que o agravo de lesões seja evitado (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2006). Medidas para evitar o agravamento das lesões que, em interação com as barreiras sociais, configuram a deficiência, são recomendações presentes também nos casos analisados no Comitê da ONU. Além disso, a Corte recomendou a adoção de medidas de não repetição, como estabelecimento de padrões mínimos para relatórios médicos, a documentação adequada das mortes, torturas e maus tratos, o que evidencia a perspectiva estrutural das medidas, e não apenas recomendações de reparação individual ou pecuniária.

O caso *Furlan e Familiares vs. Argentina* foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos após Sebastián Furlan, em dezembro de 1988, ter sofrido um acidente quando uma viga de aproximadamente 50 quilos despencou de um prédio abandonado do Exército Argentino e caiu sobre seu corpo. O imóvel não possuía qualquer estrutura que impedisse a entrada e, brincando no local, o acidente ocorreu, causando perda imediata da consciência, retardamento e deixando a vítima em estado de coma por cerca de um mês. Necessitando de apoio físico e psíquico e, diante da omissão do Estado argentino, a Corte determinou ao Estado, em 2012, que desse todo o suporte necessário em medicamentos e tratamentos não só para a vítima, mas também para sua família, como forma de reabilitação integral (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012). Além disso, recomendou medidas que promovessem sua reintegração, sendo oferecido à vítima o serviço de um grupo interdisciplinar que o assistisse para uma devida inclusão social, laboral, educativa e vocacional. Interessante ressaltar, neste ponto, a atenção que a Corte deu à família da vítima, questão de extrema importância para as vítimas da “política de profilaxia da lepra”.

As vítimas dessa política no Brasil não apenas sofrem o estigma por serem filhos e filhas de pessoas com hanseníase, mas também, em muitos casos, terem de dedicar toda a vida para cuidar dos parentes que, por causa do diagnóstico tardio e falta de reabilitação, ficam incapacitados para o trabalho e atividades cotidianas. Além desse aspecto, a atenção às famílias vítimas de graves violações a direitos humanos durante a política de hanseníase em questão no Brasil é necessária pelo fato de que muitas pessoas nunca mais tiveram notícias de seus familiares (pais e filhos) após a separação compulsória, o que configura caso de desaparecimento forçado nos termos da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, promulgada no Brasil pelo Decreto 8.767/2016.

A esse respeito, ademais, vale lembrar o que o Comitê de Direitos Humanos da ONU decidiu num caso de desaparecimento forçado contra a Bósnia e Herzegovina (CCPR/C/111/D/1956/2010), em que ficou registrado que a angústia e sofrimento causados à família da vítima pela incerteza contínua resultante do desaparecimento de Ibrahim Durić configurava violação ao artigo 7 do Pacto de Direitos Civis e Políticos que trata da proibição da tortura (United Nations, 2014).

Terceiro e último caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos analisado aqui, o caso de Tália Gonzales Lluy, comoveu e se tornou público pelo

nome Gonzales Lluy e outros vs. Equador, já que quando tinha apenas três anos de idade, em junho de 1998, após uma hemorragia nasal, recebeu uma transfusão de sangue contaminado com o vírus HIV.

A família tomou conhecimento da contaminação em um exame rotineiro, o que configurou a omissão do Banco de Sangue que coletou o sangue do doador e realizou a transfusão na vítima, conforme consta na sentença do caso (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2015). Impedida de frequentar a escola por ser vista como uma ameaça de contaminação aos outros alunos e tendo seu sistema imunológico afetado pelo vírus, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) responsabilizou o Estado e recomendou a promoção de medidas de reabilitação e inclusão da vítima e sua família. O Estado acatou a decisão oferecendo indenizações monetárias, tratamentos necessários, medicamentos, exames e todo o suporte que garantisse saúde e qualidade de vida para a reabilitação. Além disso, determinou a concessão de bolsas de estudo, fiscalização de hospitais e bancos de sangue, além de implementar programas de educação em saúde sexual para promover sua inclusão. Aqui também destacamos a atenção à família da vítima.

Como primeiro caso analisado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH), o caso María Zambrano vs. Equador foi submetido à Comissão IDH pelas condições sub-humanas às quais a vítima foi submetida em uma prisão preventiva ilegalmente longa pelo suposto homicídio de uma mulher. Zambrano foi presa em 1989 e ficou detida por mais de 5 anos. Tendo deficiência mental, não obteve o tratamento necessário na penitenciária, tendo sido negado a ela a transferência para um centro assistencial de tratamento e recuperação, mesmo com o laudo de médicos, sendo encontrada em estado de abandono, como diz o documento da Comissão sobre o caso (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2010).

Várias violações a direitos humanos estão presentes nesse caso, como o fato da vítima ser inimputável, não ter amparo de uma defesa adequada e o julgamento não ter acontecido em prazo razoável. Por isso, a Comissão recebeu o caso, constatando a violação dos artigos 1, 5, 7, 8 e 15 da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Estado equatoriano, de acordo com o informe de admissibilidade, principalmente no que tange à violação de direitos fundamentais, aplicação de penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, desrespeito aos prazos razoáveis para julgamento e à condição da vítima. O estado de vulnerabilidade da vítima, nesse caso, se assemelha às práticas de tortura e abuso sexual cometidas contra as crianças separadas de pais com hanseníase.

As medidas de reparação integral e reformas institucionais apontam para a necessidade de formação adequada dos agentes de estado que lidam com essas vítimas, em especial os agentes do sistema de justiça.

Segundo caso da Comissão Interamericana de Direitos Humanos analisado, é o caso *Edgardo Tamayo Arias vs. Estados Unidos*, no qual o Estado foi responsabilizado pela execução ilegal da vítima, que possuía transtornos mentais e estava sob efeito de álcool e drogas, ao ser acusado de homicídio pela morte de um oficial no ano de 1994. Apesar de diversas intervenções terem sido realizadas para tentar evitar a condenação à morte, como a apresentação de testes cognitivos, em 2014, a pena capital foi executada. Soma-se à gravidade das violações o fato de Arias não ter tido assistência consular, ser mexicano e não dominar bem o inglês. Com isso, conforme descrito no relatório do caso (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2014), a Comissão Interamericana buscou soluções para reabilitar a família da vítima, mas as principais iniciativas foram em relação à inclusão, com a determinação de adequação legislativa e procedimentos relacionados à não condenação de pessoas com deficiência mental ou intelectual à morte, direito de informação sobre a assistência consular para estrangeiros, bem como julgamentos dentro dos parâmetros da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

Por fim, analisamos o caso *Víctor Rosario Congo vs. Equador*, o caso foi submetido à Comissão Interamericana pelo fato ocorrido em julho de 1990, quando a vítima, de 48 anos de idade, que também possuía transtornos mentais, foi indiciada pelo Segundo Juiz Criminal da Província de El Oro por roubo e agressão, sendo presa no Centro de Reabilitação de Machala, centro de detenção comum. Em setembro do mesmo ano, a vítima foi isolada em uma cela do estabelecimento, onde passou a ser agredida por um dos guardas, denominado Walter Osorio, causando-lhe uma lesão grave na cabeça e piorando sua condição de saúde.

Só no fim de outubro de 1990, através de avaliações psicológicas solicitadas pela Secretária Executiva da Comissão Diocesana de Direitos Humanos, foi realizada a transferência da vítima para o Centro de Reabilitação Social "Varones de Guayaquil". E isso após a recusa de outros dois hospitais psiquiátricos de receber a vítima, que estava em estado de saúde crítica. Congo faleceu logo após a internação por desnutrição, desequilíbrio hidroeletrólítico e insuficiência cardiorrespiratória, como consta no documento do caso (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1999). Com isso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao constatar que o Estado equatoriano violou os direitos à vida, inte-

gridade física, psíquica e moral, e proteção judicial estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, recomendou ao Equador que, como forma de prestar uma justa reabilitação aos sucessores de Congo, levasse adiante uma investigação séria, imparcial e rápida para punir os responsáveis pelo ocorrido, além de inserir mecanismos que garantissem a inclusão através de reformas no sistema de saúde prisional, com especialistas capazes de identificar detentos com transtornos psiquiátricos e prestar-lhes a devida assistência.

Já acerca do fornecimento de medicamentos e profilaxia de doenças que possam levar a deficiência, no bojo do Comitê da ONU foi possível constatar que a discussão não existe em nenhum dos casos analisados. Ou seja, observou-se que esses temas não foram objeto de discussão nem nas decisões e nem nos pedidos formulados pelas vítimas. Já no âmbito do SIDH, dentre os 6 casos analisados, só foi possível observar tal discussão e aplicação no caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador.

É importante reiterar que não foram encontradas informações sobre o fornecimento de remédios e sobre a política de prevenção da deficiência e isso pode ter como razão de ser o fato de a Convenção e o Comitê respectivo terem como base o “modelo social da deficiência”, pautados no princípio previsto no artigo 3º da Convenção no sentido de aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade.

Em oposição do “modelo médico”, que deixava sob responsabilidade da pessoa com lesões permanentes a responsabilidade exclusiva pela dificuldade de exercício da cidadania, o modelo social quebra esse paradigma. Ao conceber a deficiência a partir das barreiras socialmente impostas, o modelo social da deficiência está ligado a um fenômeno sociopolítico e visa garantir o acesso da pessoa com deficiência a direitos e garantias, à cidadania plena, significando um argumento para redistribuição de recursos e para alcançar a justiça social (Grue, 2016, p. 958).

Apesar disso, e sem a intenção de desconfigurar a compreensão das pessoas com deficiência como expressão da diversidade humana, existe ainda a possibilidade de considerarmos que, à luz das peculiaridades da hanseníase e o direito ao trabalho, previsto no artigo 27 da convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e a decisão da Corte Interamericana no caso Gonzales Lluy, a prevenção à hanseníase com acesso a medicamento para evitar o agravamento das lesões e como medida de reabilitação se enquadra também como uma ação alinhada aos casos estudados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desses casos nos permitiu evidenciar não apenas a existência de parâmetros interamericanos e globais para uma reparação integral às vítimas da política de hanseníase no Brasil, mas também evidenciar como as barreiras sociais, em especial o estigma, afeta o exercício da cidadania e a fruição de direitos humanos na medida em que deixa as pessoas acometidas por doenças como a hanseníase e outras que podem desencadear deficiência em situação de vulnerabilidade. Portanto, é importante reforçar a centralidade da ação dos organismos internacionais ao tentar orientar a compreensão dos direitos das pessoas com deficiência internacionalmente, uma vez que as pessoas com deficiência não devem ter o exercício da cidadania limitado ao contexto de um dentro de reabilitação, de uma cidade ou de um estado nacional, mas têm o direito de serem reconhecidas como cidadãos do mundo. E é exatamente essa perspectiva que orienta os projetos de reparação às vítimas da política de hanseníase que vigorou no Brasil do século XX.

Tanto o Comitê da ONU como a Comissão e a Corte Interamericanas afirmaram que os Estados têm a obrigação de evitar que situações similares de violação a direitos humanos ocorram no futuro, garantindo que a legislação e a forma como é aplicada pelos tribunais nacionais não obstrua ou invalide o reconhecimento e o exercício, em igualdade de condições, de todos os direitos das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Suellen Santos Lima de; SAVASSI, Leonardo Cançado Monteiro; SCHALL, Virgínia Torres; MODENA, Celina Maria. Maternidade e hanseníase: as vivências de separação devido ao isolamento compulsório. **Estudos de Psicologia**, v. 17, n. 2, p. 275-281, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/epsic/v17n2/11.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n. 15, p. 135-156, dez. 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16033946.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 123 de 07/01/2022**. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e conven-

ções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Vigilância em Saúde no Brasil 2003-2019. **Boletim Epidemiológico**, número especial, set. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/svsa/raiva/boletim-especial-vigilancia-em-saude-no-brasil-2003-2019.pdf/view>. Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Hanseníase**. [2019?]. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/h/hanseniaze-1>. Acesso em: 08 ago. 2022.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe n. 142/10**. Caso 11.513. Admisibilidad. María Zambrano. Ecuador, 1º nov. 2010. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fnKCZXQ8duMJ:https://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/35.ECADM11513ES.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 11 ago. 2022.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe n. 44/14 – Caso 12.873, de 17 de julho de 2014**. Estados Unidos, 17 jul. 2014. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/uspu12873es.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Compendio. **Obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 25 jan. 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CompedioobligacionesEstados-es.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe n. 63/99 n. 11.427, de 13 de abril de 1999**. Equador, 13 abr. 1999. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/98span/Fondo/Ecuador%2011.427.htm>. Acesso em: 08 ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Furlan e Familiares vs. Argentina**. Sentença de 31 de agosto de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/3aede-153727d39a2169ea252db2c9349.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gonzales Lluy e Outros vs. Equador**. Sentença de 1 de setembro de 2015 (Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas). Disponível em: https://mpmt.mp.br/site/storage/webdisco/arquivos/CASO%20GONZALES%20LLUY%20E%20OUTROS%20VS_%20EQUADOR.PDF. Acesso em: 08 ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

CRUZ, Alice. **Uma cura controversa**: a promessa biomédica para a lepra em difracção entre Portugal e Brasil. 2013. 526f. Tese (Doutoramento em Pós-Colonialismos e Cidadania Global) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/23631>. Acesso em: 21 fev. 2024.

CRUZ, Alice. Annex. Report of the Special Rapporteur on the elimination of discrimination against persons affected by leprosy and their family members on her visit to Brazil. In: UNITED NATIONS. General Assembly. **A/HRC/44/46/Add.2** – Report of the Special Rapporteur on the elimination of discrimination against persons affected by leprosy and their family members. Human Rights Council, 8 may 2020. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/HRC/44/46/Add.2>. Acesso em: 08 ago. 2022.

CURY, Maria Rita de Cassia Oliveira; PASCHOA, Vania Del'arco; NARDI, Susilene Maria Tonelli; CHIEROTTI, Ana Patrícia; RODRIGUES JÚNIOR, Antonio Luiz; CHIARAVALLOTTI-NETO, Francisco. Análise espacial da incidência de hanseníase e fatores socioeconômicos associados. **Revista Saúde Pública**, v. 46, n. 1, p. 110-118, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v46n1/3087.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2022.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FILHOS SEPARADOS PELA INJUSTIÇA. Direção e roteiro por Elizabete Martins Campos. Produção por Thiago Pereira da Silva Flores. Betim: IT Filmes, Comunicação e Entretenimento, 2017. Documentário – 1 DVD (20m43s), som, cor.

GOFFMAN, Erwing. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

GRUE, Jan. The social meaning of disability: a reflection on categorization, stigma, and identity. **Sociology Of Health & Illness**, v. 38, n. 6, p. 957-964, jul. 2016. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1467-9566.12417>. Acesso em: 21 fev. 2024.

JAPAN lawmakers OK plan to compensate kin of former leprosy patients. **Kyodo News**, 24 oct. 2019. Disponível em: https://english.kyodonews.net/news/2019/10/7673e1c-52735-japan-lawmakers-ok-plan-to-compensate-kin-of-former-leprosy-patients.html?fbclid=IwAR0_J3o3E-3RMKg4aJaG1K3-%20w22x_thWE6mghhBNouqlA-e4Qt_KhalrPA. Acesso em: 08 ago. 2022.

LEVANTEZI, Magda; SHIMIZU, Helena Eri; GARRAFA, Volnei. Principio de la no discriminación y de la no estigmatización: reflexiones sobre la lepra. **Revista Bioética**, Brasília, v.

28, n. 1, p. 17-23, ene./mar. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/bioet/v28n1/es_1983-8042-bioet-28-01-0017.pdf. Acesso em: 08 ago. 2022.

MELO, Mario. **Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 3, n. 4, p. 30-47, jun. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/FTX4m-pWCQ84yL3HFHWv5ZQB/?lang=pt>. Acesso em: 21 fev. 2024.

MONTEIRO, Yara Nogueira. Profilaxia e exclusão: o isolamento compulsório dos hansenianos em São Paulo. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 10, supplement 1, p. 95-121, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/hcsm/v10s1/a05v10s1.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (WORLD HEALTH ORGANIZATION). Global leprosy update, 2018: moving towards a leprosy-free world. **Weekly Epidemiological Record**, v. 94, n. 35/36, p. 389-412, 30 ago. 2019. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/who-wer9435-36>. Acesso em: 21 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes: observación general n. 3 (2012) aplicación del artículo 14 por los estados parte. Observación general N. 3 (2012) Aplicación del artículo 14 por los Estados parte. 2012. Disponível em: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskvE%2BTuw1mw%2FKU18dCyrYr-ZkEy%2FFL18WFrnjCrikKQJszFymSYHVLZV%2BI5C60qdSOVLGjH%2BTTGf77VGGmZM-qeinnHBpiaijofawsUbOESFhx>. Acesso em: 08 ago. 2022.

PERUZZO, Pedro Pulzatto *et al.* Contribuição para o relatório temático da relatora especial das Nações Unidas para a eliminação da discriminação contra as pessoas atingidas pela hanseníase e seus familiares ao conselho de direitos humanos da ONU. **Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social**, v. 2, e215791, p. 1-31, 2021. DOI: 10.24220/2675-9160v2e2021a5791. Disponível em: <https://periodicos.puc-campinas.edu.br/direitoshumanos/article/view/5791>. Acesso em: 21 fev. 2024.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; CASONI, Laura Freitas. Contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre violência contra a mulher: uma análise jurisprudencial. **Revista Direito Público**, v. 18, n. 98, p. 97-125, abr./jun. 2021. DOI: 10.11117/rdp.v18i98.5265. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5265>. Acesso em: 21 fev. 2024.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; LOPES, Lucas Silva. Afirmação e promoção do direito às diferenças da pessoa com deficiência e as contribuições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, e35067, p. 1-33, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/35067/0>. Acesso em: 21 fev. 2024.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; FLORES, Enrique Pace Lima. The repercussion of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Brazilian courts. **Revista Direito & Práxis**, v. 12, n. 4, p. 2601-2627, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/XMQKs-cQDztBFwmnV7PvV7MQ/>. Acesso em: 21 fev. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. **CCPR/C/111/D/1956/2010**. Nevzeta Durić and Nedžad Durić x Bosnia and Herzegovina. Session n. 111. Date of adoption of Views: 16 jul. 2014. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g14/186/16/pdf/g1418616.pdf?token=meYf2U8Nt4b8w7aLrf&fe=true>. Acesso em: 21 fev. 2024.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/7/D/3/2011**. H.M. x Suécia. Session n. 7. Date of decision: 19 apr. 2012. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1984>. Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/11/D/8/2012**. Caso X. X Argentina. Session n. 16. Date of decision: 11 apr. 2014. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1989>. Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/14/D/21/2014**. F x Áustria. Session n. 16. Date of decision: 21 aug. 2015. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2087>. Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/15/D/11/2013**. Gemma Beasley x Austrália. Session n. 15. Date of decision: 01 apr. 2016a. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2142>. Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/15/D/13/2013**. Michael Lockrey x Austrália. Session n. 15. Date of decision: 01 apr. 2016b. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2143>. Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/17/D/31/2015**. D.L. x Suécia. Session n. 17. Date of decision: 24 mar. 2017^a. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2330>. Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/17/D/14/2013**. D.R. x Austrália. Session n. 17. Date of decision: 24 mar. 2017^b. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2387>. Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/18/D/28/2015**. O.O.J. x Suécia. Session n. 18. Date of decision: 18 aug. 2017c. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2328>. Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/17/D/27/2015**. LM.L. x Reino Unido. Session n. 17. Date of decision: 24 mar. 2017d. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2384>. Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/19/D/26/2014**. Caso Simon Bacher x Áustria. Session n. 20. Date of decision: 16 feb. 2018a. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2394>. Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/19/D/19/2014**. Fiona Given x Austrália. Session n. 19. Date of decision: 16 feb. 2018b. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2393>. Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **CRPD/C/21/D/42/2017**. T.M. x Grécia. Session n. 21. Date of decision: 02 apr. 2019. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2516>. Acesso em: 10 ago. 2022.

O DISCURSO DO “OUTRO” COMO FERRAMENTA DE MITIGAÇÃO DO DIREITO DE MIGRAR

Michelli Linhares de Bastos¹

Sandra Regina Martini²

1 INTRODUÇÃO

Os fluxos migratórios fazem parte da história da humanidade, dessa forma a liberdade em sair e retornar para o seu país constitui um direito humano. Este artigo apresenta como a construção de discursos de aversão a imigrantes mitiga a efetivação do direito de migrar. Anotamos a nomenclatura discurso do “Outro” para tratarmos desses discursos de aversão, pois a grande maioria dos migrantes recebe um tratamento como o outro, o intruso, a ameaça, aquele que não pertence. Tanto é assim que, por muito tempo, a palavra “estrangeiro” era amplamente utilizada para designar a pessoa migrante, ou seja, o migrante era tratado como o estranho dentro de um território.

A análise do discurso compreende que não há discursos neutros, mas construções discursivas baseadas em crenças e intenções do interlocutor. Dessa maneira, esta pesquisa apresenta o recorte sobre a linha política chamada de “nova” direita como uma fonte de construção e difusão da linha discursiva baseada na concepção do outro. Afinal, tal linha fundamenta-se em conceitos como o nacionalismo que defende ideias de um passado glorioso que passou a ser ameaçado quando houve a interação com povos advindos de diferentes locais.

A última parte deste artigo relaciona o discurso do “outro” com as teorias de Agamben (2004) e Bauman (2005; 2017), pois os migrantes, como o outro es-

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestra em Direito com ênfase em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Advogada. Licenciada em Letras (FAPA). E-mail: mlinharesdebastos@gmail.com

² Doutorado em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti pelo Università Degli Studi di Lecce, Itália (2001) Coordenadora do Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis, Brasil. E-mail: smartini@terra.com.br

tranho, passam a ser vidas matáveis, refugos humanos. Esses discursos mitigam o direito humano de migrar.

2 O DIREITO DE MIGRAR FRAGILIZADO PELO DISCURSO DO “OUTRO”

Na célebre obra *O Segundo Sexo*, Simone Beauvoir (1970) analisa a dualidade que permeia a história: o Mesmo e o Outro. Há, portanto, uma atividade de seriação pela qual separa-se por semelhantes em um grupo no qual se percebe similaridades e um grupo que é diferente.

Na obra citada, a autora analisa as questões de gênero, porém tal percepção também pode ser aplicada em outros grupos que vivem uma luta por reconhecimento. Habermas (2002) considera que o feminismo, o multiculturalismo, o nacionalismo e a luta contra o eurocentrismo são todas lutas contra a opressão, marginalização e desprezo.

Os fluxos migratórios fazem parte da crônica da humanidade. Tal constatação ensejou a positivação de normas jurídicas de proteção aos imigrantes e refugiados. No entanto, observa-se na prática, discursos antagônicos sobre o tema: de um lado, a concepção de que migrar é um direito humano e, de outro, a visão de imigrante como o outro, como invasor, como inimigo.

Habermas (2002) pontua que, a partir do século XIX, principalmente, grande parte das migrações ocorreu pela fuga de uma vida miserável e pela busca por uma vida digna. O autor sinaliza que, normalmente, as pessoas “não abandonam a terra natal a não ser em meio a grandes dificuldades”. Nesse sentido, também entende Bauman (2005, p. 50), ao analisar que:

Desde o princípio, a era moderna foi uma época de grandes migrações. Massas populacionais até agora não calculadas, e talvez incalculáveis, moveram-se pelo planeta, deixando seus países nativos, que não ofereciam condições de sobrevivência, por terras estrangeiras que lhes prometiam melhor sorte.

Desde o princípio, a era moderna foi uma época de grandes migrações. Massas populacionais até agora não calculadas, e talvez incalculáveis, moveram-se pelo planeta, deixando seus países nativos, que não ofereciam condições de sobrevivência, por terras estrangeiras que lhes prometiam melhor sorte. Assim, grande parte dos migrantes constituem um grupo vulnerável, pois há

a saída da terra natal, sem economias, sem familiares e amigos e o encontro de barreiras linguísticas e culturais em um novo país.

Diante de tal vulnerabilidade, apresenta-se a necessidade de uma obrigação moral global, nos termos de Habermas, de acolhimento da população migrante. Tal obrigação é também jurídica, estando positivada na Declaração Universal de Direitos Humanos, no artigo 13, II: “todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”. Adiante, no artigo 14, há que “todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”.

Dessa forma, o direito de migrar e ser recebido em outro país está positivado, não constitui uma ideologia de governos, mas uma obrigatoriedade a ser observada. Nesse sentido, António Guterres, Secretário-Geral das Nações Unidas ressalta que esse direito está centrado na questão das pessoas, reconhecendo o direito à segurança, proteção e oportunidade (Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2017).

Immanuel Kant (1989), em *À paz perpétua*, defende o “direito da posse comunitária da superfície da Terra”, alegando que se vive em sociedade e, portanto, não há como não conviver com outras pessoas, fazendo com que haja uma necessidade de transigência recíproca. Por isso, o direito de visita vem acompanhado do direito à hospitalidade, ou seja, desde que um estrangeiro venha de forma pacífica, não deverá ser tratado de forma hostil. Ainda, para Kant (1989), a paz não deriva de um estado natural, logo, precisa dar-se por meio de um contrato entre as sociedades.

Honneth (2009) realiza um estudo interessante sobre a luta por reconhecimento. Ele explica, partindo de uma teoria hegeliana, que a consciência do seu agir conduz a pessoa à participação da vida institucional e, consequentemente, os indivíduos passam a aprender que são seres dotados de direitos intersubjetivamente válidos. Ao mesmo tempo que percebe seus direitos, o sujeito também compreende o outro como um ser dotado de direitos. Essa percepção marca as relações éticas do Estado: o entendimento de que sou um ser de direitos e da mesma maneira os outros também são.

O reconhecer-se no outro como indivíduos dotados de direito possui íntima ligação com o direito de migrar. O sujeito ao reconhecer-se como ser humano que possui direito a buscar a felicidade, incluindo a migração como um caminho para esse fim, reconhece no outro o mesmo direito. Aqui o discurso de posse comunitária do espaço terrestre, de Kant, faz todo sentido.

No entanto, as obrigações morais e jurídicas e noção de posse comunitária não garantem a efetividade da inclusão dos migrantes. Nesse sentido, faz-se interessante a análise de Habermas (2002) sobre a questão da migração sob dois possíveis vieses, ambos baseados em assimilação: política e cultura. A assimilação política que compreende a “autocompreensão ético-política dos cidadãos e pela cultura política do país”, ou seja, trata da adequação externa dos imigrantes ao país em que se está entrando. Já a assimilação cultural envolve uma adequação interna, uma “assimilação que tem efeitos sobre o plano da integração ético-cultural e que, com isso, toca a identidade coletiva da cultura de origem dos imigrantes” (Habermas, 2002, p. 255). Habermas entende que um Estado democrático só pode esperar a primeira assimilação, não sendo adequado exigir que imigrantes abandonem sua cultura para a apropriação da cultura do país no qual ingressaram.

No entanto, a não assimilação cultural acaba não sendo respeitada, havendo a construção do discurso “Nós” e os “Outros”, negando a diversidade cultural e o caráter global dos direitos humanos. Essas concepções, levadas em consideração por Habermas (2002), trazem uma tentativa de obstar que a identidade coletiva se torne uma forma de excluir o diferente. Tal exclusão ocorre a partir da vontade consciente de isonomia social, provocando a marginalização de grupos sociais.

3 O NACIONALISMO COMO BASE DO DISCURSO DO OUTRO

Bobbio (1995, p. 149), na busca da conceituação de “direita” e “esquerda”, analisa as dicotomias existentes entre tais ideologias. Enquanto a direita preza pela guarda da tradição, a esquerda luta pela libertação das cadeias impostas pelas raças e classes dominantes. Dentro da concepção e tradição, o nacionalismo ascende como um dos grandes ideais dos governos de direita, baseado e dois pressupostos centrais: “a humanidade é naturalmente dividida em nações distintas, em segundo lugar, a nação é a unidade mais apropriada de governo político, e talvez a única legítima”.

Na obra *Como funciona o fascismo*, Stanley (2018, p. 19) afirma que o fascismo autocria sua origem em um passado mítico no qual havia uma pureza em diversas áreas como religião, raça e cultura. Além disso, nesse passado mítico a nação é gloriosa e tal glória foi retirada quando houve a ruptura da pureza e valores universais passaram a existir. A migração geraria uma dessas rupturas, pois há a “mistura” de pessoas advindas de outros lugares, que, na crença nacionalista, são inferiores.

A aversão ao imigrante é coerente com as ideias conservadoras nacionalistas que defendem a busca pela grandiosidade da nação e suas instituições tradicionais, vendo o estrangeiro e as minorias como sujeitos fora do modelo ideal de indivíduo que traga progresso para o país. Nesse ponto, chora Fernando Pessoa ao termos um discurso de navios ancorados, sem povos indo e vindo, negando os fluxos de pessoas que constituíram a história da humanidade.

Regimes autoritários costumam criar um inimigo comum como parte de um sistema político e ideológico. Sejam eles os negros, os judeus ou os muçulmanos. A identificação do estrangeiro como o Outro é utilizada como elemento do processo de identidade. Geralmente, são acusados como capazes de enfraquecer comportamentos morais, gerarem crises econômicas e aumentarem a violência, os estrangeiros acabam por virar os responsáveis pelos problemas do país ou da gestão em questão. Como forma de encobrir e distorcer as mazelas da região, o problema é colocado como fator externo, e, portanto, combatido a partir do bloqueio da entrada de seres humanos oriundo de outras nações. Torna-se evidente que quanto maior a crise econômica, os índices de violência e problemas sociais, mais serão atacados os migrantes.

Um dos percursores dos estudos de análise do discurso, o francês Michel Pêcheux, entendia que todo discurso possui um sujeito e todo sujeito possui uma ideologia, logo, o sentido da língua está nas ideologias que os sujeitos transportam para os seus discursos. Orlandi (2015) explica que a memória funciona como um interdiscurso, pois o modo como o sujeito se porta diante de uma situação discursiva é transpassado por recordações que ele experimentou ao ter contato com diversos discursos ao longo de sua vida. Sendo assim, pode-se dizer que nenhum discurso é puro, afinal ele é resultado tanto das concepções ideológicas do autor quanto das memórias discursivas que ele possui sobre o tema de que está tratando.

Bakhtin, ao estudar a linguagem, compreende que a identidade de alguma coisa nunca pode ser vista isoladamente, mas como uma variável contrastante de todas as outras possibilidades que poderia ser. Para Bakhtin os discursos sofrem duas forças opostas: as forças centrífugas e as forças centrípetas. Aquelas dizem respeito à tendência de as coisas buscarem a mudança, aceitarem aos movimentos das histórias, desejarem vida nova; estas tratam do empenho em mantermos as coisas unificadas, resistindo às transformações. A elocução é o local no qual tais forças ambíguas coexistem. Toda elocução sempre possui um ponto de vista e esse é formado por um grau de consciência, de atividade mental ligada ao grau de orientação social (Elichirigoity, 2008).

Portanto, ao analisarmos os discursos em relação os imigrantes precisamos ter a consciência de que o processo de elocução é complexo, envolvendo forças díspares (centrífugas e centrípetas) e que todo discurso traz ideologias as quais o sujeito foi exposto ao longo de sua trajetória e o modo como essas foram racionalizadas pelo indivíduo por meio de seu grau de consciência.

No entanto, conforme os ensinamentos de Bakhtin, a elocução é local de forças divergentes. O entendimento do direito humano de migrar encontra um discurso oposto: os migrantes vistos como o “outro”. Nos últimos anos, o Brasil vivencia um levante da chamada “nova direita” (Bobbio, 1995). Cepêda (2018, p. 52) explica que o termo “nova” tem relação com o novo cenário que contempla “mobilizações de massa, o recurso aos meios de comunicação das mídias sociais e os mecanismos da guerra híbrida” que são somados a conceitos já enraizados nas linhas de direita como o nacionalismo, a defesa das instituições tradicionais e o militarismo.

Esses discursos conservadores da “nova direita” sustentam-se, conforme explana Heywood (2010, p. 96), “no apelo à tradição e à história; o nacionalismo se torna, assim, a defesa das instituições tradicionais e de um modo de vida tradicional”. Assim, as manifestações realizadas pela “nova direita” adotaram um teor nacionalista visto tanto na adoção das cores verde e amarelo, referência à bandeira do Brasil, quanto em discursos pelo crescimento e progresso do país. O lema do governo nacional eleito em 2018 é “Brasil acima de tudo. Deus acima de todos”, deixando nítido o caráter da direita conservadora e nacionalista.

Löwy (2015) analisa que manifestações de extrema direita reapareceram mundialmente após quase 70 décadas inertes. Mesmo havendo algumas variações dependendo do país, o autor apresenta características comuns nas organizações de extrema direita: nacionalismo, antiglobalismo, xenofobia, racismo explícito e discursos contra imigrantes. A aversão ao imigrante é coerente com as ideias conservadoras nacionalistas que defendem a busca pela grandiosidade da nação e suas instituições tradicionais, vendo o estrangeiro e as minorias como sujeitos fora do modelo ideal de indivíduo que traga progresso para o país (Bobbio, 1995).

Dessa maneira, o contexto sócio-histórico de discursos de extrema direita que trazem consigo as temáticas de anticomunismo, nacionalismo, aversão aos estrangeiros, conforme já citado, permeiam os discursos atuais tanto pela memória dos sujeitos que armazenam tais informações quanto pela ideologia da direita conservadora que estão sendo adotadas por diversas pessoas. Esses discursos atuais são discursos de xenofobia.

A palavra xenofobia é originária do grego e seu significado abrange sentimentos como aversão ou antipatia por pessoas ou objetos que são estranhos ao cotidiano do xenofóbico. O dicionário português traz o termo xenofobia como sendo a aversão a estrangeiros; repugnância a pessoas e/ou coisas provenientes de países estrangeiros e ainda sugere sinônimos como nativismo, chauvinismo (Ribeiro, [2019?]). É possível, então, perceber pelo simples deslindar da palavra xenofobia quantos sentimentos essa expressão suporta.

Contudo o preconceito em forma de xenofobia ocorre com aversão à cultura, crença, raça, classe social, opção sexual, dentre outros. O termo xenofobia também pode ser abordado para designar uma doença psiquiátrica, retratando o caso de pessoas que possuem medo excessivo de situações ou pessoas estranhas, ou seja, o pânico a tudo que é diferente.

Nesse sentido, faz-se pertinente lembrar Bauman (2005, p. 248): “A necessidade de reconhecimento como nação dotada de Estado intensifica-se sobretudo em tempos de crise quando a população se apega a características ágrafas de uma identidade coletiva a qual se renova de maneira agressiva”. A afirmação de Bauman encontra abrigo em caso ocorrido no Brasil. Em 2011, o país viveu um grande fluxo migratório de haitianos que buscavam melhores condições de vida após situações adversas como terremoto, epidemia de cólera, fome e violência. Na época, o Brasil vivia um grande crescimento econômico, havendo falta de mão de obra em alguns setores. Nesse contexto, houve empresas que realizaram programas de incentivo para a acolhida de imigrantes haitianos.

Em entrevista ao Jornal Zero Hora (em 16/08/2014), Sandra Simonis Lucca, supervisora de Pessoal da empresa Dália Alimentos, localizada em Encantado/RS, contou que: “Enfrentávamos uma carência enorme de mão de obra. Ficamos sabendo que a Massas Romena (em Gravataí) havia contratado haitianos. Fomos até Brasileia (no Acre) e trouxemos 50 haitianos em outubro de 2012”. Em 2014, a empresa contava com 321 imigrantes compondo seu corpo de trabalho (Rollsing; Trezzi, 2014).

Ocorre que, em meados de 2014, uma grande crise econômica emergiu no Brasil, gerando altos índices de desemprego. Os imigrantes que ocupavam postos de trabalho vagantes passaram a ser vistos como concorrentes. Essa narrativa nos remete à frase do suíço Max Frisch ao tratar das imigrações italianas na Suíça: “Queríamos braços e chegaram seres humanos”. Desse modo, a mão de obra imigrante foi utilizada quando necessária e vista como uma ameaça quando a crise econômica chegou, revelando que um descaso com os seres

humanos que adentram o país incentivados por ofertas de emprego e que buscavam condições dignas de vida.

Assim, retomando o pensamento de Bauman (2005), o momento de crise fortaleceu o fetiche de identidade de nação, ou seja, migrantes passaram a ser vistos como os estranhos que disputam condições de vida melhores com os nacionais, os quais são tidos como os donos legítimos de tais condições, afinal são reconhecidos como membros da nação, enquanto aqueles são os outros, os intrusos que não devem ser preteridos.

4 DEIXE O “OUTRO” MORRER

O discurso do “Outro” dialoga com a ideia de necropoder de Giorgio Agamben (2004) ao estudar o conceito de *homo sacer*. Essa concepção analisa que um *status* de algo sagrado paira sobre a vida humana, não podendo, assim, ser sacrificada. No entanto, tal insacriticabilidade não significa ausência de morte. O Estado não realiza sacrifícios de vidas humanas, mas diversas práticas (comissivas ou omissivas) permitem que muitas vidas sejam consideráveis matáveis. Essas vidas matáveis são chamadas de “vidas nuas”, pois estão desprotegidas, expostas para morrer, localizadas em um ponto cego da visão social, o qual Agamben (2004) chama de estado de exceção permanente.

Wermuth e Nielsson (2018) compreendem que esse estado de exceção permanente representa uma exclusão singular em relação à norma geral, ou seja, gera uma suspensão entre os indivíduos excluídos e a norma. Tal ideia converge com o que já foi analisado neste artigo: há previsão normativa (e até mesmo moral) do direito de migrar, mas a construção de discursos de aversão a migrantes suspende a efetivação de tal direito.

Interessante analisar o caso atual do Brasil em relação ao tratamento dispensado para imigrantes pelo presidente. Bolsonaro ao tratar sobre portaria ministerial para fechamento de fronteiras no período de pandemia de Covid-19. Afirma que o Brasil possui longas fronteiras, sendo utópico o fechamento de todas elas, tratando dos limites com Uruguai e Paraguai. Ao ser questionado sobre fechamento da fronteira com Venezuela, o presidente brasileiro diz: “Da Venezuela é mais importante, porque lá o pessoal tá fugindo na fome, da miséria e também de uma ditadura instalada. A gente tem pena, porque são seres humanos da Venezuela [...], mas não podemos arriscar o nosso pessoal do lado de cá” (Bolsonaro, 2020).

Destaca-se que fechamento de fronteiras foi uma medida para contenção da propagação do coronavírus, mitigando a circulação do vírus, todavia o presidente traz seu tom xenófobo ao considerar que o caso da Venezuela se difere das fronteiras com outros países, pois os migrantes venezuelanos representariam uma ameaça ao povo brasileiro. Além disso, impossível não destacarmos que as questões migratórias não são dignas de sentimentos de pena, mas de direitos humanos a serem efetivados.

Achille Mbembe (2014) critica o discurso moderno de que cada sujeito é o principal controlador de seu próprio significado. Para o autor, a soberania existente é a capacidade de definição de quais vidas importam e quais são descartáveis. Um dos estudos de Mbembe (2014) é a escravidão que opera na morte social do indivíduo por meio da retirada de seu lar, do domínio de seu corpo e do estatuto político.

Já Judith Butler (2019), na obra *Vida Precária*, traz importantes questionamentos: quem conta como humano? E a favor de quem essa escolha opera? Para a autora, todos devemos ser afetados pelo luto, pela perda de cada vida, revelando o valor das vidas perdidas, principalmente aquelas que poderiam ter a morte evitada.

A ideia de necropoder vai ao encontro dos estudos de Bauman (2005; 2017) que analisa as questões de superpopulação e refugio humano. O autor reflete sobre a situação vivida durante os processos de colonizações por europeus que enviam seus excedentes populacionais e esses excedentes, chamados por Bauman (2017) de “migrantes econômicos”, receberam um espaço aberto pelo extermínio aborígine. Assim, “a população excedente é mais uma variedade do refugio humano, são baixas colaterais, não intencionais e não planejadas, do progresso econômico”. Se em tempos de colonização o refugio humano foram os nativos do país, na contemporaneidade, a população migrante ocupa essa triste posição.

Bauman (2017) chamada de “pânico moral” os discursos políticos, notícias da mídia e manifestações na Internet que tratam sobre migrações. Esse pânico é alimentado pela ansiedade e medo que os indivíduos desenvolvem sobre o que é diferente. Um sujeito olha seu vizinho com um olhar de identificação, mas olha o migrante com um olhar de desconhecimento e estranhamento. Assim, aquele que é diferente a mim pode ser deixado para morrer, conforme teoria de Agamben (2004).

Interessante a reflexão que deixar morrer não significa, necessariamente, que há um sentimento coletivo de desejo pela morte de algum grupo. Bauman (2017) analisa que o “pânico moral” em relação a migrantes faz com que muitos

indivíduos optem por “tornar-se moralmente cego e surdo, assumir uma opção livre dos riscos associados à sua alternativa, será suficiente, obrigado”.

Em 24 de janeiro de 2022, Moïse Mugenyi Kabagambe, imigrante congolês, foi espancado até a morte em um quiosque na praia da Barra da Tijuca, no estado do Rio de Janeiro. Moïse trabalhava como ajudante de cozinha e, diante do não recebimento por seu trabalho, foi cobrar o pagamento. Moïse foi espancado com taco de beisebol e pedaços de madeira, tendo mãos e pés amarrados. Os relatos são de que havia pessoas no local e nada foi feito (Parente, 2022). A vida de Moïse foi uma vida mutável.

Conforme Foucault (1999), os discursos constroem a realidade. Dessa forma, o discurso do “outro” visto como aquele que não pertence, o intruso que rouba espaço e oportunidades, acaba por mitigar o direito de migrar, afinal os migrantes são tratados como refugos, vidas matáveis, sem políticas de acolhimento adequadas e passando pelo sofrimento de atitudes xenófobas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato de a migração fazer parte da história e ser um direito humano previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, infelizmente, não garante condições dignas efetivas para grande parte dos migrantes. Na prática, há discursos por parte da população de aversão aos imigrantes, vistos como o “outro” que vêm usufruir de um país que não é seu, havendo uma total ignorância no sentido de posse comunitária da Terra, defendida por Kant.

De todo o disposto no presente artigo, nota-se que o discurso do “outro” fragiliza a efetivação do direito de migrar. Para Habermas, a inclusão do outro transpassa a superação de uma identidade coletiva que exclui socialmente aqueles que não se enquadram nessa identidade, gerando a marginalização de grupos. Essa marginalização é entendida por Agamben (2004) como vidas matáveis e para Bauman (2005) como vidas nuas. Além disso, o “pânico moral” descrito por Bauman (2017) vai ao encontro da ideia de “estado de exceção permanente” de Agamben (2004), pois os discursos contrários a migrantes que gera tal pânico são os mesmos que alimentam as ações e não ações que tornam as vidas migrantes como matáveis.

Desse modo, o direito humano de migrar necessita de uma consciência moral de responsabilidade global e da superação de discursos baseados em nacionalismo que constroem discursos de “nós” e os “outros”. O reconhecimento

dos migrantes como indivíduos dotados de direitos leva à superação da ideia de “outro” e à percepção de que toda a vida é valiosa.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG; Humanitas, 2004. *E-book*.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2017. *E-book*.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: fatos e mitos. 4. Ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda**: razões e significados de uma distinção política. São Paulo: Editora da Unesp, 1995.

BOLSONARO, Jair. Esclarecimentos e avanços sobre atitudes de fechamento de fronteiras. **Youtube**, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://t.co/kF3DypPcK5>. Acesso em: 14 set. 2020.

BUTLER, Judith. **Vida precária**: os poderes do luto e da violência. Tradução de Andreas Lieber. Belo Horizonte: Autêntica, 2019. *E-book*.

CEPÊDA, Vera Alves. A nova direita no Brasil: contexto e matrizes conceituais. **Mediações**: Revista de Ciências Sociais, Londrina, v. 23, n. 2, p. 40-74, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/media%C3%A7%C3%B5es/article/view/34801>. Acesso em: 21 fev. 2024.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

ELICHIRIGOITY, Maria Teresinha Py. A formação do sentido e da identidade na visão bakhtiniana. **Cadernos de Letras da UFF** – Dossiê: Literatura, língua e identidade, n. 34, p. 181-206, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Rio de Janeiro: Loyola, 1999. [*E-book*].

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HEYWOOD, A. **Ideologias políticas**: do liberalismo ao fascismo. São Paulo: Ática, 2010.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sócias. São Paulo: Editora 34, 2009.

INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS. Refúgio, Migrações e Cidadania. **CADERNOS DE DEBATES**, Brasília, v.12, n. 12, dez. 2017. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%BAGio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em: 21 fev. 2024.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989.

LÖWY, Michael. Conservadorismo e extrema-direita na Europa e no Brasil. **Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, n. 124, p. 652-664, out./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/MFzdwxKBBcNqHyKkckfW6Qn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 fev. 2024.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Portugal: Antígona, 2014. *E-book*.

ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso**: princípios e procedimentos. 12. ed. Campinas: Pontes, 2015.

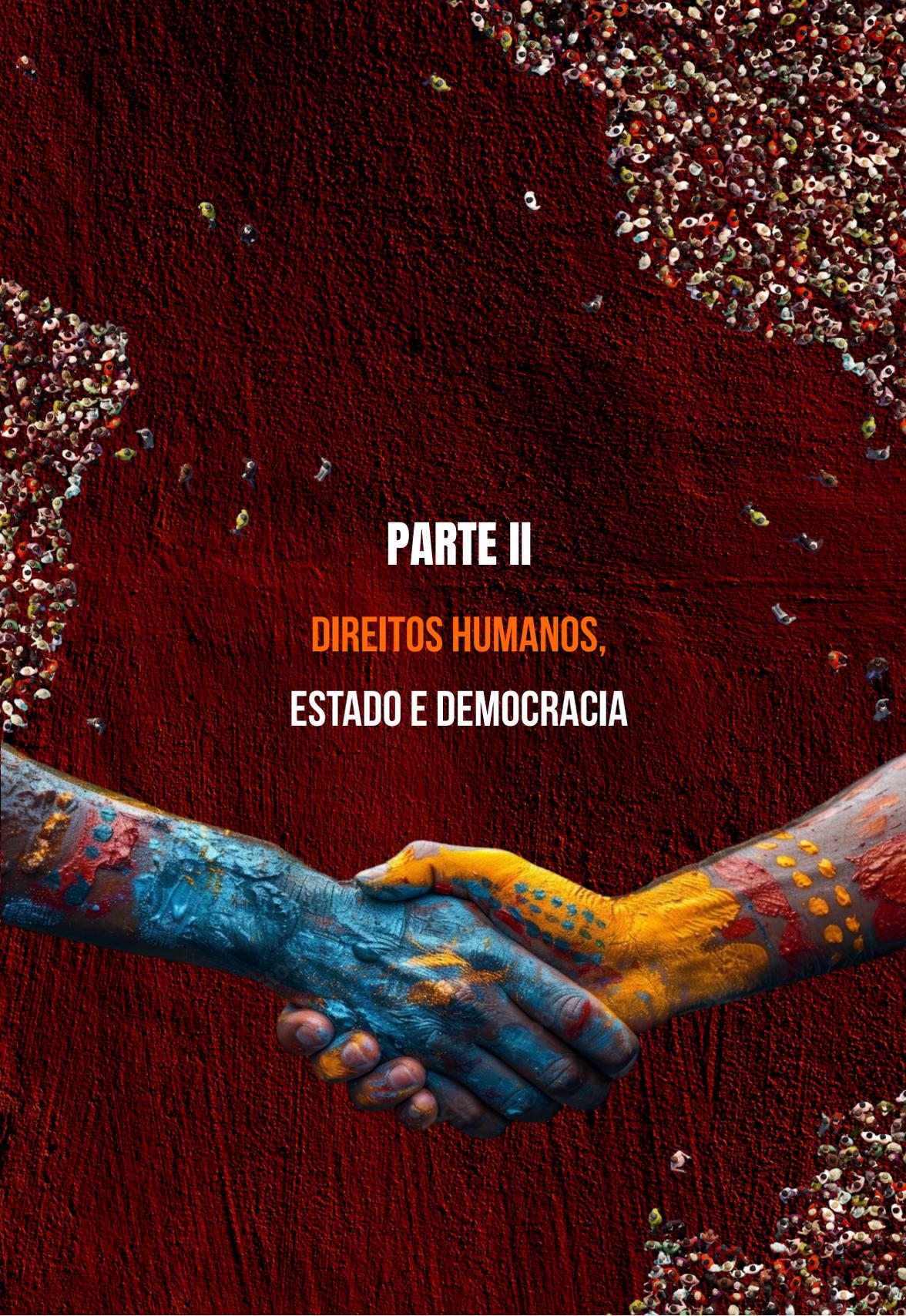
PARENTE, Carolina. Moíse, congolês espancado e morto no Rio: o que se sabe sobre caso até hoje. **O Povo**, 1º fev. 2022. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/bra/sil/2022/02/01/moise-congoles-espancado-e-morto-no-rio-o-que-se-sabe-sobre-caso-ate- hoje.html>. Acesso em: 04 mar. 2022.

RIBEIRO, Débora. Xenofobia. In: DICIO. **Dicionário Online de Português**. [2019?]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/xenofobia/>. Acesso em: 18 nov. 2019.

ROLLSING, Carlos; TREZZI, Humberto. Novos imigrantes mudam o cenário do Rio Grande do Sul. **Jornal Zero Hora**, Brasília, 16 ago. 2014. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/08/Novos-imigrantes-mudam-o-cenario-do-Rio-Grande-do-Sul-4576728.html>. Acesso em: 21 fev. 2024.

STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo**: a política do “nós” e “eles”. Tradução de Bruno Alexander. 1. Ed. Porto Alegre: L&PM, 2018.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. A “empresa-campo” e a produção da “vida nua”: direitos humanos e o trabalho escravo contemporâneo sob a perspectiva biopolítica. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 2, p. 367-392, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/4MMGKcFdghsttSztF4sMWZC/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 21 fev. 2024.

The image features a close-up of two hands shaking, symbolizing agreement or partnership. The hands are covered in vibrant, multi-colored paint (blue, yellow, red, and orange). The background is a dark, rich brown wood grain. Scattered around the hands are numerous small, colorful confetti pieces in various colors like red, white, green, and blue. The text is centered over the image.

PARTE II
DIREITOS HUMANOS,
ESTADO E DEMOCRACIA

CAPÍTULO I

A SOCIAL-DEMOCRACIA COMO CONCEPÇÃO AUTÔNOMA DE JUSTIÇA¹

José Claudio Monteiro de Brito Filho²

1 INTRODUÇÃO

A social-democracia, de origem marxista e alemã, espalhou-se pela Europa Ocidental, inicialmente pela Escandinávia, até se transformar em modelo de organização política da sociedade, com um modo próprio de distribuição de direitos e deveres.

Ainda assim, é quase que ignorada nos compêndios que tratam das teorias da justiça, ou, quando muito, é tratada dentro dos estudos que os filósofos políticos realizam a respeito do socialismo, mais precisamente de sua corrente dominante, o marxismo.

Isso, ainda que a social-democracia esteja inserida dentro das práticas de países que adotam a democracia liberal, até quando os governos, eventualmente, adotam ideologia mais conservadora, ou liberal, em seu sentido mais tradicional.

Pensamos que essa é uma lacuna que justifica uma boa investigação, e é isso que nos motiva neste breve texto, ou seja, verificar se a social-democracia pode ser considerada uma teoria autônoma de justiça, sendo esse o nosso problema de pesquisa.

Para isso, por meio de uma análise teórico-filosófica, que utiliza conhecimentos, também, da Ciência Política, da História e do Direito, tentaremos identi-

¹ O presente texto é produto de pesquisa feita na condição de investigador visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Centro Universitário do Estado do Pará.

² Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Estágio de Pós-Doutorado no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Centro Universitário do Estado do Pará (Cesupa). Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Email: jclaudiobritofilho@gmail.com

ficar se há elementos que façam uma identificação da social-democracia como uma forma de distribuição de direitos, e que a distinga das demais concepções.

Nesse sentido, depois dessa introdução, apresentamos um item que tenta desvendar as origens históricas da social-democracia e como ela se foi transformando até os dias atuais. Em seguida, apresentamos os elementos dessa concepção, fazendo algumas comparações com o liberalismo igualitário. Finalizamos com uma conclusão que, rememorando os principais aspectos discutidos no texto, procura responder ao problema de pesquisa.

2 A FORMAÇÃO DA SOCIAL-DEMOCRACIA E SUA EVOLUÇÃO ATÉ OS DIAS ATUAIS

A principal questão a enfrentar diz respeito ao fato de ser ou não a social-democracia uma verdadeira teoria da justiça. Para que isso ocorra é preciso que a identifiquemos como um modelo capaz de propor a organização da sociedade e das instituições sociais para realizar uma justa distribuição de direitos e deveres entre os integrantes da comunidade, de forma autônoma.

Normalmente a social-democracia, no âmbito da Filosofia Política, é mencionada – quando é – dentro do estudo do marxismo, que nem é considerado uma das teorias da justiça tradicionais, sendo, normalmente, discutido como forma de contraposição às concepções, chamemos assim, tradicionais de justiça: utilitarismo, libertarianismo, liberalismo igualitário e comunitarismo, especialmente em relação à segunda e à terceira teorias, dentro do que se convencionou chamar, de forma ampliada, de liberalismo³, mas não como uma verdadeira concepção da justiça.

³ O pensamento liberal ainda é discutido como englobando as duas correntes que, em nosso juízo, embora sejam herdeiras do pensamento liberal que vamos aqui chamar de tradicional — a significar o pensamento que existia antes de, no âmbito da Filosofia Política, Rawls (2008), realizar uma profunda cisão interna, ao introduzir a igualdade como um ideal político necessário para se alcançar uma distribuição justa de direitos e deveres —, não guardam mais tanta proximidade, assim. Primeiro, porque o libertarianismo mantém o ideal político da liberdade como o único necessário para uma justa distribuição de direitos, ao contrário do liberalismo igualitário, que inclui a igualdade como ideal político indispensável ao lado da liberdade. Segundo, porque até esse ideal de liberdade, pensamos, é proposto a partir de bases distintas; no libertarianismo muito mais voltado para a ideia de liberdade-contingente de Mill (2006), e no liberalismo igualitário com base na noção da liberdade-dever de Kant (2003), ao menos na visão exposta por Rawls. Terceiro, porque o libertarianismo conjuga a liberdade ao lado da propriedade privada, que tem, nessa teoria, termos muito mais absolutos que no liberalismo igualitário, que alberga como muito mais facilidade suas limitações, assim como faz em relação às restrições da liberdade.

Em relação ao marxismo, já é conhecida a nossa ideia de que, embora Marx considerasse a justiça um ideal burguês, além de entendê-la desnecessária pelo fato de que acreditava que, no comunismo, fase final de sua proposta de organização da sociedade, não se verificariam as circunstâncias da justiça, pela ausência de interesses conflitantes e pela abundância de recursos, a proposta marxista possui, sim, em seu interior, uma concepção de justiça, centrada no ideal político da igualdade⁴.

Em sentido distinto, Honneth entende que há mais ideais envolvidos na proposta marxista. Para este autor, além da igualdade, o que há no marxismo, como de resto defende para todas as vertentes do socialismo, é a tentativa de reproduzir, de forma mais harmônica – essa palavra é nossa, de como entendemos a fala de Honneth – todo o ideário da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, devendo ficar claro de que a liberdade de que trata o autor é o que chama de liberdade social⁵, única capaz de ser compatibilizada com a noção de fraternidade, e não a liberdade individual, que inspirou os revolucionários na França (Honneth, 2020)⁶. Não acreditamos que esteja correto. A liberdade, como a conhecemos, em nenhuma perspectiva faz parte da proposta marxista, pelo menos, e a fraternidade, caso entendida como algo que inclui a todos, também não, pois o marxismo está – ao menos na proposta de Marx – concentrado em resolver as questões que interessam ao proletariado, somente.

De qualquer sorte, como a social-democracia é considerada uma vertente do marxismo, ao menos em seus primórdios, e esta, a teoria de Marx, é a mais vistosa, seguida e conhecida teoria socialista, é por este, o socialismo, que começaremos, embora fazendo isso de forma sucinta.

Segundo Banond (2014, p. 327), nos primórdios, identificava-se o socialismo por exclusão, ou seja, pelo que não era individualismo e tradicionalismo.

⁴ Ver, a respeito, o nosso **Justiça: temas de liberalismo igualitário** (2021).

⁵ Segundo Honneth (2017, p. 41), a liberdade social é a participação “na prática social de uma comunidade na qual os membros têm tanta simpatia uns pelos outros que, para bem dos outros, se ajudam reciprocamente na satisfação das suas necessidades justificadas.

⁶ Entendemos que a concepção de Honneth a respeito da liberdade, na verdade, é somente mais uma forma de exercício da dimensão positiva da liberdade, a dimensão da autodefesa, e funciona claramente como uma limitação do ideal em si, senão sua própria eliminação, conforme se entenda. Na verdade, o autor claramente revisita o pensamento de Hegel, negando a perspectiva da liberdade em Kant e, mais ainda, em Mill. Sugerimos, para compreender essa última afirmação, ver o item 4 do nosso, em conjunto com Coelho, A concepção de justiça do supremo tribunal federal e a pandemia da covid-19 (COELHO; BRITO FILHO, 2021). Digno de registrarmos, também, que Dworkin (2011; 2014), em perspectiva liberal igualitária, trabalha essa relação interesses do indivíduo em si próprio (volitivos) x interesses do indivíduo em relação à comunidade (críticos) de forma mais condizente com o ideal da liberdade; no mesmo sentido, Sen (2008), de igual modo, quando trata da liberdade de condição de bem-estar x liberdade de condição de agente.

Afirma ainda que, os primeiros socialistas, embora fazendo críticas ao progresso industrial, ainda “[...] estão impregnados de valores do liberalismo”, atacando os grandes proprietários, e não os pequenos, que têm sua compreensão, além de acreditarem na possibilidade de [...] conciliação entre as classes sociais”. Também por esse motivo, segundo a autora, Marx e Engels, que formavam dentro do que denominavam de socialismo científico, os designavam de socialistas utópicos (Banond, 2014, p. 328).

Antes de passarmos a Marx e Engels, todavia, é preciso lembrar que os primeiros socialistas normalmente indicados são Saint-Simon, Robert Owen, Charles Fourier, Proudhon, e até Mikhail Bakunin, esse, junto com Proudhon, mais conhecido por suas ideias anarquistas, e os primeiros bem conhecidos pelo combate às ideias liberais e pela defesa do cooperativismo⁷. A respeito do três primeiros, Honneth (2020, p. 24) afirma:

[...] quer se trate de Robert Owen e dos seus seguidores, quer de Saint-Simon e da sua escola ou ainda dos fourieristas, todos esses grupos consideram como causa primária da injustiça contra a população trabalhadora o facto de o mercado capitalista ter escapado ao controlo social, obedecendo, portanto, apenas às suas próprias leis de oferta e procura.

Mas, são as ideias de Marx e, secundariamente, de Engels, seu grande parceiro, que, em termos de discussão, prevalecem, dentro da corrente que se convencionou chamar de marxismo.

Caso queiramos sintetizar a proposta marxista, nos seus moldes originais, ela pretende a organização da sociedade a partir de uma de suas classes, o proletariado, da seguinte forma: por meio de uma revolução violenta, o proletariado assume o controle da estrutura política e elimina o Estado burguês, colocando em seu lugar um Estado que se dedicará, de forma impositiva, autoritária, ditatorial, a implantar as bases para o estágio final da proposta marxista. Esse período é o que Marx chamou de socialismo. Estabelecidas as bases, com a existência de uma só classe, o proletariado, e com uma forma de produção que gera recursos em abundância, o Estado socialista extingue-se naturalmente e passa ao estágio denominado comunismo. Nesse modelo, toda a importância é dada ao ideal político da igualdade, sendo a liberdade, como expressa de forma clara em Marx, um ideal burguês, própria de seres egoístas⁸.

⁷ Ver, a respeito, Nunes (2021) e a imediatamente citada Banond (2014).

⁸ A respeito da proposta marxista sugerimos, do próprio Marx, a leitura de: *Sobre a Questão Ju-*

Para Banond (2014, p. 418), no final do século XIX, durante o período da 2ª Internacional, há um claro progresso em relação à teorização do socialismo – acreditamos ser mais apropriado falar, nesse momento, somente em marxismo, que já se tinha tornado hegemônico dentro do socialismo –, sendo esse um período em que despontam diversas formações sociais-democratas, destacando a autora o Partido Social-Democrata da Alemanha (SPD, em alemão), que contava com um número grandioso de membros, sendo o maior partido socialista conhecido no mundo.

Banond (2014, p. 418-420), nesse período, faz expressa referência a Karl Kautsky e a Eduard Bernstein. Segundo a autora, o primeiro, Kautsky é um marxista ortodoxo, tendo elaborado, em 1891, o programa do SPD, e que acreditava que o Manifesto Comunista, de Marx e Engels (2001) era mais do que um documento histórico, confirmando a característica específica do modo de produção capitalista, e mantendo a ideia de que a história de sociedade civilizada (diríamos, organizada em modos industriais) é a das guerras de classe, entre a burguesia e o proletariado. Ainda assim, Kautsky não é um revolucionário, acreditando, segundo a autora, que socialismo e democracia são complementares, podendo as instituições da última servirem para o desenvolvimento do proletariado, pelo exercício do poder.

Mas, é Bernstein quem vai mais adiante, atacando, além dos revolucionários, o próprio marxismo ortodoxo de Kautsky. Para Bernstein, até por não haver uma perspectiva de uma crise capitalista global, não havia sentido para a social-democracia ser revolucionária, sendo mais adequado aliar-se à pequena burguesia para obter alterações que favorecessem os proletários e todos os injustiçados. Segundo Banond (2014), Bernstein entendia que o próprio Marx acreditava na possibilidade de fazer triunfar o socialismo pacificamente pela via legislativa, podendo ser considerado o Estado, para o proletariado, um bem essencial.

Nunes (2021, p. 242-250), por seu turno, tratando do pensamento de Bernstein, registra ser o autor um marxista, mas que acreditava que a democracia era o caminho para o socialismo, rejeitando a ideia de revolução violenta, que só conseguiria melhorar a vida das massas de forma muito lenta, e entendendo que o voto seria o instrumento para tornar o parlamento um servidor do povo, sendo essa a opção da social-democracia, cujo movimento visava uma ordem social melhor, o que tornava seu pensamento distinto e não compatível com a proposta de uma ditadura do proletariado, para ele uma proposta ultra-

passada. Bernstein, na visão exposta por Nunes, é um precursor do socialismo-democrático da segunda metade do século XX.

Ainda a respeito de Bernstein, Honneth (2020, p. 57) registra que, para ele (Bernstein), a democracia representaria o maior dos objetivos socialistas, e a mais adequada forma de organização da vida em sociedade, sendo, em si, a organização da liberdade. Ainda segundo Honneth, ignora-se o revisionismo de Bernstein, por ainda ver-se o autor sob uma perspectiva marxista.

Voltando à 2ª Internacional, mencionada alguns parágrafos atrás, ela condensou diversas correntes, podendo essa divisão ser simplificada para dizermos que, em oposição aos revolucionários, que advogavam em favor da proposta marxista original, da mudança do modelo de organização da sociedade por meio da revolução violenta, perfilavam os revisionistas, que propunham ajustes em relação a essa proposta original, e dentre eles estavam os social-democratas, como Bernstein.

A respeito dessa divisão, Nunes (2021, p. 251) afirma:

Na segunda internacional convergiam as duas principais tendências do movimento socialista: os revolucionários e os revisionistas. Esta partilha comum de espaço, alicerçada na disputa sobre programas e estratégias divergentes e conflituosas, gerou antagonismos internos dentro do movimento.

As duas correntes, em termos concretos, obtiveram sucesso. Os revolucionários com o êxito da Revolução Russa, de 1917, e que foi o estopim para tantas outras que daí se seguiram, todas elas com a característica da mudança drástica preconizada pela proposta original marxista, e todas elas, pensamos, resultando em uma forma de organização da sociedade que não passou do período que Marx chamou de socialismo, como relembramos acima, e que gerou, sem exceção, fracassos em termos econômicos e sociais.

O socialismo democrático teve mais êxito, pensamos.

Como se verifica com Judt (2020), os países escandinavos foram os primeiros a adotarem os pressupostos da social-democracia em seus esquemas de distribuição de direitos, com os integrantes dessa corrente, na Suécia, por exemplo, renunciando aos ideais revolucionários que tinham partilhado com os alemães. Para o autor, dois pactos foram importantes para isso, a ligação entre o capital e o trabalho – a propriedade privada e a exploração dos meios de produção por particulares jamais foram colocadas em discussão –, e a não

menos importante união entre o campo e a indústria, eliminando fontes de discórdia próprias do marxismo, especialmente do marxismo-leninismo. Claro que isso não ocorreu de forma homogênea nos países nórdicos, mas foi se desenvolvendo. É de 1945 em diante, todavia, que a social-democracia se firma em toda a Europa Ocidental. Primeiro, de uma forma mais tradicional⁹; depois, com maior abertura para aspectos da liberdade que ainda não estavam consolidados, como o direito ao divórcio e ao aborto, e para a diminuição do papel do Estado, característica que se mantém até hoje.

De qualquer sorte, isso não deve ser visto somente como uma mudança de rumos da social-democracia, sendo mais um ajuste a uma forma padrão de distribuição de direitos na Europa democrática. Como se observa também com Judt (2020, p. 431), este, quando fala do que chama de “estados-ama”, afirma que as realizações eram iguais, “[...] quer fossem introduzidas pelos socialistas-democratas, católicos paternalistas ou conservadores prudentes e liberais”. Estamos de acordo, só fazendo o registro que parece clara a influência da social-democracia nessa política de incremento dos direitos sociais, que passa a ser bandeira de outras tendências político-filosóficas.

Em Portugal, a respeito do que pretendemos, em texto a ser, ainda, redigido, detalhar um pouco mais a construção dessa concepção, o pensamento social-democrata também floresceu. Como se verifica com Rosas (2020) e com Castaño (2012), embora com conclusões em parte distintas, a social-democracia, ou, como chamava Mário Soares, político português do Partido Socialista (©)¹⁰, o socialismo democrático, impôs-se como uma corrente dominante desde o início do período denominado de PREC, que é o Processo Revolucionário em curso, principalmente pelo PS, maior força eleitoral do momento, mas, também, com o PPD, Partido Popular Democrático, depois Partido Social Democrata, segunda força em termos de votos àquele momento, sendo destaque desse tempo Sá Carneiro, que foi primeiro-ministro português, em 1980.

No caso português, pode-se dizer que a social-democracia seguiu a lógica vista em outros países europeus, sendo primeiro mais intervencionista e buscando a implantação de uma agenda social mais intensa, mas, sempre, sem renunciar às liberdades públicas, especialmente as liberdades em matéria polí-

⁹ São emblemáticos dessa visão mais tradicional, penso, o pensamento de François Mitterrand (Presidente da França de 1981 a 1995), de Olof Palme (Primeiro-ministro da Suécia de 1969 a 1976, e de 1982 a 1986), de Willy Brandt (Chanceler alemão de 1969 a 1974) e de Mário Soares (Primeiro-ministro de Portugal em dois períodos, de 1976 a 1978 e de 1983 a 1985, e Presidente da República de 1986 a 1996).

¹⁰ Já referido em nota anterior.

tica, porém diminuindo aos poucos, ao longo dos anos, esse intervencionismo. Ainda é, considerando os dois partidos acima indicados, a principal força portuguesa, ocupando os principais cargos de direção do país¹¹, e por isso influenciando, a partir de sua forma de ver a organização da sociedade, a distribuição de direitos, sempre sem atrapalhar a sua atuação dentro da União Europeia, constituída de democracias liberais, e onde o Estado sempre terá limites na sua relação com a comunidade.

Para parte do movimento que se identifica como socialista, essa guinada liberalizante da social-democracia é um retrocesso. Para Mouffe (2019, p. 15-16), por exemplo, o que a social-democracia na Europa Ocidental fez foi, a pretexto de modernização, eliminar sua identidade de esquerda para se definir como de centro-esquerda. Segundo essa autora, isso foi um retrocesso, sendo uma espécie de submissão à globalização neoliberal, com a redução das questões políticas apenas a questões técnicas. Exemplifica com Tony Blair¹² e a chamada Terceira Via, que teriam implantado, segundo Hall, uma “versão social-democrata do neoliberalismo”. Em sua visão, na Europa Ocidental houve um declínio dos partidos sociais-democratas, com o crescimento do populismo de direita.

De qualquer sorte, é possível, depois de brevemente traçada a sua trajetória, entender a social-democracia como uma concepção política dotada de autonomia.

Nosso próximo passo é vermos se é, também, uma teoria de justiça dotada de igual autonomia, tarefa do item seguinte, e problema de pesquisa que motiva este texto.

3 A SOCIAL-DEMOCRACIA COMO UMA TEORIA AUTÔNOMA DE JUSTIÇA

Vista a social-democracia como uma concepção política autônoma, que claramente desprende-se do espectro ideológico onde foi gerada, o marxismo, podemos verificar se já é possível vê-la, também, como sendo uma concepção de justiça.

Acreditamos que a resposta é positiva, pois, a social-democracia tem um modo específico de distribuição de direitos e deveres entre os integrantes de sociedade, especialmente depois que passou a se comprometer de maneira

¹¹ Atualmente, Marcelo Rebelo de Souza é o Presidente da República, pertencendo ao PSD, e António Costa o Primeiro-ministro, sendo quadro do PS.

¹² Tony Blair foi primeiro-ministro do Reino Unido de 1997 a 2007.

mais firme como um modo específico de organização do setor produtivo e a respeitar os direitos básicos de liberdade.

Registre-se que a social-democracia, a partir daí, divorciou-se claramente do socialismo em geral, e do marxismo em particular, integrando-se ao grupo de modelos de organização da sociedade e de distribuição de direitos próprios das democracias liberais, e com ampla aceitação na Europa Ocidental.

Nascida a partir da ideia de que deve haver justiça social em proporção que contemple a todos, especialmente os menos favorecidos, e tendo assimilado ao longo do tempo a noção que é importante reconhecer e proteger os direitos de liberdade, a social-democracia está estruturada a partir desses dois princípios.

Nesse sentido, é nítida a proximidade da proposta de distribuição de direitos da social-democracia com o liberalismo igualitário. O que mais diferencia essas duas concepções são três aspectos, a partir do que aproveitaremos para mostrar, de uma forma um pouco mais analítica, os pilares da social-democracia.

O primeiro aspecto reside no fato de que o liberalismo igualitário está comprometido com a garantia de que os direitos fundamentais, que Rawls (2008) denomina de bens primários, são o objeto da distribuição igualitária, sendo, a partir daí, pelo princípio da responsabilidade pessoal, tarefa de cada indivíduo a busca por outros bens considerados valiosos pelo indivíduo para a consecução de seu projeto de vida, enquanto que, na social-democracia, o Estado notabiliza-se por elevar os direitos a serem concedidos para além do indispensável quando se trata de direitos sociais.

Nesse aspecto, parece haver uma nítida vantagem em favor da social-democracia, mas isso é somente aparente, dependendo do olhar que se tenha. É que, para que essa elevação seja possível é necessário aumentar a taxação das pessoas. Na Suécia, por exemplo, onde a social-democracia é vivida de forma plena, e independentemente da concepção política do partido que detém temporariamente o poder, por força de instituições sociais – leia-se, das normas em vigor –, a carga tributária chegou, em 2014, a ser correspondente a 45% do Produto Interno Bruto (Wallin, 2014).

Se tal parece razoável quando pensamos nos direitos básicos das pessoas, afigura-se menos quando se trata de direitos não tocados pela fundamentalidade, e que são mais incentivos para que as pessoas façam determinadas escolhas, como morar só e outras. É que, nesse caso, a taxação alta, além de representar a contribuição coercitiva para determinado estilo de vida, tenha ou

não o indivíduo esse estilo, ainda interfere na liberdade das pessoas de realizar o seu projeto de vida, e que é, p© Sen (2008), onde devemos igualar as pessoas.

É que, como essa taxaçoão retira das pessoas recursos que não serão por ela utilizados na forma de bens ou serviços, pois alguns deles estão para além da esfera da fundamentalidade e representam uma forma específica de vida, e que nem todos desejam¹³, o que há é uma diminuiçoão da liberdade individual, visto que, com uma taxaçoão alta e que não reverte na íntegra em prol dos interesses de todos os indivíduos, por conta de seus projetos de vida, o volume de recursos que fica disponível para as pessoas para adoçoão de planos que não estejam cobertos é menor, e isso, claro, interfere em sua liberdade para realizar.

No liberalismo isso seria considerado como uma invasão à esfera de individualidade das pessoas por parte do Estado, e um desvirtuamento da ideia de que a comunidade política existe para nos proporcionar somente o que desejamos e precisamos, e que, sozinhos, não somos capazes.

Na social-democracia, não. Como ela nasce dentro de uma concepçoão teórica em que o papel do Estado é relevante, sendo ele o responsável por ditar os rumos da comunidade, uma espécie de planejador da forma como a sociedade se organiza, isso é visto de forma mais natural.

E isso decorre, em boa medida, do segundo aspecto que vamos destacar.

Na social-democracia, a hierarquia é inversa à proposta por Rawls em relação aos ideais da liberdade e da igualdade.

Para Rawls (2008), embora coexistam simultaneamente os ideais políticos das liberdades iguais (liberdade) e da diferença (igualdade), uma comunidade não se estrutura para alcançar a realizaçoão desses dois ideais senão a partir da liberdade, ou seja, primeiro é preciso garantir às pessoas as liberdades básicas mais importantes para, somente depois, garantir os direitos de igualdade.

Dworkin (2011), embora seja famosa sua ideia de que, em um embate entre liberdade e igualdade, o primeiro desses ideais deve perder, também estrutura sua concepçoão de justiça a partir do ideal de liberdade. É que, não obstante seja o autor o criador da teoria da igualdade de recursos, concebendo, no liberalismo igualitário, a noçoão de diversidade da igualdade, que consiste em permitir que cada uma das pessoas, em situaçoão de igualdade com as outras pessoas, opte pelos bens e direitos de igualdade que melhor se adequem ao seu projeto de vida,

¹³ Lembrando aqui a fórmula de Rawls (2008) para explicar os bens primários: aquilo que todos querem – melhor seria dizer necessitam –, independentemente do que mais querem. Para além disso, o que há são opçoões que, como o nome indica, dependem de cada pessoa.

ainda assim, ao falar de liberdade, deixa claro que sua concessão – e as restrições que a ela serão aceitas – vem antes da igualdade, pois para que cada um possa, antes de decidir que bens com índole material deseja para buscar o cumprimento de seu plano de vida, saber os limites para a sua utilização.

Na social-democracia o caminho foi inverso. Como vimos ao norte, essa concepção iniciou como uma nova forma para a implantação do ideal marxista, renunciando à ideia da revolução violenta, e buscando atingir seus objetivos por intermédio dos canais democráticos, mas centrada no objetivo de proporcionar condições materiais para os trabalhadores. O ideal político básico, então, foi o da igualdade. E, assim, a social-democracia foi conquistando espaços, embora sem desconsiderar as conquistas já existentes em matéria de liberdade.

Grandes conquistas em relação a esse ideal, a propósito, como relata Judt (2020), só aconteceram após a Segunda Grande Guerra. De qualquer sorte, os dois ideais políticos, liberdade e igualdade, estão consolidados na proposta e na vivência social-democrata.

Terceiro, o papel e o tamanho do Estado. É que, na social-democracia, admite-se um Estado mais amplo, que assume funções que são, no liberalismo igualitário, entendidas como tarefa dos integrantes da sociedade, como a atuação do domínio econômico, e isso favorece um Estado grande.

Emblemático dessa característica é o que aconteceu nos momentos iniciais do primeiro governo Mitterrand, na França¹⁴, com a estatização de empresas, embora isso seja, logo adiante, amainado. Ainda assim, é o período em que mais direitos sociais são criados ou ampliados, e isso exige um Estado maior, que arrecada mais. No liberalismo igualitário admite-se um Estado com o tamanho necessário para a concessão de todos os direitos fundamentais – o que não é pouco –, mas, não além.

De qualquer sorte, é preciso considerar que, essa característica, embora ainda se note com facilidade na Suécia, por exemplo, como vimos acima, já não é uma unanimidade nas social-democracias como um todo. A demonstrar isso está o governo de Tony Blair, no Reino Unido, já mencionado, e o de Fernando Henrique Cardoso¹⁵, no Brasil, onde ocorreram privatizações, por exemplo, nos serviços de telefonia, não obstante não tenham ocorrido mudanças significativas nos direitos sociais.

¹⁴ Já referido em outra nota.

¹⁵ Fernando Henrique Cardoso, filiado ao Partido da Social-Democracia Brasileira (PSDB), foi presidente da República Federativa do Brasil em dois mandatos consecutivos, de 1995 a 2002.

Vista a social-democracia na perspectiva de seu modo de organização da sociedade e distribuição de direitos e deveres, é possível concluir, respondendo ao problema de pesquisa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A social-democracia nasce como uma corrente do pensamento marxista a respeito da organização da sociedade. Para seus adeptos, seria possível implantar a proposta marxista, mas, não mais por meio da revolução violenta, e sim por meio da tomada do poder por intermédio do voto, utilizando os instrumentos que caracterizam um processo político regular.

Inicialmente discutida na Alemanha, a social-democracia ganha espaço nos países escandinavos, onde é adotada majoritariamente e, depois na Europa Ocidental – até em Portugal –, onde, podemos afirmar, finda por influenciar a adoção, nos países, de um modelo de distribuição de direitos de igualdade que, em alguns casos, vai para além do ambiente próprio da fundamentalidade.

Mais adiante, incorpora-se definitivamente a esses países um ambiente de liberdade que faz com que os dois ideais políticos caminhem lado a lado e, um pouco mais adiante, especialmente no final do século XX, verifica-se um ambiente, como no Reino Unido e na França, de diminuição do papel do Estado na economia, com o setor privado assumindo o controle de espaços que, antes, eram ocupados pelo poder público.

Com esses novos contornos, construídos em pouco mais de 100 anos, é possível dizer que a social-democracia se desprende definitivamente do socialismo e da corrente em que foi gerada, o marxismo, mas sem se confundir com outras concepções, até com o liberalismo igualitário, teoria com a qual guarda inúmeras similitudes e que será referida adiante, mais uma vez, para se constituir em modelo autônomo de organização da sociedade e de distribuição de direitos e deveres, podendo ser considerada uma das teorias da justiça, e uma teoria importante, pois influencia de forma concreta e intensa os países da Europa Ocidental, ou seja, uma parte significativa das democracias liberais, já tendo sido utilizada quer para a construção de um padrão normativo, quer para o exercício do poder em diversos países de fora desse eixo, como é o caso do Brasil.

Pela adoção dos dois ideais políticos básicos: a liberdade e a igualdade, e de forma inclusiva em favor de todas as pessoas, deve ser considerada natural a sua comparação com o liberalismo igualitário, concepção teórica de justiça inaugurada com a publicação de, em 1971, *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls (2008).

Essas duas concepções, todavia, guardam algumas diferenças. Além do aspecto relativo ao ideal político que poderíamos chamar de dominante, que na social-democracia é a igualdade e, no liberalismo igualitário é a liberdade, devemos registrar que, enquanto na primeira concepção o Estado assume contornos maiores, atuando em favor da igualdade até para além do que é básico, fundamental, bem como interferindo na economia de forma mais intensa, na segunda teoria o Estado atua quase que exclusivamente para garantir o acesso a todos os direitos fundamentais.

Do final do século XX em diante, com uma onda de redução da atuação do Estado na economia, bem como de redimensionamento dos direitos de igualdade, em diversos países, um deles o Brasil – neste caso, principalmente, pela tentativa de redução do tamanho do Estado –, a linha que separava a social-democracia do liberalismo igualitário esmaeceu bastante, sendo, em alguns casos, difícil identificar com precisão a concepção de justiça que, na prática, está sendo adotada.

Indo um pouco mais além, é como se, embora seja difícil de imaginar, caso pensemos nos primórdios dos dois modelos, o liberalismo e o socialismo estivessem chegando a um ponto em que os dois modelos se tornam um só.

Acreditamos entretanto que, na verdade, o que ocorre não é exatamente isso, mas sim o fato de que, embora os dois modelos ainda possuam elementos de diferenciação, a prática da social-democracia, principalmente, tem levado os partidos que a defendem e a implementam entenderem que há limites que o Estado pode garantir a todas as pessoas, gerando a diminuição dos direitos que são distribuídos, especialmente os de igualdade, bem como uma diminuição da atuação estatal na economia, até para poderem estar concentrados na principal tarefa, que é assegurar um mínimo a todos.

REFERÊNCIAS

BANOND, Isabel. **História das ideias políticas**. Cascais, Portugal: Principia, 2014.

CASTAÑO, David. **Mário Soares e a revolução**. Alfragide, Portugal: Dom Quixote, 2012. *E-book*.

COELHO, Inocência Mártires; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. A concepção de justiça do Supremo Tribunal Federal e a pandemia da covid-19. *In*: DIAS, Jean Carlos; NASCIMENTO, Juliana O. E. do; AGUILERA, Raissa M. f. N. (org.). **O pensamento jurídico contemporâneo sob pressão**: estudos sobre impactos jurídicos da pandemia. Belo horizonte, Brasil: Sete Autores, 2022. p. 37-66.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo, Brasil: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Brasil: Martins Fontes, 2014.

HONNETH, Axel. **A ideia de socialismo**: tentativa de atualização. Tradução de Mariah Toldy e Teresa Toldy. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2020.

JUDT, Tony. **Pós-guerra**: história da Europa desde 1945. Tradução de Victor Silva, Maria Manuel Cardoso da Silva e Patrícia Xavier. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2020.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo, Brasil: Anita Garibaldi, 2001.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Tradução de Nélio Scheneider. São Paulo, Brasil: Boitempo, 2010.

MARX, Karl. **O 18 brumário de Luís Bonaparte**. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo, Brasil: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. **Crítica do programa de gotha**. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo, Brasil: Boitempo, 2012.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2006.

MOUFFE, Chantal. **Por um populismo de esquerda**. [S.l.]: autonomia Literária, 2019. *E-book*.

NUNES, Felipe de Arede. **Introdução à história das ideias políticas**. Lisboa, Portugal: AAFDL, 2021.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo, Brasil: Martins Fontes, 2008.

ROSAS, Fernando. Os quatro regimes. *In*: ROSAS, Fernando *et al.* **O século XX português**: política, economia, sociedade, cultura, império. Lisboa, Portugal: Tinta da China, 2020. p. 17-115.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. 2. Ed. Rio de Janeiro, Brasil: Record, 2008.

WALLIN, Claudi. Impostos na Suécia: o preço que se paga por uma sociedade civilizada. **Pragmatismo Político**, 14 dez. 2014. Disponível em: <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/12/impostos-na-suecia-o-preco-que-se-paga-por-uma-sociedade-civilizada-2.html>. Acesso em: 09 jun. 2022.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

*Bruno Fávaro*²

*Reginaldo de Souza Vieira*³

1 INTRODUÇÃO

Falar do Estado, é tratar de um ser abstrato dissociado da sociedade e não conhecido na Antiguidade ou no Medievo (Vieira, 2013). As bases de seu surgimento se desenrolam no tardo medieval, na esteira das lutas pela dominação territorial, jurídica e política entre os partidários do papa e os dos reis.

¹ Pesquisa vinculada ao projeto: DINÂMICAS JURÍDICO-POLÍTICAS SOBRE ESTADO, DIREITOS HUMANOS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS, financiado com recursos do Edital Grupos de Pesquisa da Unesc e da FAPESC.

² Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc). Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul). Professor do Curso de Direito da Unesc. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (Nuped/Unesc). Email: bruno.b.favaro@hotmail.com

³ Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC, 2002). Atualmente, é professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc), atuando no curso de Direito. Professor, pesquisador e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/Unesc). Professor permanente e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico – mestrado e doutorado (PPGD5/Unesc). É coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (Nuped/Unesc) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/Unesc). Foi assessor acadêmico de extensão da Pró-Reitoria de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão da Unesc (2013/2017). Membro do Conselho Editorial da EdiUnesc. Membro titular da Rede de Pesquisa em Republicanismo, Cidadania e Jurisdição (UFSC, Unesc, UCS e UnoChapecó). Membro titular da rede Ibero-americana de Direito Sanitário. Membro da Rede de Pesquisa Egrupe (Unisc, FMP, Unesc). Membro da Rede de Pesquisa Direito e Políticas Públicas (RDPP). Membro titular e da coordenação da Rede Latino-americana de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Membro titular e Coordenador da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos – REDE-DH. Membro da The International Society of Public Law. Membro da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. Membro associado do Conpedi (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Advogado vinculado a seccional de Santa Catarina. Foi membro da comissão de Educação Jurídica da OAB/SC. Advogado. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6733-5321>. E-mail: reginaldovieira@unesc.net

Ele se constitui no bojo do projeto (Capella, 2002) ou mito (Grossi, 2007) da modernidade, que a partir dos interesses econômicos da burguesia vai configurando o político, o jurídico, o social, a cultura e demais esferas sociais.

Estruturado em sua primeira manifestação em um modelo absolutista, vai ser reconstruído a partir dos processos revolucionários liberais (Revoluções Inglesa, Americana e Francesa), que alçam ao poder político a burguesia e instauram o Estado Liberal, consolidando o projeto da modernidade burguesa.

Entretanto, a crise social advinda da intervenção mínima do Estado Liberal, principalmente, no bojo do processo da Revolução Industrial (inchamento populacional das cidades, exploração e péssimas condições de trabalhos etc.) e organização do proletariado amparado nos postulados teóricos marxistas levam ao tensionamento do sistema e a necessidade de reestruturação do modelo estatal, o que lançara as bases do Estado Social.

Portanto, é a partir deste contexto que são desenvolvidas as bases deste capítulo, que tem por objetivo discorrer acerca dos marcos teóricos do Estado Social e do Estado Social e Democrático de Direito.

Como se verá a seguir, aquele transcendeu a mera função de garantidor das liberdades civis do anterior, Estado Liberal, passando a assumir o dever de concretizar os direitos sociais por meio de políticas públicas.

Dessa forma, busca-se o entendimento sobre a configuração do Estado, sobre a assunção da responsabilidade estatal pelos direitos prestacionais e sobre a dinâmica de atuação dos diferentes poderes, notadamente do Judiciário.

A pesquisa foi desenvolvida junto ao Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Utilizou-se o método dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica.

2 FUNDAMENTOS DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Consolidado a partir da Revolução Francesa de 1789⁴, o Estado Liberal Clássico do *laissez-faire* (liberalismo econômico) tinha como características a não intervenção na economia, o princípio da igualdade (formal), a tripartição de poderes (sem protagonismo do Poder Judiciário) e a Constituição, entendida como norma meramente limitadora do poder estatal. O liberalismo redun-

⁴ Série de eventos ocorridos na França no final do século XVIII, que redundaram no fim da monarquia absolutista e na ascensão da burguesia ao poder político (Bluche; Rials; Tulard, 1989).

dava, por conseguinte, na dicotomia entre Estado e Sociedade, tanto que os direitos humanos a ele intrínsecos impunham àquele uma conduta meramente negativa.

Segundo Vieira (2013, p. 117),

A construção do projeto liberal burguês, fundado no modelo econômico capitalista e na racionalidade humana, procurou desenvolver uma estrutura de poder político e jurídico, caracterizada pela defesa intransigente da propriedade privada como direito natural do homem; a exploração do trabalho humano; a limitação do Estado, atribuindo-lhes um papel mínimo, deixando ao privado as outras esferas das relações sociais e econômicas existentes. Esse Estado teria a legalidade positivista como seu alicerce fundamental e seria organizado sob os auspícios do princípio da separação dos poderes, o que iria constituir o Estado de Direito. Esse projeto consubstanciado concretizou-se no Estado de Direito Liberal.

Embora calcado no trinômio liberdade, igualdade e fraternidade, o Estado Liberal significou, em verdade, a ascensão da burguesia ao poder em detrimento da nobreza, restando às classes menos abastadas – o proletariado ou quarto poder – o papel de meros coadjuvantes. Destarte, a igualdade do liberalismo clássico prevalecia tão somente no plano formal, pois se tratava de um sistema político-econômico que elegia o patrimônio como o principal direito da personalidade a ser protegido pela ordem jurídica. Extrai-se, nesse sentido, da lição de Paulo Bonavides (2004, p. 42):

Em suma, o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa. E tanto ele como a sociedade qual a idearam os teóricos desse mesmo embate, entendendo-a como uma soma de átomos, correspondem, segundo alguns pensadores, entre os quais Schmitt, tão-somente à concepção burguesa da ordem política. [...]

E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.

A despeito das importantes contribuições do Estado Liberal para a humanidade – dentre as quais a concepção de Estado de Direito, a tripartição de poderes e a fundamentalização de direitos humanos –, a história mostra que o *laissez-faire* redundou em graves mazelas sociais. De fato, o individualismo da época influenciou a Revolução Industrial⁵, fenômeno catalisador de profundas transformações na Europa, como o êxodo rural e a criação de uma grande massa de trabalhadores nos centros urbanos (Streck; Morais, 2008, p. 69). Tais mudanças produziram graves consequências sociais, como a fome, as más condições de saneamento básico nos centros urbanos, as jornadas de trabalhos desumanas, o desemprego e a inexistência de direitos trabalhistas ou previdenciários. Por isso, a modernidade não cumpriu suas promessas de liberdade, igualdade e fraternidade (Sarlet, 2009, p. 448).

Essas mazelas do Estado Liberal Clássico redundaram em clamor por uma mudança de paradigma, anseio que adveio tanto das deficiências estruturais do liberalismo moderno, quanto da pressão advinda do Marxismo⁶, da Revolução Russa⁷ e da “ameaça do socialismo”. Por isso, o Estado Liberal teve que se transformar a fim de garantir a própria subsistência do capitalismo. A esse respeito, Vieira (2013, p. 139) aduz que

O século XIX, ao mesmo tempo em que representou a consolidação do projeto moderno capitalista, também trouxe a lume a crise social que o abstencionismo do Estado Liberal gerou. Essa realidade, ressaltada pela exploração laboral na esteira da Revolução Industrial, geraria as condições para o questionamento do Estado Liberal e do sistema econômico capitalista como modelo hegemônico.

Conforme Novais (2006, p. 180-182), no final do século XIX, os países liberais passaram a implementar incipientes medidas estatais de cunho assistencialista e trabalhista, para frear os “excessos mais chocantes do capitalismo selvagem”. Todavia, a efetiva mudança de postura quanto à configuração do Estado se deu

⁵ Processo de transformação ocorrido na Europa nos séculos XVIII e XIX que envolveu a substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e a utilização da máquina a vapor em larga escala (Huberman, 1986, p. 183).

⁶ Conforme Wolkmer (2004, p. 14), “[...] a doutrina formulada por Karl Marx (o chamado socialismo científico) a de maior influência sobre os movimentos revolucionários e sobre as lutas dos movimentos operários”, pautada “na práxis e no intento revolucionário para o projeto de libertação do homem e de emancipação da sociedade”.

⁷ Série de eventos ocorridos na Rússia em 1917, dos quais resultou o estabelecimento do controle do poder pelo partido bolchevique e a criação da União Soviética.

apenas com o advento da Primeira Guerra Mundial, conflito bélico gerado pelas próprias contradições do sistema liberal, as quais criaram a necessidade de maior intervenção estatal. Garcia-Pelayo (2009, p. 6) converge no mesmo sentido, ao referir que o Estado Social “significa, historicamente, a tentativa de adaptação do Estado tradicional (pelo que entendemos, neste caso, o estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial”. Para o autor espanhol, o Estado Social sucedeu ao Estado Liberal como a nova modalidade de governo nos países neocapitalistas tanto por “exigência ética” quanto por “necessidade histórica”. Isso ocorreu porque a nova configuração de Estado se fez necessária para corrigir as disfunções da sociedade industrial competitiva, na medida em que apenas suas reformas sociais poderiam evitar a revolução e alteração do paradigma de poder. Esping Andersen e Myles (2009) convergem nesse entendimento, referindo que as estruturas do *welfare state* foram estabelecidas por conservadores que, primariamente, buscavam reproduzir – não alterar – as hierarquias sociais prevalentes⁸.

Como resultado dessas transformações exurgiu o Estado Social, substanciado em um modelo intervencionista, ao qual, além da garantia dos direitos de primeira dimensão, também se impunha uma atuação positiva, a fim de propiciar o gozo dos direitos de segunda dimensão, relacionados à saúde, à educação, ao trabalho, à assistência social e outros. Nesse aspecto, aliás, Bonavides (2004, p. 17) estatui que o Estado Social promoveu os direitos das quatro gerações ou dimensões⁹. Para ele:

[...] o Estado social contemporâneo compreende direitos da primeira, da segunda, da terceira e da quarta gerações numa linha ascendente de desdobramento conjugado e contínuo, que principia com os direitos individuais, chega aos direitos sociais, prossegue com os direitos da fraternidade e alcança, finalmente, o último direito da condição política do homem: o direito à democracia.

Segundo Novais (2006, p. 179), esse novo modelo de Estado constitucional configurou-se, originariamente, na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar na Alemanha em 1919.

⁸ *A quick historical glance at social reform will dispel of any notion that the welfare state was pursued for egalitarian reasons. Its foundations were typically laid by conservative reformers who, like Bismarck, sought primarily to reproduce, rather than to alter, prevailing social hierarchies. When the opportunity arose, socialists pushed for social policies that would better the conditions of workers, eliminate poverty, and equalize opportunities.*

⁹ Conforme Paulo Bonavides. Os autores deste texto adotam para fins de pesquisa a classificação dos direitos fundamentais em três dimensões.

Originada da Revolução Mexicana de 1910 e inspirada nos ideais do anarcossindicalismo europeu do final do século XIX – especialmente da Rússia –, a carta constitucional do México pela primeira vez positivou o Estado Social, instituindo expressamente o intervencionismo estatal:

Artículo 25.- Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución¹⁰ (México, 1917).

A Constituição mexicana também inovou ao estabelecer em seu texto várias garantias de ordem trabalhista no artigo 123 (México, 1917), bem como ao reconhecer o caráter fundamental do direito à saúde no artigo 4º (México, 1917). Embora seu texto tenha sofrido diversas alterações, a importante carta constitucional mexicana continua a vigor até os dias de hoje, tendo completado 100 anos de existência em 2017.

A Constituição de Weimar, de 1919, por sua vez, adveio do auge da crise do Estado Liberal na Europa após a Primeira Guerra Mundial. Essa realidade foi vivenciada mais sensivelmente na Alemanha, por conta da derrota no conflito bélico e da assinatura do Tratado de Versalhes, que lhe onerou com severas e gravíssimas imposições financeiras. Consubstanciada na carta política da República de Weimar, a inovadora Constituição alemã estabeleceu a competência do *Reich* para legislar sobre assistência social, cuidados em saúde, legislação trabalhista, seguro, proteção aos trabalhadores, nacionalização dos recursos naturais e empreendimentos econômicos (Pinheiro, 2006). O documento também instituiu uma economia organizada com base no princípio da justiça, tendo o objetivo de atingir uma vida digna para todos. Todavia, o

¹⁰ O Estado é responsável por governar o desenvolvimento nacional para assegurar que seja abrangente, que fortaleça a soberania da Nação e seu regime democrático e que, ao promover o crescimento econômico e o emprego, uma distribuição mais justa de renda e riqueza, o exercício pleno da liberdade e dignidade de indivíduos, grupos e classes sociais, cuja segurança protege esta Constituição. O Estado planejará, conduzirá, coordenará e orientará a atividade econômica nacional e executará a regulamentação e promoção de atividades que exijam o interesse geral no âmbito das liberdades concedidas por esta Constituição (tradução nossa).

Estado Social da Constituição de Weimar possuiu vida curta, pois a Alemanha vivenciou grave crise econômica e instabilidade política nos anos subsequentes, cenário que, impulsionado pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929 (Galbraith, 2010), proporcionou a ascensão do Partido Nazista¹¹ ao poder, em 1933, sob o comando de Adolf Hitler.

De toda sorte, a par das precursoras experiências mexicana e alemã, o Estado Social se desenvolveu com maior contundência a partir da Segunda Guerra Mundial, quando os direitos sociais passam a ser ampliados e estendidos (Vieira, 2013, p. 147). Na Europa, seu surgimento ocorre a partir de um contexto econômico e histórico, tendo por base um pacto capital/trabalho que buscava responder e, ao mesmo tempo, enfrentar as ameaças fascistas e comunistas (Pastor; Dalmau, 2017). Desse modo, garantia a manutenção da estrutura capitalista liberal com uma roupagem intervencionista e garantidora de direitos sociais.

Os autores concluem que o modelo de Estado Social criado na Europa após a Segunda Guerra Mundial obedeceu às circunstâncias históricas e econômicas particulares que determinaram suas próprias configurações, onde o pacto capital/trabalho produziu a última transformação no Estado Liberal, respondendo a uma necessidade de aumentar sua legitimidade ante as ameaças fascistas e comunistas.

Nesse norte, para Garcia-Pelayo (2009, p. 5), a primeira constitucionalização dessa forma de Estado ocorreu com a Lei Fundamental da República Federal Alemã (Lei Fundamental de Bonn), em 1949, cujo artigo 20 remetia a um “Estado federal, democrático e social” (Alemanha, 2022, p. 29). O jurista espanhol leciona, ainda, que as políticas sociais dos países industrializados passaram, a partir desse novo modelo estatal, a contemplar não apenas as classes trabalhadoras, mas também toda a coletividade, por meio de ações voltadas ao bem-estar geral, nas áreas da cultura, lazer, educação e meio-ambiente. Dessa forma, enquanto o Estado Liberal do século XIX realizava medidas fiscais para, sazonalmente, corrigir deficiências transitórias de um sistema que – supostamente – se autorregulava, o Estado Social passou a adotar no século XX uma política permanente de direcionamento do sistema econômico, arvorando-se como “regulador decisivo do sistema social” (Garcia-Pelayo, 2009, p. 11).

Fixados os precedentes históricos e os principais contornos do Estado Social, enumeram-se os caracteres nele referidos por Bonavides (2004, p. 186):

¹¹ Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães.

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate ao desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidade individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência do seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social.

Vale destacar, conquanto alguns valores do Estado Liberal tenham sido mantidos pelo Estado Social¹², para que ele atinja seu fim, diferentemente do que ocorria naquele modelo, faz-se necessário proporcionar a criação de condições que garantam livre e igual desenvolvimento da personalidade individual. Para tanto, segundo Novais (2006, p. 200), as garantias individuais devem ser (a) fundamentalizadas por meio de sua constitucionalização, (b) interpretadas segundo o princípio da socialidade e (c) entendidas como valores que se impõem a toda a sociedade, não apenas ao Estado (eficácia horizontal). Por isso, para o jurista português, o Estado Social é impregnado de uma “intenção material” (Novais, 2006, p. 212), que se revela em um caráter axiológico e metapositivo. Isso significa dizer que o Estado Social não deve intervir na sociedade para proteger os direitos fundamentais por mera obediência formal à Constituição escrita, mas sim por observância àquele princípio material, cuja base é a dignidade da pessoa humana.

Nos dizeres de Esping-Andersen *et al.* (2001, p. 15), o Estado Social adveio de uma verdadeira reconfiguração do contrato social entre o Estado e a sociedade, na qual a questão social pautava o clamor por reformas. Segundo eles:

The 1930s and 1940s were a watershed in welfare state history precisely because the hardships of the Depression and war called for a new social contract between government and citizens. In that epoch, the urgency of reform was couched in terms of the ‘social question’ and the industrial class divide. The most notable achievements were pro-

¹² Como referido acima, o Estado de Direito, a tripartição de poderes e a fundamentalização de direitos humanos.

gressive taxation, educational expansion, pension improvements, income maintenance, health care and job protection. The promise of more equality between the social classes was translated into a set of social citizenship guarantees. Some, like universal health care and education, spoke to the 'people', others were targeted on specific risks or life cycle phases. The single most important among the latter was, no doubt a new, inter-generational, retirement contract¹³.

À guisa de reflexão, contudo, a despeito do inegável valor do Estado Social no pertinente à garantia dos direitos humanos, notadamente daqueles de natureza prestacional, não se pode adotar uma visão romanceada de seus objetivos e repercussões. De fato, tal forma de Estado também funcionou como instrumento de dominação de classes, como admite Garcia-Pelayo (2009, p. 4), porquanto as concessões sociais deferidas às camadas populares constituíam meio para manutenção do próprio sistema capitalista (reforma X revolução). Aliás, a política de assistência social ampla na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, só foi possível devido ao enorme volume de recursos oriundos dos países capitalistas subordinados, dentre os quais o Brasil. Na época, tais recursos foram cooptados pelos países europeus e pelos EUA na forma de lucros e royalties de empresas transnacionais situadas nos países periféricos, agravando o desnível econômico entre aqueles e estes (Viana, [2006?]).

3 ESTADO SOCIAL: UMA CATEGORIA POLISSÊMICA

Antes de tratar, efetivamente, sobre as diferentes concepções de Estado Social e seus conceitos afins, cumpre distingui-lo do Estado Socialista. A principal diferença entre essas formas de Estado é que aquele, ao contrário deste, configura-se dentro do próprio sistema capitalista. Em outras palavras, portanto, o Estado Social nada mais é do que o resultado das transformações pelas

¹³ As décadas de 1930 e 1940 foram um divisor de águas na história do *welfare state* justamente porque as dificuldades da Depressão e da guerra exigiam um novo contrato social entre o governo e os cidadãos. Naquela época, a urgência da reforma era expressa em termos da "questão social" e da divisão da classe industrial. As realizações mais notáveis foram a tributação progressiva, a expansão educacional, a melhoria das aposentadorias, a manutenção da renda, a assistência médica e a proteção ao emprego. A promessa de maior igualdade entre as classes sociais foi traduzida em um conjunto de garantias de cidadania social. Alguns, como a universalização do acesso à saúde e a educação, eram direcionadas ao 'povo', outras foram direcionadas para riscos específicos ou fases do ciclo de vida. O mais importante entre estas, sem dúvida, foi um novo contrato de aposentadoria intergeracional (tradução nossa).

quais passou o Estado Liberal clássico a fim de perpetuar o capitalismo como sistema vigente. No socialismo, em contrapartida, a transformação do Estado é mais profunda, pois visa a remover o poder capitalista, a assumir o controle dos meios de produção e a limitar a esfera de atuação da iniciativa privada (Bonavides, 2004, p. 186). Vieira assim o preceitua (2013, p. 144):

Um ponto a ser ressaltado é que o Estado Social não rejeita o modo de produção capitalista e nem é uma etapa em direção a uma sociedade socialista. O seu objetivo é atenuar as desigualdades sociais ocasionadas pelo individualismo liberal. Caracteriza-se numa alteração do originário Estado Liberal, conservando a matriz econômica capitalista como hegemônica.

Nesse mesmo sentido, estatui Paulo Bonavides (2004, p. 184):

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo Marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio Cardeal a que não renuncia.

Impõe-se delimitar, por outro lado, a distinção entre o Estado Social e os conceitos de Estado Assistencial e de Estado Providência. Estes possuem um significado mais restrito, referindo-se à função estatal de assegurar “por meio de subvenções e subsídios um mínimo de subsistência vital aos que nela se encontram, ou de prevenir a eventualidade dessas situações através do estabelecimento generalizado de um sistema de seguros, de saúde e de assistência social” (Novais, 2006, p. 188). O Estado Social também absorve as funções de cunho assistencialista e protetivo, porém possui significado mais amplo, na medida em que se refere à própria configuração do poder político, advindo da efetiva participação da sociedade em seu exercício (princípio democrático). Nele, conseqüentemente, dá-se um processo recíproco de “estadualização da sociedade” e de “socialização do Estado” (Novais, 2006, p. 190).

Não menos importante é a diferenciação entre o Estado Social e o *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social). Do ponto de vista histórico, essas formas de Estado se distinguem porque o Estado Social teve sua gênese no início do século XX, impulsionado especialmente pela Revolução Mexicana, de 1910, e pela Revolução Russa, de 1917. O *Welfare State*, distintamente, tem como nas-

cedouro o Plano Marshall, de 1947¹⁴. Outrossim, do ponto de vista territorial, o Estado Social formou-se em diversos países da Europa e, inclusive, da América Latina, ao passo que o *Welfare State* foi formulado nos EUA e na Inglaterra. Além disso, essas duas concepções de Estado desenvolveram-se desde processos desiguais de criação. Nesse norte, o Estado Social adveio como produto natural e necessário da conjuntura de crise vivenciada nos países capitalistas no primeiro quartel do século XX. O *Welfare State*, opostamente, resultou de criação acadêmica na área da economia, baseada, principalmente, no Beveridge Report¹⁵ inspirado na teoria de Keynes (Garcia-Pelayo, 2009, p. 8; Martinez, 2005). Aliás, essa é a diferença mais sensível entre o Estado Social e o *Welfare State*: esse configurou mera estratégia econômica, adotada para fins de estabilização dos desvios e disfunções do sistema capitalista; aquele, por sua vez, visou a modificar a própria ordem social, política e jurídica, não apenas com reflexos no subsistema econômico, mas também no pertinente às relações de poder e na interação entre Estado e sociedade. Basta referir, nesse sentido, que o *Welfare State* nunca redundou na formação de qualquer carta constitucional, ao passo que o Estado Social foi positivado em diversas Constituições, como visto acima.

Feitas tais distinções, cumpre ressaltar que o Estado Social se conforma a diversas configurações políticas. A título de exemplo, Bonavides (2004, p. 184) reconhece seus caracteres na Alemanha nazista, na Itália fascista, na Espanha franquista, em Portugal salazarista, na Inglaterra de Churchill e nos Estados Unidos de Roosevelt. Igualmente, Esping-Andersen e Myles (2007, p. 2) lecionam que os diferentes modelos do *Welfare State* adotados nos diversos países da Europa resultaram em políticas redistributivas distintas, gerando maior ou menor igualdade de renda e oportunidade¹⁶. Vieira (2013, p. 144) também detecta tais variáveis, inclusive em um recorte histórico-temporal:

Um ponto a ser destacado é que não houve um único modelo de Estado Social e nem a sua implantação no mesmo período nos diversos Estados que o adotaram. Assim, temos como exemplo a concepção europeia que

¹⁴ Programa de Recuperação Europeia idealizado pelos Estados Unidos ao fim da Segunda Guerra Mundial, nomeado após o então Secretário de Estado norte-americano, George Marshall.

¹⁵ Documento de 1942 que dispôs sobre serviços sociais e pleno emprego na Inglaterra.

¹⁶ "All this considered, we need to be especially attentive to three basic issues. One, welfare states embrace distinct redistributive principles, some of which may promote more equality of outcomes or of opportunities, while others may actually work in the opposite direction". "Tudo isso considerado, precisamos estar especialmente atentos a três questões básicas. Primeiro, os estados de bem-estar adotam princípios redistributivos distintos, alguns dos quais podem promover mais igualdade de resultados ou de oportunidades, enquanto outros podem, na verdade, funcionar na direção oposta" (tradução nossa).

já possui as suas bases desde o século XIX dentro do cenário da lutas sociais frente ao contexto de um capitalismo avançado; a latino-americana, que, em sua origem, esteve inserta na realidade de governos autoritários, vindo a reconhecer direitos sociais (em diversos situações, de forma parcial) no contexto de um capitalismo periférico e dependente e de um modelo corporativo e centralizador e de restrição da organização social, inclusive da democracia liberal partidária; até a existência de Estados que não o conheceram.

Novais (2006, p. 216) também se opõe à visão reducionista do Estado Social, negando sua vinculação a uma só forma de governo e conformando-o a distintos quadros políticos. Para o autor português:

[...] o Estado Social de Direito afirma-se como quadro aberto a uma pluralidade de concretizações, na medida em que, sem prejuízo da comum intenção de realizar os valores da autonomia individual, a exigência de socialidade é susceptível de, a seu modo, ser realizada em cada uma das seguintes variantes: num Estado que, assumindo a concepção da sociedade como um objecto carente de conformação, reduz a intervenção económica e social a um mínimo compatível com a manutenção do *statu quo* e a repartição de bens existentes (“neo-capitalismo liberal”); num Estado que se proponha influenciar profundamente a distribuição de bens e o funcionamento dos mecanismos de mercado, sem transformar a natureza essencial das relações de produção e o regime jurídico da titularidade privada dos meios de produção (“capitalismo social”); num Estado que faça da reconstrução sistemática dos fundamentos económicos e sociais da comunidade, em ordem à socialização progressiva dos meios de produção, condição e pressuposto da realização integral da intenção de socialidade e dos direitos fundamentais do homem (“democracia social” ou “socialismo democrático”)¹⁷.

Como visto, portanto, o Estado Social é uma categoria ampla, que, assim, engloba todos os conceitos operacionais acima citados, porém os transcende, pois, a par de suas funções e caracteres, tem como núcleo a liberdade material e o princípio democrático, que serão abordados nos tópicos seguintes.

¹⁷ Os textos em português de Portugal serão mantidos no original sem tradução.

4 A LIBERDADE MATERIAL

A compreensão do Estado Social pressupõe uma breve definição do conceito de liberdade, especialmente no tocante à sua diferente conotação no Estado Liberal clássico. Com efeito, nos dizeres de Garcia-Pelayo (2009, p. 43),

No geral, toda liberdade é liberdade de algo para algo. Portanto, cada época histórica e/ou cada camada ou grupo social deve encarar de frente o problema de saber perante que coerção concreta deve postular-se a liberdade: Frente à coerção do senhor? Frente à coerção das oligarquias gremiais? Frente à do Estado? Frente à necessidade econômica sustentada sobre uma organização político-social?

Benjamin Constant, em seu clássico texto de 1819, *The liberty of the ancients compared with that of the Moderns*¹⁸ (Constant, 2017), tratou sobre as diferenças entre a liberdade dos povos antigos e dos modernos, bem como sobre os respectivos reflexos na França após a Revolução de 1789. Nele, o pensador francês atribuiu aos antigos – egípcios, gregos, romanos e gauleses – o entendimento da liberdade em seu sentido político, da qual resultava soberania nos espaços públicos de discussão e escravidão nas relações privadas. Já para os modernos – entendidos como os europeus nos séculos XVIII e XIX –, predominava a valorização da liberdade individual, o que repercutia em soberania política aparente e independência na vida privada. Para Constant (2017), essa noção moderna da liberdade relacionava-se intrinsecamente ao individualismo e ao poder econômico advindo do comércio, o qual, segundo ele, superava o próprio poder político e militar. Segundo Bonavides (2004, p. 145), o escrito de Benjamin Constant sintetiza os ideais do liberalismo, pois,

Se algum documento há de reivindicar na História o título de manifesto político do liberalismo, será este, incontestavelmente, o discurso de Constant sobre a liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. Ali, a teoria política do liberalismo retoma, em poucas páginas, a certeza de suas energias ideológicas e se afirma na precisão incomparável de uma fórmula que a identifica doutrinariamente, sem qualquer eiva de equívoco.

¹⁸ A liberdade dos antigos comparada à dos modernos, texto desenvolvido por Benjamin Constant a partir de palestra proferida no Athénée Royal de Paris, no ano de 1819.

Desse modo, no Estado Liberal, a liberdade cingia-se na exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com desprezo à intervenção estatal – salvo naqueles casos em que o mercado demandava seu auxílio para fins de estabilização. Assim, além de seu cunho individualista, a liberdade era concebida em um aspecto meramente formal, transfigurando-se em verdadeira ideologia da classe detentora da supremacia econômica da época. Realmente, na racionalidade hegemônica liberal, o dualismo cartesiano do *ego cogitum* não representava mero devaneio, mas possuía fins instrumentais de dominação. Ora, se apenas o “pensar” importava, o único direito humano que deveria ser protegido pelo Estado era a liberdade (formal), a fim de que cada indivíduo pudesse exercer o seu *cogitum*. As condições materiais para tanto (saúde, alimentação, moradia), nessa perspectiva, não eram classificadas como objeto dos direitos humanos, pois cada pessoa deveria se esforçar para, egoisticamente, garantir para si e sua família condições melhores de vida. A dignidade humana, nessa lógica, não era responsabilidade da comunidade, mas dos próprios indivíduos (Herrera Flores, 2009; Martínez, 2015).

Todavia, a liberdade assim entendida e protegida restringia-se ao plano meramente formal, uma vez que a liberdade política é irreal se não vem acompanhada pela liberdade em relação às dependências econômicas (García-Pelayo, 2009, p. 43). Esse foi exatamente o caso no Estado Liberal em geral, pois, como referido anteriormente, o *laissez-faire* redundou em graves mazelas sociais, especialmente a fome e as más condições de saneamento básico nos centros urbanos. Nesse contexto, mostra-se razoável classificar uma pessoa que passa fome como livre? Sem alimento e sem saúde, liberdade de que e para quê? Essa posição vai ao encontro da teoria de Bonavides (2004, p. 61), para quem o conceito de liberdade do Estado Liberal mostrar-se-ia correto se todos os homens fossem dotados de igual capacidade. Contudo, como a igualdade no liberalismo ocorria apenas no plano formal, em uma abstração que acobertava as desigualdades de fato, o discurso de liberdade convertia-se em um salvo-conduto para que os mais abastados oprimissem os fracos. Segundo o jurista brasileiro, ainda,

Tanto a filosofia política da esquerda como a da direita chegou a esse resultado comum: a superação da liberdade qual a conceitual outrora o liberalismo, sem a consideração dos fatores econômicos, reconhecidos, hoje, como indispensáveis à prática da verdadeira liberdade humana.

Vã, por conseguinte, a esperança de reprimir a rotação idealista do progresso, a esperança de reprimir a rotação Idealista do progresso, a busca necessária de uma liberdade e de uma democracia esteada em postulados de justiça social e econômica (Bonavides, 2004, p. 62).

Pautado nesses conceitos de justiça social e econômica, o progressivo desenvolvimento do Estado Social outorgou à liberdade uma nova conotação, progredindo de um aspecto meramente formal para uma significação material. Assim, “ontem, a liberdade impetrava o acréscimo da igualdade; hoje, a igualdade impetra o acréscimo da liberdade, acréscimo material, tudo isso com o objetivo de fazer ambas concretas, tanto a liberdade como a igualdade” (Bonavides, 2004, p. 14-15). Para Alexy (2008, p. 503-505), a liberdade jurídica, ou seja, a permissão jurídica de fazer ou não algo, é desprovida de valor se não vier acompanhada da liberdade fática (real), cujo exercício pressupõe, por exemplo, que o indivíduo não viva abaixo do mínimo existencial, não esteja condenado ao desemprego diuturno e nem tampouco esteja alienado da vida cultural de seu tempo. Trata-se, enfim, de proporcionar as condições mínimas para o exercício da liberdade.

Novais (2006, p. 198-199) insere nessa equação o princípio da socialidade, consistente na “vinculação jurídica do Estado no sentido de uma intervenção positiva destinada a criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais”. Desse modo, o Estado não funciona como mero limitador externo da liberdade, mas sim como seu elemento constitutivo, pois a ele incumbe outorgar as condições necessárias para que os cidadãos sejam materialmente livres. Trata-se, dessa forma, da busca de emancipação baseada no princípio da dignidade humana (liberdade material), não da propriedade burguesa (liberdade formal).

5 DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Na lógica liberal, ao Estado incumbia apenas a defesa do indivíduo contra a autoridade, o que favorecia as aspirações da classe economicamente dominante naquela época, a burguesia. Paulo Bonavides, ao referir-se à base ideológica daquele sistema, classificava-o como ode à tutela do indivíduo e da propriedade privada, “premissa essencial do sistema capitalista” (Bonavides, 2004, p. 168).

Todavia, ao fixar as bases ideológicas do Estado Social, Bonavides (2004, p. 166) reporta-se, com contundência, à filosofia de Jean Jacques Rousseau, notadamente a sua contextualização da democracia grega como ação política pertencente a todos, sem distinção de classes. Trata-se da *volonté générale*¹⁹, consubstanciada na prevalência da soberania popular e na cessão da liberdade

¹⁹ Vontade geral (tradução nossa).

individual para a própria coletividade, não para uma autoridade individual ou um determinado grupo de indivíduos. Assim, conquanto a exegese da teoria rousseauiana possa redundar em sua associação a regimes totalitários ou ao próprio liberalismo, a vontade geral é a base instrumental política do próprio Estado Social, mormente em sua vertente ocidental, pois permite “acesso a um socialismo moderado, por via democrática” (Bonavides, 2004, p. 170-171; 175).

Vale ressaltar, no entanto, que a democracia idealizada para o Estado Social se distingue daquela do Estado Liberal. A valer, enquanto a democracia formal do liberalismo se exercia por meio do sufrágio censitário, cujo acesso era franqueado apenas aos membros de determinada classe, no Estado Social a democracia busca assumir um caráter material, mediante a universalização do sufrágio. Em tal cenário, por conseguinte, a vontade popular, antes exercida apenas formalmente no liberalismo clássico, passa a ser impor de maneira concreta, com a participação de todos.

Novais (2006, p. 183) coaduna desse entendimento, esclarecendo que o Estado Social não implica apenas em mero intervencionismo, mas sim em uma nova configuração e interação nas relações entre Estado e sociedade. Trata-se, desse modo, de vinculação ao princípio democrático, em que o cidadão não é apenas receptor de políticas públicas, mas participante ativo de sua elaboração. A esse respeito, como refere Garcia-Pelayo (2009, p. 35), o que caracteriza o Estado Social não é a função assistencial nem a política de bem-estar, porém sua própria configuração global. Trata-se, nessa ótica, de uma democracia social que reivindica a socialização do Estado, a fim de que os cidadãos participem da formação de sua vontade política, bem como da distribuição e atribuição de bens e serviços. Sobre o princípio democrático, Novais (2006, p. 213) estatui que:

é exactamente neste plano que a dimensão democrática do Estado de Direito adquire a maior relevância, já que, numa sociedade politicamente heterogénea, pluralista, atravessado por profundos conflitos sociais e dissensões ideológicas, não se pode pretender – a não ser recorrendo a soluções autoritárias, excluídas por definição – chegar a uma decisão unívoca e consensual sobre esta matéria. Um acordo mínimo só é possível em torno da remissão deste problema (o da determinação da forma política mais adequada realizar a axiologia da dignidade da pessoa humana) para a decisão popular democraticamente expressa nos seus momentos constituinte (originário e derivado) e constituído.

Conseqüentemente, o Estado Social de Direito possui uma intenção material que supera o reducionismo formalista do Estado Liberal e o entendimento de que o Direito é tão somente criação do Estado, o que se revela nos valores que persegue e na dimensão social de sua atividade. Garcia-Pelayo (2009, p. 35) caracteriza o Estado Social em tais termos:

Porém, por Estado Social devemos entender não apenas uma configuração histórica concreta, mas também um conceito claro e distinto frente a outras estruturas estatais. Por isso, precisamos considerá-lo como um sistema democraticamente organizado, ou seja, como um sistema onde a sociedade não só participa passivamente como receptora de bens e serviços. Trata-se de um sistema em que, através de suas organizações, a sociedade é parte ativa na formulação da vontade geral do Estado, bem como na construção das políticas distributivas e de outras prestações estatais. Dito de outro modo, qualquer que seja o conteúdo social, sua atualização precisa vincular-se a um processo democrático, mais complexo, certamente, do que a simples democracia política, uma vez que ele deve estender-se a outras dimensões.

Com base nessas premissas, ou seja, do entendimento do Estado Social como um sistema democraticamente organizado, exsurge a ideia de Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, cumpre tratar, ainda que brevemente, sobre o conceito de Estado de Direito, o qual, conforme Streck e Morais (2008, p. 91), não se substancia em um modelo institucional de pura legalidade formal, mas sim de conteúdo. Estado e Direito, nessa perspectiva, são elementos “complementares e interdependentes”, numa dinâmica em que àquele cabe o pretenso monopólio e aplicação deste. Da mesma forma, embora a estrutura formal jurídica esteja incorporada de forma relevante no Estado de Direito, ele não constitui apenas um Estado Legal, porquanto também se pauta e intervém na realidade social e política. É, nos dizeres de Streck e Morais (2008, p. 93), “uma concepção de fundo acerca das liberdades públicas da democracia e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica”. Por tal motivo, o Estado de Direito assumiu diferentes identidades na medida das sucessivas transformações políticas, sociais econômicas que ocorreram a partir do final do século XVIII, especialmente na Europa.

De fato, como referido anteriormente, o primeiro modelo de Estado de Direito foi concebido segundo a matriz liberal. Naquele momento, as estruturas jurídicas do Estado Liberal – como o império da lei, a tripartição poderes

e as garantias individuais – não constituíam um fim em si mesmas, contudo instrumento do ideário então preponderante, relacionado ao individualismo e à liberdade de atuação dos indivíduos ante um Estado mínimo.

Posteriormente, o Estado de Direito passou a sofrer influência das preocupações e clamores da questão social, as quais, como apontado acima, produziram relevantes transformações e redundaram na formação do Estado Social. Nele, às mencionadas estruturas jurídicas se antepôs um novo conteúdo axiológico-político, baseado em exigências sociais. Em tal perspectiva, o mesmo Estado de Direito, anteriormente reduzido a um papel mínimo, passou a assumir o protagonismo nas tentativas de solucionar as mazelas sociais, consubstanciando-se em um Estado interventor. Essas transformações influenciaram, inclusive, a própria estrutura jurídica, que, do caráter geral e abstrato intrínseco à legislação no Estado Liberal, passou a apresentar caráter específico e concreto, atuando em setores específicos da sociedade (Streck; Morais, 2008, p. 97).

O Estado Social e Democrático de Direito, por sua vez, possui estrutura similar à do modelo clássico liberal, com suas garantias jurídico-legais, e é dotado da preocupação social intrínseca ao Estado Social. Vale ressaltar que se adota, aqui, a nomenclatura conferida por Novais (2006, p. 218), para quem o Estado Social e Democrático de Direito é

[...] conceito que exprime a limitação e vinculação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais do homem e à promoção das condições do livre e autónomo desenvolvimento da personalidade individual - acolher e integrar juridicamente as transformações económicas e sociais democraticamente decididas e, com tal alcance, constituir-se em princípio estruturante da ordem constitucional das sociedades democráticas contemporâneas.

Porém, essa nova forma de Estado vai mais além, pois visa incorporar, concretamente, o princípio democrático como seu elemento constitutivo, de forma a garantir a justiça social e a efetiva participação do povo no controle das decisões estatais. Conforme Silva (2005, p. 118):

conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja, a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político.

Realmente, como também asseveram Streck e Morais (2008, p. 97), mesmo sob a égide do Estado Social, a questão da igualdade não obteve solução, motivo pelo qual se desenvolveu o novo conceito de Estado Social e Democrático de Direito. Esse novo modelo contempla as conquistas democráticas, as garantias legais e a preocupação social supracitadas, mas também tem por mister essencial a “transformação do *status quo*”.

Nesse norte, o Estado Social e Democrático de Direito se caracteriza por alguns princípios, quais sejam, (a) da constitucionalidade: vinculação a uma Constituição rígida emanada da vontade popular; (b) da organização democrática da sociedade; (c) do sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; (d) da justiça social: intenção de corrigir desigualdades no corpo social; (e) da igualdade: em seu sentido material, transcendendo a igualdade formal do modelo liberal; (f) da divisão de poderes; (g) da legalidade; e (h) da segurança jurídica (Streck; Morais, 2008; Silva, 2005). Portanto,

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência (Streck; Morais, 2008, p. 97-98).

Note-se, a colocação da ordem econômica e social em função do Estado, para consecução de seus fins materiais, não importa em renúncia ou cerceamento da autonomia individual. Em verdade, a importância da personalidade individual persiste no Estado Social e Democrático de Direito, porém não mais com base na predominância do direito à propriedade, como ocorreu no Estado Liberal, mas sim da dignidade humana como critério e limite jurídico e ético. Dessa forma, o Estado Social e Democrático de Direito não promove a vontade popular a princípio absoluto, pois limita seu poder na autonomia individual e na dignidade da pessoa humana (Novais, 2006, p. 211). Além desses limites, as arbitrariedades também são evitadas pela salvaguarda do Poder Judiciário, ao qual incumbe intervir como elemento estabilizador, em um espectro de atua-

ção mais amplo daquele vigente no Estado Liberal, no qual o papel do juiz era reduzido ao silogismo jurídico.

Deve-se ressaltar, contudo, a concretização do ideário democrático acima delineado encontra diversos obstáculos, razão pela qual se pode dizer que o Estado Social e Democrático de Direito representa um intento de vir a ser. Nesse sentido, conforme o magistério de Dallari (2011, p. 302-305), o ideal dessa concepção de Estado é possível de ser atingido, mas, para tanto, pressupõe a eliminação da rigidez formal, a fim de atender à concepção de valores do povo. Não prescinde, igualmente, da supremacia da vontade da coletividade, de forma que os próprios governados decidam sobre as diretrizes fundamentais do Estado, com a ressalva de que a vontade popular seja livremente formada e externada. Ainda, faz-se necessária a preservação da liberdade, não apenas individual e egoística, como também da liberdade social, do homem situado. Da mesma forma, impõe a preservação da igualdade substancial, que transcende o conceito de liberdade meramente formal. Enfim, em síntese, pode-se dizer que o Estado Social e Democrático de Direito tem por base os mesmos princípios que o Estado Social idealizou, todavia não realizou.

Deve-se ressaltar, contudo, que os anseios de justiça social do Estado Social e Democrático de Direito, mesmo quando expressamente positivado em cartas constitucionais, encontram fortes obstáculos de ordem prática, como a insuficiência de recursos e a falta de vontade política. Aliás, no Brasil, a discrepância entre a estrutura normativa de direitos e sua efetiva garantia concreta dá azo a uma intensa cultura de judicialização.

Além das limitações de recursos para a busca por justiça social, o princípio democrático acima estudado – ou seja, a referida participação do povo no controle das decisões estatais – é de difícil aplicação prática. De fato, embora o Estado Social tenha propiciado a universalização do sufrágio, não se pode dizer que as democracias da atualidade proporcionem a efetiva participação da população nos processos políticos. Nesse norte, conquanto não se trate do objeto do presente estudo, pode-se dizer que, mesmo com o voto universal, a representatividade dos eleitores é virtual, com vigência de uma democracia meramente formal²⁰. Nesse giro, Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer (2002, p. 42), ao tratarem sobre a “expansão global da democracia”, remetem à dupla patologia da “representação e participação”. Segundo esses autores, a po-

²⁰ Segundo Bobbio (2007, p. 157), “Assim, foi introduzida a distinção entre democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo desta forma”.

pulação não se sente representada pelos agentes políticos eleitos (patologia da representação) e, com isso, passa a, gradativamente, abster-se de participar dos processos eleitorais (patologia da participação). Além disso, o sistema representativo atualmente predominante nos países democráticos também acaba por restringir a participação popular apenas aos períodos eleitorais, com completa alienação política no restante do tempo. Tal constatação leva ao próprio questionamento da qualidade da democracia, como leciona Morlino (2015, p. 179), para quem uma boa democracia é “[...] aquela que apresenta uma estrutura institucional estável que realiza a liberdade e a igualdade dos cidadãos por meio do funcionamento legítimo e correto de suas instituições e mecanismos”.

De toda sorte, a par dos importantes desafios para a concretização do Estado Social e Democrático de Direito, não há dúvidas de que sua constitucionalização representou avanço na busca por igualdade material e justiça social. Pode-se citar, nesse sentido, a própria realidade do Brasil, cuja carta constitucional prevê uma vasta gama de direitos, inclusive de caráter social e de prestação positiva, do que se tratará no item a seguir. Quiçá o grande desafio para a garantia desses direitos seja o entendimento de que sua implementação não perpassa apenas pela atuação no subsistema jurídico (Martínez, 2015) – como a via judicial, por exemplo –, porém demanda a reconfiguração de todos os demais setores da sociedade, como o político, o econômico e o social.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto neste capítulo, o Estado Liberal clássico, consolidado com a Revolução Francesa de 1789 (e construído historicamente nas Revoluções Inglesa e Francesa e amparados nos postulados contratualistas), outorgou importantes contribuições para humanidade, dentre as quais a concepção de Estado de Direito, a divisão de poderes e a fundamentação de direitos humanos. Todavia, o *laissez-faire* redundou em graves mazelas sociais, relacionadas à Revolução Industrial, que catalisou profundas transformações na Europa, como o êxodo rural e a criação de uma grande massa de trabalhadores nos centros urbanos. Esses graves problemas sociais produziram um inexorável clamor por uma mudança de paradigma, potencializada pela pressão advinda do marxismo e da Revolução Russa. Naquele contexto, a gênese do Estado Social adveio da necessidade de transformação do Estado Liberal para fins de manutenção do Capitalismo. Por isso, o novo modelo de Estado não alterou as hierarquias sociais então existentes, mas apenas as reproduziu.

Não se consubstanciou em um caminho para o socialismo ou comunismo, mas a continuidade das bases econômicas liberais com mitigações, inclusive para a sua própria sobrevivência frente aos movimentos revolucionários do século XIX e XX.

Entretanto, também se constituiu no reconhecimento do proletariado como ator do jogo político, fruto de sua organização enquanto classe e em partidos políticos, possibilitando alteração das Constituições e regulação infraconstitucional que consolidou um sistema de proteção social e a ampliação de participação nos processos democráticos.

O Estado Social, desse modo, consubstanciou-se em um modelo intervencionista, ao qual, além da garantia dos direitos de primeira dimensão, se impunha o dever de propiciar o gozo dos direitos de segunda dimensão, relacionados à saúde à educação ao trabalho e à assistência social. O Estado Social e Democrático de Direito, contudo, transcende o Estado Social, pois, além da preocupação social intrínseca a este, visa incorporar o princípio democrático como elemento constitutivo, promovendo a justiça social e a efetiva participação do povo no controle das decisões estatais.

Também ao reafirmar a categoria social, o Estado Social e Democrático de Direito reforça o entendimento de interligação entre a necessidade de garantias fundamentais de proteção social em conjunto com a democracia, fortalecendo as bases teóricas de que enquanto modelo pressupõe o não retrocesso social em relação aos direitos fundamentais sociais na qualidade de direitos humanos constitucionalizados. Esse é o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, a qual instituiu um verdadeiro projeto de sociedade para o Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Bohn: Conselho Parlamentar, 2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BLUCHE, Frédéric; RIALS, Stéphane; TULARD, Jean. **La Revolution Francaise**. Paris: Presses Universitaires de France, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Tradução de Gresiela Nunes Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CONSTANT, Benjamin. **The liberty of the ancients compared with that of the moderns**. This text began life as a lecture to the Athénée Royal of Paris in 1819. Early Modern Texts – Jonathan Bennett, 2017. Disponível em: <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/constant1819.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESPING-ANDERSEN, Gosta; MYLES, John. Economic Inequality and the Welfare State. In: SALVERDA, Wiemer; NOLAN, Brian; SMEEDING, Timothy M. (ed.). **The Oxford Handbook of Economic Inequality**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 639-665.

ESPING-ANDERSEN, Gosta *et al.* **A new welfare architecture for Europe?** Report submitted to the Belgian Presidency of the European Union. 2001. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/238758771_A_NEW_WELFARE_ARCHITECTURE_FOR_EUROPE_Report_submitted_to_the_Belgian_Presidency_of_the_European_Union. Acesso em: 20 fev. 2024.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GALBRAITH, John Kenneth. **1929**: a grande crise. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. 2. ed., rev. e atual. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HERRERA FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed. rev. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

MARTÍNEZ, Vinício C. Estado do bem estar social ou Estado social? **Revista Jus Navigandi**, 24 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6623/estado-do-bem-estar-social-ou-estado-social>. Acesso em: 21 dez. 2024.

MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **Diario Oficial de la Federación**, 5 de febrero de 1917. Disponível em: https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_76/pdfs/22.pdf. Acesso em: 21 dez. 2024.

MORLINO, Leonardo. Qualidades da democracia: como analisá-las. **Sociedade e Cultura**, v. 18, n. 2, p. 177-194, jul./dez. 2015. Universidade Federal de Goiás. Goiânia, Brasil. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/703/70346854015.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2024.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 2006.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Crisis del Estado social en Europa: efectos en la generación del constitucionalismo social en América Latina. **Revista Justiça do Direito**, v. 31, n. 3, p. 485-505, set./dez. 2017. Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7630>. Acesso em: 21 dez. 2024.

PINHEIRO, Maria Cláudia B. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92449>. Acesso em: 21 dez. 2024.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIANA, Nildo. **A constituição das políticas públicas**. [2006?]. Disponível em: https://www.academia.edu/5199033/A_Constitui%C3%A7%C3%A3o_das_Pol%C3%ADticas_P%C3%ABlicas. Acesso em: 21 dez. 2024.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na república participativa**: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde. 2013. 540f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107508/319593.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 dez. 2024.

WOLKMER, Antônio Carlos. Marx, a questão judaica e os direitos humanos. **Revista Sequência**, n. 48, p. 11-28, jul. 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/15230/13850>. Acesso em: 21 dez. 2024.

CAPÍTULO III

DOIS PROJETOS PARA UMA TEORIA CRÍTICA DA JUSTIÇA: DENILSON WERLE E AXEL HONNETH¹

Saulo M. M. de Matos²

1 INTRODUÇÃO: RACIONALIDADE PRÁTICA, JUSTIÇA E CRÍTICA

Este estudo apresenta uma resposta à seguinte indagação: *considerando o cenário de polarização da política nos países ocidentais, da perda de confiança nos governos democráticos, do crescimento da desigualdade social no mundo e de sucessivos desastres políticos recentes relativos às falhas no momento da tomada de decisão pelos representantes do povo, como, e.g., a crise financeira de 2008, como uma teoria crítica da justiça deveria ser concebida?* A fim de responder a tal questionamento, é necessário, em primeiro lugar, compreender o significado de racionalidade prática, justiça e crítica.

A noção mais elementar de racionalidade prática compreende o modo de exercício linguístico da faculdade da razão da prática, cujo objeto são os critérios de justificação da execução ou não de uma determinada ação, isto é, os fundamentos de determinação (*justificação*) da execução ou não de uma dada ação individual ou coletiva. Ela se opõe à racionalidade teórica, cujo objeto compreende a representação das condições de verdade de uma determinada crença acerca de um determinado estado de coisas no mundo. Os critérios (normativos) para que possamos fundamentar (*justificar*) a correção ou não do uso da razão prática em um determinado contexto estão associados a imagens acerca da justiça, bem comum, felicidade, utilidade, virtudes, entre outros conceitos normativos relevantes na história da filosofia prática (ética em sentido amplo ou filosofia moral em sentido amplo). Podemos colocar todos esses con-

¹ Agradeço a Nilton Chagas pela leitura e correção deste texto. Esta pesquisa é financiada pela chamada Universal MCTIC/CNPq n. 28/2018 e pelo PIBIC (2018) da PROPESP/UFPA.

² Professor adjunto da Universidade Federal do Pará (UFPA) e coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPA. E-mail: saulodematos@ufpa.br.

ceitos normativos associados à ideia ou à imagem de *justiça* como fundamento determinante da razão prática³.

A normatividade da imagem de justiça, pressuposta no momento da determinação dos fundamentos do uso da razão prática, é uma das questões mais delicadas desde Kant. Isso porque é sabido que, a partir de Kant, a defesa da autonomia (*Selbstbestimmung*) como valor ou propósito último do agir individual ou coletivo depende de um abandono do modelo de fundamentação da moralidade como tendo origem, justificativa e significado a partir de uma suposta ordem da natureza ou da sociedade. Nessa toada, tal superação do empirismo e ceticismo no âmbito da moralidade pressupõe um modelo crítico-reflexivo, que congrega vontade livre (*Willensfreiheit* – forma da vontade e autonomia –), lei moral (*Sittengesetz* – imperativo categórico e universalidade –) e fato da razão (*Faktum der Vernunft* – consciência da lei moral–) a partir de uma reflexão transcendental acerca do próprio agir humano⁴. O indivíduo, destarte, ao refletir sobre o seu próprio agir é capaz de identificar as condições ou fundamentos autônomos de determinação de uma dada ação: “Portanto, ele julga que pode algo pelo fato de ter a consciência de que o deve, e reconhece em si a liberdade, que do contrário, sem a lei moral, ter-lhe-ia permanecido desconhecida”⁵ (Kant, 2016, p. 54).

Essa tentativa de fundamentação (transcendental) do agir humano a partir de uma reflexão acerca da própria ação coloca no centro da filosofia prática uma tensão entre a idealidade inerente aos critérios normativos ou fundamentos (*razões práticas*) que devem justificar o agir e a facticidade da prática social, da qual tais critérios derivam de forma reflexiva. Denilson Werle (2018) apresenta tal ideia da seguinte forma:

É um truísmo dizer que, em diferentes épocas, as pessoas têm formado diversas imagens da justiça. Menos óbvio é dizer que isso decorre da natureza intrinsecamente reflexiva da questão da justiça, inscrita no seu princípio orientador, o *suum cuique*, que desde Platão tem sido funda-

³ É, certamente, problemático esse reducionismo da pluralidade de linguagens no âmbito da racionalidade prática à linguagem da justiça, caso se compreenda a linguagem não só como um pressuposto instrumental, mas, ademais, constitutivo da realidade social. De toda forma, seguimos, aqui, sobretudo Christoph Horn e Nico Scarano (2002), que buscam apresentar uma história do conceito de justiça (*Gerechtigkeit*) abrangente o suficiente para compreender os demais conceitos normativos referidos.

⁴ Para uma visão crítica acerca desse projeto: Macintyre, 1984.

⁵ “*Er urteilt also, dass er etwas kann, darum weil er sich bewusst ist, dass er es soll, und erkennt in sich die Freiheit, die ihm sonst ohne das moralische Gesetz unbekannt geblieben wäre*” (Kant, 1928, p. 54).

mental para interpretar as relações sociais de justiça e injustiça. Menos óbvio porque em geral a filosofia política tende a distinguir um conjunto de valores ou ideais de bem que devem estar na base de uma sociedade justa, como se possuíssem uma autoridade e validade independente da prática de justificação e das razões que as pessoas consideram como legítimas. Os critérios de justiça estão em permanente disputa em práticas sociais de justificação e ninguém consegue esgotá-la definitivamente, pois sempre há a possibilidade de questioná-la e criticá-la de modo reflexivo.

Esse projeto moderno de fundamentar a racionalidade prática com base na autonomia, partindo de uma atitude reflexiva acerca das práticas sociais, pode se dar em três dimensões distintas (Dworkin, 2011): (a) ética: questão acerca de qual forma de vida pode ser considerada justa ou boa; (b) moral: questão acerca de qual conjunto de obrigações ante os demais indivíduos podem ser consideradas justificadas; e (c) política: questão acerca de quais obrigações possuímos ante a comunidade política⁶.

A política é compreendida como um debate acerca de critérios de legitimação do poder do Governo ou da comunidade política a partir de princípios ou valores sociais inerentes à prática da política. Uma teoria da justiça consiste na proposição de um modelo para identificação de princípios, por meio dos quais o uso do poder pelo Governo ou pela comunidade política será justificado, em especial, no que concerne ao acesso aos bens ou recursos primários da sociedade, como, *e.g.*, acesso aos cargos públicos, recursos para educação ou infraestrutura para o comércio.

A dimensão da *crítica*, aqui, consiste na tentativa de justificar os critérios normativos ou princípios das instituições primárias da sociedade com necessária referência a duas dimensões da prática social: (a) experiências históricas de *negação* de pretensões éticas, morais e políticas no seio da sociedade, como, *e.g.*, negação às mulheres os direitos políticos, negação aos indígenas e quilombolas do direito à propriedade, negação à parcela da sociedade do

⁶ Werle (2018) emprega uma classificação distinta para o problema da normatividade da justiça: (a) dimensão moral (respeito mútuo, dignidade fundamental, capacidades básicas); (b) dimensão jurídica (positivação dos direitos subjetivos); e (c) dimensão ética e política (legitimação política e valores sociais). Por um lado, preferimos separar a questão ética da questão política por compreendermos que tais perguntas podem ser formuladas de modo separado e que a ética pode também ter implicações no âmbito moral e jurídico (Jaeggi, 2014). Por outro lado, não resta claro que a questão jurídica em sua relação com os critérios de justiça pode ser considerada em apartado da dimensão política, mesmo considerando o fenômeno da positivação.

direito à educação etc.; e (b) *teorias sociais* não-moralizadoras, que não apelam para defeitos na sociedade relativos às fraquezas subjetivas dos agentes ou responsabilidade, culpa ou qualquer tipo de sofrimento cristão ou pós-cristão, e oferecem um diagnóstico explicativo acerca das relações sociais injustificadas ou de dominação.

Destarte, este estudo tem por objetivo apresentar dois caminhos contemporâneos para o tratamento crítico da justiça no âmbito da moralidade política. O primeiro é proposto por Denilson Werle, em seus textos *Normatividade, justiça e democracia: sobre a centralidade do conceito de esfera pública* (2018) e *Notas para uma Teoria crítica da justiça* (2017), o qual consiste em identificar critérios normativos de justiça através de experiências de injustiça no âmbito da esfera pública, sendo ela pensada como uma rede ou espaço de razões, a dizer, um espaço indeterminado *a priori* para a troca de razões entre indivíduos⁷. O segundo consiste na proposta de Axel Honneth, em especial, em seus livros *O Direito da Liberdade (Das Recht der Freiheit – 2015a)* e *A Ideia de Socialismo (Die Idee des Sozialismus – 2017)*, a qual, também, parte da facticidade da negatividade relacionada ao não reconhecimento de pretensões éticas, morais e políticas com fito de identificar padrões de justiça para as instituições da sociedade. Ao contrário de Werle, Honneth aposta na reconstrução de uma gramática das instituições, historicamente constituídas, fundamentais da sociedade moderna (família, mercado e esfera pública) a partir dos valores que garantem a reprodução de tais instituições. A divergência entre os dois projetos consiste em como cada um vê a função de uma teoria crítica da justiça em oferecer uma gramática, baseada na ideia justiça *qua* autonomia, para os conflitos sociais.

2 JUSTIÇA E ESFERA PÚBLICA: UMA TEORIA CRÍTICA DA JUSTIÇA SEM VALORES E INSTITUIÇÕES

Em *Notas para uma Teoria crítica da justiça*, Denilson Werle (2017) apresenta uma imagem do debate contemporâneo em torno do que se convencionou chamar de teorias da justiça a partir da perspectiva da teoria crítica. O diagnóstico de Werle (2018) é que uma teoria crítica da justiça adequada precisa ser desenvolvida a partir da citada experiência de negação de pretensões morais

⁷ Iremos partir do pressuposto de que os dois textos formam um projeto comum, que une reflexões sobre Rawls e Habermas de forma autônoma, mesmo sob pena de cometermos impropriedades em associar conceitos incompatíveis no âmbito teorias de Rawls e Habermas.

e políticas no âmbito da sociedade, oferecendo uma gramática de justiça para tais conflitos, baseada no conceito de esfera pública (Öffentlichkeit).

Do ponto de vista metodológico, a teoria crítica se caracteriza, desde Habermas, pela chamada tese da reconstrução (Nobre, 2013). Na década de 70, Habermas apresenta a ideia de reconstrução, em oposição à racionalidade da hermenêutica filosófica e das ciências empírico-analíticas, envolvendo duas etapas fundamentais: (a) a lógica do conceito e (b) a lógica da evolução. Esse projeto foi reformulado por Habermas ao longo da sua obra, mas a ideia de uma reconstrução, uma espécie de síntese entre uma teoria normativa da justiça e uma análise da sociedade, entre idealidade e realidade, permanece como metodologia central. Nas palavras de Werle (2017):

Em outras palavras, por um lado, para evitar um normativismo impotente, uma teoria crítica da justiça deve ter como ponto de partida o diagnóstico das condições de nosso mundo atual, a normatividade já implícita e as reivindicações por justiça que emergem dos sentimentos de injustiças reais que indivíduos e grupos vivenciam na vida social cotidiana e que se manifestam em geral (mas não exclusivamente) nos conflitos sociais e nas lutas políticas na esfera pública. Por outro lado, [...] para evitar a mera afirmação da normatividade do realmente existente, a formulação da questão da justiça deve também se apoiar em um procedimento de construção de um conjunto de princípios, argumentos e raciocínios sobre questões levantadas pela convivência social e política.

Nesse sentido, ainda segundo Werle (2017), uma teoria crítica da justiça deve combinar dois procedimentos metodológicos: (a) a reconstrução da normatividade da justiça por meio de uma compreensão reflexiva dos conflitos sociais e lutas políticas, (b) e sua articulação em um ponto de vista moral imparcial, o qual será fornecido por um modelo do construtivismo político. Aliado a isso ou como marco inicial de toda crítica, há a ideia de um diagnóstico explicativo, ou seja, a identificação de relações sociais injustificadas a partir de critérios, normalmente, extralinguísticos de dominação.

A tese central de Werle (2017) é que a filosofia política de John Rawls, em especial, a partir do seu livro *Liberalismo Político*, pode ser compreendida como uma teoria crítica da justiça, na medida em que se conforma, claramente, aos pressupostos acima indicados. Rawls, conforme Werle (2017), parte da ideia de conflitos sociais radicais ou de circunstância radicais de justiça, em que não há uma gramática comum pressuposta e aceita por todos. Essa ausência

de gramática comum pressuposta e aceita por todos é determinante para uma teoria crítica de justiça. Ela se torna, a partir de sua vinculação ao conceito de esfera pública de Habermas (Werle, 2018), não só um diagnóstico explicativo da nossa realidade, mas, outrossim, um critério normativo para a teoria desenvolvida. A dizer, a compreensão reflexiva das condições de possibilidade da esfera pública, no sentido de uma “rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões, enquanto espaço de razões, constituído pela linguagem, em que as pessoas privadas se movimentam e discutem suas experiências mediante razões” (Werle, 2018), oferece-nos, ao mesmo tempo, uma explicação sobre o uso público da razão (prática) e os princípios para tal uso. A esfera pública, como uma rede de troca argumentativa de razões práticas entre indivíduos autônomos, é a estrutura social fundamental, a partir da qual uma gramática específica para os diversos conflitos sociais será desenvolvida historicamente.

De forma negativa, um princípio fundamental dessa proposta é a proscrição de qualquer tentativa de reduzir a esfera pública a instituições específicas ou valores sociais, retirando dela o seu caráter indeterminado, necessário para que uma gramática de justiça para os conflitos sociais seja desenvolvida historicamente pelas suas participantes. Por conseguinte, uma teoria crítica da justiça deve abdicar de oferecer critérios substanciais para a orientação normativa dos conflitos sociais ou de reduzir a esfera pública ao governo. Os critérios identificados, a partir de uma reflexão crítica acerca das práticas sociais, devem ser, exclusivamente, formais ou procedimentais, dissociados, do ponto de vista conceitual, de estruturas historicamente constituídas⁸.

Vale a pena falar um pouco mais da ideia de circunstância radical de justiça, pois dela depende a aposta no conceito indeterminado de esfera pública. A ideia de Werle (2017) é que precisamos partir do pressuposto de que os movimentos sociais e de reivindicação de direitos e justiça não possuem, porventura, não necessariamente devem possuir uma gramática clara de suas reivindicações. Nesse sentido, a identificação com uma gramática específica pode/deve significar a perda de liberdade. Nossa tarefa, em uma teoria crítica da justiça, seria muito mais na esteira de possibilitar os limites institucionais para que as reivindicações possam ser colocadas, sem atribuir a tais movimentos nenhuma gramática limitadora da sua capacidade emancipatória.

⁸ Vale a pena, aqui, fazer referência à diferenciação kantiana entre matéria e forma: “Devem-se distinguir em cada conhecimento **matéria (Materie)**, isto é, o objeto (**Gegenstand**), e **forma (Form)**, isto é, a maneira **como (die Art, wie)** conhecemos o objeto” (Kant, 2003, p. 33, grifos nossos).

Nesse caso, a filosofia política passaria a ter uma função associada a quatro elementos (Werle, 2017): (a) a função prática de buscar acordos na medida do possível e, em caso negativo, de como os conflitos sociais podem ser minimizados para o estabelecimento de um respeito mútuo; (b) a função de sistematização, que consiste na tarefa de articular em um sistema todos os fins possíveis, individuais e coletivos, para pensarmos as instituições primárias da sociedade; (c) a função de reconciliação, a qual reconstrói a história institucional, a fim de que ela possa ser compreendida como racional; e (d) a utopia realista, que compreende os ideais de justiça possíveis de serem praticados em determinadas circunstâncias. Dessa forma, uma teoria crítica da justiça funcionaria como um esquema para desenvolvimento dos conflitos sociais inconciliáveis e sem uma gramática exata para o seu estabelecimento, assegurando uma esfera pública com uma “dinâmica de justificação efetiva, plural e aberta”. Há, por conseguinte, um abandono do papel da filosofia política de justificar direitos subjetivos individuais ou valores da eticidade.

Em que pese essa proposta de teoria crítica da justiça estar associada a critérios formais para uma gramática de justiça, Werle não é ingênuo no sentido de assumir que a sua teoria seria neutra do ponto de vista do conceito (moral) de pessoa pressuposto⁹. Há, certamente, um conceito de pessoa já pressuposto no pano de fundo e que, ademais, é fundamento para a sua proposta emancipatória no âmbito político. Não obstante, esse conceito não funciona como orientação normativa a partir de valores sociais para uma gramática específica dos conflitos sociais e instituições, mas, sim, como mera condição de possibilidade para o desenvolvimento de qualquer gramática de justiça, considerando a espontaneidade histórica dos possíveis conflitos sociais.

3 JUSTIÇA, VALORES E INSTITUIÇÕES: UMA TEORIA DE JUSTIÇA PREOCUPADA EM OFERECER UMA ORIENTAÇÃO NORMATIVA PARA OS CONFLITOS SOCIAIS

Para compreender a proposta alternativa de Axel Honneth para uma teoria crítica da justiça, é necessário, primeiramente, compreender por que ele parece rejeitar um projeto rawlsiano, como o de Werle¹⁰. Após apresentar o

⁹ Agradeço ao professor Werle pelos comentários acerca desse ponto em suas réplicas.

¹⁰ Honneth parece compreender, com clareza, os pressupostos da ideia (rawlsiana e habermasiana) apresentada por Werle: “No cerce da questão existe a ideia de que a autonomia moral resulta metodologicamente numa concepção processual (*sic*) de justiça. O processo de auto-determinação individual é transferido para os graus superiores do ordenamento social, em que é concebido como procedimento de uma formação da vontade comum na qual os cidadãos,

diagnóstico explicativo relacionado com tal rejeição, iremos esboçar a teoria crítica da justiça a partir de Honneth.

Em *A Ideia de Socialismo* (2017), escrito elaborado, intencionalmente, como complemento ao seu anterior *O Direito da Liberdade* (2015a) – obra que compreende o projeto definitivo de sua teoria crítica da justiça –, Honneth apresenta um diagnóstico para o nosso tempo e a defesa da necessidade de renovação do socialismo. A necessidade da renovação do socialismo, ou de qualquer outra teoria crítica da justiça hoje, se dá, segundo Honneth, por dois fatores fundamentais, as quais podem ser pensadas como circunstâncias do pós-socialismo: crescimento da desigualdade social no mundo e ausência de orientação normativa.

A primeira é o fato de que a insatisfação com relação à nossa situação social-econômica, relações econômicas e condições de trabalho se agravaram fortemente nas últimas décadas. Esse fenômeno de insatisfação com respeito às consequências sociais e políticas, talvez, só possa ser comparado com a situação após o fim da segunda guerra mundial. O livro de Thomas Piketty (2014), *O Capital no Século XXI*, é um estudo que comprova esse diagnóstico compartilhado de uma dissociação entre um aparente crescimento econômico e aumento das desigualdades sociais.

Contudo o fato econômico não parece ser o critério decisivo para a proposta de Honneth. A segunda e, porventura, mais decisiva razão para o seu projeto de uma teoria crítica da justiça na forma de uma concepção renovada do socialismo ou da liberdade social é a percepção de que essa insatisfação das massas se manifesta sem qualquer sentido normativo de orientação (*normativer Richtungssinn*), permanecendo, por conseguinte, muda e voltando-se para dentro.

Segundo Honneth, seria também tarefa da filosofia política, a partir de uma dialética entre teoria normativa e análise da sociedade, oferecer uma gramática para que tais frustrações possam ser traduzidas para a esfera pública (*Öffentlichkeit*), assim como a arte, por meio de romances, filmes, pinturas etc.,

em condições iguais, deliberam sobre os princípios de um ordenamento social que lhes pareça 'justo'. Nessa medida, o estofo 'conteudístico' de tal concepção de justiça não é efetuado por parte de uma teoria; a teoria se limita muito mais a determinar os procedimentos de formação da vontade coletiva, em certos casos especificando alguns princípios que pré-ordenam tais procedimentos com base na correção ou na igualdade de oportunidades [...] nesse segundo caso (*concepção processual de justiça*), esse sistema se mantém indeterminado quanto ao conteúdo, já que, por motivos conceituais, a teoria não deve antecipar as decisões a que os sujeitos autônomos só deveriam chegar sozinhos" (Honneth, 2015b, p. 73-74).

costuma possibilitar. Aqui, não é inútil recordar que o projeto de uma eticidade democrática de Honneth perpassa por uma atualização da filosofia do direito de Hegel e que ele justamente atribui à filosofia essa tarefa de reconstruir as manifestações históricas do pensamento e, com isso, ao mesmo tempo, oferecer à sociedade uma senda normativa no âmbito público para as suas ações individuais ou coletivas.

Do ponto de vista da realidade histórica, Honneth (2017) parece chegar a tais conclusões, num primeiro momento, a partir de reflexões sobre o significado do colapso da União Soviética no fim do século passado. De acordo com Honneth, tal colapso não significa, necessariamente, o fim de um modelo alternativo ao capitalismo, pois, mesmo antes do colapso oficial, as pessoas já não acreditavam nesse modelo de política como realizador das liberdades básicas e que, no século XIX, o socialismo existia também de uma forma completamente diferente dessa. As razões que levaram ao colapso do socialismo real no século XX, relacionadas, sobretudo, com uma forma de pensamento anti-institucional de origem marxista – no sentido da crítica radical contra, por exemplo, a instituição do mercado – e com o abandono dos direitos políticos e, por conseguinte, da democracia, serão decisivas para a proposta de uma teoria crítica da justiça.

A segunda razão, igualmente, problematizada por Honneth (2017), está associada à ideia de que a pós-modernidade eliminou qualquer possibilidade de se falar sobre visões de uma vida melhor, deixando fenecer, portanto, qualquer tipo de utopia nesse sentido. Honneth (2017) argumenta que, em que pese isso possa ser pensado no campo da arte, isso não é verdade na medicina ou no próprio discurso de direitos, nos quais houve um progresso significativo.

Destarte, uma terceira razão, relacionada à principal gramática de conflitos sociais no século XX, o discurso de direitos humanos, parece ser a mais promissora para um diagnóstico de uma teoria crítica da justiça. Assim, a partir de uma compreensão acerca do movimento mais importante de emancipação social do século XX, o movimento dos direitos humanos, e como esse movimento, na forma de uma manifestação histórica de um projeto de teoria da justiça próximo à proposta de Werle, não consegue traduzir as insatisfações dos indivíduos para a esfera pública¹¹. Para Honneth (2017), no cerne dessa gramática, há um hiato, constituído fortemente pela ideia acima de Estado moderno, entre a imposição de uma estrutura neutra de direitos internacionais, passíveis

¹¹ Para um estudo acerca de como esse movimento no plano internacional se baseia, intencionalmente, em uma indeterminação conteudística, a fim de possibilitar uma espécie de consenso entre nações após a Segunda Guerra Mundial, por meio do apelo a valores ou princípios dogmatizados no âmbito do discurso de direitos, vide Maccrudden (2008).

de sanção, e a completa ausência de sentido normativo de orientação, proporcionado por esse discurso.

O esboço de uma teoria crítica da justiça, portanto, busca responder aos problemas acima levantados. Para compreender o argumento a ser desenvolvido por Honneth, é necessário identificar os pressupostos normativos de uma teoria crítica da justiça nesse contexto.

A filosofia política, da qual faz parte as teorias da justiça, cuida, sobretudo, de instituições políticas. Elas são aquelas com poderes para criar leis e exigir o cumprimento das leis coercitivamente. Contudo, é um fato, cujas razões, porventura, já foram discutidas no texto de Werle (2017), que a filosofia política contemporânea se esquivava de apresentar uma justificativa para a autoridade política e passa a tratar o problema apenas do ponto de vista da legitimidade. A falha de tais teorias, incapazes de justificar a autoridade política, está na concentração do debate em torno do conceito de Estado ou de qualquer estrutura social esvaziada de conteúdo, como se a justificação da autoridade política pudesse ser pensada sem as instituições primárias que condicionam as nossas interações sociais. As patologias sociais da liberdade moral e da liberdade jurídica, as quais impossibilitam o diálogo no âmbito da sociedade contemporânea, são um reflexo das teorias de justiça que abdicam de oferecer para a sociedade uma orientação normativa para as suas ações individuais e coletivas.

Essa orientação normativa, a ser oferecida pela filosofia política, não pode se furtar a apresentar uma crítica a partir dos valores sociais que possibilitam a reprodução das práticas sociais no seio de instituições primárias que permeiam a nossa vida. Destarte, além do funcionalismo no âmbito sociológico, Honneth (2008) irá se basear, fortemente, em trabalhos empíricos da psicologia sobre o desenvolvimento infantil, para defender a ideia de que aspectos relacionados com o reconhecimento emotivamente carregado do outro e como as instituições sociais precisam ser estruturadas a partir de paradigma devem ser considerados decisivos para uma teoria crítica da justiça.

Dados os pressupostos acima, que explicam as razões do projeto de uma teoria crítica da justiça de Honneth, o seguinte esquema de reconstrução normativa pode ser observado na sua obra *O Direito da Liberdade*, composta, fundamentalmente, por quatro teses subordinadas a uma tese central. A descrição de como Honneth acredita que uma teoria da justiça deve ser estruturada a partir dessas teses é elucidativa para compreensão de como o seu projeto diverge, fundamentalmente, do de Werle.

A noção moderna de justiça divide-se em múltiplos pontos de vista, tão múltiplos quanto as esferas institucionalizadas de uma promessa de liberdade passível de legitimação em nossas sociedades contemporâneas. Nesse sentido, a *tese central* de Honneth é que uma teoria da justiça deve ser concebida como uma união entre orientação normativa ideal ou transcendental e análise da sociedade, da sua realidade histórica.

O argumento se desenvolve por meio da afirmação de que a reprodução da sociedade está ligada à condição de uma orientação comum por ideias e valores basilares. Tal tese já condiciona uma teoria da justiça à identificação reflexiva de valores sociais compartilhados e implícitos nas práticas sociais das sociedades modernas. O pluralismo no sentido da heterogeneidade étnica e religiosa das sociedades contemporâneas é relativizado, na medida em que, conforme Honneth, tais sociedades pouco mudaram em seu pressuposto transcendental de coação para a integração normativa: com efeito, surge assim uma pressão para que os valores éticos possam se tornar mais abrangentes e gerais, podendo, então, abrigar também os ideais de culturas minoritárias. De toda forma, a inevitabilidade de a reprodução material e socialização cultural se organizarem segundo as exigências de normas compartilhadas de maneira comum é mantida. As normas sociais, nesse contexto, passam a ser vistas como representações dos bens compartilhados e não meramente como princípios procedimentais da esfera pública.

A dificuldade, segundo essa concepção de justiça, passa a ser como identificar os valores ou ideais, tomados como ponto de referência de uma ideia de justiça, no seio das práticas sociais, sem que isso torne a teoria autoritária. A segunda subtese, dessa forma, passa a ser de que os valores ou ideais devem ser considerados aqueles que, na forma de pretensões normativas, constituem reivindicações e são, ao mesmo tempo, condições de reprodução de cada sociedade. Nesse sentido, é importante salientar que, segundo Honneth, uma teoria adequada da justiça não pode ser pensada a partir de um critério independente, criado, de modo autopoietico, pelo próprio conceito de justiça. Não há, por conseguinte, ponto de vista neutro.

A pergunta de como identificar, no seio das práticas sociais, os valores, através dos quais os elementos relevantes das práticas sociais serão identificados, permanece sendo o principal desafio de Honneth, assim como de toda teoria que abdica de uma ontologia. A fim de responder a tal problema, Honneth assume dois pressupostos: (a) a ideia de que os valores fundamentais são aqueles direcionados a uma proposta emancipatória, que visa promover o tratamen-

to abrangente do papel destinado às diferentes esferas sociais na divisão ética das tarefas de uma sociedade; e (b) uma tentativa de reconstrução dos valores dominantes a partir das práticas contemporâneas das instituições sociais, comprovando que tais valores são superiores aos valores que outrora sustentaram a reprodução da sociedade. Nesse sentido, Honneth parece pressupor uma congruência entre razão prática e sociedade existente, o que implica, por conseguinte, o abandono de uma tentativa hegeliana de reconstrução histórico-teleológica das instituições sociais.

A ideia de reconstrução normativa, pressuposta nessa subtese, é pensada como o processo pelo qual se procura implantar as intenções normativas de uma teoria da justiça mediante uma teoria da sociedade, já que os valores justificados de modo reflexivo são, de maneira direta, tomados como fio condutor da elaboração e classificação do material empírico. A reconstrução é possibilitada a partir do conjunto de rotinas e instituições sociais, sendo escolhidas e representadas unicamente as que possam ser consideradas indispensáveis para a reprodução social. Ela passa a ser normativa e não descritiva, porquanto implica, necessariamente, ordenar as rotinas e instituições sob o ponto de vista da força de sua contribuição quanto à divisão do trabalho, para estabilização e implantação dos valores pressupostos.

O próximo passo para a construção de uma teoria da justiça adequada, sob os pressupostos de Honneth, consiste em demonstrar quais esferas sociais produzem determinadas contribuições à garantia e realização de valores institucionalizados. Nesse sentido, a teoria trabalha com instituições, que já possuem uma efetividade histórica e que possuem uma estrutura social e normativa básica, através da qual os valores sociais serão reproduzidos e os conflitos estabelecidos. Assim, há uma clara diferença entre instituições e meras práticas sociais, sendo aquelas estruturas sociais que garantem a estabilização e reprodução de valores sociais, historicamente pressupostos por elas.

Há, por conseguinte, o abandono de qualquer tentativa de construção de uma teoria de justiça a partir de uma estrutura indiferente, como, no caso, do conceito de esfera pública de Werle¹². Ademais, os indivíduos, nas suas tentativas de contribuição para a vontade democrática ou em outras práticas sociais, serão sempre pensados a partir de uma estrutura institucional – o Nós (*Wir*).

¹² É interessante observar, nesse sentido, como Honneth (2015b), na parte final de *O Direito da Liberdade*, discute o conceito de esfera pública (*Öffentlichkeit*) já na forma de uma instituição primária da sociedade e associada à ideia de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) e de direitos políticos fundamentais (direito ao voto, liberdade de associação e de expressão).

As instituições serão hierarquizadas em primárias, secundárias etc. a partir da sua contribuição para reprodução dos valores estabilizados nas práticas sociais. Honneth identifica três instituições primárias (família, mercado e Estado Democrático de Direito), as quais são fruto de práticas sociais, respectivamente, de relações pessoais, de mercado e de formação da vontade democrática. A teoria da justiça, portanto, expande-se para relações familiares e de mercado, que não sofrem redução por meio do conceito de espaço público democrático.

Por fim, como último argumento, Honneth defende o caráter transcendental de sua análise, na medida em que não se trata de um ato de desvelar as instâncias das práticas sociais já existentes, mas, sim, de criticá-las à luz dos valores incorporados em cada caso. Nessa toada, o conceito de eticidade, categoria empregada por Honneth (2015a) como uma dimensão final da reconstrução normativa, não deve ser pensado como uma mera descrição das formas de vida existentes, porém como uma análise de práticas sociais orientadas por valores universais das sociedades modernas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de Honneth, assim como qualquer teoria no âmbito da filosofia moral, parece depender, em última instância, de uma concepção sobre pessoa, a qual precisa encontrar eco em estudos empíricos das ciências sociais. Nesse sentido, as duas teorias críticas da justiça, apresentadas acima, partem de concepções antagonônicas sobre a pessoa, uma vez que a de Werle parece pressupor ser possível pensar as práticas sociais sem considerar as estruturas sociais, determinadas historicamente, nas quais elas se desenvolvem, enquanto Honneth, ao revés, subordina tais práticas sociais às instituições que garantem a sua reprodução.

A vantagem fundamental da teoria de Werle, na esteira de Rawls e Habermas, é que ela não incorpora – ou, se incorpora, isso é feito de forma branda – às condições de validade dos critérios de justiça pressupostos históricos ou psicológicos acerca do desenvolvimento de instituições sociais determinadas. Dessa forma, como corolário, temos uma teoria mais aberta ao desenvolvimento de gramáticas de justiça para solução de conflitos sociais, deixando a cargo do próprio processo histórico o reconhecimento das pretensões morais e políticas levantadas.

Honneth, ao revés, considera um equívoco a elaboração de critérios normativos de justiça sem a incorporação de uma análise social mais robusta, seja

psicológica, sociológica ou econômica. Isso porque a filosofia política precisa oferecer uma orientação normativa (positiva) para os conflitos sociais, estabelecendo de modo mais claro a justificativa para o reconhecimento ou não de novas pretensões morais e políticas e para a crítica de formas de vida no plano ético.

Com o avanço do autoritarismo político e do populismo de direita no mundo, precisamos repensar qual projeto responde melhor aos pressupostos de tais fenômenos, que ameaçam qualquer projeto de esfera pública ou de Estado Democrático de Direito. Claramente, tais fenômenos sociais não estão circunscritos ao problema da desigualdade de acesso aos recursos primários, mas envolvem a própria forma de conceber as práticas sociais de troca argumentativa de razões.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

HONNETH, Axel. **Das Recht der Freiheit Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit**. Berlin: Suhrkamp, 2015a.

HONNETH, Axel. **Die Idee des Sozialismus: Versuch einer Aktualisierung**. Berlin: Suhrkamp, 2017.

HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015b.

HONNETH, Axel *et al.* **Reification: a new look at an old idea**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HORN, Christoph; SCARANO, Nico. **Philosophie der Gerechtigkeit: texte von der antike bis zur gegenwart**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

JAEGGI, Rahel. **Kritik von Lebensformen**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Valério Rohden. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

KANT, Immanuel. **Kritik der praktischen Vernunft**. Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1928.

KANT, Immanuel. **Manual dos cursos de lógica geral**. Tradução de Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.

MACCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 4, p. 655-724, sep. 2008. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/19/4/655/349356>. Acesso em: 21 fev. 2024.

MACINTYRE, Alasdair C. **After virtue**: a study in moral theory. Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1984.

NOBRE, Marcos. Reconstrução em dois níveis: um aspecto do modelo crítico de Axel Honneth. *In*: MELO, Rúrion (org.). **A teoria crítica de Axel Honneth**: reconhecimento, liberdade e justiça. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 11-54.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Monica Baumgarten. São Paulo: Intrínseca, 2014.

WERLE, Denilson Luís. **Normatividade, justiça e democracia**: sobre a centralidade do conceito de esfera pública. Belo Horizonte: Conhecimento; Cátedra Serras de Minas de Teoria do Direito e Teoria da Justiça em Ouro Preto, 2018.

WERLE, Denilson Luís. Notas para uma teoria crítica da justiça. *In*: WERLE, Denilson Luís *et al.* (org.). **Justiça, teoria crítica e democracia**. Florianópolis: Nefiponline, 2017. p. 440-423.

A hand with colorful paint (blue, yellow, red) is shaking another hand. The background is a dark brown wooden surface with scattered colorful confetti. The text is centered on the page.

PARTE III
DIREITOS HUMANOS
E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA

CAPÍTULO I

O DISCURSO DA RESSOCIALIZAÇÃO E A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS: INCOMPATIBILIDADES NA PRÁTICA JUDICIAL

Ana Beliza Gomes Vasconcelos¹

Érica B. do Amaral Machado²

1 INTRODUÇÃO

A pena privativa de liberdade é considerada espinha dorsal do direito penal, entretanto o discurso amplamente difundido de reintegração social do apenado como função da pena se contrapõe à retributividade a qual se dá na realidade. Tal circunstância leva à reflexão sobre a operatividade da ressocialização como justificativa da sanção penal, sobretudo porque o cárcere é uma prioridade brasileira como resposta ao delito e o número de encarcerados passando 700 mil pessoas presas até junho de 2020 (Brasil, 2020).

A pena privativa de liberdade não cumpre suas funções primordiais de controle efetivo da criminalidade ou ressocialização do apenado, tendo em vista a atuação do Estado, a qual enseja a reprodução da delinquência e a seletividade punitiva (Baratta, 1999). Por meio de tal seletividade punitiva, dirigida aos setores marginalizados da sociedade, é proporcionado um encarceramento em massa das classes menos favorecidas, as quais, a partir de tal ponto, possuirão grandes chances de seguirem um percurso de reincidência, em função do estigma gravado em si, frustrando assim, o objetivo ressocializador da pena (Nepomoceno, 2002), cabendo ao Estado, meramente, proteger os cidadãos de bem do criminoso perverso e reincidente. Nessa perspectiva de estigma, há de se ressaltar a política criminal brasileira de guerra às drogas bélica e exterminadora.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). E-mail: ab.vasconcelos6@gmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap) e da Universidade de Pernambuco (UPE). E-mail: erica.babini@unicap.br

Ante a ambiguidade e contradição dos discursos apresentados, o objetivo do trabalho é analisar como, de fato, é operado o paradigma da ressocialização, compreendido como objetivo da pena nas fundamentações das sentenças sobre tráfico de drogas. Para tanto, fez-se necessário compreender a política criminal de drogas brasileira; analisar os elementos subjetivos dos quais os magistrados se utilizam na elaboração da pena base; e analisar a fundamentação das sentenças, tendo como norteadores o discurso ressocializador da sanção em contraponto à política de guerra às drogas.

A estrutura da pesquisa foi identificar os elementos justificantes da pena base, na dosimetria da pena, e os fundamentos da condenação para depois contrapô-los, a fim de verificar em que medida a pretensão de ressocialização seria concretizada.

Tal pesquisa tem como marco teórico a criminologia crítica e, valendo-se da análise de conteúdo, trabalhou com amostra de 41 sentenças de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes na comarca do Recife, no ano de 2015.

2 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS BRASILEIRA E O ESCOPO RESSOCIALIZADOR: DISCURSOS LEGITIMANTES E PARADOXAIS

A legislação e a política de drogas nacionais foram vigorosamente influenciadas por relações políticas, comerciais e diplomáticas entre o Brasil e os Estados Unidos, tendo aquele incorporado, em suas normativas, diversas convenções internacionais (Boiteux, 2010).

O início do século XX, no que diz respeito ao controle de drogas, foi marcado pelo modelo médico-sanitário que via no usuário de drogas um enfermo e nas drogas um problema da saúde pública, devendo ser oferecido tratamento médico e ambulatorial. Nesse modelo, as autoridades policiais, judiciárias e, em especial, de saúde pública se utilizavam de técnicas de controle higienistas, tal qual o controle de uma epidemia (Batista, 1998).

Entretanto, na década de 1950 a droga passou a ser entendida, além de um problema de saúde pública pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como uma ameaça social em diversos países do globo, sendo associada à hostilidade e delinquência, traçando um estereótipo de desvio moral e periculosidade dos envolvidos com tais substâncias, que na maioria das vezes eram imigrantes africanos e latino-americanos e pessoas de classes economicamente desfavorecidas, o que Rosa del Olmo (1990) intitula como discurso ético-jurídi-

co. Tal fato estimulou a imposição de um controle mais repressivo sobre drogas, potencializando a autoridade penal no globo.

O Brasil ingressou no contexto internacional de combate às drogas após se estabelecer a Ditadura Militar, tendo internalizado na legislação a *Convenção Única Sobre Entorpecentes*, aprovada em Nova Iorque no ano de 1961 (Carvalho, 2016). A estratégia de transnacionalização do controle social tinha por escopo combater a criminalidade em âmbito internacional. Tratava-se de eliminar sujeitos antissociais desviantes, pautados ideologicamente pelo Movimento de Defesa Social³. O ano de 1964, devido à grande violência do sistema penal e desconsideração a direitos humanos e garantias fundamentais, é tido como “marco divisório entre o modelo sanitário e o modelo bélico de política criminal de drogas” (Batista, 1998, p. 84).

No fim da segunda metade do século XX, com a edição da Lei de Tóxicos de 1976, o modelo repressivo internalizado pelo Brasil foi mantido e coexistia com o modelo médico, de forma que a pena tinha alto patamar para o tráfico – três a quinze anos de reclusão e multa – e para o uso – seis meses a dois anos e multa (Batista, 1998).

A repressividade da nova lei e o aumento das penas levava em consideração a adequação ao modelo global de repressão às drogas ilícitas e aos pactos firmados pelo Brasil. Nos Estados Unidos, foi amadurecida a ideia da droga como inimigo nacional e, devido à popularização do uso dessas substâncias, em especial as advindas de países latino-americanos, criou-se a figura do inimigo externo, o que contribuiu para a formação do estereótipo da figura do narcotraficante (Carvalho, 2016).

Atualmente, a política criminal de drogas brasileira é marcada pela vigente Lei 11.343/2006, a qual teve como principais inovações a descarcerização do uso de entorpecentes e a equiparação do uso ao plantio para consumo pessoal, demonstrando um tratamento mais benigno para o usuário. Entretanto, manteve o modelo repressivo global de guerra às drogas para com os indivíduos que incorressem em traficância e não demonstrou distinção objetiva entre ambas as condutas, já que preponderará a visão subjetiva da autoridade, a qual se valerá de critérios vagos para valorar a conduta, como antecedentes do in-

³ “O Movimento de defesa social corresponde a uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata e a-histórica da sociedade, onde se destacam fundamentalmente os princípios do bem, do mal e da culpabilidade, necessária nesse momento como centralizadora e unificadora das ‘normas universais’ que se deviam impor” (Del Olmo, 1990)

divíduo e natureza e quantidade da droga, nos termos do artigo 28, §2º, da lei de drogas vigente.

Há de se ressaltar que o elevado índice de repressão às condutas relacionadas ao tráfico de drogas se deve à tendência político-criminal de guerra às drogas, internalizada pelo Brasil, a qual possui como alicerces legitimadores a Ideologia de Segurança Nacional (ISN), a Ideologia de Defesa Social (IDS) e a influência da política criminal dos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs) (Carvalho, 2016).

A Ideologia de Segurança Nacional adotou o modelo repressivo e militarizado com o objetivo de atingir a neutralização e a eliminação dos inimigos nacionais. No final da década 1970, com a incorporação da tendência americana de que a América Latina seria uma grande ameaça ao planeta, o papel do inimigo interno foi reformulado à figura do traficante de drogas. Tal perspectiva acabou justificando a exacerbação da pena e a violência do Estado quanto à sua figura, sob o pretexto de preservar a segurança nacional, difundindo um estereótipo delitivo e um sistema penal bélico (Carvalho, 2016).

A Ideologia de Defesa Social, filosofia dominante nas áreas de estudo do direito penal e no saber do homem comum (*every day theories*) (Baratta, 1999), tem uma base principiológica legitimadora do controle da criminalidade pelo Estado. Seus princípios norteadores preceituam o delito como um dano à sociedade, sendo o criminoso o responsável por difundir o mal, impondo uma divisão maniqueísta da sociedade entre os bons cidadãos, cumpridores da lei, e a minoria criminosa, praticante de condutas antissociais e desviantes, a qual o sistema penal busca combater (os inimigos), tendo como finalidade a defesa da sociedade (Baratta, 1999).

Com a internalização da ótica de uma sociedade maniqueísta, é garantido às autoridades poder repressivo extremo, onde a violência utilizada para manter a paz social é banalizada, e muitas vezes aclamada por parte da sociedade.

Aliado a ISN e IDN estão os Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), surgidos nos Estados Unidos. O objetivo é a contenção do crime e a garantia de segurança, difundindo a figura do criminoso um ser nocivo a uma sociedade saudável, cabendo, portanto, a vigilância permanente de determinado grupo social. Trata-se de manifestação de uma criminologia conservadora que justifica a amplificação da agressividade policial, tendo como alvo primordial grupos socialmente vulneráveis, em especial jovens negros (Belli, 2000).

Em meio ao clima de insegurança social e violência urbana, com contribuição significativa do espetáculo criado pela mídia, parte significativa dos cidadãos, os quais integram classes mais bem-sucedidas, enxergam nesse discurso político a solução eficaz e imediata para a criminalidade, posto parecer gerar uma sensação de segurança. Desse modo, tal teoria degrada e reprime os indivíduos desviantes das regras sociais, conta com amplo apoio midiático que introjeta no senso comum e, inclusive, no imaginário da magistratura (Carvalho, 2010) a marginalização da pobreza, devido ao foco dessa vigília policial se voltar, em primeiro plano, para as práticas das pequenas infrações. Nessa perspectiva de repressão, é possível constatar que a antiga preocupação com a ressocialização do delinquente, exaltada no âmbito do Estado de bem-estar social dos Estados Unidos, deu lugar ao cárcere como neutralizador eficaz dos setores sociais mais vulneráveis que ameaçam as camadas mais beneficiadas (Belli, 2000).

Dessa forma a pena deveria ser aplicada de maneira excessivamente severa, com a ampliação das possibilidades de haver prisões provisórias e a diminuição do poder judicial de individualização da sanção. Sendo assim, a sanção teria um caráter retributivo. Havendo, de tal maneira, a mitigação da pena como ressocializadora (Carvalho, 2016).

Esse *modus operandi* é típico de um direito penal do inimigo, traduzido na figura do traficante, pois sustenta um direito penal do autor, objetivando atingir um determinado grupo de pessoas, sendo, por conseguinte, violadora da democracia e dos direitos humanos, em razão dos indivíduos identificados como inimigos terem negadas as garantias e, desumanizando esses sujeitos, acabam sendo punidos e perseguidos enquanto for conveniente para os detentores de poder (Zaffaroni, 2007).

Diante de tal situação, tem-se como resposta ao discurso repressivo e neutralizador da política criminal bélica a pena privativa de liberdade como eixo norteador do sistema penal. No entanto, em desconformidade à realidade, a legitimação da pena tem na ressocialização uma de suas vertentes, tal como apresenta o artigo 1º da Lei de Execuções Penais⁴.

Claro que é importante problematizar o discurso ressocializador, em especial pela lógica de tentar reintegrar socialmente alguém que, na maioria das

⁴ No Brasil, tal função foi inculcada na legislação pátria, fato que pode ser constatado na Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984) em seu artigo 1º, o qual afirma que: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado".

vezes, teve negado ao longo da vida a integração primária à sociedade e ao acesso efetivo aos direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que a grande maioria das pessoas em meio ao cárcere sempre viveu à margem da sociedade e desamparada pelo direito. Sob tal prisma, a ressocialização é um objetivo impossível de ser alcançado pelo sistema penal, em especial o brasileiro.

Nessa perspectiva, deve-se questionar como atua a magistratura nacional. Pesquisas já apontam que os magistrados, em sua maioria, anseiam por uma maior rigidez das leis criminais a fim de combater o crime⁵.

Entretanto, numa perspectiva legalista e garantista, levando em conta a linha de raciocínio na qual o magistrado tem o dever de seguir, especialmente ao aplicar a pena, individualizando-a mediante o mecanismo de dosimetria, aquele quadro é inadmissível. Considerando que deve o juiz motivar sua decisão⁶. E, adotando o Brasil o modelo trifásico de dosimetria da pena⁷, com o escopo de possibilitar maior transparência e certeza nas decisões judiciais, é possível perquirir o grau de (in)compatibilidade entre os discursos de ressocialização e a lógica bélica de combate às drogas.

3 A PENA COMO GESTÃO DE RISCO E O CARÁTER RETÓRICO DA RESSOCIALIZADOR: O QUE PENSAM OS MAGISTRADOS EM RECIFE, PE

Após compreender o caráter demoníaco da política criminal de drogas, é preciso investigar em que medida é possível convergir a repressão do delito de

⁵ Em meio a uma política criminal de drogas com características bélicas, os magistrados demonstraram ostensivamente seu desejo pelo aumento da pena mínima para crimes relativos ao tráfico de entorpecentes, e pela proibição do mecanismo de liberdade provisória, independentemente de fiança, para tal tipo de delito. Tal raciocínio vai de encontro à retórica ressocializadora, empregada pela maioria deles na mesma pesquisa (Carvalho, 2010). Em pesquisa que levantou a opinião dos magistrados sobre temáticas referentes ao Direito Penal, a magistratura sinalizava em 2006 uma postura punitivista e que incorpora a responsabilidade de promover defesa social. Entenderam os magistrados que contribui para a impunidade, dentre outros fatores: a falta de vagas prisionais (71,9%), a dificuldade de utilização dos meios de provas (63,8%), amplitude do *Habeas Corpus* (34,4%). São favoráveis à redução da idade penal 38,2%, aumentar o tempo de internação de menores 39,5%, aumentar as hipóteses de internação 37%, ampliar o poder discionários da autoridade administrativa penitenciária 40,5%, aumentar o tempo de cumprimento da pena para obtenção de progressão de regime em relação a determinados crimes graves 65,5%, aumentar o tempo para o cumprimento da pena para obtenção de livramento condicional 54,5%, aumento da pena mínima para o delito de tráfico de drogas 53,5%, proibição da liberdade provisória, com ou sem fiança pra delitos de tráfico de drogas 50,8% (Sadek, 2006).

⁶ Art. 93, X, da Constituição da República.

⁷ Art. 68, do Código Penal Brasileiro.

tráfico de entorpecentes e a função de ressocialização da pena que é uma das funções atribuídas ao castigo como instrumento de legitimação (Decreto-Lei n. 2 848/1940).

A ponderação decorre do fato de haver na dosimetria da pena inúmeros elementos subjetivos, de modo que, ante uma política de total repressão, supõe-se a pena como retribuição, fazendo do encarceramento *prima ratio*, premissas contrárias ao fim ressocializador.

Com a finalidade de obter os dados necessários para a realização da pesquisa, foi colhida para a análise uma amostra de 5% (cinco por cento) das sentenças criminais prolatadas em 2015 relativas ao tráfico de entorpecentes das 1ª, 3ª e 4ª Vara de feitos relativos à entorpecentes no Recife, estado de Pernambuco. Perante a porcentagem escolhida, foram eleitas as sentenças na mesma proporção em cada vara, calculadas de forma aritmética simples, e selecionadas de modo aleatório, a fim de garantir a imparcialidade e confiabilidade da pesquisa. A amostra colhida equivale ao número de 41 sentenças, tal quantidade é apropriada para os fins da pesquisa qualitativa e equivale a um universo válido⁸.

Para a análise qualitativa, foi utilizada a metodologia de análise de conteúdo, a qual é composta por uma série de procedimentos, cujo escopo é obter apontadores que permitam a ingerência de conhecimentos relativos às condições de recepção e/ou produção dessas mensagens (Bardin, 1977).

É importante alertar que o método busca a evidência do objeto analisado. Por outro lado, para o conhecimento da natureza das coisas, é necessário analisar, realizar uma operação de decomposição do todo em partes menores para discernir o que é essencial e o que é acidental, para depois proceder à síntese como um meio de verificação dos resultados, estabelecendo, assim, relações.

A Análise de Conteúdo (AC) visa a desocultação de significados, sem considerar a perspectiva linguística de que o discurso é uma prática política com funções diversas. Trata-se de uma hermenêutica controlada, baseada na dedução para possibilitar o pesquisador a encontrar o latente na mensagem.

⁸ "The more the better, but how many are necessary? In the least complicated situation, that with low levels of fundamental variability, high variance in the causal variable, no correlation between the causal variable and control variables, and a requirement of fairly low levels of certainty, few observations will be required—probably more than five but fewer than twenty" (King et al., 1995 p. 216). Segundo os autores, um universo de vinte elementos para a análise já seria o máximo, sendo cinco elementos o mínimo para uma pesquisa qualitativa, entretanto afirmam que quanto mais elementos a serem analisados melhor.

Nesse sentido, a AC parte da exterioridade para o texto, procurando conteúdos de ideologia na linguagem, por meio de um conjunto de instrumentos para o receptor decodificar a mensagem referida a partir do referente, o que somente é possível porque se parte do pressuposto que existe uma ideia subjacente, realidade que preexiste representativamente.

Considerando que o objetivo é verificar o grau de preocupação dos magistrados com o critério ressocializador da pena nos casos de tráfico de entorpecentes, nada melhor do que compreender os discursos que permeiam o texto.

Partindo de tal método, foram estruturados grupos temáticos que serão discutidos paulatinamente.

3.1 DOSIMETRIA DA PENA: ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NA PENA-BASE NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Durante a análise dos elementos das circunstâncias judiciais subjetivas, restou nítida a falta de conceituação legal de cada um desses elementos, o que enseja o juiz⁹ utilizar da subjetividade, em vez de se pautar na legalidade ao proferir as decisões; incorrendo em faltas de cuidado desrespeitosas e arbitrárias na motivação da sanção penal. Senão vejamos.

3.1.1 A OBSCURIDADE DO CONCEITO DE CULPABILIDADE COMO TERRENO FÉRTIL DE ARBITRARIEDADE

O conceito de culpabilidade do agente como uma das circunstâncias judiciais subjetivas na elaboração da pena base é obscuro e essa imprecisão conceitual enseja o uso arbitrário da opinião subjetiva do juiz.

A conceituação doutrinária concebe a culpabilidade do agente ao nível de censurabilidade quanto à conduta praticada pelo agente (Tristão, 2008). Dada a alta repressão dos crimes relacionados ao tráfico de drogas tal elemento é, por diversas vezes, valorado de forma negativa em meio às sentenças analisadas. Evidencia-se tal constatação nesta passagem: “Não há como deixar de apontar o intenso grau de culpabilidade do(a) ré(u) no odioso co-

⁹ Nas sentenças analisadas havia juízes e juízas na fixação das penas, entretanto com a finalidade de facilitar a leitura, tornando-a mais dinâmica, e por uma questão ética de não expor o julgador ou julgadora, as autoras optaram por unificar o gênero dos termos utilizados ao se referir a eles.

mércio de drogas, fato que merece reprovação social, sendo, desta forma, desfavorável” (TJPE, Processo n. 0002024-96.2013.8.17.0001; Processo n. 0055680-65.2013.8.17.0001).

Entretanto, além da utilização nos conformes da conceituação apresentada, foi possível identificar uma confusão conceitual na qual os togados se utilizam de concepções alheias a de culpabilidade do agente da teoria da pena, como é o caso de tê-la como elemento da teoria do delito, ou seja, o juízo de reprovabilidade da conduta do próprio agente (Zaffaroni, 2013). Nesse sentido cabe evidenciar os seguintes trechos: “Culpabilidade elevada face à **consciência da ilicitude de sua conduta** (TJPE Processo n. 0025148-40.2015.8.17.0001, grifos nossos); “A culpabilidade merece relativo grau de reprovação, na medida que tinha plena **consciência de sua conduta e da possibilidade de ser preso**” (TJPE, Processo n. 0028456-89.2012.8.17.0001; Processo n. 0054955-13.2012.8.17.0001 (grifos nossos).

culpabilidade: o acusado, ao tempo do crime, **tinha consciência dos efeitos maléficos do material com ele apreendido**, tendo, pois, praticado a ação sem nenhum juízo de reprovabilidade, **embora tivesse condições de assim não atuar-lhe**, pois, desfavorável a circunstância (TJPE, Processo n. 0060536-09.2012.8.17.0001, grifos nossos).

Além de tal equívoco, houve a concretização da culpa pela sua equivalência, no raciocínio de um dos magistrados com o elemento dolo, integrante do elemento conduta da tipicidade no âmbito da teoria do crime (Zaffaroni, 2013). O que pode ser constatado a partir de tal passagem: “A culpabilidade foi concreta, tendo atuado com dolo direto” (TJPE, Processo n. 0086202-75.2013.8.17.0001).

Além disso, pode-se perceber, nas sentenças onde se deu tal equívoco – se é que podemos assim chamar –, que se tem a conduta como excessivamente reprovável, pois, não obstante, consciente do mal que estaria provocando, o agente teria tomado para si o papel de inimigo social, cuja traficância é tida como um dos males mais daninhos a uma sociedade saudável.

Sendo assim, dada à consciência nefasta de seu desvio, o traficante é merecedor de um aumento considerável na sua sanção, o que enseja lesão concreta ao princípio do *non bis in idem*, em que é proibida a penalização dupla pelo uso do mesmo conceito.

Ademais, é importante ressaltar que em uma das sentenças, inclusive, o magistrado decidiu por torná-la reprovável, tendo em vista o fato de que o agente possuía antecedentes criminais, de forma totalmente alheia ao elemento culpabilidade. Na fundamentação da pena-base é ressaltado “Culpabilidade reprovável, principalmente para o réu que já tem antecedentes criminais” (TJPE, Processo n. 0040861-89.2014.8.17.0001), internalizando assim uma circunstância judicial na outra. Tal conduta significa, praticamente, afirmar que quanto mais condutas delitivas o agente chegar a praticar mais culpado ele será, um raciocínio que impõe uma ameaça preocupante à figura do acusado na individualização da sanção penal. Afinal, a valoração de antecedentes criminais e a de culpabilidade, são diversas e independentes, não se confundindo.

Uma seguinte e final consideração acerca da culpabilidade do agente em face da elaboração da pena-base se trata do fato de que, em uma das sentenças, o togado sequer a fundamentou, expressando, simplesmente “Culpabilidade: evidenciada” (TJPE, Processo n. 0024822-85.2012.8.17.0001), numa flagrante violação à Carta Constitucional, a qual preceitua o dever de fundamentação no artigo 93, IX.

3.1.2 *CONDUTA SOCIAL DO AGENTE OU CONDUTA CRIMINAL DO AGENTE? UMA LACUNA PARA ARBITRARIEDADE ENTRE O CONTEXTO SOCIAL DO CRIMINALIZADO E OS FATOS PASSÍVEIS DE VALORAÇÃO COMO ANTECEDENTES*

Diante das sentenças analisadas, percebeu-se, quanto à circunstância judicial designada como conduta social do agente, que, além de ensejar uma análise da situação econômica e cultural do réu, permite trazer para o bojo do processo criminal aspectos do comportamento cotidiano do réu, em meio à família, ao trabalho e comunidade em geral (Mendes Júnior, 2014).

Assim, pode ser compreendida, *data vênia*, a completa subversão de seu significado, como exposto nas passagens elencadas a seguir: “Conduta social: o réu **não comprova atividade lícita**. Desfavorável” (TJPE, Processo n. 0062770-90.2014.8.17.0001, grifos nossos); “Quanto à conduta social, **há registros concretos de que não se trata de sua primeira investida delitiva, já havendo sofrido condenação criminal, o que desabona seu comportamento [...]** Quanto à conduta social, **há registros de que o acusado responde a outra ação criminal, também por tráfico de entorpecentes**, o que desabona seu comportamento” (TJPE, Processo n. 0086202-75.2013.8.17.0001, grifos nossos), “O acusado apresenta conduta social voltada para o crime, tendo em vista que,

conforme folha de antecedentes policiais de f. 74, já foi preso outras vezes”(TJPE, Processo n. 0000728-39.2013.8.17.0001, grifos nossos).

Conforme o exposto, percebe-se nos trechos destacados, que os magistrados valoram a circunstância da conduta social do agente como uma conduta estritamente criminal, ou seja, como uma conduta social voltada para o crime. Além disso, tal circunstância é tida como se antecedentes fossem, ou seja, com a finalidade de indicar afinidade com a prática criminosa de forma reiterada, aspecto a ser valorado em meio aos antecedentes. Sendo assim, resta implícita a crença de um convívio social do acusado como sendo estritamente dedicado às práticas delitivas.

Isso posto, evidencia-se criticável o fato de uma circunstância que nada tenha a ver com o fato delituoso em si possa ser utilizada para agravar a situação do apenado, conforme a subjetividade do julgador.

No que tange à valoração da conduta social, percebe-se a mesma estratégia anterior, quando se tratou da valoração da culpabilidade, com o agravante de caracterizar ofensa ao princípio do *non bis in idem*, tendo em vista considerar o que denominam de “afinidade delitiva do agente” haver sido valorada duas vezes:

Consta dos autos, conforme fs. 32, 70v e 74, que o acusado ostenta condenação com trânsito em julgado pela prática de delito anterior aos fatos ora apurados, de forma que os seus antecedentes devem ser valorados negativamente. O acusado apresenta conduta social voltada para o crime, tendo em vista que, conforme folha de antecedentes policiais de f. 74, já foi preso outras vezes, tendo, inclusive, fugido (TJPE, Processo n. 0000728-39.2013.8.17.0001)

Em tal fundamentação, o magistrado se utilizou do mesmo parâmetro – a afinidade com a prática de delitos – para fundamentar antecedentes e conduta social como desfavorável, tendo se valido, para tanto, do número de vezes que o acusado foi preso e ações penais análogas as que responde.

O fato de a pena-base poder ser majorada devido a ato ainda destituído de certezas, além de desconformidade com a Súmula n. 444, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual afirma ser proibido o uso de ações penais e inquéritos policiais em curso com a finalidade de agravar a pena-base, apresenta grave violação a um dos princípios basilares do processo penal – a presunção de inocência (ou não culpabilidade), positivado no artigo 5º, LVII, da Constituição

da República, que manifesta que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

3.1.3 *PERSONALIDADE DO CRIMINALIZADO: UMA PSIQUE RESUMIDA AO DELITO*

A personalidade do agente é uma circunstância judicial de difícil valoração, tendo em vista se tratar da análise minuciosa do perfil psicológico e caráter do apenado, os quais formadores de sua personalidade. Uma tarefa de grande complexidade, e provavelmente impossível, para um profissional adstrito tão somente aos saberes jurídicos, sem qualquer domínio das ciências relacionadas à mente humana. Em especial quando o magistrado convive um tempo ínfimo em contato com o agente criminalizado (Tristão, 2008).

No entanto, tal circunstância judicial, no âmbito da dosimetria da pena do crime de tráfico de entorpecentes, é alvo de insondáveis vícios, pois, quando valorada negativamente, de pronto revela o repúdio ao traficante, expondo a máxima de um direito penal do autor. Nesse sentido:

personalidade: quanto à personalidade, esta ressoa negativa. Consta nos autos **que o acusado já figura como réu em outro processo**, onde responde pelo cometimento de um roubo, também na cidade do Recife. Sendo assim, percebo que **o imputado possui uma personalidade voltada à prática de delitos**, motivo pelo qual valoro este item negativamente (TJPE, Processo n. 0021643-75.2014.8.17.0001, grifos nossos).

A personalidade do acusado avalio em seu desfavor, tendo em vista que **esta não foi a primeira vez que ele foi preso envolvido com tráfico de drogas** e, ainda apresenta registro de passagem pelo Juizado do Torcedor, ocasião em que lhe foi imposta pena restritiva de direitos (doc. Fl. 54). Além disso, **ao invés de procurar ocupação e trabalhos lícitos preferiu se dedicar à ilícita e nociva prática do tráfico de drogas** (TJPE, Processo n. 0073573-69.2013.8.17.0001, grifos nossos).

A personalidade do acusado, todavia, avalio em seu desfavor, **por haver se apresentado como afeita a condutas ilícitas**, tendo em vista **além de já possuir condenação criminal pelo crime de furto e depois de haver sido denunciado por tráfico de droga neste processo, foi preso em flagrante cometendo supostamente tráfico de drogas novamente**, atualmente respondendo preso pelo respectivo processo que tramita perante a 4ª Vara de Entorpecentes (TJPE, Processo n. 0174954-57.2012.8.17.0001, grifos nossos).

personalidade: entendo a **mesma ser desfavorável, tendo em vista o acusado ser investigado em delitos de tráfico de drogas**, em trâmite nesta Comarca da Capital sem sentença definitiva (TJPE, Processo n. 0088249-22.2013.8.17.0001, grifos nossos).

As passagens destacadas, em sua totalidade, tiveram por escopo demonstrar a afinidade do agente como afeito a práticas delitivas, entretanto esse é o papel de diferente circunstância judicial, por sua vez, os antecedentes do agente; nada tendo a ver a personalidade do agente com sua familiaridade com investidas criminosas. A constatação da possibilidade de a personalidade do agente ser valorada como se antecedentes fossem trazer consigo riscos insondáveis à dignidade e às garantias processuais do agente, dentre elas, não ser punido duas vezes pelo mesmo motivo.

Nessa perspectiva de dupla valoração, na qual há a nocividade da construção da personalidade do agente e antecedentes sob o mesmo enfoque – o de afinidade com a prática reiterada de crimes –, pode-se perceber em dois dos processos analisados (do mesmo juiz e vara) o fato que, por entender o julgador que somente poderiam figurar no polo de antecedentes ações penais com trânsito em julgado, acabava por valorar em segundo plano, e, no mesmo sentido, a personalidade do agente com, por exemplo, ações penais em curso, suspeitas de outras práticas delitivas, quantidade de vezes pelas quais foi preso e afins, como, por exemplo, passagem pelo juizado do torcedor. Como é demonstrado abaixo:

Quanto aos antecedentes, **não verifico nos autos registro de condenação criminal anterior transitada em julgado, razão pela qual não valoro tal circunstância negativamente. [...] A personalidade do acusado avalio em seu desfavor, tendo em vista que esta não foi a primeira vez que ele foi preso envolvido com tráfico de drogas e, ainda apresenta registro de passagem pelo Juizado do Torcedor**, ocasião em que lhe foi imposta pena restritiva de direitos (TJPE, Processo n. 0073573-69.2013.8.17.0001, grifos nossos).

Quanto aos **antecedentes, verifico nos autos registro de condenação criminal anterior transitada em julgado** (fl. 64), **razão pela qual valoro tal circunstância negativamente. [...] A personalidade** do acusado, todavia, **avalio em seu desfavor, por haver se apresentado como afeita a condutas ilícitas**, tendo em vista que além de já possuir condenação criminal pelo crime de furto e depois de haver sido denunciado por tráfico de droga neste processo, **foi preso em flagrante cometendo**

do supostamente tráfico de drogas novamente, atualmente respondendo preso pelo respectivo processo que tramita perante a 4ª Vara de Entorpecentes (TJPE, Processo n. 0174954-57.2012.8.17.0001, grifos nossos).

Tal vicissitude revela ostensivamente a tamanha arbitrariedade da qual se utiliza o magistrado na valoração da personalidade do agente. Trata-se de fundamentação elaborada por quem não analisou as subjetividades da existência e as especificidades do modo de ser e sentir dos apenados, as quais, nesses casos, foram sintetizadas numa lista de antecedentes e aos depoimentos de policiais militares (na maioria das vezes). Além disso, a fundamentação de tal elemento, nas passagens expostas, nada tem a ver com o crime praticado.

Sob tal ponto de vista, percebe-se que a personalidade do autor é resumida à prática de delitos e à reincidência, em especial no universo do tráfico de drogas, tido como atual ameaçador da ordem harmônica, uma característica fundamental do direito penal do inimigo. Sendo a traficância uma ameaça que deve ser neutralizada e combatida com fervor, em especial se o agente, consciente de sua conduta, abandonou a oportunidade de um trabalho lícito em função de uma vida criminosa mais abundante, sendo o sistema penal enxergado como o meio adequado de controle em face de tal desvio.

3.1.4 MOTIVOS DO CRIME: A PRESUNÇÃO DE LUCRO FÁCIL

Ao longo da análise proposta, imperaram como motivos que levaram o réu à prática do crime a presunção da pretensão do apenado ao lucro fácil advindo do universo do tráfico de drogas.

Em diversos processos tal motivação é citada, apesar de não valorada como motivo de aumento da pena-base, sendo entendida como próprio elemento do tipo, inerente aos crimes de tráfico de drogas. A exemplo disso, tem-se: “Motivos do crime: **próprios do tipo**, relacionados com a facilidade de **obtenção de lucro com a empreitada criminosa**” (TJPE, Processo n. 0095495-69.2013.8.17.0001; Processo n. 0007777-97.2014.8.17.0001; Processo n. 0004524-04.2014.8.17.0001; Processo n. 0000335-80.2014.8.17.0001, grifos nossos); “a motivação de traficar provavelmente surgiu da falsa idéia de **‘lucro fácil’**, o que é inerente a todo crime desta natureza, não havendo o que valorar [...] motivos do crime: **próprios do tipo. Lucro fácil**” (TJPE, Processo n. 0093894-28.2013.8.17.0001, grifos nossos). Além de contrapor o lucro como finalidade

maior da traficância à saúde pública “Não alegou motivo para a prática do crime, posto ter negado a autoria, mas sabe-se que é o lucro fácil em detrimento da saúde pública” (TJPE, Processo n. 0024606-22.2015.8.17.0001, grifos nossos).

A princípio, mesmo não tendo sido servido como viés para o aumento da pena-base, a internalização da presunção de motivos de “lucro fácil” pelos juízes demonstra implicitamente uma imagem pejorativa da figura do traficante, especialmente quando é afirmado em detrimento da saúde pública.

Dessa forma, compreende-se nessa circunstância judicial a internalização do traficante, implicitamente, como sujeito ganancioso e hedonista, incapaz de sentir empatia pelas vítimas, as quais degeneram a saúde com o vício que comercializa, pois se vê deslumbrado pelos lucros fáceis que conquista com a traficância. Sendo assim o inimigo mais sórdido e egoísta a ser combatido. É o que fica evidenciado nas seguintes passagens: “**Provavelmente** a motivação de traficar surgiu da ideia de lucro fácil, pelo qual deve ser valorado negativamente” (TJPE, Processo n. 0002024-96.2013.8.17.0001; Processo n. 0055680-65.2013.8.17.0001; Processo n. 0031163-30.2012.8.17.0001, grifos nossos).

Pode-se notar, ademais, com as passagens transcritas que a ideia de lucro fácil como motivo nada mais é do que uma presunção, o que demonstra a internalização da política criminal de drogas repressora e um certo conservadorismo por parte dos magistrados. Afinal, como bem expõe Vera Malaguti Batista (2003), conceber uma realidade onde as classes marginalizadas desejam coisas que não se coadunam com o ganho de pouco dinheiro é inconcebível para certos especialistas do Direito, demonstrando a periculosidade dos indivíduos que se arriscam na empreitada criminosa.

3.2 POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS COMO ARGUMENTO DE REPRESSÃO

3.2.1 A GENERALIZAÇÃO DO TRAFICANTE NO DISCURSO DOS MAGISTRADOS

No decorrer da análise foi constatado em algumas sentenças fundamentações no sentido de generalização dos agentes envolvidos com o tráfico de drogas. Em especial nas seguintes passagens: “**a personalidade e a conduta social de todo traficante devem ser consideradas desajustadas** porque visam ao lucro fácil e desonesto, pouco se importando com a saúde dos usuários” (TJPE, Processo n. 0002024-96.2013.8.17.0001; Processo n. 0055680-65.2013.8.17.0001, grifos nossos), “a motivação de traficar provavelmente surgiu da falsa ideia do “lucro fácil”, o que é inerente a todo crime desta natureza,

não havendo o que valorar” (TJPE, Processo n. 0093894-28.2013.8.17.0001, grifos nossos).

Percebe-se o estereótipo construído e largamente disseminado, inclusive pelos veículos midiáticos, da figura do traficante de drogas, advindo de uma política criminal estigmatizante que age de forma a influenciar o raciocínio judicial. Ao afirmar que a personalidade e a conduta de todos os indivíduos criminalizados são iguais, os togados externam julgar todo traficante da mesma forma, como se todos estivessem buscando a facilidade na obtenção de lucro, fossem vis e egoísticas, o que é, no mínimo, *data vênia*, falacioso.

Falacioso, em primeiro lugar, por tal afirmativa ser feita sem o cuidado pertinente, pois, afinal, é uma presunção que em si é moralista, advinda das ideologias legitimadoras da guerra às drogas e populismo punitivo. Além disso, cada agente criminalizado possui suas subjetividades. Inclusive, o próprio dispositivo legal descreve 18 condutas o que deixa já evidente ser inviável cogitar que todos os traficantes são iguais, ou melhor, igualmente gananciosos e desviados.

A generalização do agente que pratica alguma ou algumas das condutas do artigo 33 da Lei das Drogas, de forma a entendê-los como indivíduos gananciosos e desajustados com o meio social, ao qual maculam com suas ações, desvaloriza-os como humanos e vulnerabiliza perante o estigma da traficância.

3.2.2 O DISCURSO MORAL DA DROGA COMO A RUÍNA DA SOCIEDADE NA QUALIDADE DE JUSTIFICADOR DA EXASPERAÇÃO DA PENA

É de se ressaltar que, ao momento da fixação da pena no universo dos feitos relativos à entorpecentes, o juiz deve se ater à natureza e à quantidade da droga, como preceituado pelo artigo 42 da lei, devendo esse ser considerado em preponderância ao artigo 59 do Código Penal. Tal preponderância enseja situações como a exposta na seguinte passagem, no momento da fundamentação para fixação da pena-base:

verifico que a Ré agiu com culpabilidade normal à espécie; a ré não possui antecedentes criminais; poucos elementos há nos autos a respeito da sua conduta social e personalidade, pelo que deixo de valorá-los; o motivo, as circunstâncias e as consequências do crime são normais à espécie, nada tendo a valorar; o comportamento da vítima não pode ser considerado, porquanto trata-se de crime contra a incolumidade pública;

a quem nada contribuiu para a prática do delito. A quantidade de droga apreendida não foi expressiva. Contudo, a natureza da droga merece ser valorada negativamente, vez que o crack é uma das mais lesivas e viciantes. A vista dessas circunstâncias, fixo a pena base em 7 (sete) anos de reclusão (TJPE, Processo n. 0033322-38.2015.8.17.0001).

Quer dizer, o julgador, no momento da valoração das circunstâncias judiciais, apesar de não haver valorado negativamente quaisquer delas e a quantidade da droga ser relativamente ínfima (12 pedras de crack), terminou por aumentar a pena por considerar a natureza nociva do crack e a alta possibilidade de vício e degradação do usuário.

Com enfoque similar, houve mais sentenças em que a consideração acerca do caráter maligno das drogas foi elemento de fundamentação. Argumenta-se que tais drogas ilícitas se contrapõem ao ideal de uma sociedade saudável e o tráfico funciona como um incentivador de crimes mais graves e violentos. Sendo assim, se faz conveniente evidenciar as seguintes passagens:

circunstâncias e consequências do crime, não lhes são favoráveis, sobretudo quando se sabe das consequências **que a droga causa no usuário e, por via oblíqua, na família e na sociedade como um todo** (TJPE, Processo n. 0054955-13.2012.8.17.0001, Processo n. 0000335-80.2014.8.17.0001 e Processo n. 0028456-89.2012.8.17.0001, grifos nossos).

Ou seja, **a conduta do denunciado corrompia a ordem social desta capital, induzindo os demais cidadãos, principalmente os jovens, a consumirem a droga**. Também é sabido que o **tráfico de drogas aumenta consideravelmente o índice de violência de uma cidade**, motivo pelo qual deve ser duramente reprimido (TJPE, Processo n. 0021643-75.2014.8.17.0001, grifos nossos).

O comércio ilícito de droga, **tanto faz se em grande ou pequena quantidade** (no meu entender) é um dos grandes desafios do Estado, sendo o seu combate extremamente difícil. Tal **tipo de delito acaba por fomentar outros crimes, como homicídios** (chacinas, grupos de extermínio, execuções sumárias), **roubos** (para o sustento do vício e paga aos traficantes) e **prostituição de jovens** igualmente para o financiamento do vício (TJPE, Processo n. 0024606-22.2015.8.17.0001, grifos nossos).

É possível compreender, a partir de tais fragmentos de fundamentação, como a política criminal de guerra às drogas é internalizada pelos julgadores. Sob

uma ótica conservadora e moralista, a droga é enxergada como o mal maior no seio da sociedade, a qual desvirtua os jovens e macula a comunidade, e, a partir da prática egoísta e perigosa dos traficantes, vários cidadãos, em sua maioria jovens, são levados ao vício, sendo, dessa forma, destruídas as famílias e a sociedade. Em razão de tal ameaça, as drogas devem ser reprimidas e seus disseminadores severamente punidos em nome da saúde dos cidadãos e estabilidade social.

Entretanto é interessante notar que, por trás de tal discurso, o número de pessoas que perdem a vida em função do vício em decorrência de drogas ilícitas é excepcionalmente menor do que o número de pessoas mortas em decorrência da beligerância do modelo repressivo de política criminal adotada (Zaccone, 2011).

Outro argumento é o de que as drogas, independentemente da quantidade que for encontrada com o agente, devem ser combatidas, em razão do tráfico de tais substâncias ilícitas ser o grande fomentador de crimes mais graves como homicídio, roubo e prostituição, gerando, em decorrência disso, o aumento da violência na cidade. Pode-se perceber, em tal fundamentação, larga pertinência com a visão estabelecida pelo discurso político de tolerância zero, o qual, por sua vez, é um dos sustentáculos da política criminal de guerra às drogas adotada pelo Brasil.

Como já apontado, a teoria das janelas quebradas entende ser o caos social e a violência resultado de pequenas infrações e delitos de menor potencial ofensivo, os quais, sem a repressão adequada, propagam uma sensação de impunidade nos entes criminalizados, que passam a praticar crimes mais graves e cruéis.

Dessa forma é concebido o pensamento das drogas como uma ameaça, seja qual for sua quantidade. Entretanto, como exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, tal teoria não é dotada de respaldo científico, alimentando-se da insegurança com o crime, mas que os magistrados sustentam em discursos moralistas e maniqueístas, nos quais, em favor da saúde e de uma sociedade que deve ser salvaguardada por se encontrar em constante ameaça, deve-se combater as drogas a todo custo.

3.3 O DISCURSO RESSOCIALIZADOR EM MEIO A UMA POLÍTICA CRIMINAL REPRESSIVA

No decorrer da análise das sentenças foi percebido como de fato a ânsia punitivista, difundida pela guerra às drogas, revela-se influenciadora do raciocínio dos julgadores na fundamentação da pena, e, se é assim, como compatibilizar com o objetivo da pena de reintegração do apenado à sociedade?

Parece não haver compatibilidade. Aliás, um dos togados evidenciou seu ponto de vista, deixando claro não crer na fixação da pena-base no mínimo legal

Entendo injustificável o emprego da política da pena mínima, que outrora já esteve em voga e a respeito colaciono percuciente lição do magistrado Guilherme de Souza Nucci¹: Tem sido hábito de vários juizes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamento. Despreza-se, em verdade, os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu (TJPE, Processo n. 0095495-69.2013.8.17.0001; Processo n. 0007777-97.2014.8.17.0001; Processo n. 0004524-04.2014.8.17.0001; 0176463-23.2012.8.17.0001).

Tal linha de pensamento corre em total desacordo com o ideal de reintegração do agente criminalizado à sociedade.

É o caso de condenar o réu a regime semiaberto, mesmo com condenação a pena menor do que 4 anos, devido à periculosidade do agente e à alta probabilidade de continuar a praticar delitos em detrimento à saúde pública, tendo em vista sua afinidade com o crime, especialmente porque ficou período de um ano e cinco meses sob prisão provisória (TJPE, Processo n. 0083140-27.2013.8.17.0001).

No mesmo raciocínio, em sentença diversa, elaborada por outro juiz, foi proibido ao réu recorrer em liberdade, sob fundamentos similares, pois demonstrou periculosidade subjetiva, sendo um risco à saúde pública sua liberdade, assim como a real possibilidade de continuidade delitiva (TJPE, Processo n. 0021643-75.2014.8.17.0001).

Os magistrados, no decorrer da análise, demonstraram-se minimamente preocupados com as possíveis implicações do cárcere para o apenado, exteriorizando e fundamentando a sanção penal, como visto nos casos apontados, como um mecanismo de gestão de risco social.

Tal tipo de fundamentação repressiva não ocorre somente em casos em que há reincidência, ocorrendo também na fundamentação da seguinte sentença:

passo a considerar as circunstâncias judiciais contidas no art. 59, do Código Penal. Culpaabilidade elevada face à consciência da licitude de sua

conduta, não consta sentença transitada em julgado na folha de antecedentes do réu; a conduta social se mantém compatível com as exigências sociais; não tem como aferir a personalidade do réu; não há elementos nos autos para avaliar os motivos determinantes do delito, a não ser a pretensão de angariar lucro fácil sem pensar nas consequências do seu ato; as circunstâncias e consequências lhe aproveitam; Sendo assim, fixo-lhe a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão; reduzo essa pena em 1/6 (um sexto) (§4, art.33 da lei 11.343/06), correspondendo a 01 (um) anos, tornando-a concreta e definitiva em 05 (cinco) ano de reclusão em virtude da ausência de quaisquer outras circunstâncias a serem sopesadas. [...] A pena deverá ser cumprida, inicialmente, em regime fechado (TJPE, Processo n. 0025148-40.2015.8.17.0001).

Nota-se, a partir da leitura de tal fundamentação, que após ter aumentado um ano de pena em decorrência de valorar uma única circunstância judicial de forma negativa – equivocadamente, tendo em vista que a culpabilidade enquanto elemento da teoria da pena difere da consciência da ilicitude da conduta, como foi fundamento pelo magistrado no caso em tela –, tendo ainda se guiado pela ideia de lucro fácil advindo do crime, é determinado o regime fechado de pena privativa de liberdade sem qualquer fundamentação legal para tal.

Nesse caso, foi aplicada a redutora de 1/6 (um sexto) da pena, em face do artigo 33, §4, da Lei 11.343/06, ou seja, além de ser primário e possuir bons antecedentes, o agente não era identificado como afeito à prática delituosa ou crime organizado, e, mesmo assim, lhe foi imposto o efeito repressivo do cárcere. No processo, o acusado afirmou, ainda, que iria começar a trabalhar em um novo emprego em um posto de gasolina, pois havia sido recentemente contratado.

Dessa forma, fica evidente no raciocínio punitivo empregado que, até mesmo em casos de menor gravidade como esse, o agente passará pelos efeitos criminógenos do cárcere, introduzido a um meio desumano e fomentador da rejeição social e desvio secundário (Zaccone, 2011).

A partir do exposto neste tópico, fica evidente que o discurso de ressocialização como objetivo da pena de prisão é meramente retórico, a pena é empregada como um mecanismo de neutralização e gestão do risco social da traficância, amplamente difundido e internalizado nas fundamentações dos magistrados. Sendo o cárcere, nessa perspectiva, uma ferramenta de controle e gestão das classes menos abastadas, servindo como terreno fértil de reincidên-

cia, contribuindo para a banalização da violência, a qual o próprio Estado afirma combater (Trindade, 2003).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise executada, foi possível verificar a incompatibilidade da ideia de ressocialização como uma das funções primordiais da pena, no que tange as sentenças de tráfico de drogas, em meio a uma política criminal militarizada e neutralizadora.

Resultado: tem-se que os elementos legais norteadores do raciocínio do julgador no momento da fundamentação das sentenças criminais acabam por legitimar a violação das garantias constitucionais do apenado, dada a discricionariedade da formação da pena-base na dosimetria.

Restou compreendido os alicerces ideológicos da política criminal de guerra que tem nas drogas o mal do século, nas classes sociais menos favorecidas o estereótipo da traficância, tudo amplamente difundido pela mídia e senso comum; o que justifica a eliminação do traficante e a violação de seus direitos e garantias em nome do controle da criminalidade pelo Estado, em um típico direito penal do autor.

Desse modo, é impossível qualquer convergência da política criminal de drogas com a ideia de reintegração social. Trata-se, verdadeiramente, de neutralização e gestão do risco de pessoas consideradas perigosas.

Ademais, com a análise das circunstâncias judiciais subjetivas – culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social do agente, personalidade do agente e motivos para a prática do crime –, restou evidente os riscos de arbitrariedade pelo juiz ao valorar a pena, dado o fato de não haver conceituação legal explícita para tais elementos, por serem tipos penais abertos.

Finalmente, com a análise de conteúdo das sentenças criminais de tráfico de drogas, verificou-se a influência da política criminal de drogas repressora adotada, evidenciando um entrave ao entendimento do direito penal como limitador do poder punitivo do Estado.

Nessa perspectiva, pode-se entender a pena como um mecanismo de neutralização e gestão de risco do tráfico de drogas, sendo o discurso de reintegração social meramente retórico, servindo de respaldo para a atuação penal repressiva, a qual contribui para a difusão da violência que marginaliza, deixando em segundo plano a ressocialização do apenado e a saúde pública em si.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 1999.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Discursos Sediciosos**, ano 3, n. 5-6, 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e a juventude pobre do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BELLI, Benoni. Polícia, “tolerância zero” e exclusão social. **Novos estudos CEBRAP**, n. 58, p. 156-171, nov. 2000. Disponível em: <https://novosestudios.com.br/produto/edicao-58/>. Acesso em: 21 fev. 2024.

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: a repressão às drogas e o aumento da população penitenciária brasileira. In: METAAL, Pien; YOUNGERS, Coletta (ed.). **Sistemas sobrecargados**: leyes de drogas y cárceles en América Latina. Washington: Transnational Institute; Washington Office on Latin America, 2010. Disponível em: <https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug%20Policy/2011/6-3/sistemas%20sobrecargados%20-%20completo%20brasil.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. (Constituição [1988]). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Assembleia Constituinte, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. Brasília: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Período de Janeiro a junho de 2020. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiMjU3Y2RjNjctODQzMi00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmZmZk1liiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 21 fev. 2024.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

KING, Gary *et al.* **Designing social inquiry scientific**: inference in qualitative research. 3. ed. New Jersey: Princeton University Press Princeton, 1995.

MENDES JÚNIOR, Cláudio. **Sentença penal e dosimetria da pena** – teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2014.

NEPOMOCENO, Alessandro. O sistema penal: Suas verdades e mentiras. *In*: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SADEK, Maria Tereza. **Resultado de pesquisa** – a palavra está com você. Brasília: AMB, 2006.

PERNAMBUCO. TJPE. **Consulta processual unificada**. [2024?]. Disponível em: <https://srv01.tjpe.jus.br/consultaprocessualunificada/processo/>. Acesso em: 21 fev. 2024.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização**: uma (dis)função da pena de prisão. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença criminal**: prática de aplicação de pena e medida de segurança. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VULNERABILIDADE À CRIMINALIZAÇÃO E O PAPEL DAS DECISÕES NO ÂMBITO DA POLÍTICA DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA: POR UMA CONTENÇÃO DA IRRACIONALIDADE PUNITIVA

*Emanuele Dallabrida Mori*¹

*Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth*²

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é realizar um recorte específico dentro do amplo espectro de questões envolvidas no tema da monitoração eletrônica de pessoas no âmbito penal, a fim de refletir sobre a (in)viabilidade de uma aplicação satisfatória dessa política em virtude do contexto vivido pela maioria da população que se envolve com o sistema de justiça criminal brasileiro, qual seja, um contexto de vulnerabilidade social, que muitas vezes se transmuta em suscetibilidade de seleção pelo sistema penal. Sendo assim, o questionamento que orienta este estudo é assim formulado: em que medida uma atuação crítica e contentora do poder punitivo, no âmbito da política de monitoração eletrônica, pode contribuir para reduzir a situação de vulnerabilidade prévia da grande maioria das pessoas que vêm a ser selecionadas pelo sistema penal?

Uma “aplicação satisfatória” é, aqui, pensada como: a) aquela em que a pessoa monitorada possa se manter em uma situação, tanto quanto possível, de confiabilidade em relação aos abusos do poder punitivo, ou seja, que o fato de ser portadora de uma tornozeleira eletrônica não represente uma ampliação da vulnerabilidade de ser perseguida pelo poder punitivo; b) que a tornozeleira não represente um empecilho ao desenvolvimento de uma rotina ou de uma

¹ Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). E-mail: emanueledmori@gmail.com.

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). E-mail: madwermuth@gmail.com.

vida que permita o cumprimento de todas as necessidades da pessoa monitorada, isto é, de que a política seja aplicada em cada caso de forma individualizada e considerando as nuances da vida de cada sujeito.

Não se assume, neste quadro estabelecido para a problematização do tema, o viés da reabilitação, em virtude da sua aparente insolubilidade não apenas enquanto justificação teórica, mas também como impossibilidade de concretizar-se na prática. Ao contrário, adota-se uma perspectiva agnóstica ou negativa da pena, da forma como expressa por Eugenio Raúl Zaffaroni (2001; Zaffaroni *et al.*, 2019), no sentido de, assumindo a deslegitimação do sistema penal e, em especial, da pena, pensá-la como “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes” (Zaffaroni *et al.*, 2019, grifos nossos). A partir dessa ideia, busca-se pensar uma política de monitoramento eletrônico que se direcione para a redução de danos, o que envolve não apenas o impedimento da entrada de mais pessoas nas prisões, como também a busca pela fuga das inúmeras malhas nas quais o sistema penal pode envolver os indivíduos, que vão desde o contato frequente com as polícias até o desgaste representado pelo processo penal, especialmente em muitos sentidos violador dos direitos fundamentais que vige no Brasil.

Para realizar esse percurso, o artigo se divide em dois momentos. Primeiramente, faz-se uma análise do monitoramento eletrônico, notadamente de sua caracterização enquanto política penal, com base especialmente no documento que contém as suas diretrizes e princípios (Brasil, 2020a), mencionando, ainda, tendências que podem deturpar o instituto, na medida em que é aplicado em uma perspectiva mais de segurança pública que de política penal. Em seguida, traçando um paralelo entre o tema da culpabilidade no âmbito do direito penal, com base na abordagem específica de Zaffaroni (2001; 2004; Zaffaroni; Alagia; Slokar, 2007) de “culpabilidade por vulnerabilidade”, analisa-se a contribuição dessa perspectiva na aplicação da política de monitoração eletrônica no particular contexto de atuação seletiva do sistema penal brasileiro, considerando-se, especialmente, o papel a ser exercido pelas agências judiciais e pelas Centrais de Monitoração Eletrônica.

Como hipótese provisória, tem-se que a qualificação dos serviços de monitoração eletrônica passa necessariamente por uma atuação crítica dos órgãos envolvidos, no sentido de realizar ao máximo a contenção do poder punitivo e buscar reduzir os graus de vulnerabilização das pessoas que entram em contato com o sistema de justiça criminal. Utiliza-se, para a consecução da deste estudo,

o método de abordagem hipotético-dedutivo, em uma pesquisa do tipo exploratória e com emprego de técnica bibliográfica para coleta de dados.

2 MONITORAÇÃO ELETRÔNICA NO BRASIL: CAMINHOS PARA UMA POLÍTICA PENAL

A monitoração eletrônica de pessoas encontra-se previsto, no Brasil, em dois diplomas legais: na Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010, que alterou dispositivos da Lei de Execução Penal (artigo 146-B) para incluir duas hipóteses de aplicação da monitoração eletrônica, quais sejam: saída temporária ao preso que estiver cumprindo pena em regime semiaberto e em caso de prisão domiciliar; e, na Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, que prevê a possibilidade de utilização da monitoração eletrônica como medida cautelar diversa da prisão (artigo 319, inciso IX, do Código de Processo Penal). O instituto é parcialmente regulado no Decreto n. 7.627, de 24 de novembro de 2011, além de ser também regulado pela Resolução n. 5, de 10 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

O referido Decreto n. 7.627/2011 apresenta a seguinte definição do instituto:

Art. 2º Considera-se monitoração eletrônica a vigilância telemática posicional à distância de pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização.

Na prática, essa vigilância ocorre, no Brasil, por meio da utilização de um dispositivo consistente em uma tornozeleira eletrônica, que deve permanecer no tornozelo da pessoa monitorada, ininterruptamente, durante todo o período de cumprimento da medida. A tecnologia utilizada no país é aquela conhecida como a segunda geração tecnológica de monitoração eletrônica, que realiza o controle posicional, utilizando-se do Sistema de Posicionamento Global, ou GPS (em inglês, *Global Positioning System*). Seu funcionamento se dá pela combinação de três componentes: o dispositivo móvel (tornozeleira), satélites e uma rede de estações terrestres. A monitoração eletrônica realizada por GPS pode ser executada por meio de um sistema de controle ativo ou passivo. No primeiro caso, é possível determinar a exata localização da pessoa, em tempo real, enquanto no segundo, os dados são registrados enviados à central

de monitoração eletrônica³ uma vez ao dia ou após algumas horas da colheita da informação pelos satélites. Além do mais, também é possível a utilização de um modelo misto, que funciona, em regra, como um sistema passivo, porém, caso seja detectado o descumprimento das condições impostas, passa a funcionar ativamente, registrando a localização em tempo real (Corrêa Junior, 2012; Isidro, 2017).

Há também outras formas de consecução da monitoração eletrônica, algumas menos invasivas e menos dispendiosas, tais como a utilização de sistema passivo, que funciona mediante contato programado com a pessoa monitorada, por meio, por exemplo, de ligação telefônica com alguma técnica de identificação da sua identidade, ou, também, com a utilização de um sistema ativo, conhecido por “monitoração por radiofrequência”, no qual o controle ocorre pela identificação de proximidade do sujeito monitorado com um dispositivo que recebe o sinal da tornozeleira, desde que essa se encontre dentro da distância máxima de captação do sinal, e o transmite para uma estação central (sem, portanto, detectar a localização exata da pessoa). Contudo, o sistema que se utiliza da tecnologia de GPS é visto como vantajoso no Brasil em virtude da acurácia da fiscalização que propicia (Brasil, 2020a; Isidro, 2017). O âmbito no qual o sujeito exercerá sua “liberdade sob medida” (Campello, 2019, p. 45), ou seja, os perímetros nos quais é permitido seu deslocamento e permanência, é estabelecido por meio da delimitação de áreas de inclusão e exclusão, isto é, locais onde a pessoa pode ou não adentrar, e pessoas das quais ela pode ou não se aproximar.

Extrapolando a descrição técnica da monitoração eletrônica exposta no referido Decreto n. 7.627/2011, o Modelo de Gestão para Monitoração Eletrônica de Pessoas (Brasil, 2020b), produzido por uma Consultoria Nacional Especializada, no âmbito de Projeto entre o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) Brasil, define a monitoração eletrônica de pessoas como:

³ As Centrais de Monitoração Eletrônica são os equipamentos públicos responsáveis pela gestão do serviço de monitoração eletrônica, conforme dispõe o artigo 11 da Resolução n. 5/2017 do CNPCP, as quais exercem a administração, execução e controle da monitoração (artigo 4º, do Decreto n. 7.627/2011), e encontram-se vinculadas aos órgãos de gestão penitenciária (conforme determina o mesmo artigo 4º) do Poder Executivo de cada Estado. Apesar dessa estrutura organizacional, calha mencionar que o *Modelo de Gestão para Monitoração Eletrônica de Pessoas* (BRASIL, 2020b) assevera que essa política deveria ser executada de forma autônoma em relação à gestão prisional e quaisquer diretorias de segurança pública, em função da metodologia proposta, a qual se distancia da lógica punitiva operante nesses espaços.

os mecanismos de restrição da liberdade e de intervenção em conflitos e violências, diversos do encarceramento, no âmbito da política penal, executados por meios técnicos que permitem indicar a localização das pessoas monitoradas para controle e vigilância indireta, orientados para o desencarceramento (Brasil, 2020b, p. 15).

A importância de tal conceituação, constante de um documento que “visa estabelecer sistematicidade e padronização, ensejando a qualificação dos serviços nas Unidades Federativas”, a fim de construir sólidas bases para “a implementação de uma política nacional de monitoração eletrônica de pessoas” (Brasil, 2020b, p. 11), consiste na adoção de uma perspectiva desencarceradora, bem como na delimitação do instituto como uma “política penal”. Com isso, estabelece-se que essa política: a) não se encontra no âmbito das alternativas penais, conforme consta, inclusive, no *Manual de Gestão para as Alternativas Penais* (Brasil, 2020a), eis que essas requerem a ausência do efetivo constrangimento físico que as tornozeleiras eletrônicas implicam, além de que seus princípios baseiam-se, dentre outros aspectos, na ruptura do modelo punitivo vigente; b) deve implementar-se, não obstante o aspecto descrito no item anterior, tendo em vista o indivíduo monitorado, isto é, é ele o *sujeito* dessa política, de modo que deve ser observada uma série de princípios e diretrizes voltados ao fomento de uma intervenção penal menos violenta e mais respeitosa dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Sendo assim, o referido Modelo de Gestão estabelece os princípios orientadores da política, os quais possuem os seguintes vieses: a) intervenção penal mínima e desencarceradora (subsidiariedade e intervenção mínima, legalidade, presunção de inocência, necessidade, adequação social, provisoriedade, proporcionalidade, responsabilidade baseada no fato e não no autor etc.); b) promoção dos direitos humanos e justiça social (dignidade e liberdade, menor dano, comedimento nas medidas restritivas para preservar a normalidade da vida da pessoa monitorada, direito de escolha em relação aos encaminhamentos e serviços oferecidos, reconhecimento e respeito às diferenças etc.); c) proteção de dados pessoais (considerar a natureza sensível de todos os dados da pessoa monitorada, bem como de seus familiares, vizinhos, dentre outros, privacidade, transparência, mínimo informacional, ou seja, coletar apenas as informações essenciais, confidencialidade etc.); d) ação integrada entre entes federativos, sistema de justiça e comunidade para desencarceramento (interinstitucionalidade, interdisciplinaridade, participação social, profissionalização dos serviços etc.) (Brasil, 2020b).

Enquanto “política penal”, portanto, a monitoração eletrônica de pessoas deve se constituir em um instrumento cuja função primordial é reduzir os “níveis de dor e morte” (Zaffaroni, 2001) do sistema prisional brasileiro. Assim, o estabelecimento de princípios que em vários aspectos se aproximam daqueles definidos para as medidas de alternativa penal indica a necessidade de que as agências judiciais, responsáveis pela concessão, nos casos específicos, da medida de monitoração eletrônica, adotem uma orientação que se aparte do paradigma punitivo no qual se baseia a “racionalidade penal moderna” (Pires, 2004, p. 41).

Tal expressão, de autoria de Álvaro Pires (2004, p. 41), é empregada pelo autor ao se referir ao *modus operandi* dos sistemas penais ocidentais a partir de meados do século XVIII, cuja racionalidade cria um “ponto de vista” que naturaliza uma “estrutura normativa telescópica” valorizadora da pena afliativa. Telescópica pois conecta, na norma de comportamento, dois níveis distintos de normas: as de primeiro grau (comportamento) e as de segundo grau (sanção), de modo que a formulação normativa irá sempre implicar uma sanção a uma norma de comportamento – “aquele que faz x pode ou deve ser punido com y”. Segundo o autor (2004, p. 41), três tipos de sanção são viáveis nessa estrutura: a pena de morte ou de algum castigo corporal, a prisão e a multa, sendo que a pena afliativa, especialmente a prisão, é que adquire relevo “no auto-retrato [sic] identitário do sistema penal”. Esse “ponto de vista” acarreta, ademais, ser a pena afliativa a que “comunica o valor da norma de comportamento e o grau de reprovação em caso de desrespeito” (Pires, 2004, p. 41). Essa racionalidade acaba por se constituir em um obstáculo epistemológico tanto ao conhecimento da questão penal quanto à criação de uma outra racionalidade.

Portanto, pode-se depreender que a racionalidade encampada no Modelo de Gestão para a Monitoração Eletrônica de pessoas vai de encontro àquela identificada por Álvaro Pires. Entretanto, é necessário reconhecer que, ao contrário da afirmação de um sistema baseado no paradigma dos direitos humanos, o presente momento caminha, pelo contrário, rumo a uma “desumanização do direito penal” (Delmas-Marty, 2014). Esse contexto, que não diz respeito apenas ao Brasil, mas parece configurar uma tendência em diversos países do Ocidente (Brandariz García, 2015; Dieter, 2012; Garland, 2005; Nisco, 2014), é marcado, conforme explica José Ángel Brandariz García (2015, p. 110), por uma espécie de “giro pós-moderno” nas ciências sociais e nas racionalidades públicas que tem colocado em xeque o modelo baseado no discurso jurídico e no paradigma dos direitos fundamentais. Trata-se do surgimento e afirmação de modelos gerencialistas, cujas “lógicas de funcionamiento, sus parámetros de

legitimación y sus criterios de validación se enmarcan en un lenguaje eficientista, de matriz esencialmente económica, que resulta ajeno a la racionalidad jurídica" (Brandariz García, 2015, p. 110).

No âmbito penal, isso se reflete na criação de um "direito penal da segurança pública" marcado por sanções baseadas mais em periculosidade do que na conduta delitiva, normas penais ambíguas e imprecisas, imbricação entre direito administrativo, policial e penal, utilização do processo penal para garantir segurança e constante tensão entre o sistema penal e o direito constitucional, dentre outros aspectos (Nisco, 2014). Além disso, também se verifica a tendência à adoção de uma "criminologia administrativa" (Wermuth; Santos, 2017), cujas práticas se caracterizam pela desconsideração de reflexões teóricas mais aprofundadas que analisem, por exemplo, o delito enquanto problema ou dano social, as normas formais e informais de controle social etc. Busca-se, pelo contrário, a simplificação, rumo àquela que parece ser uma das leis máximas deste tempo: a eficiência (Dieter, 2012).

A ameaça à manutenção das bases do direito penal liberal representada por essas tendências parece aprofundar-se quando, no Brasil, fundem-se às práticas desde há muito autoritárias e que tendem sempre a criminalizar em função de raça e classe social (Flauzina, 2006; Schwarcz, 2019). Assim, além de uma arbitrariedade seletiva manifestada ainda no âmbito da criminalização primária, essa é acentuada quando da atuação das agências do sistema penal, ou seja, na criminalização secundária (Salomão, 2021), momento em que, em geral, a seleção se dá "**a**" por fatos burdos ou grosseiros (a *obra tosca da criminalidade*, cuja detecção é mais fácil), e **b**) de pessoas que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva)" (Zaffaroni *et al.*, 2019, p. 46, grifos nossos).

É a partir da constatação desse cenário que se buscará analisar, a seguir, a necessidade de uma atuação contentora do poder punitivo, especialmente por parte das agências judiciais, a fim de reduzir os níveis de violência do sistema penal, por meio, especificamente, da aplicação da monitoração eletrônica, e a imprescindibilidade dessa atuação, para que tal instituto não se converta em um instrumento de segurança pública capaz de incrementar ainda mais a marginalização social de certas pessoas.

3 A CONSIDERAÇÃO DA VULNERABILIDADE COMO DADO NECESSÁRIO À QUALIFICAÇÃO DA POLÍTICA DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

Conforme abordado até o momento, a previsão da monitoração eletrônica no Brasil, embora não tratada exaustivamente em âmbito legislativo, encontra um plano de princípios, diretrizes e metodologias bem elaborados e fundamentados no mencionado Modelo de Gestão, o qual possui também o mérito de resultar de ampla pesquisa de campo que, analisando, em todo o país, os graus de implementação da política, produziu diagnóstico de suma importância para avaliação dos seus êxitos e falhas até então. Entretanto, conforme ensina Brandariz García (2015), a realidade das políticas criminais é complexa e envolve diversas orientações e ideias por vezes conflitantes. Assim, embora possa estar bem elaborada, a política de monitoração eletrônica se depara com um contexto que, particularmente nesta etapa histórica, não se mostra, em geral, favorável à ampliação da liberdade e emancipação humanas e à diminuição dos abismos sociais que separam aqueles que têm acesso aos direitos humanos daqueles aos quais são negados os direitos mais básicos.

Diante disso, sugere-se, aqui, com base principalmente no pensamento de Zaffaroni, apreciar a monitoração eletrônica a partir do entrelaçamento de dois temas centrais, quais sejam: a centralidade da atuação das agências judiciais para uma boa consecução da política, e a consequência, negativa ou positiva, alcançada por essa atuação, em relação aos níveis de vulnerabilidade das pessoas selecionadas pelo sistema penal.

Entende-se que Zaffaroni atribui, frente à perda de racionalidade do sistema penal, um importante papel às agências judiciais. Isso pois considera que são essas agências que podem “estabelecer limites máximos de irracionalidade tolerável na seleção incriminadora do sistema penal” (Zaffaroni, 2001, p. 233), não obstante o seu reduzido poder dentro do sistema penal – poder esse que “intervém quando a seleção já está feita”, sendo que “as demais agências procuram reduzir sua intervenção e, quando não podem evitá-la adiam-na sempre que possível” (Zaffaroni, 2001, p. 232). Portanto, um discurso jurídico-penal comprometido com a redução da violência deve “planejar” a intervenção das agências judiciais de modo que possam realizar a contenção do poder punitivo.

Tal direcionamento se deve à constatação da perda de legitimidade do sistema penal, em razão da sua irracionalidade, manifestada tanto em relação à falta de coerência interna do discurso jurídico-penal, quanto à sua operatividade social violenta, distanciada largamente dos preceitos expostos no discurso.

Nesse cenário, as agências judiciais, embora funcionem, em geral, como uma engrenagem integrada no complexo de agências do sistema, poderia exercer, por meio de uma resistência, alguma contenção da irracionalidade (Zaffaroni, 2001).

Seria necessário, assim, que as agências judiciais, admitindo seu pequeno poder dentro do todo e, ainda, reconhecendo a impossibilidade de concretização fática de todos os princípios e garantias penais previstos no discurso penal liberal, colocassem em marcha esforços para “reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e a intensidade dessas violações, operando internamente a nível de contradição com o próprio sistema”. Por conseguinte, cada oportunidade de manifestação deveria se constituir em ocasião para atuar com alguma legitimidade. Ou seja, “cada caso que o poder das demais agências submete à agência judicial deve ser decidido conforme a regra de *‘mínima violação/máxima realização’ dos princípios garantidores da pena*” (Zaffaroni, 2001, p. 235, grifos do autor). Essa atuação deve se dar buscando fugir de uma “funcionalidade burocrática” dos órgãos judiciários e do esvaziamento ético que decorre da sua desvinculação com a preocupação a respeito da legitimidade geral do sistema penal, como se sua função se reduzisse “à *solução dos casos concretos conforme as pautas legais que regem o fato particular a resolver*” (Zaffaroni, 2001, p. 83, grifos do autor).

Nesse sentido, a teoria do delito, embora não seja construída pela jurisprudência, e sim por “reflexões científicas sobre os elementos caracterizadores da conduta criminosa” (Tavares, 2020, p. 42), quando da sua aplicação pelos órgãos judiciários, poderá auxiliar ou não nessa contenção do poder punitivo. Por certo que, enquanto conjunto de requisitos que deverão estar presentes para que a agência judicial não interrompa o processo de criminalização em curso, a teoria do delito necessária é aquela que seja crítica, estabelecadora de critérios delimitadores do poder punitivo do Estado (Tavares, 2020). A proposição de Zaffaroni acerca de uma culpabilidade por vulnerabilidade caminha ao encontro dessa perspectiva.

Em consonância com a concepção agnóstica da pena, ou seja, considerando ser o poder punitivo um exercício de poder de fato e sem buscar sua (impossível?) legitimação, o autor busca construir um conceito de culpabilidade que se soma ao conceito tradicional de culpabilidade de ato, eis que essa, embora apresente-se consentânea com os ditames de um direito penal liberal focado no fato e não no autor, não forma um juízo ético (Zaffaroni, 2004). Isso porque, “*dado que el juicio de reproche es selectivo y discriminatorio, no es ético.*

Como no es ético, no legitima el ejercicio del poder punitivo” (Zaffaroni; Alagia; Slokar, 2007, p. 512, grifo dos autores). Não que o objetivo seja a legitimação desse poder, mas sim que apenas esse conceito não é suficiente para realizar a necessária limitação do exercício do poder punitivo, já que não incorpora o dado da seletividade, que, enquanto exercício fático do poder, “sempre é de autor, por inevitáveis razões estruturais” (Zaffaroni, 2004, p. 37).

Assim, a qualidade ética do discurso jurídico-penal, nesse ponto, deverá ser atendida por meio de um conceito de culpabilidade que sintetize a culpabilidade de ato e o dado da seletividade. Esse conceito seria aquele capaz de incorporar o grau de periculosidade que o sistema penal representa para certas pessoas, isto é, o risco de seleção que se reparte socialmente segundo a vulnerabilidade das pessoas. Por certo que o mero estado de vulnerabilidade não determina a criminalização, e sim a situação concreta de vulnerabilidade, bem como o esforço feito pelo sujeito para se colocarem nessa posição (Zaffaroni, 2004). Significa dizer que o Judiciário deve buscar reduzir sua própria violência, e, assim, considerar, na análise da culpabilidade, duas ordens de fatores: o estado de vulnerabilidade dos sujeitos, que é predominantemente social e compreende o grau de risco “que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, etc.”, e o esforço pessoal para a vulnerabilidade, relativo ao grau de perigo atingido pela atuação individual. Dentre esses fatores, o estado de vulnerabilidade é “incobrável”, isto é, a agência judicial não pode criminalizar em função deles (Zaffaroni, 2001, p. 270).

A fim de qualificar a reflexão sobre a política de monitoração eletrônica, propõe-se transpor essa ideia para o âmbito do cumprimento de pena ou medida cautelar diversa da prisão com aplicação de monitoração eletrônica, ou seja, para o momento em que a medida está em andamento. Assim, deve-se analisar como a vulnerabilidade que, em momento anterior, contribuiu para o envolvimento com o sistema de justiça criminal pode ser incrementada no momento executivo, ampliando a “precarização da liberdade” (Calhoub, 2009) de certos sujeitos.

Essa apreciação deve considerar que, em um contexto de grande seletividade penal⁴ a vulnerabilidade deve ser vista em pelo menos dois momen-

⁴ A seletividade penal não se expressa apenas na absoluta impossibilidade de o sistema penal perseguir todos os crimes cometidos – o que resulta tanto na cifra oculta quanto na incapacidade dos próprios órgãos de lidarem com todos os casos em que são acionados –, mas na clara persecução diferenciada que sofrem certos grupos de pessoas no Brasil. Já é um dado conhecido que a população prisional brasileira é formada em sua maioria por homens, jovens, negros e com precária escolaridade (Brasil, 2020c). Essa análise também precisa ser complementada

tos: como incrementadora da possibilidade de seleção, e como o resultado da criminalização. Assim, no contexto da monitoração eletrônica, a consideração desse dado poderá constituir-se em um caminho no qual, havendo o reconhecimento dessa estrutura, pode-se agir para tentar diminuir sua violência.

Levando em consideração o papel das agências judiciais na contenção da irracionalidade punitiva, a reflexão que aqui se propõe mostrar-se-ia como possibilidade prática somente enquanto incorporada no âmbito decisório judiciário. Portanto, ao se considerar, na aplicação da monitoração eletrônica, não apenas os princípios tais como menor dano, intervenção mínima, proporcionalidade, etc., também a vulnerabilidade do sujeito ao poder punitivo, tal reconhecimento pode resultar em ao menos duas consequências positivas: a) sendo certo que a ostensividade da tornozeleira eletrônica é um dado passível, por si só, de despertar a atenção de forças de segurança pública quando do desenvolvimento das atividades do indivíduo monitorado, em caso de notícia de prisão ou de envolvimento da pessoa monitorada em situação que envolva a intervenção policial, as agências judiciais deveriam analisar o caso valorando não apenas o estado de vulnerabilidade anterior, como também a situação de vulnerabilidade que a utilização da tornozeleira impõe, e, dessa forma, verificar qual o grau de esforço, nos termos do autor argentino, que a pessoa exerceu para colocar-se em confronto com o sistema; b) em caso de notícias de incidentes no transcorrer da medida, que poderão decorrer, por exemplo, de interrupção de sinal, de locomoção que extrapole as áreas de inclusão, os horários de circulação permitidos, dentre outros, deverá se buscar o conhecimento da situação concreta da pessoa envolvida, a fim de verificar se tais incidentes não decorrem justamente de encontrar-se em um contexto de vida que dificulta o regular cumprimento da medida, visto que a sua possível revogação e encaminhamento à prisão contribuirá para incrementar a situação de vulnerabilidade da pessoa. Por outro lado, a revogação da aplicação da tornozeleira eletrônica e determinação de medida menos gravosa deve ser sempre uma opção.

A qualificação da política de monitoração eletrônica passa necessariamente pela atuação crítica do judiciário, que pode exercer um papel importan-

com a compreensão de que tal cenário remete a “um complexo processo histórico de construção de determinadas representações sociais acerca do ‘perigoso’ e que teve na variável étnica um componente imprescindível” (Pavarini; Giamberardino, 2018, p. 118). O nível de violência com que atua o conjunto do sistema penal, principalmente em relação às pessoas que fazem partes dos grupos selecionados preferencialmente, resulta, em grande parte, do “potencial de intervenção física” que o aparato policial e demais agências do sistema penal estabelecem a partir da intervenção primeiramente nos corpos negros, desde os tempos imperiais. O racismo é, nesse sentido, estrutural na engrenagem punitiva (Flauzina, 2006).

te, embora não suficiente, na diminuição da violência e seletividade do poder punitivo. Parte desse senso crítico pode vir por meio da incorporação da lógica aqui tratada sob a designação de estado de vulnerabilidade e sua potencialização pelo envolvimento com o sistema penal, mas que também pode ser pensada enquanto processo de incremento da marginalização social (Tavares, 2020).

Ademais, uma atuação crítica também é requerida no âmbito das Centrais de Monitoração Eletrônica. Embora possuam uma esfera decisória mais reduzida e que deve se ater aos parâmetros da decisão judicial que determina a monitoração, são as centrais que realizam o contato mais próximo e frequente com as pessoas monitoradas, além de ser o local onde deverá ocorrer não apenas a instalação do equipamento e fiscalização da medida, como também todos os encaminhamentos necessários para assegurar os direitos das pessoas monitoradas e sua assistência e proteção social. Assim, dentre as competências das centrais, a Resolução n. 5/2017 CNPCP estabelece a prioridade para a manutenção e restauração da medida em caso de incidentes, a vedação da imposição de encaminhamentos não previstos na decisão judicial, a atuação de equipe psicossocial no atendimento, a disponibilidade de serviço de suporte para realizar esclarecimentos às pessoas monitoradas, a adequada proteção e uso dos dados (visto serem dados sensíveis), dentre outras.

Por certo que uma atuação comprometida com os direitos fundamentais, bem como atrelada aos ideais de liberdade e emancipação humana, de modo a considerar as situações pessoais e sociais desfavoráveis nas quais se encontram muitas pessoas envolvidas com o sistema de justiça criminal, pode contribuir para a qualificação da política e para a diminuição das mazelas do sistema penal – anote-se que, embora seja comum a apresentação desse problema por meio quantificações, está-se a tratar de vidas humanas, de “existências vividas, em sua aventura, sua concretude, seu cotidiano, sua intimidade psíquica” (Macé, 2018, p. 31). Diante disso, destaca-se a relevância da promoção de qualificação constante de todos os profissionais envolvidos com a política, notadamente no âmbito do Poder Judiciário e das Centrais de Monitoração Eletrônica. Nesse sentido, o Modelo de Gestão apresenta a necessidade da realização de processos educativos, destacando, entre os temas norteadores, o dever de atuação de modo a não reverter a medida em “punições, discriminação social e restrições a direitos fundamentais” bem como “minimizar processos de segregação e isolamento social” (Brasil, 2020b, p. 260-261).

Uma vez mais, é necessário que se implemente uma “cultura crítica” em relação ao poder punitivo, que naturalize a necessidade de sua contenção, em

virtude da irracionalidade, deslegitimação e produção de dor e morte que representa. Conforme se falou, ainda é um âmbito estreito, mas que, no entanto, pode operar no sentido de reduzir danos e, portanto, deve ser apoderado por uma lógica não punitivista e não perpetuadora e incrementadora da marginalização social. A negação de direitos humanos a determinados extratos sociais gerada pela violência do sistema punitivo se constitui, hoje, um entrave gravíssimo para a consolidação de uma sociedade democrática, gerando o alijamento de milhares de pessoas da cidadania e da participação social e aumentando os abismos sociais que, infelizmente, continuam a caracterizar a sociedade brasileira.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivando qualificar a reflexão a respeito da monitoração eletrônica no Brasil, buscou-se, no presente artigo, pensar essa política penal a partir do dado da vulnerabilidade social à seleção criminalizante. Assim, a perspectiva norteadora da problematização aqui proposta diz respeito ao alto grau de violência imposto pelo sistema penal, em sua atuação seletiva e arbitrária em relação a determinadas camadas da população brasileira.

O monitoramento eletrônico, embora sujeito a críticas – as quais não foram abordadas neste estudo, visto não ser o escopo principal –, constitui-se, atualmente, uma ferramenta importante na tentativa de atenuar os problemas do sistema prisional brasileiro. Pode-se depreender que esse é um dos sentidos das previsões legais que incluíram no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de sua aplicação tanto em fase de execução penal quanto como medida cautelar diversa da prisão – outros, como o aumento do controle penal, podem ser identificados.

A formulação do *Modelo de Gestão para a Monitoração Eletrônica de Pessoas*, no entanto, acrescenta uma perspectiva significativamente mais positiva ao instituto, na medida em que busca incorporar uma lógica diversa daquela que orienta a “racionalidade penal moderna”, marcada, notadamente, por uma ideia retributiva que se expressa na formulação de que, ao cometimento de uma infração penal, deve corresponder necessariamente a aplicação de uma pena aflictiva, consubstanciada, neste momento histórico, na pena de prisão. Assim, buscando formatar um modelo que forneça as bases para a consolidação de uma política penal de monitoração eletrônica, bem como sua pa-

dronização a nível nacional, o Modelo de Gestão elenca princípios, diretrizes e metodologias essenciais para uma boa consecução da política.

Sua orientação no sentido de se constituir em uma “política penal” e não em uma “política de segurança pública” – ou seja, reconhecendo a centralidade do sujeito monitorado e não de uma ideia, muitas vezes mal definida, de “segurança” ou “ordem pública” –, mostra-se relevante para o fomento de uma aplicação racional do instituto e respeitosa dos direitos humanos. No entanto, dado que a seletividade penal é estrutural do sistema, entende-se que é necessário ampliar e fortalecer a crítica.

Assim, propôs-se pensar a esse respeito a partir da formulação de “culpabilidade por vulnerabilidade” de Zaffaroni, uma vez que se trata de perspectiva que propõe uma atuação de contenção da irracionalidade punitiva a partir de dentro, isto é, pelas próprias agências do sistema penal. No âmbito da política de monitoração eletrônica, pois, revela-se a importância de práticas de resistência por parte do Poder Judiciário e nas Centrais de Monitoração Eletrônica. Isso porque, além da vulnerabilidade que muitas vezes contribui para a seleção criminalizante – o mencionado “estado de vulnerabilidade” –, é necessário considerar que o contato com o sistema penal, por si só, é capaz de incrementá-la – quanto mais quando se está a exhibir uma tornozeleira eletrônica.

Sendo assim, uma empresa satisfatória da política de monitoração eletrônica requer a formação de uma forte barreira de contenção, a fim de refrear, tanto quanto possível, a violência do sistema punitivo. Daí que, considerando os dados ontológicos, não se afigura viável insistir em discursos de ressocialização, já que é preciso reconhecer, com Zaffaroni, a ilegitimidade desse sistema. Portanto, uma atuação legítima das agências com algum poder decisório deve ser a de redução de danos, e, para tanto, adotar a perspectiva do não incremento da vulnerabilidade social de sujeitos em grande medida já marginalizados, afigura-se um caminho importante para uma aplicação racional da política de monitoração eletrônica.

REFERÊNCIAS

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Gerencialismo y políticas penales. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 3, n. 1, p. 109-138, maio 2015. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2226/1355>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 7.627, de 24 de novembro de 2011**. Regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código

de Processo Penal, e na Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7627.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Manual de gestão para as alternativas penais**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020a. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/279/1/Manual%20de%20Gest%C3%A3o%20para%20as%20Alternativas%20Penais.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Modelo de gestão para a monitoração eletrônica de pessoas**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020b. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Modelo_Monitoracao_miolo_FINAL_eletronico.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010**. Altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Brasília: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Período de Janeiro a junho de 2020. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2020c. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiMjk1OTM5YmYtYjg4Ni00NmQ2LWI3OWYtMDA0NTNkNDBkMGM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection>. Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Cidadania. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução n. 5, de 10 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de implantação de Monitoração Eletrônica e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2017/resolucao-no-5-de-10-de-novembro-de-2017.pdf/view>. Acesso em: 23 ago. 2021.

CALHOUB, Sidney. Costumes senhoriais. Escravização ilegal e precarização da liberdade no Brasil Império. *In*: AZEVEDO, Elciene; CANO, Jefferson; CUNHA, Maria Clementina Pereira; CALHOUB, Sidney (org.). **Trabalhadores na cidade**: cotidiano e cultura no Rio de Janeiro e em São Paulo, séculos XIX e XX. Campinas: Editora da Unicamp, 2009. p. 23-62.

CAMPELLO, Ricardo Urquiza. **Faces e interfaces de um dispositivo tecnopenal**: o monitoramento eletrônico de presos e presas no Brasil. 2019. 207 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16122019-185040/publico/2019_RicardoUrquizaCampello_VCorr.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. 2012. 284 p. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20062013-132709/pt-br.php>. Acesso em: 23 ago. 2021.

DELMAS-MARTY, Mireille. Deshumanización del derecho penal. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo; DELMAS-MARTY, Mireille; DANET, Jean; SÁNCHEZ, Maria Acale (ed.). **Securitarismo y derecho penal**. Por un derecho penal humanista. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014. p. 17-28.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. 2012. 300 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 jul. 2021.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

GARLAND, David. **La cultura del control**: crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Tradução de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

ISIDRO, Bruno César Azevedo. **O monitoramento eletrônico de presos e a paz social no contexto urbano**: nova política de contenção da modernidade a partir da visão da microfísica do poder e da sociedade de controle. Campina Grande: EDUEPB, 2017. *E-book*. Disponível em: http://www.uepb.edu.br/download/ebooks/Monitoramento-Eletronico-Ebook_Final.pdf. Acesso em: 18 jan. 2021.

MACÉ, Marielle. **Siderar, considerar**: migrantes, formas de vida. Tradução de Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018.

NISCO, Atilio. Seguridad y Derecho penal en Italia: evoluciones de la legislación y de la jurisprudencia constitucional. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; DELMAS-MARTY, Mireille; DANET, Jean; SÁNCHEZ, Maria Acale (ed.). **Securitarismo y derecho penal**. Por un derecho penal humanista. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014. p. 177-188.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**, n. 68, p. 39-60, mar. 2004. Disponível em: <http://novosestudos.com.br/produto/edicao-68/#591bd3f08a6b5>. Acesso em: 14 dez. 2020.

SALOMÃO, Saulo Salvador. **Calabouços da miséria**: uma análise crítica sobre a criminalização da pobreza no Brasil. Belo Horizonte: Dialética, 2021. *E-book*.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; SANTOS, André Leonardo Copetti. Direitos humanos, política criminal atuarial e a predição seletiva de “grupos de risco”: rumo à Elysium prometida? **Revista Culturas Jurídicas**, v. 4, n. 9, p. 360-388, set./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44790/25771>. Acesso em: 22 jul. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. **Discursos sediciosos**, Rio de Janeiro: Revan, ano 9, n. 14, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan: 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.



Reginaldo de Souza Vieira Organizador

Doutor e Mestre em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Atualmente é professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense, atuando no curso de Direito. Professor, pesquisador e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/Unesc). Professor permanente e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico – mestrado e doutorado (PPGDS/Unesc). É coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (Nuped/Unesc) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/Unesc). Foi assessor acadêmico de extensão da Pró-Reitoria de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão da Unesc (2013/2017). Membro do Conselho Editorial da EdiUnesc. Membro titular da Rede de Pesquisa em Republicanismo, Cidadania e Jurisdição (UFSC, Unesc, UCS e UnoChapecó). Membro titular da rede Ibero-americana de Direito Sanitário. Membro da Rede de Pesquisa Egrupe (Unisc, FMP, Unesc). Membro da Rede de Pesquisa Direito e Políticas Públicas (RDPP). Membro titular e da coordenação da Rede Latino-americana de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Membro da The International Society of Public Law. Membro da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. Membro associado do Conpedi (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Advogado vinculado a seccional de Santa Catarina. Foi membro da comissão de Educação Jurídica da OAB/SC. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6733-5321>. Advogado.

A obra, organizada pelo professor Reginaldo de Souza Vieira, destacado pesquisador na seara dos Direitos Humanos, Políticas Públicas e Sociedade, seleciona pesquisas discutidas pela Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Essas pesquisas demonstram um compromisso científico do mais elevado nível.

Assim, é com grande satisfação que prefaciamos a obra *Direitos Humanos: Reflexões Contemporâneas – volume I*. Este livro é uma compilação abrangente e atualizada que aborda temas críticos relacionados aos Direitos Humanos.

E, essa é justamente a preocupação dos autores desta Coletânea, prescrutar mais do que elucubrações conceituais, formas de superação do déficit de concretização dos direitos fundamentais, em consonância com um mínimo ético originado com a preocupação mundial com a internalização dos Direitos Humanos, em especial no segundo pós-guerra, que, em síntese, garanta uma vida digna à todas as populações.

Prof. Dr. Marcelino da Silva Meleu (PPGD/FURB) e Profa. Dra. Aleteia Hummes Thaines (PPGD/UNESC)

E-mail: prof.reginaldovieira@gmail.com

A Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos (REDE-DH) foi fundada em 10 de setembro de 2019, na sede da Capes, em Brasília, por representantes de programas de pós-graduação em Direito de todas as regiões do Brasil. São membros fundadores da Rede: Unesc, UniRitter, Unijuí, UFMS, PUC-Campinas, Unit, Unicap, Cesupa e UFPA.

A REDE-DH tem por objetivo, a partir de um referencial crítico, interdisciplinar, intercultural e transformador da realidade social, reunir os programas de pós-graduação em Direito que pesquisam a temática dos direitos humanos, com vistas ao seu fortalecimento, defesa e garantia, bem como estimular a produção científica e extensionista em rede entre os seus membros.

Atualmente, a rede conta com 16 programas de pós-graduação em Direito como membros: Unesc, Furb, Furg, UniRitter, Unijuí, UCS, UFMS, PUC-Campinas, UFRJ, Unirio, Ufop, Unit, Unicap, Cesupa, UFPA e Unifap.

Nestes seis anos de funcionamento, a REDE-DH se consolidou e realizou diversas atividades de ensino, pesquisa e inserção social/extensão. Assim, é a partir das pesquisas realizadas entre os programas parceiros da REDE-DH que esta obra surge. Os(as) autores(as) são pesquisadores(as) dos programas membros da REDE-DH. Os capítulos são fruto de projetos de pesquisa, assim como dos debates e discussões realizadas nos seminários e demais eventos promovidos pela REDE-DH.

ISBN 978-65-5765-215-2



 ithala.com.br