

Revista LEX de
**Direitos
Humanos**

Editores

Antônio Carlos Schultz
Zilá T. Miorelli

Coordenadores da Revista

Carolina Alves de Souza Lima
César Barros Leal
Wagner Balera

Conselho Editorial

Alessandra Silveira (Portugal)
Antonio A. Caçado Trindade (*in memoriam*)
Clarisse Laupman Ferraz Lima
Claudio Brandão
Flávia Cristina Piovesan
Marília Cerqueira Lima
Oswaldo Henrique Duek Marques
Paulo Ferreira da Cunha (Portugal)
Rodrigo Murad do Prado
Sylvia Helena de Figueiredo Steiner
Willis Santiago Guerra Filho

**Ano II - nº 5
maio/ago. 2023**

LEX
EDITORA

REVISTA LEX DE DIREITOS HUMANOS

Publicação quadrimestral da LEX Editora S/A, à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

Os conceitos emitidos nos trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores.

Artigos podem ser encaminhados via site (<http://www.lex.com.br/enviar-doutrina>).

Publicação com distribuição em todo o território nacional.

Tiragem: 3.000 exemplares

Revista LEX de Direitos Humanos

v. 5 (maio/ago. 2023)-.- Porto Alegre: LEX, 2022

Quadrimestral. Coordenação: Carolina Alves de Souza Lima, César Barros Leal e Wagner Balera.

ISSN 2764-698X

1. Direito Constitucional – Periódico 2. Direitos Humanos – Periódico.

CDU 342(05)

CDU 342.7(05)

Catálogo na publicação: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

LEX Editora S/A

Diretora: Marlene Imhoff

Rua 18 de Novembro, 423

Porto Alegre/RS - CEP 90240-040

www.lex.com.br

sac@lex.com.br

Serviço de Atendimento: 51 3191-3033

SUMÁRIO

Apresentação5

Doutrina

Vulnerabilidad y vejez: implicaciones y orientaciones epistémicas del concepto de vulnerabilidad

Oscar Osorio Pérez 7

O papel da história na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos humanos

Paulo Pinto de Albuquerque39

Educação escolar de qualidade no Brasil: diagnósticos à luz dos resultados do Pisa 2018

Carolina Alves de Souza Lima, Ana Beatriz Ribeiro David Valery Mirra e Felipe Labruna.....67

Direito à saúde no Brasil: balanço das mortes por Covid-19 em detrimento das outras causas de óbito no biênio 2020/2021

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral, Walas Werdan Curty e Diana Mezine Campos Curty.....89

A narrativa da liberdade religiosa no método APAC: uma leitura a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Gustavo Noronha de Ávila e Luís Gustavo Candido e Silva..... 101

A função social da empresa como elemento fundamental à concretização da dignidade da pessoa humana: reflexões sobre a ressocialização do egresso do sistema penitenciário

Thiago Penido Martins, Raphael Silva Rodrigues e Alisson Alves Pinto 115

O impacto do sistema interamericano no caso Pacheco Tineo: proteção dos direitos humanos sob a perspectiva migratória

Rayssa de Sales França e Núbia Caroline Tavares Costa Giese..... 133

Reflexões críticas em torno do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988: quando “a lei não excluirá”, mas a jurisprudência defensiva sim?

Airto Chaves Jr., Jefferson Carús Guedes e Thiago Aguiar de Pádua 159

O Juizado Especial da Fazenda Pública e a proteção do direito à saúde no Estado do Piauí

Gustavo Raposo Pereira Feitosa e Maria Célia Lima Lúcio 177

Comentário

Texto apresentado no conversatório ocorrido no dia 30.03.2023, em homenagem ao humanista, de projeção internacional, professor Antônio Augusto Cançado Trindade

César Barros Leal 199

Diretrizes para submissão de artigos doutrinários 203

APRESENTAÇÃO

Com enorme satisfação e entusiasmo acadêmico apresentamos a 5ª edição da *Revista LEX de Direitos Humanos*, publicada pela LEX Editora, cujo enfoque é a produção científica de excelência, com o incentivo à discussão, ao debate e à reflexão dos mais variados temas que envolvem os Direitos Humanos.

O tema dos Direitos Humanos tem recebido cada vez mais relevância e destaque na sociedade nacional e global, assim como no meio acadêmico e também profissional, em razão das demandas cada vez mais presentes e intensas por uma sociedade mais justa e fraterna, pautada nos valores da liberdade, da igualdade, da solidariedade e do respeito à dignidade da pessoa humana.

A atualidade dos temas dos Direitos Humanos, juntamente com seu caráter interdisciplinar e multidisciplinar, por meio do necessário e denso diálogo com a Filosofia, a Sociologia, a História, a Economia, as Ciências Políticas, a Antropologia, a Psicologia, a Psicanálise, a Educação, a Assistência Social, a Criminologia, a Vitimologia e o próprio Direito, possibilitam o estudo e a análise dos seus temas de forma mais completa e abrangente, possibilitando o encontro de novos caminhos para o enfrentamento das demandas e tensões da contemporaneidade.

Com essa proposta, a *Revista LEX de Direitos Humanos* aspira à contribuição de artigos de autores nacionais e estrangeiros de diversas áreas do conhecimento.

Nesta quinta edição, temos primeiramente a participação de Oscar Osorio Pérez. Discorre no artigo “Vulnerabilidad y Vejez: Implicaciones y Orientaciones Epistémicas del Concepto de Vulnerabilidad” a respeito do conceito de vulnerabilidade, com destaque aos idosos. Demonstra que embora o conceito seja útil para analisar situações de risco que pessoas e comunidades enfrentam, não deve ser usado para classificar setores da população ou grupos sociais como vulneráveis.

Na sequência, Paulo Pinto de Albuquerque, no texto “O Papel da História na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, examina a forma como a história é abordada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, tanto no que se refere à utilização de documentos históricos pelo Tribunal como auxílio ao seu papel interpretativo da Convenção, como no que se refere a casos que envolvem reclamantes que afirmam crimes históricos.

Carolina Alves de Souza Lima, Ana Beatriz Ribeiro David Valery Mirra e Felipe Labruna, por sua vez, no artigo “Educação Escolar de Qualidade no Brasil: Diagnósticos à Luz dos Resultados do PISA 2018”, discorrem a respeito do direito à educação no Brasil e o resultado do PISA 2018, o que revela a ainda baixa qualidade da educação no país diante da posição baixíssima no *ranking* internacional.

No texto “Direito à Saúde no Brasil: Balanço das Mortes por Covid-19 em Detrimento das Outras Causas de Óbito no Biênio 2020/2021”, Hildeliza Lacerda Tinoco

Boechat Cabral, Walas Werdan Curty e Diana Mezine Campos Curty discutem se o direito constitucional à saúde foi realmente alcançado, tendo em vista o percentual de óbitos por covid-19.

Os autores Gustavo Noronha de Ávila e Luís Gustavo Candido e Silva, por seu turno, no artigo “A Narrativa da Liberdade Religiosa no Método APAC: uma Leitura a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos”, estudam a narrativa da liberdade religiosa apresentada pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). Discutem a compatibilidade do sistema APAC com o referido tratado de direitos humanos.

O artigo “A Função Social da Empresa como Elemento Fundamental à Concretização da Dignidade da Pessoa Humana: Reflexões sobre a Ressocialização do Egresso do Sistema Penitenciário” de Thiago Penido Martins, Raphael Silva Rodrigues e Alisson Alves Pinto, discute a importância da ressocialização do egresso do sistema prisional, ressaltando a função social da empresa nesse processo.

As autoras Rayssa de Sales França e Núbia Caroline Tavares Costa Giese analisam, no artigo “O Impacto do Sistema Interamericano no Caso Pacheco Tineo: Proteção dos Direitos Humanos sob a Perspectiva Migratória”, de que forma o Sistema Interamericano de Direitos Humanos impactou o direito interno dos países latino-americanos a partir do caso *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*.

Já os autores Aírto Chaves Jr., Jefferson Carús Guedes e Thiago Aguiar de Pádua, no artigo intitulado “Reflexões Críticas em Torno do Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988: Quando ‘A Lei não Excluirá’, mas a Jurisprudência Defensiva sim?”, apresentam relevante reflexão a respeito do princípio da inafastabilidade da proteção ou tutela jurisdicional e seus desdobramentos.

Os autores Gustavo Raposo Pereira Feitosa e Maria Célia Lima Lúcio, no artigo intitulado “O Juizado Especial da Fazenda Pública e a Proteção do Direito à Saúde no Estado do Piauí”, analisam o direito à saúde como direito fundamental, considerando a importância da atuação do Juizado Especial da Fazenda Pública na efetivação do direito no Estado do Piauí.

Por fim, há o comentário de César Barros Leal apresentado no Conversatório Ocorrido no dia 30.03.2023, em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, no qual narra sua grande amizade com o renomado jurista.

Como coordenadores da Revista, esperamos que ela seja um periódico de excelência na área dos Direitos Humanos para todos os interessados em seus temas nas diversas áreas do conhecimento. Desejamos a todos uma ótima e proveitosa leitura!

Carolina Alves de Souza Lima

César Barros Leal

Wagner Balera

VULNERABILIDAD Y VEJEZ: IMPLICACIONES Y ORIENTACIONES EPISTÉMICAS DEL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD

Oscar Osorio Pérez

Catedrático Facultad de Estudios Superiores Zaragoza, Campus III,
Tlaxcala, México. Correo electrónico: oosoriop@asu.edu

RESUMEN: Vulnerabilidad hace referencia a la condición de desventaja en que se encuentra un sujeto, comunidad o sistema ante una amenaza y a la falta de recursos necesarios para superar el daño causado por una contingencia. El objetivo del artículo es mostrar que, si bien el concepto de vulnerabilidad es útil para analizar situaciones de riesgo a las que personas y comunidades se enfrentan, no debiera usarse para catalogar como vulnerables a sectores poblacionales o grupos sociales en su totalidad –en el caso que nos ocupa a los adultos mayores. Se concluye que al considerar la vulnerabilidad como un hecho transversal enquistado en múltiples dimensiones de la vida social se ha logrado discernir con mayor precisión su manejo, trayectorias e impacto en los ámbitos personal y colectivo. Su enfoque de intervención formalista y asistencialista ha fracasado. La perspectiva de vulnerabilidad social que pone atención en las formas en que se organizan las personas y poblaciones con relación al acceso a la justicia y la seguridad social, no debería seguir construyendo discursos segregacionistas y asistencialistas, es decir, definir quienes, por su condición de vulnerables, deben ser sujetos de asistencia; sino que deben pugnar por una política de inclusión social y acceso total a los sistemas de justicia y seguridad social de toda la población.

PALABRAS CLAVE: Vulnerabilidad. Segregación. Asistencialismo. Mitigación de derechos.

CONTENIDO: Introducción. 1. ¿Qué es vulnerabilidad? 2. ¿Quiénes son vulnerables? 3. Vulnerabilidad como condición humana. 4. Vulnerabilidad como amenaza y riesgo. 5. Pobreza y vulnerabilidad. 6. ¿Qué personas o grupos de personas se inscriben en la categoría de vulnerables? 7. ¿Son los adultos mayores un sector poblacional vulnerable? Conclusiones. Referencias.

Introducción

Vulnerabilidad hace referencia a la condición de desventaja en que se encuentra un sujeto, comunidad o sistema ante una amenaza y a la falta de recursos necesarios para superar el daño causado por una contingencia. Su raíz etimológica nos anticipa la condición necesaria: estar expuesto a una herida. Las personas o grupos son vulnerables al enfrentar experiencias que los colocan en situaciones de riesgo a ser afectados en su bienestar personal, moral, psíquico o material, y donde los recursos para enfrentar la amenaza son limitados, escasos o inexistentes. El objetivo del artículo es mostrar que, si bien el concepto de vulnerabilidad es útil para analizar situaciones de riesgo a las que personas y comunidades se enfrentan, no debiera usarse para catalogar como vulnerables a sectores poblacionales o grupos sociales en su totalidad –en el caso que nos ocupa a los adultos mayores.

Tres son principalmente las razones que considero sustentan este argumento: 1) Es imposible demostrar que las personas que pertenecen a ciertos sectores o grupos sociales mantengan las mismas condiciones de vida como realidad sustancial, puesto que al interior de los grupos prevalece una multiplicidad de contrastes, diferencias y ambigüedades. En este sentido, todo sector social es un sistema diferenciado cuyas unidades que lo componen construyen diversos grados de relación e interdependencia con otras personas, sectores e instituciones; presentan diferencias lingüísticas, culturales, étnicas, de clase y género; expresan creencias, sentimientos, deseos y necesidades bien particulares; poseen, producen, reproducen y movilizan, de forma diferenciada también, recursos materiales, económicos y simbólicos; ejercen actividades, oficios, y cumplen con funciones y cargos diferenciados; incorporan y expresan patrones y niveles de consumo variables; tienen intenciones, metas y objetivos propios; ostentan niveles diferenciados de status, autoridad, poder y prestigio, capacidad de resistencia, movilidad y adaptación. De lo anterior se desprende la inverosimilitud de que se encuentren siempre en condiciones de desventaja sin especificar en qué situaciones y ante qué eventos; y la improbabilidad de que exista un sector social o personas que, en el estricto sentido de la oración “con sus propios recursos”, puedan manejar situaciones de riesgo al enfrentar una amenaza. 2) Ninguna situación de vulnerabilidad es permanente puesto que vulnerabilidad no refiere a un estado, sino a una situación en proceso.

Las personas o poblaciones pueden estar en situación vulnerable, pero no en un estado fijo de vulnerabilidad. Cuando las personas o grupos se encuentran en desventaja permanente y se enfrentan de manera continua a situaciones adversas –sin contar con los recursos mínimos para enfrentar las amenazas, y menos aún, restituir el daño causado por ellas– no deben ser considerados como vulnerables, sino como vulnerados, puesto que la condición de vulnerado refleja el hecho de haber sido dañado ya y estar en estado cuasi permanente de sufrir más daños, sin lograr apenas sobreponerse. 3) La

vulnerabilidad como proceso refiere a una situación inestable y harto paradójica donde el riesgo se enfrenta con estrategias con las que no sólo se intenta vencer la contingencia, sino que implican un entramado de negociaciones del yo, “yo” en relación con el conjunto de correspondencias con otras personas, sectores e instituciones, su permanencia o renuncia. Lo anterior refiere a que encarar situaciones de vulnerabilidad no se reduce a enfrentar la amenaza con el objetivo principal de superarla, sino que remite también a negociaciones, valoraciones y declinaciones. En este sentido, la vulnerabilidad es una situación de tensión e irregular que las personas pueden también aprovechar para redefinirse y reconsiderar sus valores meta o renunciar a éstos.

Situar en el catálogo de vulnerables a determinadas poblaciones, los adultos mayores, por ejemplo, no puede hacerse sin correr el riesgo de construir sistemas de representaciones forzadas a partir de referentes puristas e inocentes; imprimiendo al mismo tiempo el estigma de la diferencia. Implica también el ocultamiento de la heterogeneidad, del desdoblamiento de una continua fragmentación de las poblaciones ancladas en relaciones de tensión y redefinición continua, en un contexto de vida inconsistente e inestable. Por otra parte, al definir a un sector poblacional como vulnerable con normalidad se busca hacer evidente sus condiciones de indefensión y desamparo y, al mismo tiempo, reclamar políticas de atención, que por lo general privilegian a un segmento de la población en detrimento de otros. Excluyentes y oportunistas como son los programas asistenciales terminan por ignorar, cuando no sobre explotar, a otros sectores no etiquetados como vulnerables –es el caso de personas con seguridad laboral y económica– cuya causa residual redundante en un desinterés por atender problemas estructurales que cuasi perpetúan las condiciones de marginación y desigualdad que padece buena parte de la población.

El artículo polemiza esencialmente con tres de las perspectivas o ejes analíticos del concepto de vulnerabilidad más habituales en el área de las ciencias sociales: vulnerabilidad como inherente a la condición humana;¹ vulnerabilidad situacional –que relaciona los contextos sociales a las situaciones de riesgo específicos–;² y vulnerabilidad condicionada –que clasifica a ciertos grupos o sectores sociales como vulnerables

¹ TORRALBA, Francesc. Hacia una antropología de la vulnerabilidad. *Revista Forma*, 2, 2010. p. 25-32; KOTTOW, Miguel. Anotaciones sobre vulnerabilidad. *Revista Redbioética/UNESCO*, 2, 4, 2011. p. 91-95; CADENA, Luis. Biología y vulnerabilidad humana. *Revista Colombiana de Bioética*, 4, 2, p. 131-145, jun./dic. 2009.

² HOLZMANN, Robert; JORGENSEN, Steen. *Social risk management: a conceptual framework for social protection and beyond* (Washington: The World Bank, *Social Protection Discussion – Paper* núm. 0006, 2000. p. 30); HEITZMANN, K.; HEITZMANN, Karin; CANAGARAJAH, R.; SIEGEL, P. *Criterios para evaluar las fuentes del riesgo y de la vulnerabilidad*. Washington: The World Bank, Serie de documentos de discusión sobre la protección social, 2002. p. 65; RAVALLION, Martin. ¿Una red automática de protección social? *Finanzas & Desarrollo*, p. 21-23, jun. 2002.

a partir de asignarles características bien particulares.³ Discutir respecto de la utilidad de considerar a ciertos sectores sociales como vulnerables, y en particular a los adultos mayores, implica la imperiosa necesidad de reconocer que las definiciones, en este caso la de vulnerabilidad, no deben pretender ser un reflejo de la realidad, tal como lo suponen los postulados de un empirismo esencialista. La vulnerabilidad no sólo es un concepto en tensión, sino en disputa; útil como constructo analítico pero ambiguo al relacionarlo con los entramados que se suceden en el curso de la vida cotidiana. Por esta razón, abordar las implicaciones y orientaciones epistémicas referidas al uso del concepto de vulnerabilidad no se agotan en el referente etimológico, ni en los marcos de una perspectiva sociológica, sino que precisa por lo menos del análisis de su relación con la condición humana, el riesgo y las situaciones de pobreza, que nos permita ofrecer un panorama amplio de aquello que entendemos por vulnerabilidad y sus posibles aplicaciones en la comprensión de las situaciones en que se encuentran diversos sectores poblacionales.

1. ¿Qué es vulnerabilidad?

Vulnerabilidad implica necesariamente el enfrentamiento a una situación de riesgo. Las situaciones de riesgo son esencialmente una posibilidad en su acepción negativa, es decir, que se constituyen como una eventualidad con posibilidad de generar daño. Sin embargo, una situación de riesgo no es sinónimo de vulnerabilidad y no siempre termina por causar daño. Distinguir entre riesgo y vulnerabilidad es importante no porque sean mutuamente excluyentes –sin riesgo no hay vulnerabilidad y no se es vulnerable si no se está expuesto a un riesgo–, sino porque refieren a dos categorías de análisis distintas. El riesgo es la posibilidad de que una contingencia entrañe efectos adversos y pueda causar daño, en tanto que la vulnerabilidad es la causa residual que le sucede a la experiencia de enfrentar situaciones de riesgo. Las situaciones de riesgo pueden ser reconocidas ante la eventualidad de ser lastimados por una entidad amenazante. En este sentido, vulnerabilidad tiene como principio la factibilidad de que una persona o población sean afectadas por una amenaza, donde el riesgo corresponde al potencial de pérdidas que pueden ocurrir como resultado de la convulsión de la amenaza, y la convulsión refiere a la concomitancia y mutuo condicionamiento de la amenaza y la vulnerabilidad.⁴ La diferencia entre amenaza y riesgo radica en que la primera se relaciona con la probabilidad

³ GONZÁLEZ, Alberto; HERNÁNDEZ, M.; SÁNCHEZ, A. La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario. *Derechos humanos*. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, coordinado por Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez. México: UNAM-IIJ, 2011. p. 225-243; BASUALDO, Paola. *La población más vulnerable de México*. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/www.sdpnoticias.com/columnas/2014/05/01/la-poblacion-mas-vulnerable-de-mexico>. Acceso en: 13 ago. 2021.

⁴ CARDONA, Dario. The need for rethinking the concept of vulnerability and risk a holistic perspective. En: *Mapping vulnerability: disasters, development and people*. BANKOFF, G.; FRERKS, G.; HILHORST, D. (ed.). Londres: Earthscan Publishers, 2004. p. 37-51.

de que se manifieste un evento natural o provocado, mientras que el riesgo se relaciona con la probabilidad de que se manifiesten ciertas consecuencias relacionadas con la vulnerabilidad a ser afectados por el evento.⁵ Sin riesgo y sin amenaza no hay manera de que se presenten situaciones de vulnerabilidad, aun cuando el mundo humano se encuentre en estado de emergencia permanente.

Definir la vulnerabilidad como objeto de estudio es importante porque nos permite especificar a qué personas o grupos de personas nos referimos como vulnerables. ¿Quiénes son vulnerables? La respuesta tiene vertientes más o menos simplificadoras. Por ejemplo, considerar qué personas con afecciones físicas o mentales son vulnerables es fácilmente admisible. Pero antes de catalogar a estas personas como vulnerables es necesario estimar ciertas particularidades que nos indiquen bajo qué condiciones, ante qué circunstancias y en qué grado decimos que son vulnerables. Por otra parte, la definición de personas o grupos vulnerables generalmente está vinculada a condiciones de pobreza, que se asocia a la vez con condiciones de exclusión, indefensión y desventaja. Se consideran también las categorías de edad, sexo, estado civil, nivel educativo, origen étnico y condición física o mental; así como elementos contextuales: condiciones sociales, culturales y económicas, que constituyen los marcos en que se agudizan las situaciones de vulnerabilidad. La pertenencia a alguna de las categorías anteriores se valora como agravante de vulnerabilidad, siempre que se presenten en su acepción “negativa”, al considerar que es en sí mismo una desventaja, por ejemplo: ser mujer y ser indígena.

Con todo y lo anterior, el concepto de vulnerabilidad no debe reducirse al ámbito descriptivo y valorativo, por el contrario, debe explotarse como una perspectiva de análisis que nos permita definir ciertas expresiones abstractas generales, descubrir regularidades y atender particularidades, en un nivel de análisis que supere visiones monocromáticas de las condiciones y situaciones de vulnerabilidad. Una perspectiva de vulnerabilidad, entonces, se propondría analizar: en primer nivel, las experiencias de la vida cotidiana en relación con el riesgo o los riesgos que colocan a las personas en situaciones de vulnerabilidad. Por supuesto, la perspectiva de vulnerabilidad social no debe reducirse al análisis de la relación entre las personas y el riesgo, pero negar que el enfoque de vulnerabilidad social resida en identificar los riesgos a los que están expuestas las personas termina por considerar inoperante el mismo instrumento de análisis que se aplica, puesto que no habría cómo identificar a la población ante eventos y situaciones particulares que la coloquen en estado de vulnerabilidad.⁶

⁵ CARDONA, Dario. Evaluación de la amenaza, la vulnerabilidad y el riesgo. Elementos para el ordenamiento y la planeación del desarrollo. En: *Los desastres no son naturales*. Andrew Maskrey (comp.). Colombia: La Red, Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina, 1993. p. 51-75.

⁶ Ver, por ejemplo, CARO, Elizabeth. Nuevas políticas para los adultos mayores. El caso del Distrito Federal, de la asistencia a la participación social. *Revista de Administración Pública*, 109, p. 75-86, sep./dic. 2003.

En un segundo nivel de análisis, la perspectiva de vulnerabilidad debe poner especial atención en los impactos de los patrones de desarrollo en el plano social,⁷ y al uso de recursos para enfrentar los riesgos implícitos del desarrollo. En este nivel de análisis la perspectiva de vulnerabilidad permite observar la relación entre estrategias y recursos que las personas emplean para enfrentar la situación de riesgo. No debe confundirse aquí carencia de recursos con pobreza. La perspectiva de vulnerabilidad va más allá de fijar su análisis en las situaciones de pobreza y su impacto en la vida de las personas, pues no se reduce a medir las condiciones materiales de las que se dispone, sino que pone especial atención a las situaciones de riesgo y al contexto en que las personas se sitúan ante la misma amenaza; en los recursos que las personas poseen y movilizan, que pueden ser de carácter material, económico, social o cultural; y en la movilización de estos recursos, que pueden o no contribuir a enfrentar la amenaza de riesgo, evitar un impacto profundo como consecuencias del daño y mejorar la situación por el daño causado.

Un tercer nivel de análisis de la perspectiva de vulnerabilidad permite ponderar el impacto que tiene la estructura de oportunidades,⁸ que comprende la movilización del conjunto de recursos con los que cuentan las personas (activos) en su relación con los recursos del marco sociocultural a los que se pudiera o no tener acceso, que hacen plausible evitar, reducir o en todo caso superar el daño causado por la amenaza. Este tercer nivel de análisis hace evidente que, cuando las personas se enfrentan a situaciones de riesgo no son por ese solo hecho vulnerables, puesto que a pesar del peligro latente que supone la amenaza las situaciones de riesgo son también situaciones de ajuste situacional, donde las personas evalúan, negocian y deciden; evidencia también que en situaciones de riesgo las personas compiten por recursos con intereses anticipados, construyen alianzas, generan antagonismos, impugnan y resuelven metas, deseos y destinos. Esto es así porque la estructura de oportunidades, que constituye el conjunto total de las rutas de bienestar, permite el acceso a determinados recursos en la continua búsqueda por mejorar las condiciones de vida. En este proceso, es evidente que el acceso a la estructura de oportunidades es diferenciado, ya que las personas pueden estar excluidas o ser marginadas, pueden optar por no seguir el sinuoso camino que implica el acceso a mejores condiciones de bienestar, por las dificultades y presiones que implica, o pueden también seguir rutas alternativas de bienestar, a las que haré referencia más adelante.

Considerando los anteriores niveles de análisis respecto de aquello que llamamos vulnerabilidad, es claro que su estudio no se reduce al análisis de las condiciones de

⁷ PIZARRO, Roberto. *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*. Santiago de Chile: ONU-CEPAL, División de Estadística y Proyecciones Económicas, 2001.

⁸ KAZTMAN, Rubén (coord.). *Activos y estructuras de oportunidades: estudios sobre las raíces de la vulnerabilidad social en Uruguay*. Montevideo: CEPAL/PNUD, 1999.

vida de las personas, sino que valora también el horizonte de posibilidades en que las personas puedan acceder o no a los sistemas de seguridad social, por ejemplo, que está sin duda directamente relacionado con el acceso a una mejor calidad de vida. En el plano académico no hay en absoluto una postura unívoca que nos defina con precisión el concepto de vulnerabilidad, aunque como perspectiva de análisis nos previene de no reducirlo a un estado o condición fija. Considerando que, en situaciones de riesgo, enfrentar la amenaza con éxito o no depende tanto de la movilización estratégica de los activos, como del acceso y uso de los recursos que puede ofrecer la estructura de oportunidades, las personas son vulnerables cuando se presenta un desajuste e indeterminación relacional entre los recursos que se disponen y el aprovechamiento de la estructura de oportunidades. No debe considerarse sólo la deficiencia de los activos como obstáculo para aprovechar la estructura de oportunidades, tal como lo sugiere Kaztman,⁹ puesto que, al hacerlo, terminamos por reducir las razones de vulnerabilidad a la vulnerabilidad misma, sino que se debe considerar también la ineficacia e insuficiencia de las estructuras de oportunidades, las diferentes vías de acceso y las distintas formas en que son aprovechadas.

2. ¿Quiénes son vulnerables?

Todo sistema es susceptible de ser vulnerado y el interés por estudiar la vulnerabilidad se ha dirigido a dos grandes unidades de análisis: la vulnerabilidad personal y la vulnerabilidad colectiva. La vulnerabilidad personal hace referencia a nuestra condición como organismo; la vulnerabilidad colectiva, al carácter estructural y circunstancias que potencian el deterioro de las condiciones de vida de las comunidades. La perspectiva de vulnerabilidad social articula las dos unidades de análisis, considerando que “la vulnerabilidad es el resultado de los impactos provocados por ciertos patrones de desarrollo, y expresa la incapacidad de los grupos más débiles de la sociedad para enfrentarlos, neutralizarlos u obtener beneficios de ellos”.¹⁰ Entre las personas y comunidades hay una propensión a ser vulnerado, no porque tentativamente todo sistema es vulnerable, sino porque no siempre se cuentan con los recursos suficientes para enfrentar situaciones de riesgo. Los recursos para enfrentar el riesgo no son sólo recursos económicos y materiales, en tanto que la vulnerabilidad no se reduce a situaciones de pobreza en su acepción economicista. Al encarar situaciones de riesgo, las estrategias para enfrentarlas giran en torno al uso de recursos de orden material (dinero, bienes, patrimonio); social (redes de apoyo solidario); y simbólico (conocimiento, creencias, deseos, valores) a partir de los cuales pueden develarse los niveles de exposición al riesgo, la inseguridad y la indefensión. Para determinar si una persona o grupo son o no vulnerables, resulta

⁹ KAZTMAN, *Activos...*

¹⁰ PIZARRO, Roberto. *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*. Santiago de Chile: ONU-CEPAL, División de Estadística y Proyecciones Económicas, 2001. p. 7.

necesario referir tanto a la dimensión personal, como a los contextos, circunstancias y eventos donde se presenta el riesgo, puesto que ninguna actividad humana se da en el vacío, sino en la coyuntura de eventos, de la experiencia y el entorno, donde se revelan las tramas acontecidas vinculadas directamente a los niveles de bienestar o miseria. Finalmente, la dimensión temporal de todo evento nos muestra que ninguna situación de vulnerabilidad es permanente, sino un proceso, donde fluyen personas, mercancías, dinero, tecnologías, símbolos, información creencias, etcétera.

Como lo he mencionado anteriormente, cuando las personas se enfrentan de manera continua a situaciones adversas y en desventaja permanente, sin contar con los recursos mínimos para enfrentar el riesgo, no deben ser consideradas como vulnerables, sino como vulnerados, puesto que la condición de vulnerado refleja el hecho de haber sido dañado. Busso distingue la condición de vulnerable al de vulnerado en razón de que: “vulnerable se relaciona con la exposición al riesgo que proviene de la relación entre lo interno y entorno, que define las condiciones de vulnerabilidad”;¹¹ en tanto que Kottow nos dice que: “se es vulnerable ante la posibilidad de ser afectado por una acción que vulnera, una vez producida la vulneración, el afectado deja de ser vulnerable y se convierte en vulnerado o dañado”.¹² Establecida la diferencia, parece entonces que no deberíamos hablar de sistemas vulnerables, sino de sistemas vulnerados, puesto que al referirnos a personas o poblaciones en estado de vulnerabilidad hacemos referencia a las condiciones de indefensión, inseguridad, peligro, amenaza y riesgo en las que se encuentran. Pero tal diferencia no siempre se muestra evidente, sino opaca y turbia. En el entramado de los procesos sociales, no hay claridad aguda entre un sistema vulnerado y un sistema vulnerable. Un sistema es vulnerable porque hay riesgo a ser vulnerado, y la condición para ser vulnerado radica en su relación con el entramado de posibilidades que se presentan ante los mismos riesgos y amenazas, contextos, circunstancias y eventos, que complejizan el análisis de las situaciones de vulnerabilidad.

3. Vulnerabilidad como condición humana

El concepto de vulnerabilidad ha tenido un fuerte impacto en el pensamiento filosófico para hacer referencia a la fragilidad de nuestra condición humana. Desde la Grecia clásica hasta las filosofías contemporáneas, se han desmantelado una suerte de discursos polarizados ante aquellas categorías que degradan o elevan al ser humano, según se entienda. La incapacidad para controlar las pasiones, por ejemplo, supuso para Platón y Aristóteles el esfuerzo por la medida y la templanza: buscar el punto medio, el

¹¹ BUSSO, Gustavo. Vulnerabilidad social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI. *Seminario Internacional Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile, 20 y 21 de junio, CEPAL, 2001. p. 13.

¹² KOTTOW, *Anotaciones...* p. 92.

equilibrio en nuestros juicios y actos. El racionalismo de Espinoza y Descartes suponía que la liberación de la servidumbre pasaba por subyugar las pasiones, que hacían del hombre su ciervo. El sentimiento de angustia y desesperación se vinculó no sólo a la fragilidad humana, sino a una cadena de obstáculos para la expresión del pensamiento racional y emocionalmente sano.¹³ Para buena parte del pensamiento racionalista, de los sentimientos de angustia y desesperación se desprende, irremediabilmente, el pensamiento trágico e irracional. No es casual que las lecturas más corrientes sobre el pensamiento y la vida griega giren en torno a la visión apolínea que, en su expresión más fantástica, demandaba de todos los hombres el conocimiento, la medida y el dominio de sí. No otra cosa reclamó el renacimiento y el pensamiento iluminista que, en palabras de Voltaire, expresaba que un solo día basta para conocer los deberes de un hombre. Hoy sobran los filósofos que vinculan lo humano con lo racional y a la fragilidad humana con una visión retorcida del pensamiento Nietzcheniano, que inventa un superhombre más allá del bien y el mal, alejado de todas las pasiones y creencias que lo vulneran.

En otro polo, la filosofía trágica griega reclamó la libertad de expresar el lado más terrible de la vida, el drama expuesto nacido del desamparo, de la fragilidad humana ante lo inevitable. La expresión de la tragedia griega no se reduce a la lectura de que nadie puede escapar a su destino, sino a la exploración más profunda, y por ello dolorosa, de la condición humana. El conocimiento de sí mismo en la tragedia griega superó la hipocresía apolínea y exploró la verdad oculta dionisiaca, buscando reflejar, así como en un espejo, la condición y vida humana. En este sentido, el reconocimiento de la fragilidad no implicó su confrontación, sino la búsqueda del pleno descubrimiento del ser, donde no hay un ocultamiento de la vulnerabilidad, ni se busca escapar a ella, ni destruirla, sino aprender a vivir con ella, puesto que reconocerla, era la forma más honesta de personificar la dignidad y la fortaleza humana.¹⁴ Postura similar encontramos en el existencialismo que, en su discernimiento sobre la fragilidad y finitud, entendió la existencia humana como un Dasein o estar arrojado en el mundo: “donde la existencia humana es azarosa, frágil, vulnerable, el Dasein, es esencialmente su potencialidad, y el ser humano un ser deficitario, obligado a emprender la aciaga trayectoria de sobrevivir mediante el desarrollo de lenguaje, cultura y acción”.¹⁵ Ante la adversidad, Callahanel, por ejemplo, veía al ser humano como intrínsecamente vulnerable, aunque la autonomía, el valor y la dignidad, eran posibles aún en presencia de la vulnerabilidad.¹⁶ En resumen, contrario a las posturas racionalistas, para la filosofía trágica griega y el existencialismo, la angustia bien expresaba el carácter afectivo y racional y la desesperación pasó a ser

¹³ LUKÁCS, Georg. *El asalto a la razón*. Barcelona: Grijalbo, 1976.

¹⁴ JAEGER, Werner. *Paideia*. Los ideales de la cultura griega. México: FCE, 1990.

¹⁵ KOTTOW, *Anotaciones...* p. 92.

¹⁶ CADENA, *Biología y vulnerabilidad humana*, p. 134.

también fuente del sentimiento de esperanza: fuente de acción ondeante de solidaridad y progreso¹⁷ y resignación ante el aspecto trágico de la vida.¹⁸

Con lo anterior trato de mostrar que una antropología de la vulnerabilidad está obligada a considerar postulados filosóficos y biológicos que nos permitan profundizar en lo humano. En tanto que la filosofía nos ha enseñado que el ser humano es el único organismo capaz de ser consciente de su propia finitud, las posturas biológicas suponen la incapacidad de cualquier organismo a escapar de la finitud, considerando así la vulnerabilidad no sólo como condición privativa de la especie humana, sino de todo ser vivo, al ver disminuida su eficacia reproductiva y sus probabilidades de supervivencia ante otro organismo de la misma o de diferente especie.¹⁹ Pero no todo se resuelve en estos dos polos: lo biológico y lo filosófico. Desde la bioética, por ejemplo, aunque se considera que de todo lo viviente el hombre es el único que sabe de su finitud, el conocimiento intelectual o lógico-filosófico no lo hace consciente de su fragilidad, sino la experiencia de su vida cotidiana, como “[...] un descubrimiento que se va produciendo a lo largo del vivir y que atraviesa momentos de distinta intensidad”.²⁰ Visto así, esta experiencia sólo “se presenta apremiante en momentos de necesidad, de impotencia ante un deber que no se domina o de una pérdida que no se puede evitar”,²¹ por ejemplo en la enfermedad y la muerte, que conforman las experiencias de vida de las que nadie se puede sustraer. De aquí que afirme Cadena: “La enfermedad que nos limita y trunca, expresa el dolor que nos inclina, la ausencia y el vacío, el sentimiento de impotencia, son manifestaciones de nuestra vulnerabilidad”.²² El ser humano es, desde esta perspectiva, vulnerable y frágil por su misma condición corporal y mortal. Enfermedad y muerte “se constituyen como una epifanía vital de la vulnerabilidad del ser, puesto que ponen en peligro la totalidad de la persona, lo que toca al cuerpo toca a la persona entera; el hombre enfermo, enferma todo y no sólo su cuerpo”.²³ Expuesto lo anterior, notamos que los planteamientos de la bioética, referentes a la vulnerabilidad, se encuentran con los de una antropología filosófica, al postular que la “naturaleza vulnerable”, ya sea de la especie humana o de todos los seres vivos, no sólo actúa en su detrimento, sino que resulta también ser fuente autopoiética. En el caso de los seres humanos, asumiendo la vulnerabilidad como inherente a la condición humana, “se presenta como el origen de la ética, en la medida en que la capacidad de sufrimiento

¹⁷ KIERKEGAARD, Soren. *Tratado de la desesperación: la enfermedad mortal por anticlimacus*. Buenos Aires: Quadrata, 2005.

¹⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. *Una filosofía de la tragedia*. Barcelona: Anthropos, 1989.

¹⁹ CADENA, *Biología y vulnerabilidad humana*, p. 135-136.

²⁰ TORRALBA, *Hacia una antropología*, p. 30.

²¹ TORRALBA, *Hacia una antropología*, p. 26.

²² CADENA, *Biología y vulnerabilidad humana*, p. 133.

²³ TORRALBA, *Hacia una antropología*, p. 30.

genera un sentimiento de empatía”.²⁴ Este planteamiento supone que la vulnerabilidad, intrínseca a la condición humana, también puede ser asumida y apropiada de un modo consciente: vulnerabilidad abierta, “que trata de comprenderse, de justificarse, de explicarse a sí misma y de hallar una razón de ser, y una práctica de salvación de la misma, lo que significa que puede hacerse cargo, mental y emotivamente, de su situación vital”.²⁵

Al pensar la vulnerabilidad como parte de la condición humana –como lo hacen ciertas líneas de pensamiento filosófico, posturas biologicistas o perspectivas bioéticas–, se corre el riesgo tanto de naturalizar la condición de vulnerabilidad, como de atribuir características y subproductos que nuestra condición humana no tiene o no puede producir. En sociología, una investigación seria conduce a reunir lo que vulgarmente se separa o a distinguir lo que vulgarmente se confunde.²⁶ Es el caso de no sólo afirmar la condición de vulnerabilidad como principio de la ética, sino de pretender sustituir el concepto de vulnerabilidad con el principio de finitud. La confusión conceptual “consiste en asignar a una descripción antropológica de fragilidad, la significación de ser un principio ético, y en confundir vulnerabilidad, descriptor antropológico, con una prescripción ética, puesto que la vulnerabilidad no es una guía de acción, como es requisito para ser considerada un principio ético”.²⁷ Por otra parte, hablar de vulnerabilidad como inherente a todo ser vivo, tiende a ocultar los contextos y circunstancias específicas en las que los individuos se enfrentan a situaciones de riesgo; tampoco permite observar los mecanismos que articulan los recursos y las estrategias con las que se enfrenta el riesgo, ni distinguir entre vulnerabilidad y consistencia,²⁸ puesto que como ya se ha aclarado, ser vulnerable no es estar vulnerado, sino la posibilidad de ser afectado por una acción que vulnera. De estos contextos y circunstancias en que se presenta el riesgo, así como de los recursos y estrategias con las que se enfrenta, me ocuparé en adelante.

4. Vulnerabilidad como amenaza y riesgo

Las situaciones de vulnerabilidad pueden ser analizadas también en relación con los eventos de riesgo, las opciones para gestionar el riesgo y el resultado en términos de pérdida de bienestar.²⁹ Los eventos de riesgo son situaciones y experiencias en las cuales las personas o grupos están bajo alguna amenaza, determinada por su

²⁴ CADENA, *Biología y vulnerabilidad humana*, p. 134.

²⁵ TORRALBA, *Hacia una antropología*, p. 25-28.

²⁶ BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Pierre, J.C.; PASSERON, J.C. *El oficio del sociólogo*. México: Siglo XXI Editores, 2008. p. 33.

²⁷ KOTTOW, *Anotaciones...* p. 92.

²⁸ KOTTOW, *Anotaciones...* p. 92.

²⁹ HEITZMANN; CANAGARAJAH; SIEGEL, *Criterios para evaluar...*, p. 10-14; HOLZMANN; JORGENSEN, *Social risk management*.

ubicación geográfica, sus activos, opciones de consumo y producción.³⁰ La situación de riesgo implica la posibilidad de ser afectado física o moralmente. La pérdida de bienestar se desprende de la falta de recursos y estrategias óptimas para enfrentar la amenaza, reducir los riesgos y buscar la protección adecuada.³¹ En cualquier caso, el elemento central es el de estar frente una entidad amenazante o expuesto a la pérdida de bienestar.

Los eventos de riesgo podrían presentarse como eventos extraordinarios, con posibilidad de afectar a una persona o población debido a su repentina presencia, como en el caso de amenazas para la salud, las guerras, desastres naturales y otras eventualidades prácticamente impredecibles.³² Estos eventos de riesgo normalmente son abordados desde una perspectiva de ecología cultural, enfatizando en la delimitación de vulnerabilidad a partir de identificar las estrategias de adaptación de las sociedades humanas a cambios globales, con el fin de afrontar, gestionar o ajustar su dinámica a condiciones de riesgo o peligro.³³ Otros eventos de riesgo son contingentes, se presentan en el continuo fluir del curso en la vida cotidiana, pero rompen con su dinámica habitual. Estos eventos están relacionados con situaciones de pérdida de empleo, salud, dinero y vida. En estos casos evaluar las situaciones de vulnerabilidad es menos sencilla, pues implica considerar elementos de carácter tanto objetivos como subjetivos: valorar los niveles de gravedad e impacto del evento; valorar también el acceso a recursos suficientes; y la construcción de estrategias efectivas para enfrentar el evento, así como su conexión a la estructura de oportunidades como vías de acceso a mejorar las condiciones de vida. Con normalidad, el planteamiento epistemológico construido para abordar este tipo de riesgos supone que la vulnerabilidad es consecuencia de inestabilidad económica, condiciones de pobreza, fragmentación social y situación de indefensión, que aumenta la posibilidad de caer por debajo de la línea aceptable y potencia los estados de exclusión.³⁴

³⁰ ALWANG, Jeffrey; SIEGEL, Paul B. *Towards operational definitions and measures of vulnerability: a review of the literature from different disciplines*. Washington: World Bank, Social Protection Unit, Human Development Network, 2000. p. 2-3.

³¹ RAVALLION, Martin. ¿Una red automática de protección social? *Finanzas & Desarrollo*, p. 21-23, jun. 2002.

³² BLAIKIE, Piers; CANNON, T.; DAVIS, I.; WISNER, B. *Vulnerabilidad, el entorno social y político de los desastres*. Sin lugar: La Red, Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina, 1996.

³³ SMIT, Bary; WANDEL, Johanna. Adaptation, adaptive capacity and vulnerability. *Global Environmental Change*, 16, 2006. p. 282-292.

³⁴ RIBOTTA, Silvana. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 6, 2, 2012. p. 1-37; GLEWWE, Paul; HALL, Gillett. Are some groups more vulnerable to macroeconomic shocks than others? Hypothesis tests based on panel data from Peru. *Journal of Development Economics*, 56, 1998. p. 181-206; FOSCHIATTI, Ana (comp.). *Aportes conceptuales y empíricos de la vulnerabilidad global*. Buenos Aires: EUDENE, 2009. p. 428.

Finalmente, existen un tercer tipo de eventos de riesgo de carácter estructural que están presentes en el orden de la vida cotidiana. Estos eventos de riesgo están determinados por los efectos de la inseguridad social y los bajos niveles de acceso a la justicia, que van configurando las condiciones de miseria y desigualdad que se reproducen en contextos donde lo que prevalece es el mal funcionamiento de las instituciones públicas en todos sus niveles, afectando la satisfacción de necesidades básicas. Es en estos contextos de miseria, más que en los contextos de pobreza económica, donde se está más cercano a la exposición del riesgo, pues es la pérdida de bienestar la puerta de entrada a los estados de vulnerabilidad.³⁵ De ahí la necesidad de pensar la vulnerabilidad como una situación dinámica y abierta, en relación con lo perjudicial del riesgo y los recursos para enfrentarlo.³⁶

Con independencia de los eventos de riesgo a los que se enfrentan las personas o poblaciones al encarar una amenaza, no sólo se dispone de recursos materiales propios, sino que se recurre también a programas de asistencia, créditos, ejercicio de ciudadanía y vindicación de derechos.³⁷ Las estrategias de combate al riesgo también se constituyen como mecanismos de acción colectiva al incluir redes sociales de seguridad para establecer relaciones de ayuda recíproca y cuidado mutuo,³⁸ por lo que los niveles de vulnerabilidad y gestión de riesgo no se definen sólo por indicadores monetarios o materiales, sino que requieren capacidad organizacional de carácter altruista. Lo anterior sugiere el establecimiento de relaciones de confianza y asistencia recíproca que orienten la búsqueda de mejores condiciones de vida ante situaciones de vulnerabilidad, que como lo muestran Coudouel y sus coautores,³⁹ están asociadas a indicadores alternativos de bienestar, y situaciones de desventaja relacionadas con la salud, la violencia y la exclusión social, que pueden tener efectos dramáticos en hogares, como variaciones de ingresos o de consumo. Una perspectiva integral del análisis de vulnerabilidad no tendría

³⁵ RAVALLION, Martin. *Poverty comparisons*. Switzerland: Harwood Academic Publishers, 1994. p. 123; CECCHINI, Simone. Vulnerabilidad de la estructura social en América Latina: medición y políticas públicas. Realidad, datos y espacios. *Revista Internacional de Estadística y Geografía*, 3, 2, 2012. p. 32-45.

³⁶ BAN, Mary; ELLWOOD, David. Slipping into and out of poverty: the dynamics of spells. *The Journal of Human Resources*, 21, 1, p. 1-23, 1986.

³⁷ MOSER, Caroline; HOLLAND, Jeremy. The implications of urban violence for the design of social funds: a case study from the Jamaican SIF. *Infrastructure Note*, OU 10, 1996.

³⁸ MOSER, Caroline. Reassessing urban poverty reduction strategies: the asset vulnerability framework. *World Development*, 26, 1, 1998. p. 1-19; RAVALLION, Martin. *Transferencias focalizadas en los países pobres: examen de las disyuntivas y opciones en materia de políticas*. Washington: The World Bank, Serie de Documentos de Discusión sobre la Protección Social, n. 0314, 2003. p. 43; LOMNITZ, Larissa. *Cómo sobreviven los marginados*. México: Siglo XXI Editores, 1998.

³⁹ COUDOUEL, Aline; HENTSCHEL, J.; WODON, Q. *Medición y análisis de la pobreza*. Técnicas básicas y problemas interrelacionados. v. I, abr. 2002. p. 57.

inconveniente en coincidir con Moser⁴⁰ al plantear que el acervo de activos –en sus formas financieras y materiales, de capital humano y capital social, sobre los cuales se poseen control– permitiría enfrentar las situaciones de riesgo y mejorar la situación de bienestar. Sin embargo, la movilización de los activos no se da en el vacío –con independencia de la dinámica del conjunto de relaciones y eventos que se suceden en todo sistema de organización social– sino que implica, al mismo tiempo, la incorporación de ajustes estratégicos en relación con las dimensiones espacial-temporal, aquello a lo que Kaztman denominó estructura de oportunidades: “rutas de bienestar que, vinculadas, constituyen probabilidades de acceso a bienes, servicios y al desempeño de actividades que son generadas por tres principales fuentes: el Estado, el mercado y la comunidad”.⁴¹ De esta manera, “el esquema de análisis basado en los activos, vulnerabilidad y estructura de oportunidades, permitiría articular el análisis micro de los hogares con el análisis macro de las tres instituciones básicas del orden social, e investigar problemas de vulnerabilidad en categorías sociales distribuidas a todo lo largo del sistema de estratificación”.⁴²

Aun con las ventajas que representa el esquema de análisis anterior, me parece que se han ignorado dos de los procesos más recurrentes en la búsqueda continua por acceder a mejores condiciones de vida: el conflicto y la posible reproducción de las situaciones de riesgo. En cuanto al conflicto, considerar la perspectiva de vulnerabilidad en función de la movilización de activos y estructuras sugiere también que, ante eventos de riesgo, las personas establecen relaciones de competencia por los recursos que ofrece la estructura de oportunidades, recursos que son escasos y de difícil acceso, por lo que la construcción de estrategias para enfrentar la amenaza supone también la instauración de relaciones de competencia y conflicto en la búsqueda por acceder a los beneficios que puede ofrecer dicha estructura. La competencia por alcanzar objetivos en situaciones de vulnerabilidad implica también el tejido de alianzas y rupturas, alternativas y contradicciones, de modo que no sólo se trata de enfrentar la amenaza, sino también de desviar la amenaza, resignificarla, cuando no puede evitarse; revalorar metas e intenciones; y redefinir los rumbos de la existencia. Por otra parte, la estructura de oportunidades en su acepción clásica, entendida como rutas de bienestar que vinculadas a los activos constituyen probabilidades de acceso a bienes y servicios, refiere a las oportunidades que brinda el mercado, el Estado y la comunidad, para aprovechar mejor los activos y enfrentar situaciones de riesgo, superar el daño causado y acceder a mejores condiciones de bienestar;⁴³ pero no considera que en el continuo proceso de acceder a mejores condiciones de vida se encuentra latente la reproducción de situaciones de las que se pretende

⁴⁰ MOSER, *Reassessing*.

⁴¹ KAZTMAN, *Activos*, p. 10-14.

⁴² KAZTMAN, *Activos*, p. 93.

⁴³ Siguiendo la propuesta de KAZTMAN, *Activos*.

escapar. Esto se debe a que las oportunidades que ofrecen el Estado, el mercado y la sociedad, no sólo conducen a la ejecución de acciones favorables, o a la articulación de relaciones solidarias, puesto que “oportunidad para acceder a mejores condiciones de vida”, supone intenciones variopintas y no anula la reproducción de situaciones de riesgo ni la multiplicación de las amenazas.

En situaciones de vulnerabilidad desarrollar un proyecto de vida no es cosa fácil, y la elección bien puede no ser digna de elogio. El entramado estratégico puede dirigirse, por ejemplo: a la renuncia de los cuidados, al abandono, el aislamiento, la violencia y la muerte. En este sentido, enfrentar situaciones de vulnerabilidad puede implicar también “vivir al límite”, enfrentar futuros riesgos para superar los riesgos vigentes. Abrir la “caja negra de los hogares pobres”, implica no sólo considerarlos como agentes activos en la superación de su situación, como lo señala Moser,⁴⁴ sino considerarlos como agentes activos en la reproducción de las situaciones de vulnerabilidad. Esta “caja negra”, como caja de recursos culturales, se despliega también para agenciarse un lugar en el mundo, negado por un proyecto de nación oficialmente ya consumado. Por lo anterior, en la búsqueda por ascender a mejores condiciones de vida, las personas aprovechan el conjunto de estructuras de oportunidades alternas a las ya legitimadas que, ante la incapacidad del Estado por garantizar el acceso a los mecanismos de justicia, deciden por ejemplo, ingresar al orden de la ilegalidad en busca no sólo de obtener recursos económicos, sino de elementos de orgullo y distinción, del respeto negado históricamente, que les posibilita, a la vez, la reconstitución y valoración de los significados más profundos del yo, la familia, la comunidad y la vida; aprendiendo a manejar situaciones de riesgo y administrar hondas emociones como lo son el miedo, el dolor y el sufrimiento; otorgando nuevos significados a la pobreza y a la miseria; a darles nuevas utilidades al dinero y al poder; a expresar sus pulsaciones más reprimidas socialmente, como lo son el odio y el resentimiento.⁴⁵ La incapacidad del Estado por garantizar un sistema de impartición de justicia también ha sido aprovechada socialmente para establecer relaciones basadas en el fraude, la estafa, el hurto y la violencia, como mecanismos para mejorar las condiciones de vida; en tanto que el mercado también posibilita, al mismo tiempo que el crédito y el acceso a recursos materiales útiles, el endeudamiento, la dependencia, el consumo desmedido, la corrupción, el peligro, el tráfico y la especulación. El Estado, el mercado y la sociedad, también alientan o fuerzan la movilidad y el desplazamiento geográfico, asumido también como una oportunidad para mejorar las condiciones de existencia, aun

⁴⁴ MOSER; HOLLAND, *The implications*.

⁴⁵ VALENZUELA, José Manuel; NATERAS, Alfredo; REGUILLO, Rossana (coord.). *Las maras*. Identidades juveniles al límite. México: UAM-COLEF-JP, 2007. p. 383; CÓRDOVA, Rocío; HERNÁNDEZ, Ernesto. *En la línea de fuego, constitución de masculinidades en jóvenes tamaulipecos ligados al narco*. Inédito; BOURGOIS, Philippe. *En busca de respeto*. Vendiendo crack en el Harlem. México: Siglo XXI Editores, 2010. p. 423.

cuando impliquen experiencias de vida que los colocan en situaciones de mayor riesgo: abandono, hambre, violencia y muerte, cuya única justificación sea tal vez, como sugiere Galani, “[...] la desesperación, porque consideran que los riesgos son menos que el infortunio de regresar a la condición económico-social que dejaron atrás”.⁴⁶

Finalmente, considero necesario integrar al concepto de *estructura de oportunidades*, ya legitimado en la literatura clásica sobre vulnerabilidad, el carácter autodestructivo de ciertas prácticas individuales o colectivas que, desde el punto de vista de los actores, son consideradas como formas de resistencia con la que encaran la adversidad y el infortunio, pero que pueden también reproducir experiencias de sufrimiento en el continuo esfuerzo por mejorar sus condiciones de vida. No obvio el riesgo ser acusado de tergiversar el concepto de estructura de oportunidades, puesto que, como rutas de bienestar, supone mecanismos para enfrentar con mayor éxito situaciones de riesgo, sin embargo, las estrategias y el uso que se hace de recursos con la finalidad acceder a mejores condiciones de vida, no están exentos de contradicciones, paradojas e inconsistencias.

5. Pobreza y vulnerabilidad

La vulnerabilidad está asociada a condiciones de marginalidad, exclusión, políticas públicas insanas, violencia, abandono, condición étnica de clase y género; pero un elemento que se considera indisociable a ella es la pobreza.⁴⁷ Distintas investigaciones asumen que las personas o grupos de personas se encuentran en estado de vulnerabilidad cuando está latente el riesgo de entrar en un estado de pobreza o indigencia.⁴⁸ El principio es el siguiente: la pobreza es ya un estado de indefensión, y las circunstancias a las que se enfrentan los pobres, en relación con los recursos escasos con que se vive la pobreza, los coloca en situaciones de riesgo extremo, ya que los pobres, habitualmente, están más expuestos a riesgos y tienen poco acceso a instrumentos adecuados para su manejo.⁴⁹ Investigaciones que se ocupan especialmente del análisis de la vulnerabilidad social o personal, muestran que los grados de vulnerabilidad pueden entenderse mejor a partir de considerar la medición de tres variables: pobreza, riesgo y los esfuerzos para gestionar el riesgo. Desde esta perspectiva, una persona o grupo social es más vulnerable en la medida en que carece de recursos materiales para enfrentar la probabilidad

⁴⁶ GALANI, Jaime. La Mara, la historia interminable. La migración centroamericana en el relato neopolicial de Rafael Ramírez Heredia. *Literatura y lingüística*, 20, sep. 2009. p. 28.

⁴⁷ GLEWWE, Paul; VAN DER GAAG. *Confronting poverty in developing countries definitions, information, and policies*. Washington: The World Bank, Living Standards Measurement Study, Working Paper n. 48, 1998.

⁴⁸ PRITCHETT, Lant; SURYAHADI, Asep; SUMARTO, Sudarno. *Quantifying vulnerability to poverty: a proposed measure, applied to Indonesia*. Washington: The World Bank, Policy Research Working Paper n. 2437, 2000.

⁴⁹ RAVALLION, *Transferencias focalizadas*; HOLZMANN; JORGENSEN, *Social risk management*.

de pérdida de bienestar ante eventos inciertos. Como lo señala Coudouel, “el descenso de los ingresos es más devastador para los pobres dado que es menos probable que dispongan de los bienes necesarios o del acceso a seguros y créditos para protegerse de las sacudidas económicas”.⁵⁰ Lo anterior sugiere que la pobreza puede ser detonante de vulnerabilidad y, entre las personas y grupos vulnerados, actúa como agravante ante condiciones de discriminación y exclusión.⁵¹ El fondo recursivo de la pobreza muestra que “hay sectores sociales vulnerables que entran y salen de esa situación en diferente cantidad y velocidad; y vulnerables por pobreza, que no salen de esa situación y tienen menor capacidad de respuesta que la población no pobre”.⁵²

Con todo y lo anterior, tal como lo han destacado Glewwe y Hall,⁵³ muchos observadores afirman que ciertos grupos socioeconómicos son particularmente vulnerables a las crisis, a los programas de ajuste macroeconómicos, a las fuertes caídas en los precios y el aumento de las tasas de interés; sin embargo, hay muy poca investigación sobre quién es vulnerable o por qué son vulnerables. Sin negar la trascendencia del elemento de pobreza asociado a la vulnerabilidad, este artículo se acerca a pensar la pobreza inherente a otras condiciones que detonan y pueden incrementar los índices de vulnerabilidad. Hacer tal no niega la posibilidad de distinguir vulnerabilidad de otros factores, como el de pobreza, que permite entre otras cosas, “que los programas antipobreza se conciben para elevar ingresos o consumo, mientras que los programas antivulnerabilidad, aspiren a reducir las posibilidades de que una amenaza tenga efectos serios y aumentar la seguridad”.⁵⁴ En suma, la intención es llamar la atención respecto de las circunstancias en que la pobreza, asociada a otros factores, es detonante de vulnerabilidad, y definir aquellas circunstancias que, como derivado de enfrentar el riesgo, terminen por causar pobreza.

Otro de los problemas a los que se enfrentan los investigadores para mostrar la relación entre pobreza y vulnerabilidad es la vastedad de lo que puede entenderse por pobreza, y la definición de los puntos de encuentro con las situaciones de vulnerabilidad. El uso ordinario de pobreza normalmente se establece en el orden de quién es pobre y quién no lo es. En el ámbito académico los indicadores y estándares de medición de

⁵⁰ COUDOUEL, HENTSCHEL; WODON, *Medición y análisis*, 33.

⁵¹ RIBOTTA, *Reglas de Brasilia*, p. 4.

⁵² BUSSO, Gustavo. Pobreza, exclusión y vulnerabilidad social. Usos, limitaciones y potencialidades para el diseño de políticas de desarrollo y de población. *VIII Jornadas Argentinas de Estudios de Población*. Tandil, Argentina, Asociación de Estudios de la Población, 2005.

⁵³ GLEWWE, Paul; HALL, Gillett. *Who is most vulnerable to macroeconomic shocks?: Hypotheses tests using panel data from Peru*. Washington: The World Bank Living, Standards Measurement Study, Working Paper n. 117, 1995. p. 52.

⁵⁴ BLAIKIE; CANNON; WISNER, *Vulnerabilidad*, p. 16.

la pobreza dependen de los enfoques e intereses de la investigación, por lo que no es posible definir con precisión a qué nos referimos cuando hablamos de pobreza y qué tan pobre es o no una persona o grupo social. Una definición de pobreza basada en la teoría económica, que refiere a la función de utilidad, afirma que el consumo de bienes y servicios aumenta el bienestar.⁵⁵ Los indicadores de bienestar considerados por este enfoque de pobreza se reducen al consumo per cápita: alimentación, estado de salud y satisfacción de las necesidades básicas.⁵⁶ Sin embargo, la satisfacción de los anteriores indicadores de bienestar no hace inmune a las personas o poblaciones de enfrentarse a situaciones de riesgo y vulnerabilidad. Uno de los límites de los enfoques economicistas radica en que definen la pobreza en función de la capacidad de acceso que pueden o no tener personas o grupos a recursos materiales y monetarios, descartando la posibilidad de mostrar que la pobreza esté también asociada a otros elementos de carácter inmaterial, como lo son el acceso a los sistemas de administración de justicia, seguridad social, educación y bienestar emocional. Lo anterior sugiere que la indefensión, exclusión o marginación, que pueden caracterizar a personas o grupos pobres, no son necesariamente atribuibles a la insuficiencia de ingresos, por lo que “vivir con ingresos bajo la línea de pobreza, no los califica necesariamente como vulnerables”.⁵⁷ La contribución de un concepto de pobreza basado en el bienestar y seguridad social radica en que puede ayudarnos a entender los escenarios, implicaciones e impacto que pueden tener las condiciones de pobreza basadas en indicadores no sólo materiales y monetarios. Douglas y Baron, por ejemplo, muestran la importancia de considerar la pobreza a partir de la inserción social, de los vínculos con la sociedad moderna y el acceso de los pobres a una información eficiente, puesto que “la exclusión a estos recursos tarde o temprano terminará por obstruir el acceso a recursos tan básicos como lo son la alimentación y el abrigo”.⁵⁸ El enfoque de pobreza basado en el bienestar y seguridad social permite, también, mostrar que la pobreza no es en sí misma un elemento determinante de vulnerabilidad. Investigaciones realizadas en países pobres, por ejemplo, muestran que el nivel de vida de las personas y poblaciones aún más pobres presenta enormes diferencias, por lo que la capacidad de reacción ante el riesgo no está determinada sólo por recursos monetarios.⁵⁹ Por otra parte, hay circunstancias en que los pobres están menos expuestos al riesgo, debido a que viven en zonas remotas que son poco afectadas por los precios de mercado; es el caso de los “agricultores de subsistencia ubicados en zonas remotas que suelen ser pobres, pero su estado de relativa autárquica, limita

⁵⁵ GLEWWE; VAN DER GAAG, *Confronting poverty*, p. 3-4.

⁵⁶ GLEWWE; VAN DER GAAG, *Confronting poverty*, p. 5-9.

⁵⁷ PIZARRO, *La vulnerabilidad social*, p. 7-8.

⁵⁸ DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. *El mundo de los bienes*. México: Grijalbo, 1990. p. 25.

⁵⁹ RAVALLION, *Transferencias focalizadas*, p. 2-3.

el impacto de los acontecimientos económicos nacionales e internacionales”.⁶⁰ También podemos tomar como caso a las personas que, no siendo pobres, se enfrentan a condiciones de riesgo como la inseguridad, la enfermedad, los desplazamientos forzados o la persecución política.⁶¹ En síntesis, pensar la vulnerabilidad desde una perspectiva no monetaria o economicista permite poner atención en los factores de riesgo que detonan la afectación en circunstancias que se desprenden de las condiciones y dinámicas de la vida cotidiana, y no solamente ante eventos extraordinarios.

6. ¿Qué personas o grupos de personas se inscriben en la categoría de vulnerables?

En ciencias sociales es común atribuir características inherentes a los objetos tal como si éstas fueran propiedades que constituyen la sustancia o esencia que los conforma. La primera regla del método sociológico, en la que Durkheim aconseja estudiar los hechos sociales como si fueran cosas, se ha desviado hacia una óptica naturalista donde el investigador encuentra las claves para describir los hechos “tal como se presentan en su estado natural”, de manera que su descripción sea objetiva, es decir “realista” y por tanto confiable. El acto de atribuirle propiedades como características inherentes a las personas, en este caso a las personas o poblaciones vulnerables, lleva implícita la marca del “punto de vista que crea el objeto”, donde las relaciones de conocimiento son también relaciones conceptuales, puesto que se trata de definir una actitud mental y no de asignar al objeto un status ontológico.⁶² Como antes señalamos, es muy común afirmar que ciertos grupos socioeconómicos son particularmente vulnerables, aun cuando se carece de investigación sobre quién es vulnerable o por qué lo son.⁶³ Debemos pues abandonar los objetos preconstruidos por la sociología espontánea y considerar que: 1) En toda investigación, el conocimiento y la reflexión teórica van de la mano con los compromisos personales, políticos y creencias de quien investiga, de manera tal que pueden influir en su propuestas y resultados;⁶⁴ 2) en tanto que, el trabajo científico y la mentalidad del investigador son inseparables.⁶⁵

En el primer caso, el investigador puede estar interesado en buscar confirmar sus hipótesis de partida más que en exponerlas a evaluación; procedimiento que trata de

⁶⁰ GLEWWE; HALL, *Are some groups...*, p. 182.

⁶¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Informe mundial sobre violencia y salud*. Washington: Organización Panamericana de la Salud, 2002. p. 42.

⁶² BOURDIEU; CHAMBOREDON; PASSERON, *El oficio del sociólogo*, p. 57-58.

⁶³ GLEWWE; HALL, *Are some groups...*, p. 182.

⁶⁴ HAMMERSLEY, Martyn; ATKINSON, Paul. *Etnografía y métodos de investigación*. Barcelona: Paidós, 1994. p. 30-36; CHANGEUX, Jean-Pierre. *El hombre de verdad*. México: FCE, 2005. p. 162-163.

⁶⁵ BOURDIEU; CHAMBOREDON; PASSERON, *El oficio del sociólogo*, p. 57-59.

reafirmar y reproducir las impresiones preconstruidas ya validadas por quien investiga. Se adhiere a este procedimiento la documentación de la fuente reducida al dato en bruto, que busca la validación objetiva basada en el “dato estadístico” como “demostración estadística”, tal como si los datos se presentaran por sí mismos en lugar de formar parte de una construcción teórica, y como si hablaran por sí mismos en lugar de estar expuestos a la interpretación de quien a la investigación los incorpora.⁶⁶ Las expresiones de un empirismo purista que supone que los datos son el reflejo de lo real, basados en una lectura de univocista de los mismos, no sólo son incapaces de decir algo del objeto referido, sino que reproducen las ideas primarias que ya se tenían del objeto antes de realizada la investigación, terminando por legitimar las justificaciones primarias pretendidas como hipótesis y rematándolas como corolarios. Es importante preguntar si es posible, y medianamente razonable, que en el proceso de investigación científica puedan elaborarse, con tan limitados instrumentos, conclusiones tan determinantes. Por ejemplo, al referirse a poblaciones vulnerables en México, Paola Basualdo afirma que, las poblaciones más vulnerables son los indígenas, debido a que:

2.7 millones carecen de servicios públicos, de recursos insuficientes para tener una vida adecuada, no existe un acceso a servicios de salud, ni mucho menos una oportunidad para la educación. Las carencias que existen en estos pueblos son de nivel extremo, los indígenas día con día se enfrentan con el hambre y sed de no ser escuchados y no ser considerados básicamente como otra parte más de la población mexicana. Debido a la falta de reconocimiento en cuanto aspectos legales, así como a la falta de oportunidades y derechos, los indígenas se han convertido en una parte marginada por la misma sociedad mexicana, no se le da importancia a la voz de esta parte importante de nuestro país, así como tampoco se respetan sus oportunidades como cualquier otro ciudadano independientemente del papel que el gobierno tenga hacia ellos.⁶⁷

Si consideramos los mismos criterios que utiliza Basualdo para determinar su juicio –acceso restringido a los servicios básicos de salud, educación, alimentación, justicia, vida digna, participación política– estamos obligados a considerar, a la par, a otros sectores de la población también como “los más vulnerables”: niños, jóvenes, pobres, enfermos, ancianos, mujeres, campesinos, obreros, indigentes, etc., lo cual reduce el concepto de vulnerabilidad a un estado de nihilismo grosero desproporcionado. El sentido común que expresa Basualdo se debe a una práctica corriente donde los datos objetivos se articulan a una serie de juicios concluyentes, de pretensiones también objetivas, de manera tal

⁶⁶ BOURDIEU; CHAMBOREDON; PASSERON, *El oficio del sociólogo*, p. 61-63.

⁶⁷ BASUALDO, Paola. *La población más vulnerable de México*. Disponible en: <http://www.sdpronoticias.com/columnas/2014/05/01/la-poblacion-mas-vulnerable-de-mexico>. Acceso en: 13 ago. 2021.

que si 2.7 millones de indígenas carecen de servicios públicos y recursos insuficientes (sic) para tener una vida adecuada, entonces se concluye que no existe un acceso a servicios de salud, ni mucho menos oportunidad para la educación. Como consecuencia, se declaran enunciados habituales de carácter absoluto: descripciones trágicas de la fragilidad ante el infortunio; desdicha ante la exclusión intencional de la inconciencia; desenlace de corte apocalíptico fatalista. La declaración de conclusiones axiomáticas refleja la reproducción de juicios primarios que parten de prenociones y presupuestos ideológicos, más que de conceptualizaciones científicas, tendientes a reproducir las opiniones de sentido común, fuente de concepciones estereotipadas, sin consideran la importancia de la polémica contra la razón fijista. El ejemplo anterior exhibe la tranquilidad con que los compromisos ideológicos se imponen a los juicios derivados de una investigación profunda que resulte de la búsqueda de conocimiento y no de convicciones éticas, morales o políticas. También nos muestra cómo a partir de uno o dos “datos duros”, se construyen “cadenas de datos” como corolarios basados en supuestos derivados de la fuente primaria, pasando por alto la mínima operación lógica que determine la conjunción del dato inicial con los enunciados que le preceden, construyendo así relatos deterministas donde impera la primera y última palabra. Si bien el dato derivado de la estadística obliga a desechar ciertas prenociones del hecho, orientando el estado de la cuestión a indagaciones posteriores, es necesario entender que no se puede hacer mucho con el dato en sí mismo sino como hecho de discurso, que en términos lacanianos,⁶⁸ su significación dada como obvia oculta sus significados posibles, y su existencia se reduce a la de un objetivo del que nada puede decirse, y frente al cual nada puede hacerse; en oposición al dato objetivo, el dato como hecho de discurso es un hecho de significado profundo, que encarna sentido y refleja varios posibles manejos del mismo.

En tanto que el trabajo científico y la mentalidad del investigador son inseparables, se corre el riesgo de ignorar que aquello que decimos del objeto no sólo hace referencia a sus propiedades intrínsecas, sino también a los atributos que el investigador les confiere. Es el caso de algunos esfuerzos analíticos por delimitar el universo de población a considerar como vulnerables, que caen en la misma indeterminación que el sentido común valida. Partiendo de una definición “holística” de vulnerabilidad, González Galván y sus coautores, por ejemplo, consideran que son vulnerables: los grupos que, en virtud de su género, raza, condición económica, social, laboral, cultural, étnica, lingüística, cronológica y funcional, sufren de la omisión, precariedad o discriminación en la regulación de su situación por parte del legislador federal o local, en el orden jurídico nacional.⁶⁹ De lo anterior, concluyen que son grupos vulnerables:

⁶⁸ LACAN, Jaques. *Escritos*. México: Siglo XXI Editores, 1984. v. I.

⁶⁹ GONZÁLEZ; HERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, *La pluralidad*, p. 226-228.

1. La mujer pobre jefe de hogar, con niños a su cargo, y responsable del sostenimiento familiar.
2. Menores y adolescentes en situación de riesgo social (niños en riesgo de salir del hogar, menores infractores y menores víctimas de violencia física, sexual o psicológica en el seno familiar, menores con padecimientos adictivos).
3. Menores que viven en la calle o los menores que, no obstante tener un hogar, a causa de la desintegración familiar o problemas de otra índole pasan todo el día en la calle.
4. Los menores trabajadores (pepena, estiba, mendicidad, venta ambulante, limpia de parabrisas, y actuar en la calle).
5. Las personas de la tercera edad.
6. Las personas discapacitadas.
7. La población rural e indígena que se encuentra afectada en forma alarmante por la pobreza.
8. Las mujeres pobres, embarazadas y en estado de lactancia.
9. Los jóvenes y las mujeres pobres afectadas por el desempleo.
10. Los trabajadores pobres del sector informal.
11. Los excluidos de la seguridad social.
12. Las mujeres que sufren discriminación política y social.
13. Los pueblos indígenas.

Ante la expresión taxonómica anterior, es imposible no preguntarse si en lugar de niños, adultos con las características definidas en el inciso 3, son o no vulnerables; si los menores y adolescentes con las características del inciso 2 “pero inteligentes”, dejarían de ser vulnerables; o si los hombres que sufren de discriminación política y social no serían también vulnerables, como lo son las mujeres del inciso 12. Uno se pregunta también si acaso es necesaria o posible la clasificación de los grupos que son vulnerables en circunstancias tan específicas... y dramáticas. La propensión que recurre a taxonomías amojonadas creyendo determinar con precisión, a partir de la elaboración de un catálogo quimérico, a la población que comprende el término de referencia conceptual, termina por dibujar caricaturas grotescas de aquello que se pretende definir. Ciertamente estamos ante un problema recurrente en las ciencias sociales: confiando a la solidez de nuestros conocimientos, se corre el riesgo de “anteponer nuestras preconcepciones y las creencias fundamentales del gremio de los profesionales, con el acervo de certidumbres compartidas, en lugar de cuestionar aquello dado por supuesto, y repensar los términos

con los que se enuncia y comprende el mundo social”.⁷⁰ Por otra parte, al etiquetar como vulnerables a comunidades, sectores sociales o personas, porque se encuentran en estado de marginación o desventaja frente a otros empoderados pero que ellos mismos no se asumen como tal, o ante la construcción generalizada de una persona, grupo o sistema catalogado como vulnerable, sin considerar apenas las gradaciones y texturas que configuran su heterogeneidad, no sólo se favorece la opinión del sentido común a la investigación científica, ni sólo se imponen criterios subjetivos como cualidades objetivas, sino que además, se crea un estigma negativo, seña hiriente respecto de quienes son vulnerables por su estado de indefensión, que los dibuja ante los otros como débiles e imposibilitados, carentes de los recursos mínimos desde la posición de quien supone que lo que es bueno para sí, debe ser bueno también para los demás.

En bioética, el anterior enfoque se traslada a un discurso que gira en torno a la necesidad de apoyar políticas públicas y deber ético en la investigación, omitiendo la irrelevancia del estudio e ignorando que a toda investigación se suman intereses corporativos, por lo que nos dice Kottow: “los compromisos éticos de las poblaciones estudiadas no se cumplen, toda vez que la etiqueta de vulnerable se otorga a distancia, con prejuicios inespecíficos e indemostrados, que asignan y valoran atributos sin mayormente acercarse al objeto de su calificación”.⁷¹ Por otra parte, investigaciones políticamente correctas no sólo ocultan el carácter ordinario de la investigación, sino que exigen la reivindicación que por derecho les corresponde a sectores calificados como vulnerables, por no contar con los recursos materiales avalados por criterios socioeconómicos de carácter “objetivos”. Estas investigaciones son incapaces de pensar que las personas y comunidades no sólo se sujetan a las necesidades materiales de la vida en su dimensión utilitarista, sino que expresan la regulación y ministración de significados en la esfera de la vida cotidiana, y donde la felicidad, el ocio y el placer, pueden tener la misma o mayor importancia que el dinero y la educación. Como sucede en relación con algunos estudios de género –donde se construye un discurso dirigido a visibilizar la vulnerabilidad de la mujer en todas sus facetas (mujer soltera, mujer divorciada, mujer casada, mujer hija, mujer niña, mujer madre, mujer migrante, mujer madre soltera, mujer trabajadora, mujer indígena, mujer anciana) que la describe como débil pero fuerte ante circunstancias adversas (pobreza, exclusión, marginación, desamparo)– pensar la vulnerabilidad como característica “oculta” de una comunidad también naturaliza la constitución antropológica de las relaciones intersubjetivas, forzando la articulación de paliativos con los que se describe. Lo mismo sucede cuando se consideran “ciertas características típicas” de las poblaciones vulnerables, que no resisten un análisis profundo cuando se trata de verificar si verdaderamente las poblaciones vulnerables se distinguen por esas “características

⁷⁰ BOURDIEU; CHAMBOREDON; PASSERON, *El oficio del sociólogo*, p. 180.

⁷¹ KOTTOW, *Anotaciones*, p. 93-94.

típicas”. Colocar la etiqueta de vulnerable a todo y ante todo o considerar a ciertos grupos como vulnerables sin considerar a otros, –vulnerables o ya vulnerados– que padecen circunstancias similares, aniquila toda posibilidad de siquiera imaginar el riesgo en que se encuentran sectores sociales fuera del catálogo de moda.

7. ¿Son los adultos mayores un sector poblacional vulnerable?

Después de haber discutido sobre los problemas que envuelven tanto el concepto como las situaciones de vulnerabilidad, es preciso señalar aquello que considero el referente más inconsistente, aunque al mismo tiempo más usual, para calificar a ciertos sectores poblacionales como vulnerables: el dato estadístico en bruto. Buena parte de las investigaciones desarrolladas en torno a la relación entre adultos mayores y vulnerabilidad suponen que los adultos mayores en México son categóricamente vulnerables o presentan alta vulnerabilidad.⁷² Las causas principales de este problema, según la misma Secretaría de Desarrollo Social (sedesol), son la insuficiencia de ingresos y la falta de protección social, cuyos efectos se ven reflejados en el deterioro y disminución de sus activos debido, entre otras causas, a gastos inesperados, el aceleramiento del deterioro natural, la baja calidad de vida y una mayor dependencia de terceros. Los datos estadísticos de las condiciones de vida de los adultos mayores podrían apuntar necesariamente a suponer que no puede ser un sector poblacional menos que vulnerable, sobre todo cuando se observa que de 11.7 millones de personas mayores de 60 años en México –que representan poco más de 75% de ellos, y 15% de la población total– carece de pensiones; y casi 50% sólo tiene empleos temporales, no recibe algún tipo de prestación social básica como lo son el servicio médico, vacaciones o aguinaldo.⁷³ Sin embargo, los adultos mayores, como sector poblacional, son tan vulnerables como cualquier otro sector de la población con indicadores de vida semejantes; por lo que lo importante no es estacionar en la categoría de vulnerables a la población adulta mayor, sino determinar bajo qué condiciones y ante qué circunstancias es vulnerable. Aunado a los datos estadísticos en bruto, resulta imprescindible considerar el campo político en que se presentan las condiciones de vida señaladas, puesto que las precarias situaciones laborales y de seguridad social, que la estadística refleja, están bien relacionadas con el uso político de las condiciones de bienestar, sobre todo al limitar intencionalmente

⁷² SECRETARÍA DE DESARROLLO SOCIAL – SEDESOL. Diagnóstico sobre la situación de vulnerabilidad de la población de 70 años y más. México: Sedesol, 2010. p. 27; RAZO-GONZÁLEZ, Angélica. La política pública de la vejez en México: la asistencia pública al enfoque de derechos. *Revista CONAMED*, 19, 2, 2014. p. 78-85; OLIVO, María; PIÑA, Marcelo. *Envejecimiento y cultura en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Ril Editores, 2009. p. 226.

⁷³ SAGARPA. *Estudio sobre el envejecimiento de la población rural en México*. México: Sagarpa, 2014. p. 67; CONAPO. Diagnóstico socio-demográfico del envejecimiento en México. México: Conapo, Serie documentos técnicos, 2011. p. 72.

el acceso a la administración de justicia, que reduce las posibilidades de acceder a servicios tan básicos como lo son la seguridad alimentaria, servicios de salud, educación, trabajo decente y seguridad social, que hace de las personas carentes de estos servicios blanco fácil de explotación. Los datos estadísticos se presentan también como razones suficientes para suponer que la pobreza es causa manifiesta de la vulnerabilidad entre los adultos mayores,⁷⁴ lo que lleva a manifestar conclusiones como las siguientes:

Actualmente, la situación de vulnerabilidad social en la que viven las personas adultas mayores mexicanas es sumamente preocupante: la mayor parte viven en la pobreza o la pobreza extrema; sufren por la desigualdad y la marginación; no cuentan con el apoyo de una institución de seguridad social; sólo poco más de una quinta parte dispone de una jubilación o pensión y, dicho sea de paso, los montos económicos que reciben son notoriamente insuficientes para atender sus necesidades; sus niveles de salud y alimentación son precarios y muchos sufren de abandono o son confinados para esperar la muerte.⁷⁵

Aunque la anterior descripción, en términos generales, es justa en relación con las condiciones de vida de un sector importante de adultos mayores en México, no por ello debiera concluirse que quienes se encuentran en tal situación son vulnerables, puesto que la modelación de personas o grupos vulnerables no necesariamente corresponde con la “realidad” de los mismos. El concepto de vulnerabilidad no es un espejo de las condiciones de vida, ni de las situaciones de riesgo de quienes son calificados como vulnerables. Lo anterior se debe a que la vulnerabilidad no siempre se revela transparente. Esto es así porque la exposición al daño refiere a un proceso y no a un estado o condición fija. Los datos referidos por la estadística son indicadores útiles como indicios de la situación en la que se encuentra cierto sector de la población, en este caso los adultos mayores, pero los datos “no hablan por sí mismos”, ni revelan condiciones de vida en continua transformación. Por eso, las variables útiles con que pueden medirse las situaciones de vulnerabilidad deben conectarse con las investigaciones que se hacen de las relaciones intersubjetivas, que se constituyen como relaciones abiertas donde la administración de los significados, valores y metas, pueden revelarnos el uso de los recursos que hacen de la vulnerabilidad una situación y no un estado.

Es fundamental, entonces, considerar los marcos de referencia contextual que definen las condiciones de vida de los adultos mayores en México, junto con la inequitativa

⁷⁴ C. ÁGUILA, Emma; DÍAZ, C.; MANQUING FU, M.; CAPTEYN, A.; PIERSON, A. *Envejecer en México: condiciones de vida y salud*. México: RAND-Centro Fox, 2011. p. 111; HUENCHUAN, Sandra (ed.). *Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2009. p. 225.

⁷⁵ ARZATE, Jorge; FUENTES, G.; RETEL, C. *Desigualdad y vulnerabilidad en el colectivo de adultos mayores en México y el Estado de México: una revisión multidisciplinaria*. *Quivera*, 9, 2, 2007. p. 250.

distribución del ingreso, la pobreza y el déficit de bienestar, pues las condiciones estructurales que constituyen el marco de reproducción de situaciones vulnerables no deben reducirse a condiciones macro estructurales; menos aún deben pensarse sólo como el ejercicio de un poder vertical hegemónico y permanente al que los actores vulnerables o vulnerados son sometidos trágicamente. Antes bien, deben considerarse al mismo tiempo las trayectorias de vida cotidiana, que se articulan al redil de la reproducción de las condiciones macro estructurales, por ejemplo, los cambios físicos, psicológicos y sociales asociados al proceso del envejecimiento,⁷⁶ que terminan, en ocasiones, por generar dependencia y en consecuencia incapacidad para resolver sus propias necesidades;⁷⁷ singularidades que hace de los ancianos blanco asequible de violencia, maltrato y discriminación.⁷⁸ Estas trayectorias de vida implican tanto la resistencia al ejercicio de poder de pretensiones hegemónicas, como a las acciones de las personas que aprovechan las condiciones de desigualdad y las reproducen en aras de mantener o ganar privilegios, en oposición a quienes no cuentan con los mecanismos o dispositivos habituales o renuncian a ellos.

Un análisis de las condiciones de vida de un sector de adultos mayores muestra que, ya sea en situaciones de vulnerabilidad o al estar ya vulnerados, siempre se configuran “procesos de ajuste situacional”⁷⁹ que permiten la renovación de las condiciones de vida a las que se está expuesto, aprovechando las indeterminaciones de las situaciones, creando, interpretado, redefiniendo u oponiéndose a ideologías, patrones culturales, normas, esquemas simbólicos y relaciones. Por lo anterior, las condiciones de vida que afectan negativamente la vida de las personas mayores no necesariamente concluyen en el aniquilamiento de las posibilidades de subsistencia y reproducción de una vida digna. Las condiciones deseables de salud, educación, empleo, vivienda, esparcimiento, por ejemplo, se constituyen en los marcos de una gama muy amplia de posibilidades, por lo que aquello que suponemos deberían ser las condiciones óptimas de seguridad social pueden no ajustarse a las aspiraciones, deseos y objetivos de un sector importante de las personas adultas. Estamos en una encrucijada donde lo deseable como imperativo moral

⁷⁶ GONZÁLEZ-CELIS, Ana. Calidad de vida en el adulto mayor. En: ROBLEDO, G.; ÁVILA, G. (coord.). *Envejecimiento humano. Una visión transdisciplinaria*. México: Instituto Nacional de Geriátrica, 2010. p. 365-378.

⁷⁷ ROBLES, Leticia. *La vejez: nuevos actores, relaciones sociales y demandas políticas*. Relaciones, 105, 2006. p. 140-175. p. 140-175.

⁷⁸ SIRLIN, Claudia. Violencia, maltrato y abuso en la vejez: una realidad oculta, una cuestión de derechos. *Comentarios de seguridad social*, 20, jul./sep. 2008. p. 39-61; MONTES DE OCA, Verónica (coord.). *Envejecimiento en América Latina y el Caribe*. Enfoques interdisciplinarios en investigación y docencia de la Red Latinoamericana de Investigación en Envejecimiento. México: UNAM-LARNA-IIA, 2013. p. 672.

⁷⁹ Para una ampliación del uso del concepto, puede consultarse a DÍAZ, Rodrigo. *Los lugares de lo político, los desplazamientos del símbolo*. Poder y simbolismo en la obra de Victor W. Turner. México: Gedisa, 2014. p. 84.

o ético no necesariamente concuerda con lo deseable para todas las personas. Las situaciones de vida que pueden horrorizar a unos pueden ser condiciones de vida habituales, que se reproducen no necesariamente por ignorancia o como producto del ejercicio de un poder hegemónico que determina las condiciones estructurales de existencia, sino como consecuencia de la conjunción entre esas condiciones estructurales y lo que Lomnitz-Adler denominó culturas íntimas: signos y significados de una clase localizada en un contexto específico.⁸⁰

Los imperativos culturales hegemónicos no sólo han pretendido definir el mundo de las representaciones colectivas que se exponen como deseables, sino también aquellas que se consideran como aberrantes y, por tanto, necesarias de ser eliminadas. Los imperativos culturales se encuentran en el orden de la cultura y en las mentalidades de los investigadores, de quienes planifican y hacen posible el establecimiento de planes de desarrollo y políticas públicas, cuyas mejores intenciones pueden ser ocuparse de arreglar un problema cuyos efectos sean considerados negativos para la población. Estos imperativos culturales que pueden también mostrarse como dispositivos éticos, no siempre funcionan adecuadamente cuando se trata de atender las necesidades y carencias de la población, y pueden, finalmente, llevar a considerar, como lo hace reiteradamente Caro al referirse a las poblaciones vulnerables, a los adultos mayores como incapaces de modificar conductas o carentes de habilidad al enfrentarse a situaciones de riesgo.⁸¹

Conclusiones

Al considerar la vulnerabilidad como un hecho transversal enquistado en múltiples dimensiones de la vida social se ha logrado discernir con mayor precisión su manejo, trayectorias e impacto en los ámbitos personal y colectivo. Los estudios sobre vulnerabilidad han mostrado la necesidad de atender las condiciones de riesgo a las que buena parte de la población se enfrenta, identificando áreas e instrumentos de atención específicos. Sin embargo, su enfoque de intervención formalista y asistencialista ha fracasado. Lo anterior se debe, entre otras razones, a que al definir como sujetos de atención especial a quienes son considerados como vulnerables se reproduce una política segregacionista, donde aquellas personas que no “encajan” en la categoría de vulnerables quedan excluidos o marginados de los beneficios que representan los programas asistencialistas y políticas públicas dirigidas a sectores de la población bien específicos. Estas personas pasan automáticamente a ser ciudadanos de segunda categoría que, no obstante ser excluidas de los beneficios que se les otorgan a otros sectores, si se les

⁸⁰ LOMNITZ-ADLER, Claudio. *Las salidas del laberinto*. Cultura e ideología en el espacio nacional mexicano. México: Joaquín-Mortiz, 1994. p. 52.

⁸¹ CARO, *Nuevas políticas*.

exigen contribuciones especiales por su condición de no vulnerables. En tanto que las políticas de intervención estratégicamente planeadas sustituyen con dádivas el derecho que les corresponde a todas las personas de acceder a la justicia y seguridad social, haciendo de sectores sociales políticamente etiquetados como vulnerables, sujetos de asistencia y no sujetos de derecho. La perspectiva de vulnerabilidad social que pone atención en las formas en que se organizan las personas y poblaciones con relación al acceso a la justicia y la seguridad social, no debería seguir construyendo discursos segregacionistas y asistencialistas, es decir, definir quienes, por su condición de vulnerables, deben ser sujetos de asistencia; sino que deben pugnar por una política de inclusión social y acceso total a los sistemas de justicia y seguridad social de toda la población. Lo anterior se presenta como necesario puesto que, como bien lo observan Bustamante⁸² y Pizarro,⁸³ el problema de la vulnerabilidad está íntimamente relacionado con la mitigación de los derechos humanos, que produce y reproduce estados de miseria, donde la exclusión y marginación reducen las posibilidades de las personas para enfrentar las situaciones de riesgo.

TITLE: Vulnerability and old age: implications and epistemic orientations of the concept of vulnerability

ABSTRACT: Vulnerability refers to the disadvantaged condition in which a subject, community or system finds itself in the face of a hazard and the lack of resources necessary to overcome the damage caused by a contingency. The objective of this paper is to show that, although the concept of vulnerability is useful for analyzing risk situations faced by individuals and communities, it should not be used to classify as vulnerable population sectors or social groups as a whole – in this case, the elderly. It is concluded that by considering vulnerability as a transversal fact embedded in multiple dimensions of social life, it has been possible to discern with greater precision its management, trajectories and impact on the personal and collective spheres. Its formalist and welfarist intervention approach has failed. The perspective of social vulnerability, which focuses on the ways in which individuals and populations are organized in relation to access to justice and social security, should not continue to construct segregationist and welfarist discourses, that is, to define who, because of their vulnerable condition, should be subject to assistance; rather, it should strive for a policy of social inclusion and full access to the justice and social security systems for the entire population.

KEYWORDS: Vulnerability. Segregation. Welfarism. Mitigation of rights.

Referencias

ÁGUILA, Emma; DÍAZ, C.; MANQUING FU, M.; CAPTEYN, A.; PIERSON, A. *Envejecer en México: condiciones de vida y salud*. México: RAND-Centro Fox, 2011.

⁸² BUSTAMANTE, Jorge. *Un marco conceptual de referencia acerca de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de los derechos humanos*. En Los rostros de la violencia. FERNÁNDEZ, Teresa (coord.). Tijuana: El Colegio de la Frontera Norte, 2001. p. 19-53.

⁸³ PIZARRO, Roberto. *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*. Santiago de Chile: ONU-CEPAL, División de Estadística y Proyecciones Económicas, 2001.

ALWANG, Jeffrey; SIEGEL, Paul B. *Towards operational definitions and measures of vulnerability: a review of the literature from different disciplines*. Washington: World Bank, Social Protection Unit, Human Development Network, 2000.

ARZATE, Jorge; FUENTES, G.; RETEL, C. Desigualdad y vulnerabilidad en el colectivo de adultos mayores en México y el Estado de México: una revisión multidisciplinaria". *Quivera*, 9, 2, p. 231-262, 2007.

BAN, Mary; ELLWOOD, David. Slipping into and out of poverty: the dynamics of spells. *The Journal of Human Resources*, 21, 1, p. 1-23, 1986.

BASUALDO, Paola. *La población más vulnerable de México*. Disponible en: <http://www.sdpnoticias.com/columnas/2014/05/01/la-poblacion-mas-vulnerable-de-mexico>. Acceso en: 13 ago. 2021.

BLAIKIE, Piers; CANNON, T.; DAVIS, I.; WISNER, B. *Vulnerabilidad, el entorno social y político de los desastres*. Sin lugar: La Red, Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina, 1996.

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Pierre, J.C.; PASSERON, J.C. *El oficio del sociólogo*. México: Siglo XXI Editores, 2008.

BOURGOIS, Philippe. *En busca de respeto*. Vendiendo crack en el Harlem. México: Siglo XXI Editores, 2010.

BUSSO, Gustavo. Vulnerabilidad social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI. *Seminario Internacional Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile, 20 y 21 de junio, CEPAL, 2001.

BUSSO, Gustavo. Pobreza, exclusión y vulnerabilidad social. Usos, limitaciones y potencialidades para el diseño de políticas de desarrollo y de población. *VIII Jornadas Argentinas de Estudios de Población*. Tandil, Argentina, Asociación de Estudios de la Población, 2005.

BUSTAMANTE, Jorge. Un marco conceptual de referencia acerca de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de los derechos humanos. *En Los rostros de la violencia*. FERNÁNDEZ, Teresa (coord.). Tijuana: El Colegio de la Frontera Norte, 2001. p. 19-53.

CADENA, Luis. Biología y vulnerabilidad humana. *Revista Colombiana de Bioética*, 4, 2, p. 131-145, jun./dic. 2009.

CARDONA, Dario. Evaluación de la amenaza, la vulnerabilidad y el riesgo. Elementos para el ordenamiento y la planeación del desarrollo. En: *Los desastres no son naturales*. MASKREY, Andrew (comp.). Colombia: La Red, Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina, 1993. p. 51-75.

CARDONA, Dario. The need for rethinking the concept of vulnerability and risk a holistic perspective. En: *Mapping vulnerability: disasters, development and people*. BANKOFF, G.; FRERKS, G.; HILHORST, D. (ed.). Londres: Earthscan Publishers, 2004. p. 37-51.

CARO, Elizabeth. Nuevas políticas para los adultos mayores. El caso del Distrito Federal, de la asistencia a la participación social. *Revista de Administración Pública*, 109, p. 75-86, sep./dic. 2003.

CHANGEUX, Jean-Pierre. *El hombre de verdad*. México: FCE, 2005.

CECCHINI, Simone. Vulnerabilidad de la estructura social en América Latina: medición y políticas públicas. Realidad, datos y espacios. *Revista Internacional de Estadística y Geografía*, 3, 2, 2012. p. 32-45.

CONAPO. *Diagnóstico socio-demográfico del envejecimiento en México*. México: Conapo, Serie documentos técnicos, 2011.

CÓRDOVA, Rocío; HERNÁNDEZ, Ernesto. *En la línea de fuego, constitución de masculinidades en jóvenes tamaulipecos ligados al narco*. Inédito.

COUDOUEL, Aline; HENTSCHEL, J.; WODON, Q. Medición y análisis de la pobreza. *Técnicas básicas y problemas interrelacionados*. v. I, abr. 2002.

DÍAZ, Rodrigo. *Los lugares de lo político, los desplazamientos del símbolo*. Poder y simbolismo en la obra de Víctor W. Turner. México: Gedisa, 2014.

DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. *El mundo de los bienes*. México: Grijalbo, 1990.

FOSCHIATTI, Ana (comp.). *Aportes conceptuales y empíricos de la vulnerabilidad global*. Buenos Aires: EUDENE, 2009.

GALANI, Jaime. La Mara, la historia interminable. La migración centroamericana en el relato neopolicial de Rafael Ramírez Heredia. *Literatura y lingüística*, 20, p. 13-40, sep. 2009.

GLEWWE, Paul; HALL, Gillett. *Who is most vulnerable to macroeconomic shocks?: Hypotheses tests using panel data from Peru*. Washington: The World Bank Living, Standards Measurement Study, Working Paper n. 117, 1995.

GLEWWE, Paul; HALL, Gillett. Are some groups more vulnerable to macroeconomic shocks than others? Hypothesis tests based on panel data from Peru. *Journal of Development Economics*, 56, 1998. p. 181-206.

GLEWWE, Paul; VAN DER GAAG. *Confronting poverty in developing countries definitions, information, and policies*. Washington: The World Bank, Living Standards Measurement Study, Working Paper n. 48, 1998.

GONZÁLEZ, Alberto; HERNÁNDEZ, M.; SÁNCHEZ, A. La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario. *Derechos humanos*. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, coordinado por Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez. México: UNAM-IIJ, 2011, p. 225-243.

GONZÁLEZ-CELIS, Ana. Calidad de vida en el adulto mayor. En: ROBLEDO, G.; ÁVILA, G. (coord.). *Envejecimiento humano*. Una visión transdisciplinaria. México: Instituto Nacional de Geriátrica, 2010. p. 365-378.

HAMMERSLEY, Martyn; ATKINSON, Paul *Etnografía y métodos de investigación*. Barcelona: Paidós, 1994.

HEITZMANN, Karin; CANAGARAJAH, R.; SIEGEL, P. *Criterios para evaluar las fuentes del riesgo y de la vulnerabilidad*. Washington: The World Bank, Serie de documentos de discusión sobre la protección social, 2002.

- HOLZMANN, Robert; JORGENSEN, Steen. *Social risk management: a conceptual framework for social protection and beyond*. Washington: The World Bank, Social Protection Discussion – Paper n. 0006, 2000.
- HUENCHUAN, Sandra (ed.). *Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2009.
- JAEGER, Werner. *Paideia*. Los ideales de la cultura griega. México: FCE, 1990.
- KAZTMAN, Rubén (coord.). *Activos y estructuras de oportunidades: estudios sobre las raíces de la vulnerabilidad social en Uruguay*. Montevideo: CEPAL/PNUD, 1999.
- KIERKEGAARD, Soren. *Tratado de la desesperación: la enfermedad mortal por anticlimacus*. Buenos Aires: Quadrata, 2005.
- KOTTOW, Miguel. Anotaciones sobre vulnerabilidad. *Revista Redbioética/UNESCO*, 2, 4, 2011. p. 91-95.
- LACAN, Jaques. *Escritos*. México: Siglo XXI Editores, 1984. v. I.
- LOMNITZ-ADLER, Claudio. *Las salidas del laberinto*. Cultura e ideología en el espacio nacional mexicano. México: Joaquín-Mortiz, 1994.
- LOMNITZ, Larissa. *Cómo sobreviven los marginados*. México: Siglo XXI Editores, 1998.
- LUKÁCS, Georg. *El asalto a la razón*. Barcelona: Grijalbo, 1976.
- MONTES DE OCA, Verónica (coord.). *Envejecimiento en América Latina y el Caribe*. Enfoques interdisciplinarios en investigación y docencia de la Red Latinoamericana de Investigación en Envejecimiento. México: UNAM-LARNA-IIA, 2013.
- MOSER, Caroline. Reassessing urban poverty reduction strategies: the asset vulnerability framework. *World Development*, 26, 1, 1998. p. 1-19.
- MOSER, Caroline; HOLLAND, Jeremy. The implications of urban violence for the design of social funds: a case study from the Jamaican SIF. *Infrastructure Note*, OU 10, 1996.
- OLIVO, María; PIÑA, Marcelo. *Envejecimiento y cultura en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Ril Editores, 2009.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Informe mundial sobre violencia y salud*. Washington: Organización Panamericana de la Salud, 2002.
- PIZARRO, Roberto. *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*. Santiago de Chile: ONU-CEPAL, División de Estadística y Proyecciones Económicas, 2001.
- PRITCHETT, Lant; SURYAHADI, Asep; SUMARTO, Sudarno. *Quantifying vulnerability to poverty: a proposed measure, applied to Indonesia*. Washington: The World Bank, Policy Research Working Paper n. 2437, 2000.
- RAVALLION, Martin. *Poverty comparisons*. Switzerland: Harwood Academic Publishers, 1994.
- RAVALLION, Martin. *Transferencias focalizadas en los países pobres: examen de las disyuntivas y opciones en materia de políticas*. Washington: The World Bank, Serie de Documentos de Discusión sobre la Protección Social, n. 0314, 2003.

RAVALLION, Martin. ¿Una red automática de protección social? *Finanzas & Desarrollo*, jun. 2002. p. 21-23.

RAZO-GONZÁLEZ, Angélica. La política pública de la vejez en México: la asistencia pública al enfoque de derechos. *Revista CONAMED*, 19, 2, 2014. p. 78-85.

RIBOTTA, Silvana. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 6, 2, 2012. p. 1-37.

ROBLES, Leticia. La vejez: nuevos actores, relaciones sociales y demandas políticas. *Relaciones*, 105, 2006. p. 140-175.

SAGARPA. *Estudio sobre el envejecimiento de la población rural en México*. México: Sagarpa, 2014.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Una filosofía de la tragedia*. Barcelona: Antrhopos, 1989.

SECRETARÍA DE DESARROLLO SOCIAL – SEDESOL. *Diagnóstico sobre la situación de vulnerabilidad de la población de 70 años y más*. México: Sedesol, 2010.

SIRLIN, Claudia. Violencia, maltrato y abuso en la vejez: una realidad oculta, una cuestión de derechos. *Comentarios de seguridad social*, 20, jul./sep. 2008. p. 39-61.

SMIT, Bary; WANDEL, Johanna. Adaptation, adaptive capacity and vulnerability. *Global Environmental Change*, 16, 2006. p. 282-292.

TORRALBA, Francesc. Hacia una antropología de la vulnerabilidad. *Revista Forma*, 2, 2010. p. 25-32.

VALENZUELA, José Manuel; NATERAS, Alfredo; REGUILLO, Rossana (coord.). *Las maras. Identidades juveniles al límite*. México: UAM-COLEF-JP, 2007.

Autor convidado.

Recebido em: 14.02.2023

O PAPEL DA HISTÓRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Paulo Pinto de Albuquerque

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa). Professor Adjunto das Universidades de Paris II e Florença (2021). Ex-Juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (2011-2020). Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade Católica Portuguesa. Doutor *Honoris Causa* pela Edge Hill University, Reino Unido (2019).

DEDICATÓRIA

Este texto é o discurso proferido na cerimônia do meu Doutorado *Honoris Causa* pela Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ucrânia, em 23 de setembro de 2021. Ele é dedicado à memória de Jonathan Cooper OBE [*Order of the British Empire* (Ordem do Império Britânico)], um verdadeiro crente na Europa e um jurista comprometido com os direitos humanos. Que seu legado permaneça como um exemplo para todos aqueles que lutam por uma maior unidade entre as nações europeias e pela manutenção e realização dos direitos humanos em todos os lugares.

RESUMO: Este artigo examina a forma como a história é abordada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, tanto no que se refere à utilização de documentos históricos pelo Tribunal como auxílio ao seu papel interpretativo da Convenção, como no que se refere a casos que envolvem reclamantes que afirmam crimes históricos. Avalia-se a limitada medida em que os trabalhos preparatórios são invocados pelo Tribunal, juntamente com uma série de barreiras processuais e substantivas que devem ser ultrapassadas pelos requerentes que pretendem apresentar queixas históricas ao Tribunal. O artigo conclui que, embora o Tribunal seja claramente cauteloso na sua abordagem das reivindicações históricas, o impacto da história em seu trabalho é, sem dúvida, significativo e impressionante.

PALAVRAS-CHAVE: Anistia. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. História. Jurisprudência. Trabalhos preparatórios.

A. Questões de interpretação

1. Os princípios de interpretação

A Corte Europeia de Direitos Humanos (a Corte) tem se concentrado tradicionalmente no objetivo e na intenção declarada dos fundadores e raramente recorre a textos históricos para descobrir o significado da Convenção Europeia de Direitos Humanos (a Convenção). A leitura da Convenção permanece aberta à interpretação atualista, conforme o desenvolvimento do direito internacional.¹

Em 1968, no caso linguístico belga,² a Corte afirmou que a Convenção e o Protocolo nº 1 devem ser lidos como um todo e que a decisão a ser tomada dependia essencialmente do conteúdo e do escopo dos artigos pertinentes.³

A formulação do art. 2 do Protocolo nº 1 indicava, conforme confirmado pelos trabalhos preparatórios, que as Partes Contratantes não reconheciam um direito à educação que exigiria que elas “estabelecessem, às suas próprias custas, ou subsidiassem, a educação de qualquer tipo específico ou em qualquer nível específico”, e não exigia dos Estados que eles deveriam, “na esfera da educação ou do ensino, respeitar as preferências linguísticas dos pais, mas apenas suas convicções religiosas e filosóficas”, o que implicava o direito de ser educado no idioma nacional ou em um dos idiomas nacionais.⁴ Portanto, o Estado tem uma obrigação positiva de garantir o respeito a esse direito. Além disso, a Corte rejeitou uma interpretação extensiva do art. 14, de acordo com a qual ele proíbe o estabelecimento de “diferenciação” legítima no gozo dos direitos e liberdades garantidos porque “certas desigualdades legais tendem apenas a corrigir

¹ GERARDS, J. The scope of ECHR rights and institutional concerns: the relationship between proliferation of rights and the case load of the ECtHR. In: BREMS, E.; GERARDS, J. (ed.). *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*. Cambridge University Press, 2013; LETSAS, G. *Strasbourg's interpretive ethic: lessons for the international lawyer*. 2010, 21 E.J.I.L. 509; LETSAS, G. The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy. In: FØLLESDAL, A.; PETERS, B.; ULFSTEIN, G. (ed.). *Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a national, European and global context*. Cambridge University Press, 2013; MOWBRAY, A. Between the will of the contracting parties and the needs of today: extending the scope of convention rights and freedoms beyond could have been foreseen by the drafters of the ECHR. In: BREMS, E.; GERARDS, J. (ed.). *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*. Cambridge University Press, 2013.

² O título oficial do caso é: Caso “Relativo a certos aspectos das leis sobre o uso de idiomas na educação na Bélgica” v. Bélgica (Méritos) (App. Nº 1474/62 *et al.*), sentença de 23 de julho de 1968 (caso linguístico belga).

³ Caso linguístico belga (App. nº 1474/62 *et al.*), sentença de 23 de julho de 1968 em [1] (The Law, B).

⁴ Caso linguístico belga (App. nº 1474/62 *et al.*), sentença de 23 de julho de 1968 em [3], [4], e [6] (The Law, B).

desigualdades de fato”.⁵ Da mesma forma, em *Wemhoff v. Alemanha*,⁶ a Corte afirmou que a Convenção é um tratado legislativo que cria direitos e obrigações. A Corte deve buscar a interpretação “mais apropriada para realizar o objetivo e alcançar o propósito do tratado, não aquela que restringiria ao máximo as obrigações assumidas pelas Partes”.⁷

Quando há lacunas no texto da Convenção, a Corte estabeleceu uma regra para preencher as lacunas da Convenção usando outras regras de direito internacional, como os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Em *Golder v. Reino Unido*, embora a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados não tivesse entrado em vigor na época, a Corte considerou os artigos 31 e 33 dessa Convenção, em parte porque eles “enunciam, na essência, princípios de direito internacional geralmente aceitos, aos quais a Corte já se referiu em algumas ocasiões”,⁸ que podem ser usados para interpretar partes pouco claras da Convenção. Da mesma forma, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) usa uma combinação de convenções internacionais, costumes internacionais e princípios gerais de direito para decidir disputas submetidas a ela.⁹

Em *Engel v. Países Baixos*, a Corte expressou sua opinião sobre a Convenção como um tratado com conceitos autônomos, argumentando que, se fosse vista de outra forma, a supervisão europeia se tornaria um conceito ilusório.¹⁰ Embora a Corte tenha aceitado que haverá alguns desvios nas interpretações com base no contexto da reclamação, incluindo o estado em que ela ocorreu, o contexto e as circunstâncias únicas não podem ser usados para escapar das responsabilidades estabelecidas na Convenção.¹¹

A Corte também afirmou um “princípio de eficácia” ao interpretar a Convenção. Em linhas gerais, esse princípio sustenta que as proteções da Convenção devem ser práticas. Os direitos declarados na Constituição não devem ter apenas um efeito teórico ou virtual. O melhor exemplo do “princípio da eficácia” é afirmado no caso *Airey v. Irlanda*.¹² Nesse caso, a Corte considerou que a falta de assistência jurídica para o requerente implicava a falta de acesso ao Tribunal. A Corte cita o caso *Golder*, mencionado acima, no qual a Corte considerou que o art. 6 (1) “incorpora o direito de acesso a um tribunal para a determinação de direitos e obrigações civis”.¹³ A Corte afirmou ainda que, como o art. 6(1)

⁵ Caso linguístico belga (App. n° 1474/62 *et al.*), sentença de 23 de julho de 1968 em [10] (The Law, B).

⁶ *Wemhoff v. Alemanha* (App. n° 2122/64), sentença de 27 de junho de 1968.

⁷ *Wemhoff v. Alemanha* (App. n° 2122/64), sentença de 27 de junho de 1968 em [8] (com relação à lei, A).

⁸ *Golder v. Reino Unido* (App. n° 4451/70), sentença de 21 de fevereiro de 1975 em [29].

⁹ Estatuto da CIJ, art. 38(I)(c).

¹⁰ *Engel v. Países Baixos* (App. n° 5100/71 *et al.*), sentença de 8 de junho de 1976 em [81]-[82].

¹¹ *Engel v. Países Baixos* (App. n° 5100/71 *et al.*), sentença de 8 de junho de 1976 em [82].

¹² *Airey v. Irlanda* (App. n° 6289/73), sentença de 9 de outubro de 1979.

¹³ *Airey v. Irlanda* (App. n° 6289/73), sentença de 9 de outubro de 1979 em [20].

“assegura a todos o direito de ter qualquer reivindicação relativa a seus direitos e obrigações civis levada a um tribunal”,¹⁴ esse artigo também inclui o direito de a requerente ter acesso ao Tribunal Superior para solicitar a separação judicial. A requerente alegou que o alto custo de interpor tal recurso a estava impedindo de desfrutar dos direitos implícitos na Convenção.¹⁵ O governo, em resposta, argumentou que o advogado não é, tecnicamente, necessário para recorrer ao Tribunal Superior e, portanto, a requerente permaneceu livre para recorrer de seu caso sem assistência jurídica, se não pudesse pagar por ela.¹⁶

A Corte não aceitou a alegação do governo e reafirmou que “a Convenção tem o objetivo de garantir não direitos teóricos ou ilusórios, mas direitos práticos e efetivos”.¹⁷ A Corte enfatizou que esse era particularmente o caso quando o direito em questão era o acesso a um tribunal, uma vez que o direito a um julgamento justo ocupa um papel tão importante em uma sociedade democrática. Assim, a Corte deve verificar se o “comparecimento da requerente perante o Tribunal Superior sem a assistência de um advogado seria eficaz, no sentido de que ela seria capaz de apresentar seu caso de forma adequada e satisfatória”.¹⁸ A Corte concluiu que, na prática, a capacidade de se autorrepresentar perante o Tribunal Superior não era suficiente para garantir um direito efetivo de acesso a um tribunal. Em determinadas situações, a Corte concluiu que o Estado tem obrigações positivas para assegurar a garantia de um direito: nesse caso, o Estado deve fornecer à requerente um advogado para que seu direito de acesso ao tribunal seja respeitado. Embora a Corte estivesse ciente de que a realização dos direitos sociais e econômicos depende em grande parte da situação financeira de um Estado, ela também afirmou que a Convenção “deve ser interpretada à luz das condições atuais” e proteger os indivíduos de forma real e prática.¹⁹

A interpretação evolutiva da Convenção pela Corte é evidente pela referência da Corte à Convenção como um “instrumento vivo”, a ser lido no contexto da época e com atenção às condições atuais. Essa noção foi introduzida em *Tyler v. Reino Unido*²⁰ em 1978, quando a Corte teve que avaliar se uma forma de punição criminal equivalia a

¹⁴ *Golder v. Reino Unido* (App. nº 4451/70), sentença de 21 de fevereiro de 1975 em [36].

¹⁵ *Airey v. Irlanda* (App. nº 6289/73), sentença de 9 de outubro de 1979 em [20].

¹⁶ *Airey v. Irlanda* (App. nº 6289/73), sentença de 9 de outubro de 1979 em [24].

¹⁷ *Airey v. Irlanda* (App. nº 6289/73), sentença de 9 de outubro de 1979 em [24] citando o caso linguístico belga (App. nº 1474/62 *et al.*), sentença de 23 de julho de 1968 em [3] e [4]; *Golder v. Reino Unido* (App. nº 4451/70), sentença de 21 de fevereiro de 1975 em [35]; *Luedicke v. Alemanha* (1979-1980) 2 *E.H.R.R.* 149 em [42]; e *Marckx v. Bélgica* (1979-1980) 2 *E.H.R.R.* 330 em [31].

¹⁸ *Airey v. Irlanda* (App. nº 6289/73), sentença de 9 de outubro de 1979 em [24].

¹⁹ *Airey v. Irlanda* (App. nº 6289/73), sentença de 9 de outubro de 1979 em [26].

²⁰ *Tyler v. Reino Unido* (App. nº 5856/72), sentença de 25 de abril de 1978.

“tratamento degradante” em violação ao art. 3º da Convenção. O requerente, um jovem na época, havia sido condenado a três golpes de bétula após ser considerado culpado de agressão. Embora essa punição possa não ter indignado a opinião pública na Ilha de Man, onde os eventos ocorreram, o Tribunal enfatizou a necessidade de interpretar a punição à luz das condições e dos desenvolvimentos atuais e dos padrões comumente aceitos na política penal dos Estados Membros do Conselho da Europa.²¹ Por fim, a Corte concluiu que a punição corporal judicial equivalia a uma punição degradante no sentido do art. 3º da Convenção.²²

Em outros casos, a Suprema Corte buscou o consenso europeu sobre várias questões. Por exemplo, em *Marckx v. Bélgica*,²³ a Corte lembrou o princípio de *Tyrer*, de que a Convenção deve ser interpretada à luz das condições atuais, e observou que “o direito interno da grande maioria dos Estados membros do Conselho da Europa evoluiu e continua a evoluir, em conjunto com os instrumentos internacionais relevantes, em direção ao reconhecimento jurídico total da máxima *mater semper certa est*, apagando assim a distinção entre crianças ‘illegítimas’ e ‘legítimas’ ”.²⁴ A Corte também levou em conta instrumentos de *soft law*, como uma convenção de 1962 assinada pela Bélgica e uma convenção de 1975 não assinada pela Bélgica, ambas com um pequeno número de partes.²⁵

A interpretação progressiva da Convenção também foi enfatizada no caso *Irlanda v. Reino Unido* em 1978. Ao avaliar as reivindicações da Irlanda nos termos do art. 15, a Corte enfatizou que:

Quando um Estado está lutando contra uma emergência pública que ameaça a vida da nação, ele ficaria indefeso se fosse obrigado a realizar tudo de uma vez, a fornecer desde o início cada um de seus meios de ação escolhidos com cada uma das salvaguardas compatíveis com os requisitos prioritários para o funcionamento adequado das autoridades e para restaurar a paz dentro da comunidade.²⁶

Assim, segundo a Corte, a interpretação do art. 15 deve deixar espaço para adaptações progressivas.²⁷

²¹ *Tyrer v. Reino Unido* (App. nº 5856/72), sentença de 25 de abril de 1978 em [31].

²² *Tyrer v. Reino Unido* (App. nº 5856/72), sentença de 25 de abril de 1978 em [35].

²³ *Marckx v. Bélgica* (App. nº 6833/74), sentença de 13 de junho de 1979.

²⁴ *Marckx v. Bélgica* (App. nº 6833/74), sentença de 13 de junho de 1979 em [41].

²⁵ *Irlanda v. Reino Unido* (App. nº 5310/71), sentença de 18 de janeiro de 1978.

²⁶ *Irlanda v. Reino Unido* (App. nº 5310/71), sentença de 18 de janeiro de 1978 em [220].

²⁷ *Irlanda v. Reino Unido* (App. nº 5310/71), sentença de 18 de janeiro de 1978 em [220].

Em *Karner v. Áustria*, um caso decidido em 2003, a Suprema Corte ampliou essa noção e seu papel na proteção progressiva dos direitos humanos e declarou que:

[a]pesar de o objetivo principal do sistema da Convenção ser proporcionar alívio individual, sua missão também é determinar questões com base em políticas públicas de interesse comum, elevando, assim, os padrões gerais de proteção dos direitos humanos e estendendo a jurisprudência dos direitos humanos por toda a comunidade dos Estados da Convenção.²⁸

Mais recentemente, no caso *Demir e Baykara v. Turquia*, em 2008, a Corte observou um consenso entre os Estados-Membros com base em um tratado que ainda não havia sido ratificado pela Turquia. Ao definir o significado de termos e noções no texto da Convenção, a Corte afirmou que “pode e deve levar em consideração elementos do direito internacional que não sejam a Convenção, a interpretação de tais elementos por órgãos competentes e a prática dos Estados europeus que refletem seus valores comuns”.²⁹ A Corte acrescentou que “não é necessário que o Estado demandado tenha ratificado toda a coleção de instrumentos que são aplicáveis em relação ao assunto exato do caso em questão”, se houver uma evolução contínua nas normas e princípios aplicados no direito internacional ou no direito interno da maioria dos Estados Membros do Conselho da Europa que demonstrem um entendimento comum.³⁰ Essa visão é confirmada ainda pelo Preâmbulo da Convenção, que afirma que as liberdades fundamentais englobadas na Convenção são mais bem mantidas por “um entendimento e uma observância comuns” dos direitos humanos.³¹

Uma interpretação progressiva da Convenção está de acordo com a intenção presumida dos fundadores, evidente na referência do Preâmbulo a “maior realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”. Alguns acadêmicos apoiaram essa visão. Por exemplo, Waldock afirmou que “[o] significado e o conteúdo das disposições da Convenção serão entendidos como destinados a evoluir em resposta a mudanças nos conceitos jurídicos ou sociais”.³² Por fim, o art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados solicita aos signatários que considerem o objeto e a finalidade de um tratado, bem como levem em conta os acordos subsequentes, a prática subsequente

²⁸ *Karner v. Áustria* (App. nº 40016/98), sentença de 24 de outubro de 2003 em [26].

²⁹ *Demir e Baykara* [GC] (App. nº 34503/97), sentença de 12 de novembro de 2008 em [85].

³⁰ *Demir e Baykara* [GC] (App. nº 34503/97), sentença de 12 de novembro de 2008 em [86].

³¹ Preâmbulo, Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

³² WALDOCK, H. M. The evolution of human rights concepts and the application of the European Convention on Human Rights. In: *Mélanges Reuter*, Pedone, 1981. 547.

e quaisquer regras relevantes do direito internacional “aplicáveis nas relações entre as partes”.³³

2. O valor dos trabalhos preparatórios

A preferência da Corte por uma interpretação evolutiva da Convenção, bem como a visão bem estabelecida da Convenção como um “instrumento vivo”, diminuíram o valor dos trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*) para a Corte. Entretanto, sua aplicação não tem sido consistente, e a Corte às vezes os utiliza para esclarecer incertezas.

Tradicionalmente, a Corte tem negligenciado os *travaux préparatoires* como uma ferramenta técnica para a interpretação de textos internacionais e nacionais. Por exemplo, em *Young, James e Webster v. Reino Unido*,³⁴ a Corte considerou que havia uma liberdade negativa de associação, embora essa conclusão fosse contrária à intenção do redator, que não era a de consagrar tal direito. O princípio de um “instrumento vivo” levou a Corte a considerar que, apesar da intenção evidente dos redatores, conforme visto nos *travaux préparatoires*, os direitos protegidos pela Convenção haviam evoluído e se expandido para incluir agora uma liberdade negativa de associação - implícita no direito à liberdade de associação do art. 11.³⁵

Às vezes, os trabalhos preparatórios prevalecem e a Corte toma nota do que eles dizem. Por exemplo, em *Banković v. Bélgica*,³⁶ um caso de 2001 referente ao bombardeio pela Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) da sede da *Radio Televizije Srbije* (Radiotelevisão Sérvia) em Belgrado, como parte da campanha de ataques aéreos da OTAN contra a Antiga República da Iugoslávia durante o conflito em Kosovo. Nesse

³³ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados art. 31 (3)(c).

³⁴ *Young, James e Webster* (App. n.º 7601/76 e 7806/77), sentença de 13 de agosto de 1981.

³⁵ *Young, James e Webster* (App. n.º 7601/76 e 7806/77), sentença de 13 de agosto de 1981 em [52]. “Supondo, para fins de argumentação, que, pelas razões apresentadas na passagem acima citada dos trabalhos preparatórios, uma regra geral como a do Artigo 20, par. 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi deliberadamente omitida da Convenção e, portanto, não pode ser considerada como se estivesse consagrada na Convenção, não se segue que o aspecto negativo da liberdade de associação de uma pessoa esteja completamente fora do âmbito do Artigo 11 (art. 11) e que toda e qualquer compulsão para se filiar a um sindicato específico seja compatível com a intenção dessa disposição. Interpretar o artigo 11 (art. 11) como permitindo todo tipo de compulsão no campo da filiação sindical atingiria a própria substância da liberdade que ele visa garantir (ver, *mutatis mutandis*, o julgamento de 23 de julho de 1968 sobre o mérito do caso “Belgian Linguistic”), série A, n. 6, p. 32, par. 5, *Golder*, sentença de 21 de fevereiro de 1975, série A, n. 18, p. 19, par. 38, e *Winterwerp*, sentença de 24 de outubro de 1979, série A, n. 33, p. 24, par. 60.”

³⁶ *Banković v. Bélgica* [GC] (App. n.º 52207/99), sentença de 12 de dezembro de 2001.

caso, a Grande Câmara consultou os trabalhos preparatórios para avaliar o escopo da jurisdição da Corte e, por fim, limitar o alcance da Corte.³⁷

Em última análise, os trabalhos preparatórios são um “meio suplementar” de interpretação e são usados pela Corte para confirmar o significado resultante dos meios de interpretação mencionados no art. 31 da Convenção de Viena. A natureza fragmentária ou superficial desses elementos enfraquece seu valor probatório. Entretanto, quando são claros e completos, eles podem ser persuasivos para a Corte.

A adoção de uma interpretação “objetiva” pela Corte não é, em última análise, favorável à preeminência dos trabalhos preparatórios como um reflexo da real intenção dos fundadores. A “intenção declarada dos pais fundadores” e os desenvolvimentos subsequentes são muito mais valiosos para a análise da Corte. A Corte concede alguma flexibilidade à interpretação da “intenção declarada dos pais fundadores”, conforme ela é posteriormente entendida pelas partes. Essa interpretação é teleológica; ela busca o propósito de cada disposição da Convenção. A Corte rejeitou simultaneamente uma interpretação subjetiva que busca encontrar a “intenção real dos pais fundadores”, um significado linguístico de um termo incerto no momento da conclusão da Convenção ou uma interpretação autoreferente *in dubio mitius*.

Mais recentemente, a Corte avaliou a utilidade dos trabalhos preparatórios no caso *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungria*.³⁸ A Corte enfatizou que, “como um tratado internacional, a Convenção deve ser interpretada à luz das regras de interpretação previstas nos artigos 31-33 da Convenção de Viena, de 23 de maio de 1969, sobre o Direito dos Tratados”.³⁹ Para interpretar a Convenção, a Corte decidiu que “também se pode recorrer a meios suplementares de interpretação, incluindo os trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*) do tratado, seja para confirmar um significado determinado de acordo com as etapas acima, seja para estabelecer o significado quando, de outra forma, ele seria ambíguo, obscuro ou manifestamente absurdo ou irracional”.⁴⁰ A Corte leva em consideração os trabalhos preparatórios sobre o art. 10, embora não esteja “convencida de que qualquer relevância conclusiva possa ser atribuída aos trabalhos preparatórios no que diz respeito à possibilidade de interpretar o artigo 10 § 1 como incluindo um direito de acesso

³⁷ *Banković v. Bélgica* [GC] (App. nº 52207/99), sentença de 12 de dezembro de 2001 em [58]. “Lembra-se ainda que os trabalhos preparatórios também podem ser consultados com o objetivo de confirmar qualquer significado resultante da aplicação do artigo 31 da Convenção de Viena de 1969 ou para determinar o significado quando a interpretação nos termos do artigo 31 da Convenção de Viena de 1969 deixa o significado ‘ambíguo ou obscuro’ ou leva a um resultado que é ‘manifestamente absurdo ou irracional’ (artigo 32).”

³⁸ *Magyar Helsinki Bizottság* [GC] (App. nº 18030/11), sentença de 8 de novembro de 2016.

³⁹ *Magyar Helsinki Bizottság* [GC] (App. nº 18030/11), sentença de 8 de novembro de 2016 em [118].

⁴⁰ *Magyar Helsinki Bizottság* [GC] (App. nº 18030/11), sentença de 8 de novembro de 2016 em [125].

à informação no presente contexto”.⁴¹ Por outro lado, a Corte considera digno de nota que o histórico de redação do Protocolo nº 6 “revela um entendimento comum entre os órgãos e instituições do Conselho da Europa de que o artigo 10, parágrafo 1, da Convenção, em sua redação original, poderia ser razoavelmente considerado como já abrangendo a ‘liberdade de buscar informações’ ”.⁴²

B. Questões de natureza processual

1. Limites *ratione temporis* para a compensação de erros históricos

i. Em termos gerais

As disposições da Convenção não vinculam as Partes Contratantes “em relação a qualquer ato ou fato que tenha ocorrido ou qualquer situação que tenha deixado de existir antes da data de entrada em vigor da Convenção em relação a essa Parte ou, conforme o caso, antes da entrada em vigor do Protocolo nº 11, antes da data em que a Parte requerida reconheceu o direito de petição individual, quando esse reconhecimento ainda era opcional”.⁴³ A data em que o Estado ratificou a Convenção ou reconheceu o direito de petição individual é conhecida como “a data crítica”.⁴⁴ Como a Corte constatou em *Preussische Treuhand GmbH & Co KG a.A. v. Polônia*, a partir da data de ratificação, “todos os atos e omissões alegados pelo Estado devem estar em conformidade com a Convenção ou seus Protocolos e os fatos subsequentes estão sob a jurisdição da Corte, mesmo que sejam meras extensões de uma situação já existente”.⁴⁵ O que isso significa, em termos práticos, é que os indivíduos podem reivindicar seus direitos de acordo com a Convenção mesmo em relação a danos que começaram antes da “data crítica” (ou seja, a ratificação da Convenção pelo Estado), se esses danos se estenderem além da data crítica.

As reclamações mais comuns que tratam de eventos históricos se enquadram nos arts. 2 e 3 da Convenção e no art. 1 do Protocolo 1. Ao longo dos anos, a Corte desenvolveu e estabeleceu uma maneira de lidar com essas reclamações. A questão da compensação por danos históricos tem sido frequentemente apresentada à Corte e tem sido tratada de algumas maneiras diferentes.

⁴¹ *Magyar Helsinki Bizottság* [GC] (App. nº 18030/11), sentença de 8 de novembro de 2016 em [135].

⁴² *Magyar Helsinki Bizottság* [GC] (App. nº 18030/11), sentença de 8 de novembro de 2016 em [136].

⁴³ *Šilih v. Eslovênia* [GC] (App. nº 71463/01), sentença de 9 de abril de 2009 em [140].

⁴⁴ *Šilih v. Eslovênia* [GC] (App. nº 71463/01), sentença de 9 de abril de 2009 em [140].

⁴⁵ *Preussische Treuhand GmbH & Co KG a.A. v. Polónia* (App. nº 47550/06), decisão de 7 de outubro de 2008 em [55].

Em 1996, no caso *Loizidou v. Turquia*,⁴⁶ os requerentes apresentaram um caso à Corte alegando que haviam perdido o direito de retornar a seus antigos lares no Chipre após o conflito que ocorreu na ilha. O Tribunal considerou que houve uma violação contínua do direito à propriedade desde 1974 e até depois da data crítica de 22 de janeiro de 1990, quando a Turquia reconheceu a jurisdição do Tribunal. Como resultado da violação contínua, a Corte decidiu em favor dos requerentes e declarou a ilegalidade internacional do uso do artigo 159 da Constituição da TRNC como base legal para a expropriação.

Em 2001, no caso *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão v. Portugal*,⁴⁷ a Corte decidiu que houve um “ato instantâneo” antes da data crítica (ou seja, antes de Portugal ratificar a Convenção). O Governo argumentou que a medida de expropriação no centro deste caso ocorreu antes de Portugal ratificar a Convenção; portanto, a Corte não tinha jurisdição *ratione temporis* para examinar as reclamações dos requerentes. As reclamações dos requerentes, no entanto, não se referiam à expropriação de suas terras em si; ao contrário, eles argumentaram que houve um atraso injustificado no pagamento da indenização final. A adoção do Decreto Legislativo nº 199/88, que estabeleceu os critérios para avaliar o valor da propriedade nacionalizada ou expropriada e, consequentemente, para identificar as informações necessárias para avaliar a indenização final em questão, não foi aprovada até 1988, bem depois da data crítica. Dessa forma, como a situação enfrentada pelos requerentes era contínua, a Corte considerou que poderia exercer jurisdição.

Em 2002, em *Pincova e Pinc v. República Tcheca*,⁴⁸ a Corte ampliou a proteção de novos proprietários de boa-fé. Nesse caso, o governo afirmou que o objetivo da Lei de Terras, a lei em questão no caso, “era ‘atenuar as consequências de certas violações de direitos de propriedade sofridas pelos proprietários de imóveis usados na agricultura e na silvicultura entre 1948 e 1989’”, por meio do processo de “restituição”.⁴⁹ Embora a Corte tenha aceitado que a lei era, em geral, “de interesse público”, uma vez que tentava compensar indivíduos que haviam perdido suas terras durante o regime soviético, esse interesse público deve ser ponderado em relação aos direitos dos indivíduos que agora possuem a terra. No final, a Corte concluiu que os requerentes, compradores de boa-fé que haviam morado na terra por décadas, “tiveram que arcar com um ônus individual e excessivo que perturbou o equilíbrio justo que deveria ser mantido entre as demandas

⁴⁶ *Loizidou v. Turquia* (App. nº 15318/89), sentença de 18 de dezembro de 1996.

⁴⁷ *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão v. Portugal* (App. nº 29813/96 e 30229/96), sentença de 11 de janeiro de 2000.

⁴⁸ *Pincova e Pinc v. República Tcheca* (App. nº 36548/97), sentença de 5 de novembro de 2002.

⁴⁹ *Pincova e Pinc v. República Tcheca* (App. nº 36548/97), sentença de 5 de novembro de 2002 em [49].

do interesse geral, de um lado, e a proteção do direito ao gozo pacífico das posses, de outro”, portanto, houve uma violação do art. 1º do Protocolo nº 1.⁵⁰

Em 2005, em *Jahn v. Alemanha*,⁵¹ a Corte decidiu que o interesse público importante pode justificar a redução ou até mesmo a extinção do direito legal à restituição. Mas, em 2006, a Corte decidiu, em *Blečić v. Croácia*,⁵² que uma interferência instantânea antes da data crítica, juntamente com uma negação de reparação posterior, conforme o art. 28 da Convenção de Viena, poderia equivaler a uma violação e, portanto, garantir reparações do Estado.

A Corte considerou que não havia obrigação de reparar danos causados antes da data crítica em *Kopecký v. Eslováquia*,⁵³ em 2004. A Corte considerou que “o artigo 1º do Protocolo nº 1 não pode ser interpretado como impondo qualquer obrigação geral aos Estados Contratantes de restaurar a propriedade que foi transferida a eles antes de ratificarem a Convenção”.⁵⁴ Além disso, a Corte considerou que o artigo 1º do Protocolo nº 1 não exige que os Estados “determinem o escopo da restituição de propriedade e escolham as condições sob as quais concordam em restaurar os direitos de propriedade dos antigos proprietários”.⁵⁵ Isso ilustra que a Corte, na verdade, deu aos Estados uma margem bastante ampla para a exclusão de categorias de ex-proprietários e para escolher as condições de direito.

De fato, conforme sustentado na decisão de admissibilidade de *Woś v. Polônia*, “não há nenhuma obrigação geral para os Estados de compensar danos infligidos no passado sob a cobertura geral da autoridade do Estado”.⁵⁶ Como resultado, “regulamentos substantivos que determinam os critérios de elegibilidade para qualquer compensação estariam, em princípio, fora da jurisdição da Corte, a menos que os critérios relevantes fossem estabelecidos de maneira manifestamente arbitrária ou flagrantemente inconsistente com os princípios fundamentais da Convenção”.⁵⁷

ii. A compensação dos crimes nazistas

Em alguns casos, a Corte foi muito longe ao avaliar a proteção da Convenção para crimes históricos. Por exemplo, a Corte chegou ao ponto de avaliar a compatibilidade das

⁵⁰ *Pincova e Pinc v. República Tcheca* (App. nº 36548/97), sentença de 5 de novembro de 2002 em [64].

⁵¹ *Jahn v. Alemanha* (App. nº 46720/99, 72203/01 e 72552/01), sentença de 30 de junho de 2005.

⁵² *Blečić v. Croácia* [GC] (App. nº 59532/00), sentença de 8 de março de 2006.

⁵³ *Kopecký v. Polônia* (App. nº 44912/98), sentença de 28 de setembro de 2004.

⁵⁴ *Kopecký v. Polônia* (App. nº 44912/98), sentença de 28 de setembro de 2004 em [35].

⁵⁵ *Kopecký v. Polônia* (App. nº 44912/98), sentença de 28 de setembro de 2004 em [35].

⁵⁶ *Woś v. Polônia* (App. nº 22860/02), decisão de 1 de março de 2005 em [80].

⁵⁷ *Woś v. Polônia* (App. nº 22860/02), decisão de 1 de março de 2005 em [80].

leis nacionais relativas à indenização, que entraram em vigor após a data crítica, com as disposições da Convenção. A Corte tentou garantir que as novas leis não discriminassem, tratassem grupos de forma diferente ou limitassem injustificadamente o acesso ao tribunal. Os melhores exemplos desses casos são aqueles que tratam de indenizações devidas em decorrência de crimes cometidos pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial.

O Tribunal avaliou uma lei nacional que prevê a compensação de danos passados em seu julgamento sobre o mérito de *Woś v. Polônia*.⁵⁸ A Corte explicou que, embora o direito de acesso a um tribunal não seja absoluto, as limitações aplicadas não devem “restringir ou reduzir o acesso deixado para o indivíduo de tal forma ou em tal extensão que a própria essência do direito seja prejudicada”.⁵⁹ Além disso, a Corte reafirmou que “uma limitação não será compatível com o Artigo 6, § 1, se não perseguir um objetivo legítimo e se não houver uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo que se pretende alcançar”.⁶⁰ Neste caso, o Tribunal considerou que a exclusão absoluta da revisão judicial em relação às decisões emitidas pela Fundação de Reconciliação Polaco-Alemã para ex-trabalhadores forçados sob um esquema de compensação era desproporcional ao objetivo legítimo perseguido e prejudicava a própria essência do “direito de acesso a um tribunal” do requerente, no sentido do art. 6 (1) da Convenção.

Em outros casos, a Corte permitiu que os estados tivessem muito mais liberdade com relação às suas leis nacionais que oferecem compensações. Por exemplo, em *Associazione Nazionale Reduci v. Alemanha*,⁶¹ a Corte considerou que os requerentes não atendiam aos requisitos de direito da *Gesetz zur Errichtung einer Stiftung* “Erinnerung, Verantwortung und Zukunft” (ou “Lei Fundamental”) de 2000, e, portanto, não podiam se beneficiar da indenização prevista na lei. Na época em que a Lei Fundamental entrou em vigor, nem o direito público internacional nem qualquer outra lei nacional reconhecia pedidos de indenização por trabalho forçado ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial. Os requerentes foram excluídos das disposições relativas a pedidos de indenização por trabalho forçado estabelecidas pela Lei Fundamental. A Corte distinguiu esse caso do caso de *Woś*, discutido acima, pois os requerentes, nesse caso, estavam claramente excluídos dos benefícios da Lei Fundamental e não podiam alegar que tinham direito à indenização, “mesmo com base em argumentos discutíveis”.⁶²

⁵⁸ *Woś v. Polônia* (App. nº 22860/02), decisão de 1 de março de 2005.

⁵⁹ *Woś v. Polônia* (App. nº 22860/02), decisão de 1 de março de 2005 em [98].

⁶⁰ *Woś v. Polônia* (App. nº 22860/02), decisão de 1 de março de 2005 em [98].

⁶¹ *Associazione Nazionale Reduci v. Alemanha* (App. nº 45563/04), decisão de 4 de setembro de 2007.

⁶² *Associazione Nazionale Reduci v. Alemanha* (App. nº 45563/04), decisão de 4 de setembro de 2007 em [4].

Mais uma vez, em *Poznanski v. Alemanha*,⁶³ a Corte concluiu que a “interferência no direito de propriedade dos requerentes no âmbito de uma solução global de questões relacionadas à compensação por trabalho forçado sob o regime nazista não perturbou o ‘equilíbrio justo’ que deve ser alcançado entre a proteção da propriedade e as exigências do interesse geral”.⁶⁴ Em 2008, em *Epstein v. Bélgica*,⁶⁵ a Corte concluiu que a lei belga de compensação por crimes alemães não era discriminatória. E, finalmente, em *Ernewein v. Alemanha*,⁶⁶ a Corte considerou que os órfãos dos “malgré-nous” não estavam cobertos pela *Fondation Entente Franco-Allemande* de 1981 e, portanto, seu pedido perante a Corte era inadmissível.

iii. A compensação dos crimes stalinistas

Em 2008, no caso *Preussische Treuhand GmbH & Co KG a.A. v. Polônia*,⁶⁷ a Corte decidiu que o confisco de propriedades alemãs nos antigos territórios orientais da Alemanha pela Polônia não estava em contradição com a Convenção. A Corte considerou que o princípio *Loizidou* de danos contínuos não se aplicava, porque a propriedade foi legalmente confiada ao estado polonês de acordo com as disposições do Acordo de Potsdam. Além disso, embora a Corte tenha avaliado danos contínuos, mesmo que tenham começado antes da data crítica, “a Corte tem sustentado consistentemente, em particular no contexto de medidas de expropriação efetuadas em conexão com a regulamentação pós-guerra das relações de propriedade, que a privação da propriedade ou de outro direito real é, em princípio, um ato instantâneo e não produz uma situação contínua de ‘privação de um direito’”.⁶⁸

A Corte também confirmou os prazos. Em *Zebrowski v. Polônia*, a Corte considerou que o prazo de um ano para apresentar uma reclamação a partir da data de entrada em vigor de uma lei não violava a Convenção.⁶⁹ A Corte, portanto, manteve uma política segundo a qual os indivíduos que não exercessem seus direitos dentro de um determinado período de tempo perderiam a capacidade de apresentar uma reclamação.

⁶³ *Poznanski* (App. n° 25101/05), decisão de 3 de julho de 2007.

⁶⁴ *Poznanski* (App. n° 25101/05), decisão de 3 de julho de 2007.

⁶⁵ *Epstein v. Bélgica* (App. n° 9717/05), sentença de 8 de janeiro de 2008.

⁶⁶ *Ernewein v. Alemanha* (App. n° 14849/08), decisão de 12 de maio de 2009.

⁶⁷ *Preussische Treuhand GmbH & Co KG a.A. v. Polónia* (App. n° 47550/06), decisão de 7 de outubro de 2008.

⁶⁸ *Preussische Treuhand GmbH & Co. KG a.A. v. Polónia* (App. n° 47550/06), decisão de 7 de outubro de 2008 em [57].

⁶⁹ *Zebrowski v. Polónia* (App. n° 34736/06), julgamento de 3 de novembro de 2011 em [65].

2. Limites *ratione temporis* à investigação de crimes históricos

A obrigação dos Estados de realizar investigações eficazes está bem estabelecida. No entanto, há limites para a jurisdição do Tribunal *ratione temporis* “em situações em que os fatos invocados na petição caíram parcialmente dentro e parcialmente fora do período relevante”,⁷⁰ que o Tribunal abordou pela primeira vez no caso *Blečić v. Croácia*.⁷¹

Dois outros casos importantes que tratam dessa questão são também o caso *Šilih v. Eslovênia*,⁷² de 2009, que se referia a uma ação de negligência médica movida pelos pais de uma criança, em 1993, e o caso *Janowiec v. Rússia*,⁷³ de 2003, que tratava do massacre de 21.000 prisioneiros de guerra poloneses na década de 1940. As perguntas são: as mesmas regras se aplicam a esses dois casos? Qual é a competência da Corte nessas duas instâncias?

Em *Šilih*, a Corte diferenciou entre violação “instantânea”, “contínua” e “substantiva continuada”. Nos casos em que o dano “ocorreu antes da data crítica”, a Corte sustentou que “somente os atos processuais e/ou omissões ocorridos após essa data podem ser abrangidos pela jurisdição temporal da Corte”.⁷⁴ Além disso, “deve haver uma conexão genuína entre a morte e a entrada em vigor da Convenção em relação ao Estado demandado para que as obrigações processuais impostas pelo Artigo 2 entrem em vigor”.⁷⁵

Em *Janowiec*, a Corte alterou os critérios estabelecidos em *Šilih* de três maneiras. Em primeiro lugar, a Corte afirmou que o lapso de tempo entre o fato gerador e a data crítica deve permanecer razoavelmente curto para que se cumpra o padrão de “conexão genuína”.⁷⁶ Em segundo lugar, embora não existam critérios legais pelos quais o limite absoluto do período possa ser definido, a Corte considerou que o período não deveria exceder 10 anos.⁷⁷ Além disso, uma “grande parte da investigação” deve ter ocorrido após a data crítica.⁷⁸ Ao restringir os critérios de *Šilih* dessa forma, a Corte não levou em consideração a possibilidade de que, por muitos anos antes da data crítica (e talvez até mesmo depois), o contexto no qual os eventos ocorreram não era favorável a uma investigação. A Corte não considera as situações em que seria impossível exigir uma

⁷⁰ *Šilih v. Eslovênia* [GC] (App. nº 71463/01), julgamento de 9 de abril de 2009 em [146].

⁷¹ *Blečić v. Croácia* [GC] (App. nº 59532/00), julgamento de 8 de março de 2006.

⁷² *Šilih v. Eslovênia* [GC] (App. nº 71463/01), julgamento de 9 de abril de 2009.

⁷³ *Janowiec v. Rússia* [GC] (App. nº 55508/07 e 29520/09), julgamento de 21 de outubro de 2013.

⁷⁴ *Šilih v. Eslovênia* [GC] (App. nº 71463/01), julgamento de 9 de abril de 2009 em [162].

⁷⁵ *Šilih v. Eslovênia* [GC] (App. nº 71463/01), julgamento de 9 de abril de 2009 em [162].

⁷⁶ *Janowiec v. Rússia* [GC] (App. nº 55508/07 e 29520/09), sentença de 21 de outubro de 2013 em [146].

⁷⁷ *Janowiec v. Rússia* [GC] (App. nº 55508/07 e 29520/09), sentença de 21 de outubro de 2013 em [146].

⁷⁸ *Janowiec v. Rússia* [GC] (App. nº 55508/07 e 29520/09), sentença 21 de outubro de 2013 em [148].

investigação. Isso significa que reclamações genuínas podem não ser ouvidas devido ao contexto adverso em que ocorreram. Além disso, é preocupante o fato de que muitas reclamações, especialmente as históricas, se desenvolveram exatamente nesse tipo de ambiente em que as investigações simplesmente não eram possíveis. A terceira maneira pela qual a Corte alterou os critérios estabelecidos em *Šilih* foi aceitando que os requisitos de proteção dos valores da Convenção podem exigir a aceitação de um prazo mais longo, mas simultaneamente fixando o prazo para a aplicação retroativa da Convenção em 4 de novembro de 1950 (a data em que a Convenção entrou em vigor).⁷⁹

Há vários problemas com a sentença de *Janowiec*. Por um lado, ela é, então, a obliteração involuntária da cláusula de Nuremberg consagrada no art. 7(2)? A própria Convenção se refere a atos anteriores à sua ratificação. E, em segundo lugar, como ela sobrevive à luz do caso *El Masri*, de 2012, em que a Corte estabeleceu um direito à verdade?⁸⁰ Ela leva ao estabelecimento de uma reforma *in pejus* pela Grande Câmara? Em última análise, em *Janowiec*, após a decisão da Câmara, os requerentes foram colocados em uma situação pior do que antes de levarem seu caso à Grande Câmara.

Introduzida em *Hackett v. Reino Unido*,⁸¹ aplicada em *Brecknell v. Reino Unido*,⁸² e posteriormente desenvolvida em *Janowiec*,⁸³ a Corte sustentou ainda que, embora não exista um direito absoluto de obter uma acusação, quando surge novo material que supostamente lança nova luz sobre as circunstâncias da investigação original, há uma obrigação nova e renovada de reabrir as investigações à luz do novo material. A obrigação processual de investigar não está vinculada a nenhum limite de tempo; ao contrário, ela está desvinculada do evento em questão. Em suma, a acusação não precisa obedecer a limites de tempo rigorosos, mas deve levar em conta novos fatos que possam surgir ao longo do caminho.⁸⁴

3. Imunidades como um obstáculo à justiça histórica

Se um requerente conseguir atender a todos os requisitos estabelecidos pela Corte, conforme discutido acima, ele também poderá ter que lidar com a questão das imunidades. A Corte tem sido muito deferente com as imunidades de funcionários de alto escalão com relação à responsabilidade do Estado e atos de indivíduos

⁷⁹ *Janowiec v. Rússia* [GC] (App. n° 55508/07 e 29520/09), sentença 21 de outubro de 2013 em [151].

⁸⁰ *El-Masri v. "Antiga República Iugoslava da Macedônia"* [GC] (App. n° 39630/09), sentença de 13 de dezembro de 2012 em [191].

⁸¹ *Hackett v. Reino Unido* (App. n° 34698/04), decisão de 10 de maio de 2005.

⁸² *Brecknell v. Reino Unido* (App. n° 32457/04), sentença de 27 de novembro de 2007 em [66]-[72].

⁸³ *Janowiec v. Rússia* [GC] (App. n° 55508/07 e 29520/09), sentença de 21 de outubro de 2013 em [144].

⁸⁴ *Hackett v. Reino Unido* (App. n° 34698/04), decisão de 10 de maio de 2005 em [72].

como representantes de Estados. Por exemplo, no caso *Al-Adsani v. Reino Unido*,⁸⁵ a Corte reafirmou o princípio de que o direito ao tribunal não é absoluto e que os Estados desfrutam de uma certa margem de apreciação ao regulamentar o direito de um indivíduo de acesso a um tribunal.⁸⁶ A Corte tem a decisão final sobre se tais limitações estão em conformidade com a Convenção e deve garantir “que as limitações aplicadas não restrinjam ou reduzam o acesso deixado ao indivíduo de tal forma ou em tal extensão que a própria essência do direito seja prejudicada”.⁸⁷ A Corte afirmou que a Convenção deve ser lida em harmonia com outras regras do direito internacional⁸⁸ e, portanto, “as medidas tomadas por uma Alta Parte Contratante que refletem as regras geralmente reconhecidas do direito internacional público sobre a imunidade do Estado não podem, em princípio, ser consideradas como impondo uma restrição desproporcional ao direito de acesso a um tribunal, conforme incorporado no Artigo 6, § 1”.⁸⁹ A Corte confirmou, portanto, que a imunidade do Estado prevalece sobre a reivindicação civil baseada em tortura de um requerente contra Estados estrangeiros.

Em *Kalogeropoulou v. Grécia e Alemanha*,⁹⁰ a Corte deu a entender que poderia estar disposta a abrir a porta para a possibilidade de que as reivindicações civis de tortura possam um dia prevalecer sobre as imunidades. No entanto, em *Jones v. Reino Unido*,⁹¹ a Corte observou que, em relação ao tema das imunidades, a CIJ havia concluído em *Alemanha v. Itália* que, de acordo com o direito internacional consuetudinário em vigor, um Estado *não* era privado de imunidade pelo fato de ser acusado de graves violações do direito internacional dos direitos humanos ou do direito internacional dos conflitos armados.⁹² A promessa de *Kalogeropoulou* ainda não estava pronta para ser cumprida.

Al-Adsani também abordou a imunidade *ratione materiae* e, usando o mesmo raciocínio, a Corte estendeu a imunidade a atos de funcionários públicos identificados no curso de seu serviço, de seus deveres oficiais ou em uma capacidade ou contexto oficial.⁹³ A pergunta natural que surge como resultado dessa decisão é: como a tortura, por exemplo, pode ser considerada um ato estatal? A prática estatal está em um estado

⁸⁵ *Al-Adsani v. Reino Unido* [GC] (App. nº 35763/97), sentença de 21 de novembro de 2001.

⁸⁶ *Al-Adsani v. Reino Unido* [GC] (App. nº 35763/97), sentença de 21 de novembro de 2001 em [53].

⁸⁷ *Al-Adsani v. Reino Unido* [GC] (App. nº 35763/97), sentença 21 de novembro de 2001 em [53].

⁸⁸ *Al-Adsani v. Reino Unido* [GC] (App. nº 35763/97), sentença de 21 de novembro de 2001 em [55].

⁸⁹ *Al-Adsani v. Reino Unido* [GC] (App. nº 35763/97), sentença de 21 de novembro de 2001 em [56].

⁹⁰ *Kalogeropoulou v. Grécia e Alemanha* (App. nº 59021/00), decisão de 12 de dezembro de 2002.

⁹¹ *Jones v. Reino Unido* (App. nº 34356/06 e 40528/06), sentença de 14 de janeiro de 2014.

⁹² Imunidades jurisdicionais do Estado, *Alemanha v. Itália*, Sentença, ICGJ 434 (ICJ 2012), 3 de fevereiro de 2012 em [198].

⁹³ *Al-Adsani v. Reino Unido* [GC] (App. nº 35763/97), sentença de 21 de novembro de 2001 em [61]-[67].

de fluxo? O que isso significa, como foi ilustrado em *Nait-Liman v. Suíça*, um caso decidido pela Corte em 2018, é que a Convenção não impõe jurisdição universal para reivindicações civis baseadas em tortura, e, se a tortura foi uma política de Estado, as imunidades podem barrar uma reivindicação civil contra o Estado.⁹⁴ Embora a Corte tenha reiterado o vislumbre de esperança apresentado em *Kalogeropoulou*, elogiando os Estados por facilitarem o acesso das vítimas de tortura aos tribunais e observando a natureza dinâmica da lei relevante, ela permaneceu deferente à margem de apreciação dos Estados.⁹⁵ Efetivamente, isso é uma negação de justiça ou acesso a um tribunal para um indivíduo que alega tortura.

C. Questões de natureza substantiva

1. Princípio da legalidade (*lex praevia*) e genocídio

No caso *Vasiliauskas v. Lituânia*,⁹⁶ os requerentes reclamaram, entre outras coisas, que sua condenação por genocídio não poderia ter sido prevista na época do assassinato de partidários lituanos. A Corte considerou que o termo genocídio não incluía um “grupo político”, como os partidários lituanos, portanto, os assassinatos perpetrados contra esse grupo não poderiam ter sido considerados genocídio.⁹⁷ O argumento de que os réus não poderiam saber que suas ações constituíam crimes é bem conhecido e frequentemente utilizado na jurisprudência da Corte.

Por exemplo, no caso *República Democrática da Alemanha*,⁹⁸ os soldados da República Democrática da Alemanha que atiraram e mataram pessoas que tentavam atravessar o muro de Berlim argumentaram que estavam cumprindo seu dever e não poderiam saber que suas ações constituíam um crime. Vale ressaltar que os soldados estacionados no Muro de Berlim haviam se voluntariado para o posto e, portanto, eram considerados especialmente confiáveis. Seus argumentos, embora comuns entre muitos réus, eram falhos por dois motivos principais: (1) atirar e matar um civil desarmado que tentava atravessar a fronteira já era um crime de acordo com a Constituição da República

⁹⁴ *Nait-Liman v. Suíça* [GC] (App. n° 51357/07), sentença de 15 de março de 2018 em [203].

⁹⁵ *Nait-Liman v. Suíça* [GC] (App. n° 51357/07), sentença de 15 de março de 2018 em [219]-[220].

⁹⁶ *Vasiliauskas v. Lituânia* [GC] (App. n° 35343/05), sentença de 20 de outubro de 2015.

⁹⁷ *Vasiliauskas v. Lituânia* [GC] (App. n° 35343/05), sentença de 20 de outubro de 2015 em [175].

⁹⁸ *Streletz, Kessler e Krenz v. Alemanha* [GC] (App. n° 34044/96, 35532/97 e 44801/98), sentença de 22 de março de 2001.

Democrática da Alemanha; e (2) a República Democrática da Alemanha tinha obrigações internacionais na época, incluindo a liberdade de movimento.⁹⁹

A maioria no caso *Vasiliauskas* alegou que não queria se aprofundar muito em uma investigação histórica. Eles se basearam no fato de que a autoridade nacional havia feito um trabalho ruim ao demonstrar que os partidários eram um grupo protegido.¹⁰⁰ Em uma opinião divergente, argumentou-se que estava claro que os partidários lituanos haviam sofrido e morrido porque faziam parte de um grupo que não era apenas político, mas também nacional. Tal grupo teria sido protegido pela definição de genocídio.¹⁰¹

2. Liberdade de expressão em relação a fatos históricos e abuso dos direitos da Convenção

A liberdade de expressão é garantida pela Convenção, mas tem sido usada para justificar ou proteger abusos de outros direitos da Convenção. Por exemplo, é possível falar sobre genocídio livremente? Um indivíduo cujos direitos são protegidos pela Convenção pode negar, glorificar ou banalizar livremente o genocídio? Essa pergunta tem sido respondida de forma diferente em nível nacional. A Corte ouviu vários casos sobre esse tópico e estabeleceu alguns princípios. Entretanto, a abordagem da Corte em relação ao art. 17 permanece obscura em geral e com relação a expressões relativas a assuntos históricos.

Nos primeiros anos da Convenção, os órgãos da Corte Europeia de Direitos Humanos ocasionalmente se referiram ao art. 17 relacionando ao comunismo e à ideologia neonazista.¹⁰² A Corte sustentou que o principal objetivo do art. 17 é proteger a Convenção de ser explorada por motivos totalitários.¹⁰³ A Corte considerou o art. 17 relevante para vários casos relativos a leis de memória, mas o considerou aplicável apenas em casos excepcionais e extremos.¹⁰⁴ Casos de negação do Holocausto têm sido frequentemente examinados diretamente ou em relação ao art. 17. No entanto, a Corte

⁹⁹ *Streletz, Kessler e Krenz v. Alemanha* [GC] (App. nº 34044/96, 35532/97 e 44801/98), sentença de 22 de março de 2001 em [73]-[75].

¹⁰⁰ *Vasiliauskas v. Lituânia* [GC] (App. nº 35343/05), sentença de 20 de outubro de 2015 em [185].

¹⁰¹ Ver opinião conjunta dissidente dos juizes Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque e Kuris em *Vasiliauskas v. Lituânia* [GC] (App. nº 35343/05), sentença de 20 de outubro de 2015.

¹⁰² Para uma visão geral, consulte P. de Morree, Rights e wrongs under the ECHR: the prohibition of abuse of rights in article 17 of the European Convention on Human Rights. *Intersentia*, p. 23-66, 2016.

¹⁰³ *Norwood v. Reino Unido* (App. nº 23131/03), sentença de 16 de novembro de 2004.

¹⁰⁴ *Paksas v. Lituânia* [GC] (App. nº 34932/04), sentença de 6 de janeiro de 2011 em [87].

adotou uma abordagem mais leve em relação a leis de memória relacionadas a antigos regimes comunistas.¹⁰⁵

Em *Lehideux e Isorni v. França*,¹⁰⁶ a Corte considerou que as declarações favoráveis feitas pelos requerentes em relação ao histórico de Philippe Pétain durante a Segunda Guerra Mundial não eram suficientes para justificar a condenação criminal dos requerentes por defenderem publicamente os crimes de colaboração. A Grande Câmara não considerou o art. 17 diretamente aplicável, mas optou por avaliar a conformidade com o art. 10 à luz desse artigo.¹⁰⁷ Isso porque a Corte considerou as declarações dos requerentes em relação à política de Pétain parte de um debate contínuo que não pertencia a uma categoria de fatos históricos claramente estabelecidos. O reconhecimento da “categoria de fatos históricos claramente estabelecidos” foi fundamental para a recusa da Corte em aplicar o art. 17; somente as declarações que negam e revisam tais fatos seriam desprovidas da proteção do art. 10.¹⁰⁸

Cinco anos após *Lehideux e Isorni*, o governo francês invocou com sucesso o art. 17 com relação à negação do Holocausto. Em *Garaudy v. França*, a Corte considerou o art. 17 aplicável e, posteriormente, declarou a aplicação incompatível *rationae materiae* de acordo com a Convenção.¹⁰⁹ Aplicando o princípio estabelecido em *Lehideux e Isorni*, a Corte considerou que um indivíduo não pode negar ou justificar genocídio ou crimes contra a humanidade se eles se tornaram um fato estabelecido, como o Holocausto. A Corte considerou que a “negação ou reescrita” de tal fato histórico prejudicaria a luta contra o racismo, constituindo “uma séria ameaça à ordem pública”.¹¹⁰ Dessa forma, isso equivaleria a um abuso de direito; assim, a imposição de penalidades criminais não levantaria nenhuma questão nos termos da Convenção.¹¹¹ Em suma, a negação do genocídio é um abuso da liberdade de expressão e os indivíduos não podem se esconder atrás do art. 10 para negar fatos históricos estabelecidos.

¹⁰⁵ Ver GLISZCZYNSKA-GRABIAS, A. Coping with the past in a multicultural Europe: the European Court of Human Rights on memory and law. In: GOZDECKA, D.; KMAK, M. (ed.). Europe at the edge of pluralism. *Intersentia*, p. 184-185, 2015.

¹⁰⁶ *Lehideux e Isorni v. França* [GC] (App. n° 24662/94), sentença de 23 de setembro de 1998 em [55]-[56].

¹⁰⁷ *Lehideux e Isorni v. França* [GC] (App. n° 24662/94), sentença de 23 de setembro de 1998 em [48].

¹⁰⁸ *Lehideux e Isorni v. França* [GC] (App. n° 24662/94), sentença de 23 de setembro de 1998 em [47].

¹⁰⁹ *Garaudy v. França* (App. n° 65831/01), decisão de 24 de junho de 2003.

¹¹⁰ *Garaudy v. França* (App. n° 65831/01), decisão de 24 de junho de 2003.

¹¹¹ *Garaudy v. França* (App. n° 65831/01), decisão de 24 de junho de 2003.

Depois de *Garaudy*, a Corte aplicou a regra do “fato histórico claramente estabelecido” para considerar o art. 17 aplicável em casos relativos à negação do Holocausto.¹¹² De acordo com essa regra, a Corte decidiu, no caso *Witzsch v. Alemanha* (nº 1), que expressões de desprezo pelas vítimas de um regime totalitário constituiriam um abuso dos direitos da Convenção nos termos do art. 17.¹¹³ A Corte recorreu à regra do “fato histórico claramente estabelecido” para avaliar a conformidade com o art. 10 em alguns casos não relacionados à negação do Holocausto.¹¹⁴ Essa regra é bastante significativa, uma vez que a Corte deixou claro que não arbitraria debates em torno de eventos históricos, ao mesmo tempo em que observou que o art. 10 protege o direito de buscar a verdade histórica.¹¹⁵ Dessa forma, a Corte fez uma distinção entre declarações relacionadas a fatos históricos claramente estabelecidos e aquelas relacionadas a debates em andamento. Em *Fatullayev v. Azerbaijão*, a Corte se recusou a aplicar o art. 17, pois considerou que os eventos em torno do massacre de Khojaly não eram “fatos históricos claramente estabelecidos, como o Holocausto”, mas “o assunto de um debate em andamento”.¹¹⁶ No entanto, a abordagem mais recente da Corte demonstra que a regra do “fato histórico claramente estabelecido” não é realmente tão decisiva.

Em *Perinçek v. Suíça*, a Corte avaliou se a condenação do requerente por suas expressões relativas à rejeição dos eventos de 1915, ocorridos no estado otomano, como genocídio. Ao avaliar a aplicabilidade do art. 17, a Grande Câmara não recorreu à regra do “fato histórico claramente estabelecido” ou se referiu a um “debate em andamento” em torno dos eventos de 1915; ela se absteve de abordar os fatos dos eventos. Em vez disso, a Grande Câmara considerou que a aplicabilidade do art. 17 girava em torno de “se as declarações do requerente buscavam incitar o ódio ou a violência e se, ao fazê-las, ele tentou se basear na Convenção para se envolver em uma atividade ou realizar atos destinados à destruição dos direitos e liberdades nela estabelecidos”.¹¹⁷ Notavelmente, a Corte se afastou de sua jurisprudência ao considerar que a criminalização da negação do Holocausto é, na verdade, justificada pelo contexto histórico, em vez do *status* do Holocausto como um fato histórico claramente estabelecido. A Grande Câmara considerou que os Estados relevantes (Áustria, Bélgica, Alemanha e França) haviam sofrido os

¹¹² *Witzsch v. Alemanha* (nº 1) (App. nº 41448/98), sentença de 20 de abril de 1999; *M'Bala M'Bala v. França* (App. nº 25239/13), decisão de 20 de outubro de 2015 em [36].

¹¹³ *Witzsch v. Alemanha* (nº 1) (App. nº 41448/98), sentença de 20 de abril de 1999.

¹¹⁴ *Chauvy v. França* (App. nº 64915/01), sentença de 29 de junho de 2004 em [69]; *Giniewski v. França* (App. nº 64016/00), sentença de 31 de janeiro de 2006 em [52].

¹¹⁵ *Chauvy v. França* (App. nº 64915/01), sentença de 29 de junho de 2004 em [69].

¹¹⁶ *Fatullayev v. Azerbaijão* (App. nº 40984/07), sentença de 22 de abril de 2010 em [81] e [87].

¹¹⁷ *Perinçek v. Suíça* [GC] (App. nº 27510/08), sentença de 15 de outubro de 2015 em [115].

horrores nazistas e, portanto, tinham uma “responsabilidade moral especial” de combater o antissemitismo, o que incluía a proibição da negação do Holocausto.¹¹⁸

A Grande Câmara procurou encontrar um equilíbrio entre o direito do requerente à liberdade de expressão, nos termos do art. 10, e os direitos dos armênios ao respeito por sua identidade étnica e à reputação de seus antepassados, nos termos do art. 8.¹¹⁹ À luz dos princípios acima mencionados, a Corte considerou a natureza das declarações do requerente, o contexto da interferência, a extensão em que as declarações afetaram os direitos dos armênios nos termos do art. 8, se havia um consenso entre os Estados-Membros sobre a criminalização de eventos históricos, a conformidade com o direito internacional, a avaliação dos tribunais nacionais e a gravidade da interferência. Dessa forma, a Corte considerou que as declarações do requerente eram de interesse público e não apelavam para “ódio ou intolerância”. Dada a falta de “tensão elevada” e “tons históricos especiais” do contexto das declarações, elas não afetaram a dignidade dos membros da comunidade armênia. Dessa forma, a condenação do requerente equivalia a uma censura por expressar uma opinião divergente e, portanto, não era necessária em uma sociedade democrática.¹²⁰

A Corte aprofundou essa mudança para se concentrar no contexto histórico da criminalização da negação do Holocausto e na aplicabilidade do art. 17 em *Pastörs v. Alemanha*.¹²¹ Dessa forma, para a Corte aplicar diretamente o art. 17 ou se referir a ele em seu exame nos termos do art. 10, seria necessária uma análise caso a caso e dependeria das condições específicas do caso.¹²² Embora a Corte tenha considerado o “desdém” do requerente em relação às vítimas do Holocausto como um fator a favor da incompatibilidade *rationae materiae* nos termos do art. 17, o *status* do requerente como membro eleito do Parlamento, bem como o fato de que o discurso foi proferido durante uma sessão parlamentar, exigiu o “escrutínio mais rigoroso”; portanto, o pedido seria examinado nos termos do art. 10.¹²³

A abordagem da Corte contrasta com os casos alemão¹²⁴ e canadense,¹²⁵ que sustentaram o contrário. Na Alemanha, por exemplo, o Tribunal Constitucional manteve

¹¹⁸ *Perinçek v. Suíça* [GC] (App. n° 27510/08), sentença de 15 de outubro de 2015 em [243].

¹¹⁹ *Perinçek v. Suíça* [GC] (App. n° 27510/08), sentença de 15 de outubro de 2015 em [228].

¹²⁰ *Perinçek v. Suíça* [GC] (App. n° 27510/08), sentença de 15 de outubro de 2015 em [280].

¹²¹ *Pastörs v. Alemanha* (App. n° 55225/14), sentença de 3 de outubro de 2019.

¹²² *Pastörs v. Alemanha* (App. n° 55225/14), sentença de 3 de outubro de 2019 em [37].

¹²³ *Pastörs v. Alemanha* (App. n° 55225/14), sentença de 3 de outubro de 2019 em [39].

¹²⁴ Ver as sentenças do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 13 de abril de 1994 (1 BvR 23/94 em [34]), 25 de março de 2008 (1 BvR 1753/03 em [43]), e 9 de novembro de 2011 (1 BvR 461/08 em [22]).

¹²⁵ Suprema Corte do Canadá, *R. v. Keegstra* (1996), 3 S.C.R. 667.

uma decisão que criminalizou declarações falsas sobre o campo de concentração de Auschwitz, considerando que um fato histórico estabelecido havia sido questionado.¹²⁶

Apesar dos casos em que os Estados foram autorizados a limitar a liberdade de expressão e impor penalidades criminais em determinados casos, a Corte concede aos Estados uma margem estreita de apreciação com relação a eventos trágicos na história da humanidade. Em *Vajnai v. Hungria* e *Fratanoló v. Hungria*, a Corte não considerou que uma condenação criminal pela simples exibição da estrela vermelha de cinco pontas fosse justificada, uma vez que não era suficiente para reviver um regime totalitário por si só.¹²⁷ Além disso, no exemplo ilustrativo de *Fáber v. Hungria*, a Corte considerou que um Estado tem permissão para limitar a liberdade de expressão somente quando for provável que ela leve a uma “ameaça clara ou perigo presente de violência”, incitando o ódio, perturbando a ordem pública ou impedindo o direito de reunião de outras pessoas.¹²⁸ A Suprema Corte dos Estados Unidos também adotou uma abordagem semelhante, restringindo a doutrina das “palavras de ordem”¹²⁹ e exigindo que o discurso só possa ser restringido quando “for direcionado para incitar ou produzir uma ação ilegal iminente e tiver a probabilidade de incitar ou produzir tal ação”.¹³⁰

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDHNU), por outro lado, tem tido uma abordagem contraditória em relação a essa questão. O CDHNU, em *Faurisson v. França* (1996), considerou que a Lei Gaysot, que torna crime negar o Holocausto, não viola o direito à liberdade de expressão.¹³¹ Em 2007, a Assembleia Geral da ONU aprovou uma resolução sobre a negação do Holocausto e instou os Estados Membros a “rejeitar qualquer negação do Holocausto como um evento histórico, total ou parcialmente, ou quaisquer atividades com esse fim”.¹³² Por isso, a Recomendação nº 35 de 2013, do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial,¹³³ o Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa sobre Crimes Cibernéticos¹³⁴ e a Decisão-Quadro da

¹²⁶ Tribunal Constitucional Alemão, decisão de 13 de abril de 1994, BvR 23/94.

¹²⁷ *Vajnai v. Hungria* (App. nº 33629/06), sentença de 8 de julho de 2008 em [54]-[55]; *Fratanoló v. Hungria* (App. nº 29459/10), sentença de 3 de novembro de 2011 em [26]-[27].

¹²⁸ *Fáber v. Hungria* (App. nº 40721/08), sentença de 24 de julho de 2012 em [44] e [56].

¹²⁹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568 (1942).

¹³⁰ *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444, 447 (1969).

¹³¹ *Robert Faurisson v. França*, Comunicação nº 550/1993, UN Doc.CCPR/C/58/D/550/1993 (1996), para. 10.

¹³² Assembleia Geral das Nações Unidas. Negação do Holocausto, 22 de março de 2007, A/RES/61/255, para. 2.

¹³³ Comitê da ONU para a Eliminação da Discriminação Racial, Recomendação Geral nº 35: Combate ao discurso de ódio racista, 26 de setembro de 2013, CERD/C/GC/35, para. 14.

¹³⁴ Protocolo Adicional à Convenção sobre Crimes Cibernéticos, relativo à criminalização de atos de natureza racista e xenofóbica cometidos por meio de sistemas de computador, art. 6.

União Europeia de 2008¹³⁵ exigem a criminalização da negação do genocídio. No entanto, o Comentário Geral nº 34 do CDHNU interpreta o precedente de forma a não equiparar a negação do genocídio e a defesa do ódio que incita a discriminação, hostilidade ou violência, criando uma dissonância dentro do Comitê.¹³⁶

3. Acesso a informações pessoais e históricas

Da mesma forma que o acesso a informações sobre o passado é fundamental para a identidade do indivíduo, ele também pode desempenhar um papel significativo nas sociedades em transição de regimes totalitários para democracias pluralistas. Na Resolução 1096 sobre *Medidas para desmantelar a herança dos antigos sistemas totalitários comunistas*, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa reconheceu essa necessidade e aconselhou que os Estados anteriormente governados por regimes comunistas abrissem seus arquivos de serviços secretos para exame público, bem como permitissem que todas as pessoas afetadas examinassem os arquivos mantidos sobre elas por esses serviços.¹³⁷ A Corte também tratou de alguns casos relevantes e estabeleceu princípios nos termos dos artigos 8 e 10.

A Corte reconheceu a preocupação dos ex-Estados soviéticos em evitar a repetição de experiências passadas e a legitimidade de medidas preventivas correspondentes contra pessoas que tenham se envolvido em atividades incompatíveis com a Convenção. No caso fundador de *Sidabras e Džiautas v. Lituânia*, embora reconhecendo a necessidade de impor restrições de emprego a ex-funcionários da KGB, a Corte ainda avaliou a proporcionalidade da proibição e considerou vários fatores, como a época da lei relevante, a natureza do emprego e as circunstâncias particulares dos indivíduos.¹³⁸ A passagem do tempo (desde a dissolução do antigo regime), embora não tenha sido considerada decisiva pela Corte neste caso,¹³⁹ é, no entanto, um fator significativo.¹⁴⁰

¹³⁵ Decisão do Conselho 2008/913/JHA de 28 de novembro de 2008 sobre o combate a certas formas e expressões de racismo e xenofobia por meio do direito penal, art. 1.

¹³⁶ Comitê de Direitos Humanos da ONU, Comentário Geral nº 34: Artigo 19: Liberdades de opinião e expressão, 12 de setembro de 2011, CCPR/C/GC/34, para. 49.

¹³⁷ Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Medidas para desmantelar a herança de antigos sistemas totalitários comunistas, Resolução 1096 (1996), para. 6.

¹³⁸ *Sidabras e Džiautas v. Lituânia* (App. nº 55480/00 e 59330/00), sentença de 27 de julho de 2004 em [60] e [69]-[70].

¹³⁹ *Sidabras e Džiautas v. Lituânia* (App. nº 55480/00 e 59330/00), sentença de 27 de julho de 2004 em [60].

¹⁴⁰ Ver, e.g. *Ivanovski v. "Antiga República Iugoslava da Macedônia"* (App. nº 29908/11), sentença de 21 de janeiro de 2016 em [185]; *Polyakh v. Ucrânia* (App. nº 58812/15, 53217/16, 59099/16 et al.), sentença de 17 de outubro de 2019 em [320].

Por exemplo, em *Sõro v. Estônia*,¹⁴¹ a Corte examinou a Lei de Divulgação que exigia a divulgação de indivíduos que tivessem, em qualquer capacidade, trabalhado para os serviços de segurança ou inteligência (ou seja, KGB) do regime comunista soviético. Além da natureza indiscriminada da publicação em termos de nível de envolvimento com esses serviços,¹⁴² o fato de que a divulgação continuou por vários anos, apesar da diminuição das ameaças apresentadas por ex-funcionários da KGB (no caso do requerente, 13 anos após a independência da Estônia) demonstrou que as medidas previstas pela Lei de Divulgação não eram compatíveis com o art. 8.¹⁴³

A Corte tem sido menos tolerante com as solicitações de acesso a informações quando as restrições de emprego não foram impostas por lei. Em *Brinks v. Países Baixos*,¹⁴⁴ o requerente viveu na Alemanha Oriental de 1987 a 1990 e suspeitava que o Serviço de Segurança Nacional dos Países Baixos o havia colocado sob vigilância durante esse período. O requerente, um acadêmico, também acreditava que seus colegas holandeses suspeitavam que ele era comunista e, conseqüentemente, ele não conseguiu encontrar um emprego quando retornou à Holanda. O Sr. Brinks conseguiu obter acesso às informações coletadas sobre ele pelo Serviço de Segurança Nacional, com exceção de um arquivo. Insatisfeito com o argumento do Estado de que as informações coletadas durante a Guerra Fria poderiam expor a operação desse serviço, ele alegou violações dos artigos 8 e 10, enfatizando que as informações relevantes estavam desatualizadas. A Corte considerou que os interesses de segurança nacional do Estado superavam o interesse do requerente em acessar (possíveis) informações pessoais mantidas sobre ele e declarou a petição manifestamente infundada nos termos do art. 35(3) da Convenção. Nesse caso, a Corte não considerou nenhum dos fatores estabelecidos em *Sidabras e Džiautas*.

Não obstante a conclusão da Corte em *Brinks*, a jurisprudência demonstra que a abordagem do acesso a informações pessoais em relação aos regimes comunistas é diferenciada. Em *Turek v. Eslovênia*, a Corte distinguiu os procedimentos de lustração das operações das agências de segurança. Reconhecendo que a limitação do acesso às informações relativas a estas últimas pode ser justificada, a Corte considerou que é muito menos justificável quando se trata de lustração.¹⁴⁵ Ao chegar a essa conclusão, a Corte observou que os procedimentos de lustração dependem do exame das operações das

¹⁴¹ *Sõro v. Estônia* (App. nº 22588/08), sentença de 3 de setembro de 2015.

¹⁴² *Sõro v. Estônia* (App. nº 22588/08), sentença de 3 de setembro de 2015 em [61].

¹⁴³ *Sõro v. Estônia* (App. nº 22588/08), sentença de 3 de setembro de 2015 em [62].

¹⁴⁴ *Brinks v. Holanda* (App. nº 9940/04), decisão de 5 de abril de 2005.

¹⁴⁵ *Turek v. Eslováquia* (App. nº 57986/00), sentença de 14 de fevereiro de 2006 em [115].

agências de segurança soviéticas, e negar esse acesso tornaria o processo efetivamente sem sentido. Dessa forma, a negação de acesso seria presumida como uma violação do art. 8º, a menos que um “interesse público contínuo e real” pudesse ser demonstrado em um caso específico.¹⁴⁶

O Tribunal reiterou essa posição diferenciada em casos semelhantes contra outros ex-Estados soviéticos.¹⁴⁷ Conforme dissemos, na opinião concorrente em *Sõro v. Estônia* e conforme adotado pelo Tribunal,¹⁴⁸ as garantias processuais sob a parte criminal do art. 6 são aplicáveis aos procedimentos de lustração.¹⁴⁹ Um ponto semelhante foi feito pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos nas diretrizes de 2006, que afirmam que os mecanismos de lustração “devem fornecer ... acesso a dados relevantes”.¹⁵⁰ Assim, os procedimentos de lustração que não fornecem acesso suficiente a materiais confidenciais relacionados ao caso de um indivíduo podem violar a lei de direitos humanos.¹⁵¹

Por fim, deve-se observar que, no caso *Kenedi v. Hungria*,¹⁵² um historiador havia solicitado acesso a informações sobre as atividades do Serviço de Segurança do Estado húngaro na década de 1960 para escrever um livro. Sua solicitação não foi totalmente atendida pelas autoridades. Embora a Corte tenha concluído que a recusa das autoridades não tinha base legal, ainda assim é significativo que tenha considerado o pedido admissível nos termos do art. 10,¹⁵³ o que pode abrir a porta para esforços de apuração da verdade em Estados com experiências totalitárias passadas.¹⁵⁴

¹⁴⁶ *Turek v. Eslováquia* (App. nº 57986/00), sentença de 14 de fevereiro de 2006 em [115].

¹⁴⁷ Ver opinião concomitante do juiz Pinto de Albuquerque em *Sõro v. Estônia* (App. nº 22588/08), sentença de 3 de setembro de 2015 em [10].

¹⁴⁸ *Matyjek v. Polônia* (App. nº 38184/03), decisão de 24 de abril de 2007; *Bobek v. Polônia* (App. nº 68761/01), decisão de 24 de outubro de 2006.

¹⁴⁹ Opinião concomitante do juiz Pinto de Albuquerque em *Sõro v. Estônia* (App. nº 22588/08), sentença de 3 de setembro de 2015 em [10].

¹⁵⁰ Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Ferramentas de Estado de Direito para Estados pós-conflito – verificação: uma estrutura operacional*, 2006. p. 26.

¹⁵¹ Opinião concomitante do juiz Pinto de Albuquerque em *Sõro v. Estônia* (App. nº 22588/08), sentença de 3 de setembro de 2015 em [10].

¹⁵² *Kenedi v. Hungria* (App. nº 31475/05), sentença de 26 de maio de 2009.

¹⁵³ *Kenedi v. Hungria* (App. nº 31475/05), sentença de 26 de maio de 2009 em [45].

¹⁵⁴ BUYSE, A. The truth, the past and the present. In: BUYSE, A.; HAMILTON, M. (ed.). *Transitional jurisprudence and the European Convention on Human Rights: justice, politics and rights*. Cambridge University Press, 2013. p. 147.

4. Anistias, perdões e a prescrição: obstáculos domésticos à justiça histórica

Se um requerimento sobreviver a todos os testes e desafios mencionados acima, o último obstáculo que ele deve superar é a presença de anistias e perdões. No caso ilustrativo referente a essa questão, o caso *Marguš v. Croácia*,¹⁵⁵ decidido em 2014, a Lei de Anistia se aplicava a assassinato, mas os indivíduos foram posteriormente condenados por crimes de guerra contra civis. A Corte decidiu que o princípio de *non bis in idem* não pode ser usado para cobrir as garantias dos arts. 2º e 3º. Além disso, afirmou que não pode haver impedimento temporal, anistia ou perdão que impeça um processo por tortura.¹⁵⁶ A Corte observou que “nenhum tratado internacional proíbe explicitamente a concessão de anistia em relação a graves violações de direitos humanos fundamentais”.¹⁵⁷ Além disso, a Corte enfatizou que deve haver uma coerência interna na Convenção, que deve ser lida e aplicada como um todo. Certos elementos não podem ser usados para encobrir violações graves da Convenção. As garantias previstas nos arts. 2 e 3 da Convenção e no art. 4 do Protocolo 7 devem ser lidas e interpretadas em conjunto.¹⁵⁸

A Corte seguiu um raciocínio semelhante ao que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sustentou em *Barrios Altos v. Peru*,¹⁵⁹ decidido por essa corte em 2001. Naquele caso, a Corte considerou que o Estado violou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao não processar membros do Exército peruano que realizaram assassinatos indiscriminados, em conformidade com um acordo de anistia. Entretanto, em um desvio dessa sentença, nos *Massacres de El Mozote v. El Salvador*,¹⁶⁰ a CIDH considerou que havia um direito à paz e à reconciliação. Esse é um desvio do caso *Barrios Altos*, abrindo espaço para anistias em alguns casos específicos.

¹⁵⁵ *Marguš v. Croácia* [GC] (App. nº 4455/10), sentença de 27 de maio de 2014.

¹⁵⁶ *Marguš v. Croácia* [GC] (App. nº 4455/10), sentença de 27 de maio de 2014 em [126].

¹⁵⁷ *Marguš v. Croácia* [GC] (App. nº 4455/10), sentença de 27 de maio de 2014 em [131].

¹⁵⁸ *Marguš v. Croácia* [GC] (App. nº 4455/10), sentença de 27 de maio de 2014 em [128].

¹⁵⁹ *Barrios Altos v. Peru* (mérito), sentença de 14 de março de 2001, Séries C nº 75. A Suprema Corte decidiu em [41]: “Todas as disposições de anistia, as disposições sobre prescrição e o estabelecimento de medidas destinadas a eliminar a responsabilidade são inadmissíveis, pois têm a intenção de impedir a investigação e a punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, como tortura, execução extrajudicial, sumária ou arbitrária e desaparecimento forçado, todos eles proibidos porque violam direitos não derogáveis reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos”.

¹⁶⁰ *Massacres of El Mozote and nearby places v. El Salvador* (méritos, reparações e custos), sentença de 25 de outubro de 2012, Séries C nº 252.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, por sua vez, proíbe o trânsito em julgado fraudulento.¹⁶¹ Isso significa que os indivíduos não podem ser julgados por crimes menores se puderem ser considerados culpados de crimes mais graves apenas para evitar uma condenação grave.

Outro obstáculo que os requerentes precisam superar antes de levar um caso à Suprema Corte é o estatuto da prescrição. A Corte permitiu que os Estados impusessem limitações ao prazo para levar um caso à Corte, mas também afirmou que um estatuto de prescrição não pode ser manipulado pelo Estado. Esse foi o caso em *Mocanu v. Romênia*,¹⁶² no qual o Estado requalificou um crime para aplicar um estatuto de limitações mais favorável.

A capacidade de punir criminalmente os crimes contra a humanidade sem qualquer limite de tempo pode ser considerada um princípio do direito internacional consuetudinário, obrigatório para todos os Estados, conforme estabelecido mais notavelmente no art. 29 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998). Essa disposição segue os princípios estabelecidos pela Convenção sobre a não Aplicabilidade de Limitações Legais a Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade, que entrou em vigor em 11 de novembro de 1970.

O Sr. Stoica, um dos requerentes, reclamou que os eventos ocorridos em Bucareste em 1990 faziam parte de uma conspiração do governo e constituíam crimes contra a humanidade. Posteriormente aos atos em questão, o governo reclassificou os atos dos quais o Sr. Stoica se queixou como “tratamento desumano”, em vez de “crimes contra a humanidade”. Os crimes de tratamento desumano, ao contrário dos crimes contra a humanidade, prescrevem e, portanto, podem ser excluídos da jurisdição da Corte se não forem apresentados dentro do período de tempo designado. Essa medida foi evidentemente favorável ao regime e prejudicial ao requerente que havia sofrido os maus-tratos. Por fim, citando o caso *Abdülşamet Yaman v. Turquia*, de 2009,¹⁶³ a Corte sustentou que, em casos relativos a tortura ou maus-tratos infligidos por agentes do Estado, os processos criminais não devem ser interrompidos por causa de um prazo de prescrição, e também que anistias e perdões não devem ser tolerados em tais casos. Além disso, a Corte não pode aceitar prazos de prescrição inflexíveis que não admitam exceções.¹⁶⁴

¹⁶¹ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, art. 20(3)(a).

¹⁶² *Mocanu v. Romênia* [GC] (App. n° 10865/09, 45886/07 e 32431/08), sentença de 17 de setembro de 2014.

¹⁶³ *Abdülşamet Yaman v. Turquia* (App. n° 32446/96), sentença de 2 de novembro de 2004.

¹⁶⁴ *Abdülşamet Yaman v. Turquia* (App. n° 32446/96), sentença de 2 de novembro de 2004 em [326].

D. Conclusão

A interpretação evolutiva da Convenção pela Corte não permitiu muito espaço para que a história desempenhasse um papel na jurisprudência da Corte. No entanto, apesar de tratar a Convenção como um “documento vivo”, levando em conta os desenvolvimentos no mundo e o contexto atual, a história tem desempenhado um papel fundamental em muitos dos casos importantes da Corte, tanto ao lidar com reclamações que afirmam crimes históricos, quanto ao recorrer com frequência a documentos históricos, como os trabalhos preparatórios, para esclarecer inconsistências ou incertezas na interpretação da Convenção. Tradicionalmente, o material histórico tem sido de valor limitado para a Corte, mas, como ficou evidente no *Magyar Helsinki Bizottság*, alguns casos divergentes mostram que a Corte está mais disposta a consultar os trabalhos preparatórios quando o significado ou a aplicação de uma disposição não estão claros. Quanto aos requerentes individuais que apresentam reivindicações históricas à Corte, eles enfrentam um número quase insuperável de desafios substantivos e processuais. A Corte tem sido cautelosa ao estender sua jurisdição para ouvir reclamações que afirmam crimes históricos e o fez apenas em algumas ocasiões. O que os casos discutidos acima demonstraram, no entanto, é que a Corte não pode ignorar o impacto que a história teve sobre a forma como interpreta e aplica a Convenção e sobre as queixas apresentadas pelos requerentes perante a Corte. O impacto da história é evidente e significativo, e continuará a moldar a jurisprudência da Corte.

Autor convidado.

Recebido em: 21.06.2023

EDUCAÇÃO ESCOLAR DE QUALIDADE NO BRASIL: DIAGNÓSTICOS À LUZ DOS RESULTADOS DO PISA 2018*

Carolina Alves de Souza Lima

Livre-docente em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Doutora, Mestra e Graduada em Direito pela PUC/SP. Professora de Direitos Humanos da Graduação e da Pós-Graduação da PUC/SP.
Endereço eletrônico: souzalimacarolina@terra.com.br

Ana Beatriz Ribeiro David Valery Mirra

Mestra e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Endereço eletrônico: anabeatrizmirra@gmail.com

Felipe Labruna

Doutorando, Mestre e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Ciência Política pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP) e em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Endereço eletrônico: fe.labruna@gmail.com

RESUMO: O direito à educação escolar é o direito humano que deve ser conferido a todos os seres humanos, universalmente, para se beneficiarem do ensino escolar de qualidade. O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos está comprometido com a proteção e a garantia da educação de qualidade para todos. O Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa), idealizado e criado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tem sido um importante programa para mensurar a qualidade da educação dos países participantes. O Brasil participa da avaliação desde o seu início, em 2000. O objetivo do presente artigo é analisar os resultados alcançados pelo Brasil no Pisa 2018 (última avaliação publicada), com o fito de verificar qual era o quadro da qualidade escolar no país à época, de modo a contribuir para futuras avaliações acerca da educação nacional, especialmente na faixa etária avaliada. A metodologia de pesquisa se baseia tanto na abordagem qualitativa quanto na quantitativa.

A primeira se vale do método dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e documental, com análise de fontes normativas. Na abordagem quantitativa se analisam os resultados do exame Pisa 2018 em relação aos estudantes brasileiros. Conclui-se que, mesmo diante de certos avanços, o Brasil ainda ostenta posição baixíssima no *ranking* internacional do Pisa, o que coloca educadores, Estado, sociedade e famílias em alerta ante os desafios que se apresentam para consolidar a educação escolar de qualidade no país.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Direito à educação escolar. Exame PISA. Educação de qualidade. Cidadania.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O direito à educação escolar de qualidade. 2. As avaliações de competências educacionais básicas no Brasil: Ideb e Pisa. 3. Desempenho do Brasil no Pisa. 4. Considerações sobre o letramento em leitura do discente brasileiro. Considerações finais. Referências.

Introdução

O direito à educação escolar é o direito humano que deve ser conferido a todos os seres humanos, universalmente, para se beneficiarem do ensino escolar de qualidade, de preferência na escola pública, e que satisfaça suas necessidades básicas de aprendizagem, de modo que possam desenvolver seus talentos, capacidades e singularidades, conquistar autonomia nos diversos campos da vida, assim como contribuir com as transformações necessárias em suas comunidades e sociedades (UNESCO, 1990; Cúpula Mundial de Educação, 2000).

O direito à educação de qualidade para todos é um compromisso do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, que vem se afirmando cada vez mais nas últimas décadas e será brevemente apresentado no presente estudo. Enfrenta inúmeros desafios, mas, inevitavelmente, são crianças e jovens mais vulneráveis e carentes os que menos têm referido direito efetivado, sobretudo nos países pobres e em desenvolvimento.

O Brasil, além de país continental, é marcado por profundas desigualdades sociais e econômicas, o que dificulta sobremaneira garantir educação escolar de qualidade para todos. Entre avanços e retrocessos, o país caminha e, não obstante, ainda precisa avançar sobremaneira. Nas últimas três décadas, foram conquistados alguns importantes progressos na educação escolar, mas que não são objeto de análise específica do presente estudo.

Entre os avanços no campo do diagnóstico da realidade educacional brasileira, o maior engajamento do país no cenário internacional possibilita a participação no Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa), idealizado e criado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Trata-se de exame internacional aplicado a cada três anos para alunos de 15 anos dos países membros e parceiros da OCDE – como é o caso do Brasil –, com o intuito de avaliar o desempenho dos estudantes nas áreas de leitura, matemática e ciências (OCDE, 2019). O objetivo é, com base nos dados extraídos dos resultados obtidos nas avaliações, produzir diagnósticos atuais acerca da qualidade do ensino ministrado em cada país, de modo a melhor orientar a elaboração e a execução das políticas educacionais públicas e privadas em todo e qualquer país interessado (Lima, 2019).

Nesse sentido, o Pisa tem sido importante referencial externo para apresentar diagnóstico de parte da realidade educacional brasileira, uma vez que o Brasil participa da avaliação desde o seu início, em 2000. O exame colabora para apontar as deficiências no sistema educacional, em particular dos alunos da faixa etária avaliados (15 anos de idade), e para mostrar possibilidades de aperfeiçoamento do sistema, seja pelo diagnóstico do respectivo país, seja pelo diagnóstico dos outros países, o que possibilita troca intensa, produtiva e criativa ao encontro das melhores possibilidades educacionais.

A cada edição do Pisa, uma das competências avaliadas é enfatizada. Na sua última edição, realizada no ano de 2018, a principal habilidade avaliada foi a leitura (OCDE, 2019). A próxima edição, inicialmente agendada para 2021, posteriormente adiada para 2022, em razão da pandemia de Covid-19, terá a matemática como principal domínio avaliado. O resultado sairá em dezembro de 2023.

Considerando a proximidade da publicação dos resultados do Pisa 2022, do qual o Brasil participou, torna-se fundamental avaliar o desempenho dos estudantes brasileiros no exame realizado em 2018. Afinal, dado que muito possivelmente a próxima edição do Pisa refletirá os impactos que a pandemia provocou no acesso dos estudantes ao ensino escolar, é necessário saber qual era a situação da educação no país no período que a antecedeu, a fim de que, quando da divulgação do Pisa 2022, se possam identificar os resultados que de fato refletem as consequências da pandemia e os efeitos esperados das políticas públicas educacionais que já vinham sendo executadas.

Bem por isso, o objetivo do presente artigo é analisar os resultados alcançados pelo Brasil no Pisa 2018, com o fito de verificar qual era o quadro da qualidade escolar no país à época, de modo a contribuir para futuras avaliações acerca da educação nacional, especialmente na faixa etária avaliada.

Para tanto, primeiro será verificado no que consiste o ensino de qualidade, à luz dos parâmetros internacionais. Nesse sentido, e tendo em vista que o Pisa é uma avaliação internacional de caráter global, extrairemos os parâmetros de qualidade educacional de documentos internacionais sobre o assunto no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos. Em seguida, serão apresentados os mecanismos de avaliação da educação aos quais o Brasil se submete e o funcionamento do Pisa.

Na sequência, serão apresentados os resultados obtidos pelos estudantes brasileiros nas três competências básicas, com especial atenção para a habilidade de leitura, principal domínio avaliado em 2018.

Por fim, traçaremos algumas considerações a respeito desses resultados, apontando a necessidade de melhorias, sobretudo nos campos da matemática e das ciências, nos quais o Brasil não atingiu o padrão mínimo esperado, e na qualidade do ensino ministrado nas escolas públicas municipais e estaduais, que obtiveram os piores índices no Pisa 2018.

A metodologia de pesquisa se baseia tanto na abordagem qualitativa quanto na quantitativa. A primeira se vale do método dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e documental, com análise de fontes normativas. Na abordagem quantitativa se analisam os resultados do exame Pisa 2018 em relação aos estudantes brasileiros.

1. O direito à educação escolar de qualidade

A educação é um bem jurídico fundamental, reconhecida e tutelada como direito humano titularizado por todos os seres humanos, cuja concretização é indispensável ao exercício da cidadania e, bem assim, à materialização do respeito à dignidade da pessoa humana (Lima, 2019). Trata-se da maior e mais importante ferramenta para o desenvolvimento humano (Lima, 2019, p. 147), e deve, por isso, ser implementada no campo da educação escolar em conformidade com os ditames constitucionais e internacionais, que orientam a República Federativa do Brasil.

Concebida como o conjunto de processos formativos vividos por todos os seres humanos ao longo da vida, a educação abarca não apenas as formações vivenciadas pelos indivíduos no âmbito escolar, mas também aquelas havidas no ambiente familiar, no trabalho, nos movimentos sociais e nas organizações da sociedade civil (Lima; Mirra; Souza, 2022). No entanto, a análise do direito à educação, proposta pelo presente estudo, refere-se à tutela jurídica conferida especificamente ao processo formativo de natureza escolar, desenvolvido em instituições próprias de ensino, organizado e regulamentado pelo Estado (Lima; Mirra; Souza, 2022).

A tutela jurídica atualmente conferida à educação exige que os processos formativos escolares sejam orientados por uma série de princípios, entre os quais o princípio do ensino de qualidade – como reconhece, expressamente, a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 206, VII.

Muito embora inexista um documento normativo que defina expressamente no que consiste a educação de qualidade, diversos instrumentos internacionais, em especial no sistema global de proteção dos direitos humanos, indicam elementos configuradores da qualidade do ensino escolar. Há, também, rica produção doutrinária nacional e internacional – nos campos da pedagogia, filosofia, psicologia e psicanálise –

que se dedica a investigar a educação de qualidade, mas que não é objeto do presente estudo.

No campo normativo internacional, a Declaração Mundial sobre Educação para Todos, conhecida como Declaração de Jomtien, de 1990, aponta a qualidade do ensino escolar como um aspecto que compõe o direito à educação e deve ser necessariamente observado pelos Estados no processo de sua implementação. De acordo com o artigo 3, itens 1 e 2, do documento, a melhoria da qualidade do ensino deve ser prioridade, na medida em que é pressuposto para que a educação básica se torne de fato equitativa (UNESCO, 1990).

Em seu parágrafo 20, a Declaração de Jomtien determina que, para alcançar a educação de qualidade, os Estados devem (i) garantir que o ensino escolar possua correspondência com as necessidades, os interesses e os problemas dos alunos, (ii) vincular as competências básicas, isto é, a alfabetização, as habilidades matemáticas e os conceitos científicos, aos interesses e às experiências dos educandos, e (iii) estimular a abordagem de questões como a proteção ambiental, o equilíbrio necessário na relação entre população e recursos, a redução da propagação de HIV/Aids e a prevenção ao consumo de drogas em ambiente escolar (UNESCO, 1990).

Nesse sentido, verifica-se que, de acordo com a Declaração em foco, ensino de qualidade é aquele no qual o contato dos alunos com o conteúdo escolar é feito de modo contextualizado e alinhado com seus interesses, suas demandas, necessidades e experiências, bem como com as questões mais importantes para a humanidade de modo geral, como as questões ambientais, econômicas e de saúde global.

Cabe apontar que os dados da educação no mundo na década de 1990 eram alarmantes em todos os sentidos, desde a falta de acesso ao direito à educação escolar, passando pela evasão escolar, falta de estrutura administrativa e pedagógica até a baixa qualidade da educação oferecida. Segundo dados da época, apresentados na própria Declaração de Jomtien:

mais de 100 milhões de crianças, das quais pelo menos 60 milhões são meninas, não têm acesso ao ensino primário; mais de 960 milhões de adultos – dois terços dos quais mulheres são analfabetos, e o analfabetismo funcional é um problema significativo em todos os países industrializados ou em desenvolvimento; mais de um terço dos adultos do mundo não têm acesso ao conhecimento impresso, às novas habilidades e tecnologias, que poderiam melhorar a qualidade de vida e ajudá-los a perceber e a adaptar-se às mudanças sociais e culturais; e mais de 100 milhões de crianças e incontáveis adultos não conseguem concluir o ciclo básico, e outros milhões, apesar de concluí-lo, não conseguem adquirir conhecimentos e habilidades essenciais (UNESCO, 1990).

Na década seguinte, no ano 2000, por ocasião da Cúpula Mundial de Educação, foi elaborada a Declaração de Dakar. Além de reiterar o teor da Declaração de Jomtien, a Declaração de Dakar, em seu item 6, reconheceu na educação uma ferramenta-chave para realizar o desenvolvimento sustentável, bem como para assegurar a paz e a estabilidade política nos países. Bem por isso, em seu item 11.VI, a Declaração de 2000 incluiu como uma de suas metas a realização de avaliações periódicas para monitorar a implementação da educação no mundo (Cúpula Mundial de Educação, 2000). No mesmo ano, como será analisado, foi realizada a primeira edição do Pisa.

Os dados da educação no mundo, de acordo com a Declaração de Dakar, demonstravam progresso significativo em muitos países. Todavia, afirma o próprio documento:

Mas é inaceitável que no ano 2000, mais de 113 milhões de crianças continuem sem acesso ao ensino primário, que 880 milhões de adultos sejam analfabetos, que a discriminação de gênero continue a permear os sistemas educacionais e que a qualidade da aprendizagem e da aquisição de valores e habilidades humanas não satisfaçam as aspirações e necessidades de indivíduos e das sociedades. Nega-se aos jovens e adultos o acesso às técnicas e conhecimentos necessários para encontrar emprego remunerado e participar plenamente da sociedade. Sem um progresso acelerado na direção de uma Educação para Todos, as metas nacionais e internacionais acordadas para a redução da pobreza não serão alcançadas e as desigualdades entre as nações e dentro de cada sociedade se ampliarão (Cúpula Mundial de Educação, 2000).

Outro instrumento internacional que traz elementos a serem considerados para configurar a educação de qualidade é a agenda “Transformando nosso mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Elaborada por todos os países membros da ONU em 2015, durante a 70ª Assembleia Geral das Nações Unidas, em um contexto de agravamento do estado de emergência climática, referida agenda consistiu na assunção de compromisso global com o adimplemento de 169 metas, distribuídas em 19 grandes objetivos, denominados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), a serem alcançados até 2030, como forma de acelerar a efetiva implementação do desenvolvimento sustentável em todo o globo (ONU, 2015; Sá, 2018).

O ODS de número 4, intitulado “Educação de Qualidade”, parte da premissa fixada pela Declaração de Dakar de que a educação é ferramenta essencial do desenvolvimento sustentável. Impõe, ainda, uma série de metas no campo educacional, as quais, se adimplidas, culminarão na efetiva viabilização de um ensino escolar de qualidade para todos.

O objetivo 4 pressupõe: “Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos”. O primeiro ponto refere-se à educação de qualidade para todos e ao longo da vida. Não

obstante a educação infantil e fundamental serem a base da educação, o processo de aprendizagem e renovação deve acontecer ao longo de toda a vida.

O direito à educação deve ser garantido, segundo a referida ODS, até 2030, a todos meninos e meninas para que completem o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, e que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes. Deve-se também: “garantir que todos as meninas e meninos tenham acesso a um desenvolvimento de qualidade na primeira infância, cuidados e educação pré-escolar, de modo que eles estejam prontos para o ensino primário”. A educação de qualidade deve ser igualmente assegurada para todos os homens e mulheres na educação técnica, profissional e superior, a preços acessíveis (ONU, 2015, *on-line*).

O compromisso ainda engloba “aumentar substancialmente o número de jovens e adultos que tenham habilidades relevantes, inclusive competências técnicas e profissionais, para emprego, trabalho decente e empreendedorismo”. É preciso também garantir a educação de qualidade aos mais vulneráveis. Por isso, a referida ODS preceitua que até 2030 devem ser eliminadas “as disparidades de gênero na educação e garantir a igualdade de acesso a todos os níveis de educação e formação profissional para os mais vulneráveis, incluindo as pessoas com deficiência, povos indígenas e as crianças em situação de vulnerabilidade”. A educação de qualidade pressupõe ainda o conhecimento básico de matemática, essencial para as demandas e os desafios do cotidiano (ONU, 2015, *on-line*).

Ademais, a educação de qualidade trabalha com a perspectiva da cidadania global e, por isso, com a criação e o aprimoramento de habilidades que promovam o desenvolvimento sustentável, a tutela dos direitos humanos de forma ampla, o respeito à igualdade de gênero, a promoção da cultura de paz e a valorização da diversidade cultural. Ao lado da qualidade da educação, faz-se imprescindível, para sua concretização, construir e melhorar as instalações físicas dos ambientes escolares, atendendo as necessidades e sensibilidades de todas as crianças, e proporcionando ambientes de aprendizagem seguros, não violentos, inclusivos e acolhedores para todos.

De mais a mais, a essência da educação escolar de qualidade pressupõe necessariamente que haja profissionais da educação com formação de excelência e constante atualização acadêmica e prática. Dessa forma, a ODS não poderia deixar de estabelecer o compromisso com esse objetivo, “inclusive por meio da cooperação internacional para a formação de professores, nos países em desenvolvimento, especialmente os países menos desenvolvidos e pequenos Estados insulares em desenvolvimento” (ONU, 2015, *on-line*).

O ODS 4, como se pode observar, traça metas relativas a dois aspectos afetos à implementação do direito à educação escolar, quais sejam, o acesso equitativo aos bancos escolares e a qualidade do ensino em todos os níveis de aprendizagem. Observa-se que a atual concepção de educação de qualidade não destoa daquela enunciada em 1990

pela Declaração de Jomtien, e consiste, ao que tudo indica, na ampliação da definição por ela inaugurada.

Além de reforçar a importância de garantir aos estudantes alfabetização e conhecimentos básicos de matemática e de conscientizá-los para a relevância do desenvolvimento sustentável – todos os pontos que já haviam sido mencionados pela Declaração de Jomtien –, o ODS 4 acrescenta à educação de qualidade os elementos (i) da viabilização do desenvolvimento de habilidades relevantes para a futura inserção dos alunos nos mercados de trabalho e empreendedorismo – o que passa, certamente, pelo ensino contextualizado, mencionado na Declaração de 1990 –, (ii) do fornecimento aos alunos de conhecimentos relativos aos direitos humanos, igualdade de gênero, cultura de paz e não violência, e (iii) da existência de espaços apropriados ao ensino e adaptados às deficiências e ao gênero dos estudantes (ONU, 2015).

Também em 2015, e posteriormente à 70ª Assembleia Geral da ONU, foi realizado o Fórum Mundial da Educação, que culminou na Declaração de Incheon, intitulada “Rumo a 2030: uma nova visão para a educação”. Nesse documento, que teve como principal impulsionador o ODS 4, a educação de qualidade é definida como o processo formativo que

promove criatividade e conhecimento e também assegura a aquisição de habilidades básicas em alfabetização e matemática, bem como habilidades analíticas e de resolução de problemas, habilidades de alto nível cognitivo e habilidades interpessoais e sociais. Além disso, ela desenvolve habilidades, valores e atitudes que permitem aos cidadãos levar vidas saudáveis e plenas, tomar decisões conscientes e responder a desafios locais e globais por meio da educação para o desenvolvimento sustentável (EDS) e da educação para a cidadania global (Fórum Mundial da Educação, 2015, p. iv).

Concebe-se, por isso, a educação de qualidade como sendo aquela que fornece “subsídios à população para exercer a cidadania de forma ampla, entender o meio em que vive e se relacionar de forma sustentável com o ambiente” (Sá, 2018, p. 67) e contribui para a formação de cidadãos livres, dotados de espírito crítico, e capazes de intervir na vida cívica, em conformidade com suas responsabilidades sociais (Lima, 2019).

Os subsídios que caracterizam a educação de qualidade devem ser fornecidos pelos estabelecimentos escolares, principalmente nas atividades que se direcionam ao desenvolvimento das três competências básicas mencionadas pela Declaração de Jomtien, quais sejam, a alfabetização, as habilidades matemáticas, e o conhecimento acerca de conceitos científicos. É por meio do aprendizado contextualizado dessas competências que os educandos devem ser apresentados ao desenvolvimento sustentável, aos direitos humanos e igualdade de gênero, à cultura da paz e ao espírito crítico e reflexivo.

Ante a relevância da qualidade do ensino para a concretização do direito à educação e a relação direta entre altos índices de educação de qualidade e Estados desenvolvidos, com economia forte e regime democrático, a OCDE criou o mencionado exame internacional periódico, o Pisa, para monitorar a qualidade do ensino escolar ministrado nos países partes e parceiros da organização. Ao fazê-lo, elegeu como eixos centrais do exame justamente a leitura, a matemática e as ciências, o que permite avaliar o desempenho dos estudantes nas competências básicas, produzir indicadores da qualidade da educação em cada país avaliado e, assim, verificar o estágio atual da concretização do direito à educação, bem como da materialização da cidadania.

As avaliações do Pisa devem ser consideradas importante contribuição para o aprimoramento da educação escolar no mundo e no Brasil. Não é o único programa, nem o mais completo, porquanto seu alcance, de acordo com seus propósitos, é restrito, no sentido de que a avaliação ocorre a cada três anos e avalia jovens em torno dos 15 anos, no respectivo período escolar. Por isso, não se trata de avaliação ampla dos sistemas escolares dos países participantes. Todavia, mesmo com a configuração estabelecida, vem contribuindo substancialmente para melhorar a qualidade da educação, tanto dos países participantes, quanto dos que se valem dos resultados apresentados, porquanto segue rigorosos critérios de análise e avaliação.

2. As avaliações de competências educacionais básicas no Brasil: Ideb e Pisa

Ao longo da história do Brasil, a educação nunca foi, por parte das elites e do Estado, um objetivo maior de formação e avanço da sociedade brasileira, em prol de um país livre e desenvolvido. Ao contrário, a mentalidade que esteve presente, desde o período colonial e às sombras da escravidão, era pela manutenção da ignorância e da subserviência.

Caminhamos a passos lentos, muitas vezes estagnamos, e entre avanços e retrocessos, ainda temos no século 21 um sistema educacional nacional muito precário. No entanto, entre os avanços normativos, a Constituição de 1988 é um marco e dedica um capítulo exclusivamente à educação, cultura e desporto. A partir da promulgação da Lei Maior foram elaboradas, e ainda são, leis infraconstitucionais regulamentando a educação em todos os planos, seja o municipal, o estadual, o distrital e o nacional.

Não obstante os avanços legais, que merecem reconhecimento e reivindicação constante da sociedade, o país, de dimensões continentais, ainda é marcado por profundas desigualdades sociais e econômicas e por todas as consequências que se refletem diretamente no acesso à própria educação escolar e a esta com qualidade.

Da perspectiva dos avanços e com a análise do século 21, cabe destacar o Plano Nacional de Educação (PNE). Tal plano estabelece os passos a serem dados para

o alcance dos objetivos da Agenda 2030 da ONU e para a melhoria da qualidade da educação no país. Na expectativa de avaliar a qualidade do ensino e medir o nível de aprendizagem dos estudantes em competências e habilidades primordiais, como as disciplinas de português e matemática, empregam-se como instrumentos os indicadores de desempenho da educação básica, como o Pisa, que é uma referência internacional, e o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb), que é um indicador nacional, conforme prescreve a Lei n. 13.005/2014, que aprovou o Plano Nacional de Educação atual (PNE em Movimento, 2022).

A atenção à qualidade escolar básica nacional, cujas mostras de aprendizagem apontavam para a necessidade premente de remodelações educacionais no começo dos anos 2000, fez com que o Ministério da Educação (MEC) impulsionasse em 2007 o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE). Referido Plano refere-se a uma mescla de programas que possuem como finalidade precípua o avanço da qualidade educacional brasileira, em todos os seus níveis. O Ideb busca medir a qualidade do ensino nacional e serve para traçar novas metas para as escolas, a fim de se equiparar com as médias dos países desenvolvidos.

Em atendimento aos anseios do Plano de Desenvolvimento da Educação (EDE), foi então definido, por meio do Decreto n. 6.094/2007, um “Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação”, em que a União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios puderam atuar a favor do progresso educacional brasileiro, tendo como instrumento de verificação do cumprimento de suas metas o Ideb. Este é uma referência usada na mensuração da qualidade educacional que combina o desempenho dos discentes no Sistema de Avaliação da Educação Básica (Saeb) com parâmetros de fluxo escolar (promoção, retenção e evasão), colhidos pelo Censo Escolar.

Nesses 15 anos de criação, diversas pesquisas foram produzidas e debatidas, considerando o Ideb como o principal instrumento de mensuração da qualidade da educação básica brasileira (Soares; Andrade Soares; Santos, 2020). De acordo com Rodrigo Travitzi:

O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) é hoje o único indicador nacional de qualidade escolar desenhado como tal, tendo em vista que o “Enem por escola” (a média da escola no Exame Nacional do Ensino Médio) apresenta diversas limitações metodológicas [...] o Ideb inclui tanto provas quanto taxa de aprovação porque a ideia é evitar que as escolas promovam exclusão de certos alunos para garantir boas notas nas provas. A criação do Ideb foi possível devido a avanços anteriores na coleta de dados educacionais no Brasil, com a consolidação do Sistema de Avaliação da Educação Básica (Saeb) e do Censo Escolar.

O criador da metodologia do Ideb, Reynaldo Fernandes, considera que o indicador contribui para a construção de um modelo brasileiro de Educação Básica ancorado em três princípios: 1) descentralização na oferta dos serviços educacionais; 2) critérios de financiamento definidos pela Federação; 3) avaliação centralizada [...] (2020, p. 500-501).

O Ideb tem influência direta na regulação dos resultados dos discentes, mas também nas ações dos demais atores escolares, afinal intervém nos processos organizativos dos estabelecimentos de ensino, inclusive em suas composições curriculares e no delineamento da gestão. Com isso, propagou-se pelo país a regulação por resultados, desde as mais longínquas cidades até as grandes capitais: as políticas educacionais passaram a fixar objetivos e a mediar seu alcance com as escolas. Instaurou-se, assim, a contratualização entre estabelecimentos de ensino e secretarias, sendo as médias do Ideb os objetivos a serem cumpridos.

A repercussão que o Ideb passou a ter sobre a delimitação das políticas públicas de educação, transitando por todos os níveis, do Ministério da Educação à direção da escola, é algo percebido como uma propensão internacional que se perpetra com o exame de desempenho escolar básico denominado Pisa (Villani; Oliveira, 2018).

O Programa Internacional de Avaliação de Alunos (Pisa) gera indicadores da qualidade do ensino, por meio de exames de cognição geralmente aplicados a cada três anos por dezenas de países, além de cotejar sistemas educacionais distintos. Os resultados do Pisa possibilitam que cada país pondere a instrução e as habilidades dos seus estudantes em paralelo às demais nações, bem como aprecie as políticas e práticas adotadas em outros locais. Referida avaliação também serve de base para que os países elaborem suas políticas e programas educacionais, objetivando avanços na qualidade e equivalência dos resultados de aprendizado e instrução (Ministério da Educação, 2020).

O Pisa é admitido em nível internacional como gerador da maior quantidade de conhecimento a respeito do complexo educacional de muitos países do globo. Concomitantemente, a concepção da avaliação padronizada intervém em variados graus na criação de políticas públicas. O Programa pode então ser reconhecido como um expediente de política do conhecimento (*knowledge policy*). Isso porque é uma ferramenta que atua como mecanismo de multiplicação dos saberes e que, com a pretensão de gerar conhecimento, escora-se na combinação de componentes sociais e técnicos, participando da instauração de normas pelo Poder Público e manejo da atividade pública em educação (Villani; Oliveira, 2018).

Essa avaliação de caráter mundial é composta de provas com questões que abordam principalmente a leitura, a matemática e as ciências e, a cada edição, uma dessas três competências é tida como o foco. Na edição realizada em 2018, o foco foi a competência de leitura (Villani; Oliveira, 2018). Desde o ano de 2015 também são abordados temas de educação financeira, por meio de um teste adicional de letramento financeiro (Ministério da Educação, 2020). A prova do Pisa, que contempla questões

objetivas e discursivas, é aplicada em um único dia, realizada em computadores e tem duas horas de duração. Segundo Luis Miguel Carvalho:

[...] o Programa dispõe de características que o distinguem claramente de outros instrumentos congêneres [...] Uma remetem para a natureza da sua oferta, como, por exemplo, a “garantia da periodicidade” (trienal), ou a “flexibilidade” da sua aplicação, em função de uma estrutura modular. De facto, a regularidade das medições e da devolução dos dados gerados – aliada à amplitude da cobertura geográfica (política e cultural) conseguida pelo Programa – constitui um dos principais trunfos exibidos pelo PISA, na medida em que permite realçar a sua capacidade de monitorização dos sistemas educativos. Ao envolverem mais de 60 países, os seus promotores podem declarar hoje que avaliam mais de um milhão de estudantes, representativos de um terço da população estudantil existente em todo o mundo e cobrindo 90% da economia mundial [...], o que lhes permite aclamar a “pertinência universal” do instrumento [...] (2009, p. 1.014).

O Pisa disponibiliza dados sobre o desempenho de discentes na faixa etária dos 15 anos, pois é a idade em que se presume a finalização da escolaridade básica imperativa na maior parte dos países. O mínimo de escolas exigidas pela OCDE é de 150 para cada país participante. O exame realizado em 2018 dispôs de uma amostra de 600 mil estudantes dessa idade, oriundos de 80 países diferentes que, somados, representaram aproximadamente 32 milhões de estudantes. Seus resultados finais foram apresentados em dezembro de 2019 (Moreno, 2019).

O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) é o órgão responsável por planejar e operacionalizar a avaliação no Brasil (Ministério da Educação, 2020). No país, 10.691 alunos de 638 escolas fizeram a prova em 2018. O Brasil é participante de todas as edições do Pisa, desde sua criação em 2000, porém registra desempenho muito abaixo da pontuação de países desenvolvidos e da média de países integrantes da OCDE (Moreno, 2019).

Os resultados do Pisa dos anos de 2015 e 2018, conforme divulgações feitas pelo Ministério da Educação, evidenciam que os estudantes brasileiros vêm sofrendo queda no desempenho das habilidades avaliadas. Constatou-se que numerosos discentes concluem o final da educação básica sem dominar adequadamente aptidões associadas à língua portuguesa, matemática e ciências, sendo estas primordiais para que o sujeito possa exercer a plena cidadania (Rocha, 2020).

Como consequência das adversidades enfrentadas em razão da pandemia do novo coronavírus, os países membros da OCDE deliberaram postergar a aplicação do Pisa 2021 para 2022 e do Pisa 2024 para 2025. O Pisa 2022 se concentrará em matemática e conterá

um exame inédito de pensamento criativo. As preparações para essa avaliação estão em prosseguimento em todos os países integrantes. Já o Pisa 2025 se concentrará em ciências e irá inserir uma nova avaliação de língua estrangeira (Ministério da Educação, 2020).

3. Desempenho do Brasil no Pisa

A qualidade educacional brasileira, em contraste com os demais países participantes do Pisa, é inaceitável. No ano de 2015, o Brasil situou-se entre as posições 59 e 66, dependendo da disciplina, entre 73 regiões e países participantes do Pisa daquele ano, com médias de conceitos em matemática (401 pts.), leitura (407 pts.) e ciências (377 pts.) aquém das médias dos discentes das nações integrantes da OCDE (de respectivamente 493, 493 e 490 pontos).

Tais médias não representaram evolução em comparação aos exames anteriores do Pisa. Naquele ano, a média brasileira em ciências mostrava-se estável desde 2006, e a de leitura, desde 2000. A média em matemática exibiu avanço considerável de 21 pontos desde 2003, embora tivesse diminuído 11 pontos entre 2012 e 2015 (OCDE, 2016).

Já na avaliação Pisa realizada em 2018, o Brasil demonstrou novamente reduzida proficiência em leitura, matemática e ciências, dessa vez em relação a outros 78 países participantes. A edição daquele, publicada internacionalmente no dia 3 de dezembro de 2019, mostrou que 68,1% dos discentes brasileiros com 15 anos de idade não dominavam o nível básico de matemática, entendido como o imprescindível para o pleno exercício da cidadania. Em ciências, o número chegou 55% e em leitura, 50% (OCDE, 2019).

Esses números mostraram-se estacionados desde o ano de 2009. Em comparação às demais nações sul-americanas avaliadas pelo Pisa, o Brasil demonstrou ter o pior desempenho em matemática, empatando tecnicamente com a Argentina, com 384 e 379 pontos, respectivamente. O Uruguai (com 418 pts.), Chile (417 pts.), Peru (400 pts.) e Colômbia (391 pts.) obtiveram melhores posições.

Em ciências, o Brasil também se posicionou em último lugar, ao lado de Argentina e Peru, ostentando cada um dos três países 404 pontos. Nessa disciplina, estiveram mais bem posicionados Chile (444 pts.), Uruguai (426 pts.) e Colômbia (413 pts.).

Quando o objeto de análise é a leitura, o Brasil ficou em penúltimo lugar no ranqueamento sul-americano, com 413 pontos, empatando estatisticamente com a Colômbia (412 pts.). Na derradeira posição, ficaram Argentina (402 pts.) e Peru (401 pts.) (Ministério da Educação, 2021).

É importante a reflexão apresentada por Alex Hayato Sasaki e outros em relação aos desdobramentos do processo educacional, e que foram verificados pelo Pisa:

Habilidades cognitivas e socioemocionais são determinantes para o desenvolvimento econômico de países ou regiões e para resultados socioeconômicos individuais. Medidas precisas de habilidades cognitivas baseadas em notas de exames internacionais padronizados, como as do PISA, têm mostrado que países com maiores níveis de habilidades cognitivas na população apresentam crescimento econômico mais acelerado [...]. Por outro lado, as diferenças de notas de exames entre os países representam não somente a diversidade de habilidades cognitivas, porém também a heterogeneidade de habilidades socioemocionais. As habilidades socioemocionais vêm ganhando relevância na literatura econômica, uma vez que possuem papel importante dentro daquelas avaliações padronizadas (2018, p. 01).

Em comparação à média das nações integrantes da OCDE, o Brasil demonstrou resultados ainda piores nas três disciplinas examinadas: em leitura, a média da OCDE foi de 487 pontos, enquanto o Brasil apresentou 413 pontos, posicionando-se entre o 55º e 59º lugar no *ranking* geral. Em matemática, a média da OCDE foi de 489 pontos, enquanto o país assinalou 384, constando então entre a 69ª e 72ª colocação geral. Por fim, em ciências, o escore médio da OCDE foi de 489 pontos, enquanto o do Brasil foi de 404 pontos, estabelecendo-se então na faixa entre a 64ª e 67ª posição do *ranking* (INEP, 2019).

4. Considerações sobre o letramento em leitura do discente brasileiro

Há claras evidências de que existem ganhos geracionais nas pontuações dos testes de quociente de inteligência (QI) em nível mundial desde o século passado, em todos os principais domínios da inteligência. Vários fatores contribuem para esse fato, embora ele esteja aparentemente em desaceleração. Entende-se que componentes da história de vida do indivíduo, tais como melhorias na educação e fatores nutricionais, bem como uma redução de fatores relacionados aos agentes patogênicos, são as principais causas desse fenômeno.

As diferenças na força dos ganhos entre os domínios da inteligência podem ser explicadas por multiplicadores sociais e por índices de prosperidade econômica. A investigação futura mostrará se a desaceleração global atualmente observada nos resultados dos testes de QI eclodirá na cessação dos ganhos de pontuação ou até mesmo na diminuição dos níveis já alcançados (Pietschnig; Voracek, 2015; Banco Mundial, 2018).

No caso do Brasil, o analfabetismo é um problema crônico. Já avançamos, mas ainda temos um longo caminho a percorrer, especialmente porque as demandas do século 21 em relação ao processo de educação e formação são muito mais complexas e exigentes. Os resultados do Pisa mostram que os índices percentuais de leitura e de leitores no país são baixíssimos e, por isso, preocupantes. Os dados relacionados à

leitura sinalizam uma crise escolar associada à parceria historicamente fixada entre o ensino e a obtenção das habilidades do alfabetismo (Taufe; Grazioli, 2021).

Conforme relato no presente artigo, desde o ano de 2009, a média brasileira de desempenho em leitura está estagnada. Além disso, as pontuações nessa competência obtidas no Pisa 2018 não são estatisticamente distintas quando comparadas às avaliações anteriores (INEP, 2019). Para uma pessoa se tornar uma leitora de fato, é necessário muito mais do que a mera aptidão para decodificar palavras, mas também a manutenção permanente do seu contato com a escrita e com a literatura.

Ainda, para que o educando não restrinja a atividade da leitura à mera decodificação de vocábulos (distanciando, com isso, o discente da leitura e desse modo não o capacitando a ser leitor), é primordial que o educador, que o orienta e o acompanha, promova a atividade de leitura como um modo de apropriação da realidade, assim como o sentido do objeto por meio do qual ela se consubstancia: a obra literária (Taufe; Grazioli, 2021).

O Pisa 2018 revelou que aproximadamente 50% dos estudantes brasileiros não demonstraram ter o mínimo de proficiência em leitura que todos os jovens precisam alcançar até o término do ensino médio. Esses jovens adolescentes encontram-se no nível mais baixo possível do exame. Além disso, somente 0,2% dos 10.961 discentes brasileiros apresentaram ter o nível máximo de proficiência em leitura. Já em países desenvolvidos, como Finlândia, Canadá e Coreia do Sul, esse mesmo índice é de 15% (INEP, 2019).

O Pisa também evidenciou que os estudantes brasileiros se encontram dois anos e meio abaixo da média das nações da OCDE em relação ao nível de escolarização de proficiência em leitura. Tal amostragem revela a precariedade da educação nacional, a qual impossibilita que estudantes progridam nos estudos, tenham melhores possibilidades no mercado laboral e atuem ativamente no corpo social.

Baseado nos intervalos de confiança das médias, em leitura, não há diferenciação estatística expressiva entre o desempenho médio dos estabelecimentos de ensino particulares e das escolas federais. Já as escolas públicas estaduais e municipais encontram-se consideravelmente aquém da média nacional (INEP, 2019). Os educandários particulares (510 pts.) e os federais (503 pts.) ostentam desempenho substancialmente maior do que a média brasileira (413 pts.) e estão também acima da média da OCDE (487 pts.). Já os estabelecimentos de ensino públicos estaduais (404 pontos) e municipais (330 pts.) estão abaixo da média nacional (413 pts.).

O desempenho médio das Regiões Sul (432 pts.) e Sudeste (424 pts.) é mais elevado do que o índice nacional (413 pts.). A Região Centro-Oeste (425 pts.), em que pese apresente um ponto a mais que a Sudeste, possui média similar à nacional em razão da estimativa de erro. As Regiões Norte (392 pts.) e Nordeste (389 pts.) apresentam as menores médias (Ministério da Educação, 2021).

O resultado brasileiro no Pisa é ainda corroborado pelo Indicador de Alfabetismo Funcional (Inaf), que analisa, desde 2001, os índices de alfabetismo brasileiro – isto é, a capacidade de compreensão e utilização de informações apresentadas em linguagem textual ou numérica, bem como de reflexão e integração de conhecimentos e diferentes visões de mundo dos nossos cidadãos (Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, 2018).

De acordo com o Inaf, o índice médio de alfabetismo do cidadão brasileiro entre 15 e 64 anos de idade é historicamente pouco superior ao valor de corte que distingue os cidadãos analfabetos funcionais daqueles considerados alfabetizados (Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, 2018).

De 2001 a 2011, o Inaf distribuía os analfabetos funcionais em dois grupos, o de analfabetos, que alcançavam índice inferior a 50, e o de alfabetizados rudimentares, que alcançavam índice maior que 50 e inferior a 95 (Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, 2018). Já os alfabetizados eram distribuídos entre básicos, isto é, aqueles que alcançavam índice superior a 95 e inferior a 125, e plenos, que obtinham índice superior a 125 (Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, 2018).

A partir de 2015, contudo, o Inaf alterou os valores de corte: os analfabetos passaram a ser aqueles com índice menor ou igual a 50 e os alfabetizados rudimentares aqueles com índice maior que 50 e menor ou igual a 95 (Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, 2018). Já os alfabetizados passaram a ser distribuídos em três grupos: o grupo elementar, com índice superior a 95 e inferior ou igual a 119; o grupo intermediário, com índice maior que 119 e menor ou igual a 137; e o grupo proficiente, com índice superior a 137 (Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, 2018).

Entre os anos de 2001 e 2018, período abrangido pelo Inaf, o menor índice médio de alfabetismo do país foi de 99,1, obtido em 2001, e o maior índice foi de 106,4, alcançado em 2009 (Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, 2018). Durante esse primeiro período (2001-2009), a tendência verificada pelo Inaf foi sempre de evolução do índice de alfabetismo médio do Brasil. A partir de 2011, contudo, as medições passaram a indicar uma inflexão no valor médio brasileiro, tendo o Inaf de 2018 apontado taxa de 104,8, bastante próxima àquela obtida em 2007, há quase 20 anos, de 102,8 (Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, 2018).

Segundo o Inaf de 2018, especificamente entre aqueles que possuem grau de escolaridade compatível com a idade dos estudantes que participam do Pisa, verifica-se que 34% dos alunos nos anos finais do ensino fundamental e 13% dos estudantes de ensino médio são considerados analfabetos funcionais (Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, 2018). Já entre aqueles considerados funcionalmente alfabetizados, é alta a taxa de alunos que alcançam índices elementares de alfabetismo – precisamente 45% entre os estudantes nos anos finais do ensino fundamental e 42% entre os de ensino médio (Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, 2018) –, e que desenvolveram,

assim, a habilidade de compreender textos de média complexidade, de resolver operações matemáticas básicas da ordem do milhar e situações do contexto cotidiano e social (Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, 2018).

Ao todo, portanto, 77% dos estudantes nos últimos anos do ensino fundamental e 58% dos estudantes de ensino médio não alcançam os níveis intermediário e proficiente de alfabetismo, não adquirindo, portanto, aptidão para (i) realizar pequenas inferências com base em textos jornalísticos e científicos, (ii) compreender textos, gráficos e tabelas de maior complexidade, (iii) realizar operações matemáticas abstratas e que envolvem porcentagens e proporções, e (iv) identificar figuras de linguagem e resolver situações-problema (Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, 2018).

Verifica-se, assim, que mais da metade dos estudantes brasileiros que chegam às etapas finais da escolarização não desenvolveu habilidades-chave, as quais, segundo o Inep (2019), são avaliadas pela prova do Pisa.

Observa-se a precariedade sistêmica da educação escolar no Brasil, o que certamente demanda do governo federal, em parceria com os governos estaduais e municipais, um sólido programa nacional de educação, que realmente se ocupe e se interesse pela qualidade do ensino, com projetos educativos voltados: (a) à capacitação permanente dos docentes, assegurando-lhes constantes programas para atualização funcional; (b) ao aprimoramento infraestrutural de grande quantidade das organizações educacionais, principalmente os estabelecimentos públicos há tempo desamparados e sucateados; (c) à minoração das discrepâncias entre o ensino público e o privado, de tal modo que seja realmente assegurada educação de qualidade a todos os discentes do país; e (d) à remuneração decente e justa aos educadores, fornecendo-lhes estabilidade financeira para sustentarem de modo digno suas famílias e investirem em suas formações (Taufel; Grazioli, 2021).

Considerações finais

O direito à educação escolar, titularizado por todos os seres humanos como direito humano, consiste na garantia à formação escolar necessariamente orientada por padrões de qualidade e voltado ao exercício da cidadania plena, assim como à materialização do respeito à dignidade da pessoa humana.

De acordo com os instrumentos internacionais de proteção do direito humano à educação escolar, os padrões mínimos de qualidade da educação compreendem um ensino escolar que desenvolva, de modo contextualizado, três competências básicas, quais sejam: a alfabetização, as habilidades matemáticas e o conhecimento acerca de conceitos científicos. A contextualização do ensino dessas competências deve se dar tanto à luz de preocupações, interesses e necessidades dos estudantes, como de questões globais e valores que interessam à humanidade de modo geral, a exemplo da proteção ao meio ambiente e da criação de uma cultura de paz e de igualdade de gênero.

Os padrões mínimos de qualidade compreendem, ainda, o desenvolvimento do espírito crítico, reflexivo, criativo e solidário dos estudantes, os quais devem ser formados para contribuir positivamente com o bem-estar coletivo e participar ativamente da sociedade.

Sendo o direito à educação a principal ferramenta de desenvolvimento humano e de construção da cidadania, e considerando que sua concretização depende do alcance de padrões mínimos de qualidade, é fundamental que os Estados avaliem, aprimorem e supervisionem constantemente seus sistemas educacionais.

O Pisa tem alcançado protagonismo mundial, como importante ferramenta para detecção da qualidade da educação dos países participantes. Ao se avaliarem os resultados obtidos pelos estudantes brasileiros no Pisa 2018, foi possível verificar que, em comparação aos demais países avaliados naquele ano, o desempenho do Brasil esteve entre os piores.

O baixo desempenho dos alunos brasileiros na prova de matemática se destaca, ainda, por ter sido o pior das nações sul-americanas avaliadas e pelo fato de a média obtida pelos alunos ser classificada como nível 1, isto é, aquém do mínimo considerado necessário para garantir a autonomia da participação social dos indivíduos.

Na prova de ciências, a média brasileira também foi classificada como de nível 1. No entanto, entre os países que ocupam nível 1 nessa competência, o Brasil é o que possui a segunda maior nota, a indicar que, com mais investimentos na área, muito possivelmente consiga em breve atingir o nível 2 – mínimo desejável – em matéria de ciências.

Comparando o desempenho brasileiro no Pisa 2018 com o obtido no Pisa 2015, foi possível verificar que, no campo da leitura, competência foco da edição em questão, houve ligeiro aumento na pontuação obtida pelos estudantes brasileiros, a indicar que o letramento dos alunos nessa competência encontra-se estagnado, porém com tendência de melhora, acompanhando a média histórica desde 2009. Já nos domínios da matemática e ciências houve queda no rendimento **médio**, queda essa que, no campo das ciências, foi de mais de 20 pontos da média dos alunos.

No entanto, não se trata, ao que tudo indica, de redução estatisticamente relevante, dado que o relatório final da OCDE indicou que o Brasil conseguiu manter ou melhorar o desempenho de seus alunos em todas as áreas avaliadas (OCDE, 2019). Na mesma oportunidade, a OCDE destacou que a melhora e manutenção dos resultados brasileiros se deu em um contexto de aumento das taxas de matrícula no ensino secundário, o que demonstra que a ampliação do acesso à educação pode ser realizada sem o comprometimento da qualidade do ensino ministrado (OCDE, 2019).

Ainda sobre as médias obtidas pelos estudantes brasileiros no Pisa 2018, interessante pontuar que, à época da realização do exame, o Brasil havia reduzido seu índice de analfabetismo, na faixa etária entre 15 e 25 anos de idade, de 7,2% em 2016 – um ano

após o Pisa 2015 – para 6,8% em 2018 (IBGE, 2019). A redução da taxa de analfabetos no interregno entre as duas últimas edições do Programa, contudo, não foi acompanhada de expressiva melhora nos índices brasileiros na competência leitora.

Se, por um lado, esse dado pode ser interpretado como um indício de que há necessidade de empregar maiores esforços para melhorar a qualidade da leitura dos estudantes brasileiros, esse mesmo dado indica que o Brasil está sendo bem-sucedido não apenas na tarefa de reduzir o analfabetismo, como de fazê-lo com qualidade. Isso porque a leitura foi a única das competências básicas na qual o país alcançou nível 2 de proficiência média. Há indícios, portanto, de que os educandos brasileiros, uma vez alfabetizados, o são de modo minimamente satisfatório, para que possam, por meio do exercício dessa competência, exercer autonomamente sua cidadania.

Os dados do Pisa 2018 permitem, ainda, verificar a discrepância na qualidade do ensino ministrado no país pelas diferentes redes escolares. Foi possível verificar, por exemplo, que o desempenho dos alunos de 15 anos das escolas particulares e federais é bastante superior àquele dos alunos de mesma faixa etária que frequentam escolas estaduais e municipais, o que demonstra a necessidade de maior investimento na escola pública brasileira.

Trata-se de dado importante, uma vez que, no ano de 2018, 87% dos estudantes de ensino médio regular frequentavam escolas públicas (IBGE, 2019) e 82,3% dos estudantes de ensino fundamental regular eram alunos de escolas públicas. E, em razão da distribuição de competências constitucionais, os ensinos médio e fundamental, na rede pública, ficam, como regra, a cargo dos Estados, cuja rede escolar teve desempenho reduzido nas competências básicas.

Com base no desempenho brasileiro no Pisa 2018, é possível verificar que o país vem sendo bem-sucedido nas tarefas de ampliar o acesso à educação e alfabetizar os alunos, mantendo o nível de qualidade do ensino ministrado. Não obstante, ainda há muitos avanços a serem feitos, especialmente nos campos da matemática e das ciências, nos quais a média de nossos alunos não atingiu o patamar mínimo para que possam exercer sua cidadania com autonomia. Mesmo no campo da leitura, no qual alcançamos o patamar mínimo desejável, melhorias são fundamentais, dado que o desempenho brasileiro é um dos piores entre as nações avaliadas e está muito abaixo da média da OCDE.

Ainda, o Pisa 2018 indica a necessidade de realizar ajustes nas políticas públicas educacionais, em especial naquelas implementadas pelos Estados e Municípios, a fim de reduzir as desigualdades nos desempenhos dos alunos dessas redes em comparação aos educandos que frequentam escolas federais ou particulares.

Por fim, conclui-se que, mesmo diante de certos avanços, o Brasil ainda ostenta posição baixíssima no *ranking* internacional do Pisa, o que coloca educadores, Estado, sociedade e famílias em alerta quanto aos desafios que se apresentam para consolidar

a educação escolar de qualidade no país. A próxima avaliação do Pisa apresentará os resultados educacionais com base nas consequências da pandemia da Covid-19, o que, já se sabe, demanda maiores desafios!

TITLE: Quality school education in Brazil: diagnosis based on the results of the 2018 Program for International Student Assessment

ABSTRACT: The right to school education is a human right that must be universally granted to all human beings in order for them to benefit from quality education. The International System of Human Rights Protection is committed to protecting and ensuring quality education for all. The Program for International Student Assessment (PISA), conceived and created by the OECD (Organization for Economic Cooperation and Development), has been an important program for measuring the quality of education in participating countries. Brazil has participated in the assessment since its inception in 2000. The objective of this paper is to analyze the results achieved by Brazil in PISA 2018 (the latest published assessment), in order to assess the state of school quality in the country at that time and contribute to future evaluations about national education, especially in the age group evaluated. The research methodology is based on both qualitative and quantitative approaches. The qualitative approach relies on deductive methods, by means of bibliographic and documentary research, with analysis of normative sources. The quantitative approach analyzes the results of the PISA 2018 exam in relation to Brazilian students. It is concluded that, despite certain advances, Brazil still holds an extremely low position in the international PISA rankings, which puts educators, the State, society, and families on the alert for the challenges that arise for the consolidation of quality school education in the country.

KEYWORDS: Human rights. Right to school education. Program for International Student Assessment. Quality education. Citizenship.

Referências

AÇÃO EDUCATIVA; INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. *Inaf Brasil 2018: Resultados preliminares*. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/r3sn2xhr>. Acesso em: 7 jun. 2023.

BANCO MUNDIAL. *World Development Report 2018*. 2018. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2018>. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014*. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/3u9nnejy>. Acesso em: 15 set. 2022.

CARVALHO, Luís Miguel. Governando a educação pelo espelho do perito: uma análise do PISA como instrumento de regulação. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 30, n. 109, p. 1009-1036, set./dez. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/yday3ezh>. Acesso em: 09 ago. 2023.

CÚPULA MUNDIAL DE EDUCAÇÃO. *Declaração de Dakar e Marco de Ação de Dakar – Educação para todos*. 2000. Disponível em: <https://docplayer.com.br/194801780-Declaracao-de-dakar-o-marco-de-acao-de-dakar-educacao-para-todos.html>. Acesso em: 30 out. 2022.

FÓRUM MUNDIAL DA EDUCAÇÃO. *Educação 2030: Declaração de Incheon e Marco de Ação rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para*

todos. 2015. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000243278_por. Acesso em: 21 out. 2022.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PNAD Contínua – Educação*. 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/17270-pnad-continua.html?edicao=28203&t=publicacoes>. Acesso em: 30 out. 2022.

INEP. *Programa Internacional de Avaliação de Estudantes PISA 2018*. Portal gov.br. Brasília: Poder Executivo Federal, 3 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9ajden>. Acesso em: 23 set. 2022.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania, direitos humanos e educação*. São Paulo: Almedina, 2019.

LIMA, Carolina Alves de Souza; MIRRA, Ana Beatriz Ribeiro David Valery; SOUZA, Nathália Hovsepián de. Ensino domiciliar no Brasil: avanço ou retrocesso? *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre, v. 110, p. 142-164, set./out. 2022.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *OCDE define aplicação do Pisa para 2022*. Portal gov.br. Brasília: Poder Executivo Federal, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9azeht>. Acesso em: 16 set. 2022.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Pisa 2018 revela baixo desempenho escolar em Leitura, Matemática e Ciências no Brasil*. Portal gov.br. Brasília: Poder Executivo Federal, 3 dez. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/552waukn>. Acesso em: 23 set. 2022.

MORENO, Ana Carolina. Pisa 2018: dois terços dos brasileiros de 15 anos sabem menos que o básico de matemática. *Portal G1*, Rio de Janeiro: Grupo Globo, 3 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/sz37bcth>. Acesso em: 16 set. 2022.

OCDE. *PISA 2015 Results*. Paris: Secretary-General of the OECD, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/3vn7zdur>. Acesso em: 21 set. 2022.

OCDE. *PISA 2018 Results*. Paris: Secretary-General of the OECD, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5eep4ny7>. Acesso em: 23 set. 2022.

ONU – Organização das Nações Unidas (Assembleia Geral). *Objetivos de desenvolvimento sustentável*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 18 out. 2022.

PIETSCHNIG, Jakob; VORACEK, Martin. One century of global IQ gains: a formal meta-analysis of the Flynn Effect (1909-2013). *Perspectives on Psychological Science*, v. 10, n. 3, p. 282-306, maio 2015. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1745691615577701>. Acesso em: 11 jun. 2023.

PNE EM MOVIMENTO. *Plano Nacional da Educação (PNE)*. Brasília: Ministério da Educação, 2022. Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/>. Acesso em: 16 set. 2022.

ROCHA, Cristina Nunes; NOVAES, Ana Maria Pires; AVELAR, Kátia Eliane Santos. Análise do desempenho da educação brasileira baseada nos indicadores oficiais PISA e IDEB. *Lex Cult*, Rio de Janeiro, v. 04, n. 03, p. 71-92, set./dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrwrck6>. Acesso em: 15 set. 2022.

SÁ, Fábila Maria Pereira de. ODS 4: educação de qualidade. In: BALERA, Wagner; SILVA, Roberta Soares da (org.). *Comentários aos objetivos de desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Verbatim, 2018. p. 65-74.

SASSAKI, Alex Hayato *et al.* Por que o Brasil vai mal no PISA? Uma análise dos determinantes do desempenho no exame. *Policy Paper*, n. 31, p. 01-24, jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/42xuh3h3>. Acesso em: 20 set. 2022.

SOARES, Denilson Junio Marques; ANDRADE SOARES, Talita Emídio; SANTOS, Wagner dos. Índice de desenvolvimento da Educação Básica (Ideb): Revisão Sistemática da Literatura. *Meta: Avaliação*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 37, p. 912-932, out./dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dyyykkw>. Acesso em: 17 set. 2022.

TAUFER, Adauto Locatelli; GRAZIOLI, Fabiano Tadeu. Alguns aspectos da leitura no Brasil: comportamentos antigos, alternativas possíveis. *Desenredo*, v. 17, n. 03, p. 630-650, set./dez. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/457t27eh>. Acesso em: 19 set. 2022.

TRAVITZI, Rodrigo. Qual é o grau de incerteza do Ideb e por que isso importa? *Ensaio*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 107, p. 500-520, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/3h233z3f>. Acesso em: 18 set. 2022.

UNESCO. *Declaração Mundial sobre Educação para Todos* (Conferência de Jomtien – 1990). Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000086291_por. Acesso em: 30 maio 2023.

VILLANI, Marialuisa; OLIVEIRA, Dalila Andrade. Avaliação nacional e internacional no Brasil: os vínculos entre o PISA e o IDEB. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 43, n. 4, p. 1343-1362, out./dez. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdhvt6r3>. Acesso em: 15 set. 2022.

Recebido em: 19.06.2023

Aprovado em: 26.07.2023

* Sobre o direito à educação, leia mais em:

LIMA, Carolina Alves de Souza; REIS, Milena Jackeline. O papel da educação em direitos humanos para a construção da alteridade no cenário das tensões da pós-modernidade. *Revista LEX de Direitos Humanos*, Porto Alegre, ano I, n. 2, p. 43-62, maio/ago. 2022.

DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: BALANÇO DAS MORTES POR COVID-19 EM DETRIMENTO DAS OUTRAS CAUSAS DE ÓBITO NO BIÊNIO 2020/2021

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

Doutora e Mestre em Cognição e Linguagem (UENF). Estágio Pós-doutoral em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Coordenadora do GEPBIDH – Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana. Professora dos Cursos de Direito e Medicina da Universidade Iguaçu/RJ. Endereço eletrônico: hildeboechat@gmail.com

Walas Werdan Curty

Mestrando em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação – PROFNIT. Pós-Graduado em Matemática e Educação (FSJ). Pós-Graduado em Rede de Computadores (FSJ). Licenciado em Ciências, habilitado em Matemática, Licenciatura Plena (UniFSJ). Tecnólogo em Informática (CEFET Campos). Bacharel em Direito (UNIG). Servidor público do MPU. Endereço eletrônico: walaswerdan@gmail.com

Diana Mezine Campos Curty

Pós-Graduada em Administração Pública pela UNINASSAU. Bacharel em Administração pela Universidade Federal Fluminense. Servidora pública do Estado do Rio de Janeiro. Endereço eletrônico: dianamezine@hotmail.com

RESUMO: O surgimento do coronavírus SARS-CoV-2, causador da Covid-19, assolou o mundo inteiro e, no Brasil, não foi diferente. A disseminação desse vírus entre o povo brasileiro causou transtornos irreparáveis, atingindo seu ápice com a ocorrência de centenas de milhares de mortes de brasileiros e colocando em questionamento o alcance fático do direito constitucional à saúde, fato que justifica a presente pesquisa. Este artigo apresenta a seguinte questão-problema: o direito à saúde foi realmente alcançado tendo em vista o percentual de óbitos por covid-19

(com suspeita ou confirmados) diante do total de mortes ocorridas no país no biênio 2020/2021? O presente estudo tem por objetivo colocar em debate o direito constitucional à saúde diante do expressivo percentual de mortes advindas pelo coronavírus SARS-CoV-2. Vale-se de metodologia qualitativa, que se desenvolve por meio de pesquisa bibliográfica, além de quantitativa, que se revela nas estatísticas. Conclui-se que a previsibilidade normativa para tutela do direito à saúde e, por consequência, proteção da vida, não foi alcançada diante do quadro pandêmico de mortes ocorridas no período.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19. Direito à saúde. Direitos fundamentais.

SUMÁRIO: Considerações iniciais. 1. O direito constitucional à saúde. 2. Balanço das mortes por covid-19 em detrimento de outros óbitos no Brasil, no biênio 2020-2021. Considerações finais. Referências.

Considerações iniciais

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saúde foi consagrada como direito e garantia fundamental. No entanto, as situações extremas experimentadas pela população brasileira, no biênio 2020/2021, colocaram em debate a eficácia desse direito constitucional, considerando o quantitativo de óbitos em decorrência da Covid-19. Por esse motivo, justifica-se o presente estudo pela necessidade de realizar um levantamento das mortes ocasionadas por essa patologia em detrimento das outras causas de óbito registradas no Brasil, questionando-se o real alcance fático do direito constitucional à saúde, diante do quadro caótico vivenciado pelos brasileiros nesse período pandêmico. Nesse sentido, objetiva-se efetuar um comparativo entre a causa covid e as demais causas que ceifaram a vida de centenas de milhares de brasileiros nesse biênio.

Assim, *a priori*, serão colocados em debate o direito constitucional à saúde e sua universalização. Num segundo momento, será analisado o quantitativo oficial de óbitos provocados pela Covid-19 no Brasil, no biênio 2020/2021, em relação às outras causas de mortes. E, por fim, será apresentada a conclusão acerca desse quadro comparativo que evidencia a ineficiência de cobertura desse direito constitucional a todos os brasileiros.

A metodologia eleita para o desenvolvimento deste estudo é qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica, além de uma abordagem quantitativa, por meio das estatísticas, com o intuito de investigar o debate, que é de interesse público e social.

1. O direito constitucional à saúde

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), conhecida como a Constituição Cidadã, propiciou vários direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito à saúde e a tutela da vida. Logo no artigo inaugural, inciso III (Brasil, 1988), evidencia a sua preocupação com a tutela psicofísica (conceito no bojo do qual sem dúvida está o direito à saúde), categoriza a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil. Cabe explicar que a dignidade da pessoa humana abarca inúmeras necessidades do ser humano, dentre elas a saúde. Nesse sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 tem como pilar a dignidade da pessoa humana, e determina no artigo 25 que “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, [...]” (ONU, 1948). Além disso, o seu artigo 3º expressa que “Todo indivíduo tem direito à vida [...]” (ONU, 1948).

Nesse viés, a CRFB/1988, no art. 5º (Brasil, 1988), também garantiu a inviolabilidade do direito à vida aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil. Em complementação a esse direito, a tutela da saúde também é uma garantia constitucional, nos termos do art. 6º da Carta Magna (Brasil, 1988).

Ocorre que o direito à vida está intimamente ligado ao direito à saúde, pois sem este aquele não é alcançado, ou seja, o direito à vida decorre também da disponibilidade do direito à saúde. Além disso, a Constituição Cidadã universalizou o direito à saúde, propiciando a todos que se encontram dentro do território nacional o acesso à saúde, de modo igualitário e sem qualquer distinção. A Lei Maior positivou a importância do direito à saúde, trazendo em seu corpo, nos artigos 196 a 200 (Brasil, CRFB, 1988), as disposições para sua garantia como direito do cidadão e dever do Estado.

Historicamente falando, Barroso (2009, p. 40) aduz:

Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do “movimento sanitarista” foi a Assembleia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde. A Constituição Federal estabelece, no art. 196, que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, além de instituir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros,

independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde.

Nessa linha, o Sistema Único de Saúde-SUS foi implantado a partir da promulgação da Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/1990. Essa norma “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes [...]” (Brasil, 1990a). E ainda a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que “Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.” (Brasil, 1990b). Nesse contexto, segundo o Ministério da Saúde:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, abrangendo desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial, por meio da Atenção Primária, até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Com a sua criação, o SUS proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação. A atenção integral à saúde, e não somente aos cuidados assistenciais, passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando a prevenção e a promoção da saúde (Brasil, 2020b).

Por outro lado, para garantia da universalização do direito à saúde à população, a Lei Maior, no art. 23, inciso II (Brasil, 1988), estabelece que cuidar da saúde e assistência pública é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, todos os Entes Federativos brasileiros são responsáveis por proporcionar à população o devido acesso à saúde, promovendo políticas públicas que permitam a concretização desse direito constitucional.

Contudo, no período pandêmico, viu-se a ocorrência de ações divergentes do Poder Público no combate à disseminação da Covid-19. O país, como um todo, enfrentou situações caóticas em meio à pandemia, não conseguindo universalizar o direito à saúde. Nessa linha de ideias, Cabral (2020, p. 21) assevera:

[...] no Brasil, em vez de todos se unirem para o enfrentamento da crise instalada pelo temível coronavírus que trouxe a pandemia, alguns grupos de pessoas politizam a realidade e começam a dividir forças em pelo menos dois polos: pró e contra o Governo Federal. Desse modo, tiram o foco de ações inteligentes, urgentes e conjuntas, passando a desferir golpes no ar. Com essas atitudes, deixam

de realizar o que de fato importa: traçar estratégias eficazes para conter as mortes iminentes [...].

Sabe-se que a Covid-19 vitimou centenas de milhares de brasileiros. Assim, é importante realizar um levantamento sobre o quantitativo de mortes advindas do coronavírus SARS-CoV-2 em relação ao total de óbitos por outras causas, para uma fiel retratação do alcance ou não de um direito garantido pela Constituição Federal: o direito à saúde.

2. Balanço das mortes por covid-19 em detrimento de outros óbitos no Brasil, no biênio 2020-2021

A pandemia provocada pelo coronavírus trouxe muito sofrimento para a população mundial, inclusive para o povo brasileiro, que se viu imerso em situações degradantes e desumanas, como a falta de leitos nos nosocômios, de respiradores artificiais e de oxigênio hospitalar, entre outros recursos insuficientes. Além disso, conforme Cabral (2020, p. 21), “[...] pessoas nos corredores dos hospitais, corpo clínico trabalhando com precários equipamentos de proteção, médicos precisando avaliar, sob enorme pressão, a que paciente deve ser destinado o último (ou o único) respirador”. Contudo, necessário se faz ressaltar que a patologia advinda do SARS-CoV-2, pode, a depender de cada indivíduo, não causar sintomas como também pode apresentar sintomas leves, moderados e graves, inclusive levar a óbito.

Segundo o Ministério da Saúde, o primeiro caso de covid 19 no Brasil foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020 (Brasil, 2020a). Desde então, a Covid-19, considerando sua incontrolável transmissão, assumiu o controle da vida dos brasileiros, mostrando o quão vulnerável é o ser humano. O coronavírus SARS-CoV-2, considerando a precarização do SUS, que não conseguiu, nesta pandemia, universalizar o direito à saúde, viabilizou, na vida dos brasileiros, sentimentos de pavor, medo, incertezas e segregação.

O vírus foi motivo de muita dor e tristeza para a população, devido à ocorrência de centenas de milhares de mortes. Os brasileiros que perderam seus entes queridos não puderam, ao menos, velar seus mortos. Para Castro (2020, p. 21), “A elaboração do luto pela família é fundamental e não vivenciar as etapas desse brusco afastamento e o adeus sufocado e não compartilhado poderá trazer sérias consequências à família”.

Torna-se necessário realizar um levantamento estatístico para verificar o quantitativo de mortes por Covid 19, no Brasil, em detrimento do quantitativo total de óbitos registrados, para demonstrar a real situação fática e irreparável ocorrida no biênio 2020/2021.

Para isso, nesse primeiro momento, será levantado o total geral de óbitos ocorridos no Brasil nesse biênio. Assim, segundo o Sistema Nacional de Informações de Registro Civil-SIRC, no biênio 2020/2021 ocorreu, em geral, um total de 3.344.963 óbitos no Brasil, sendo 1.535.357 mortes em 2020 e 1.809.606 em 2021, conforme Tabela 1.

Tabela 1 – Total de óbitos no Brasil no biênio 2020/2021

Unidades Federativas/ Brasil	2020	2021	Total de óbitos em geral
Acre	4.927	5.438	10.365
Alagoas	23.400	24.292	47.692
Amapá	3.383	3.983	7.366
Amazonas	21.993	26.437	48.430
Bahia	104.982	113.730	218.712
Ceará	67.336	72.336	139.672
Distrito Federal	19.007	21.951	40.958
Espírito Santo	29.433	33.361	62.794
Goiás	46.416	58.659	105.075
Maranhão	32.619	33.525	66.144
Mato Grosso	23.375	28.598	51.973
Mato Grosso do Sul	19.444	25.023	44.467
Minas Gerais	154.542	192.418	346.960
Pará	40.750	41.936	82.686
Paraíba	31.478	34.766	66.244
Paraná	83.633	113.742	197.375
Pernambuco	75.358	78.911	154.269
Piauí	20.873	23.373	44.246
Rio de Janeiro	173.037	190.105	363.142
Rio Grande do Norte	23.576	25.320	48.896
Rio Grande do Sul	94.430	119.297	213.727
Rondônia	10.767	14.073	24.840
Roraima	3.317	3.828	7.145
Santa Catarina	46.904	60.245	107.149
São Paulo	356.471	437.216	793.687
Sergipe	14.937	15.723	30.660
Tocantins	8.969	11.320	20.289
Brasil	1.535.357	1.809.606	3.344.963

Fonte: Sistema Nacional de Informações de Registro Civil-SIRC.

Por conseguinte, é imperioso realizar um levantamento acerca do quantitativo de óbitos com suspeita ou confirmação de Covid-19, no Brasil, no mesmo biênio, para que seja demonstrado o impacto que essa patologia causou na vida dos brasileiros, ceifando a vida de centenas de milhares e deixando cicatrizadas a dor e a saudade nos familiares. Assim, no biênio 2020/2021, de acordo com a Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais – ARPEN Brasil, no seu Portal da Transparência atinente à Covid-19, ocorreu um total de 607.912 óbitos no Brasil, sendo 200.701 mortes em 2020 e 407.211 em 2021, conforme Tabela 2.

Tabela 2 – Total de óbitos no Brasil com suspeita ou confirmação de Covid-19, no biênio 2020/2021

Unidades Federativas/ Brasil	2020	2021	Total de Óbitos (com suspeita ou confirmados)
Acre	814	1.291	2.105
Alagoas	2.540	3228	5.768
Amapá	904	909	1.813
Amazonas	3.183	6.721	9.904
Bahia	9.195	14.883	24.078
Ceará	10.196	13.983	24.179
Distrito Federal	3.987	6.018	10.005
Espírito Santo	5.448	8.127	13.575
Goiás	7.453	17.049	24.502
Maranhão	3.049	4.593	7.642
Mato Grosso	3.466	8.167	11.633
Mato Grosso do Sul	2.468	7.132	9.600
Minas Gerais	14.668	44.945	59.613
Pará	6.072	6.925	12.997
Paraíba	3.216	5.985	9.201
Paraná	10.346	31.895	42.241
Pernambuco	7.832	11.893	19.725
Piauí	1.848	3.331	5.179
Rio de Janeiro	28.776	40.172	68.948
Rio Grande do Norte	2.397	4.469	6.866
Rio Grande do Sul	9.469	27.255	36.724
Rondônia	1.889	4.329	6.218
Roraima	725	1.112	1.837

Unidades Federativas/ Brasil	2020	2021	Total de Óbitos (com suspeita ou confirmados)
Santa Catarina	5.533	14.377	19.910
São Paulo	52.130	112.985	165.115
Sergipe	2.176	3.253	5.429
Tocantins	921	2.184	3.105
Brasil	200.701	407.211	607.912

Fonte: Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais – ARPEN Brasil.

Inferese que, naquele biênio, houve um crescimento de mais de 100% de mortes comparando-se um ano com o outro. Contudo, para uma melhor aferição do impacto dessas mortes, necessário se faz realizar o cálculo do percentual de mortes com suspeita ou confirmação de Covid-19, levando em consideração o total geral de mortes ocorridas no Brasil nesse período.

Tabela 3 – Percentual de óbitos no Brasil com suspeita ou confirmação de Covid-19, considerando o total geral de óbitos no biênio 2020/2021

Unidades Federativas/Brasil	Total de óbitos com suspeita de Covid-19 ou confirmados – 2020/2021	Total geral de óbitos – 2020/2021	Percentual de óbitos com suspeita ou confirmados (%)
Acre	2.105	10.365	20,31
Alagoas	5.768	47.692	12,09
Amapá	1.813	7.366	24,61
Amazonas	9.904	48.430	20,45
Bahia	24.078	218.712	11,01
Ceará	24.179	139.672	17,31
Distrito Federal	10.005	40.958	24,43
Espírito Santo	13.575	62.794	21,62
Goiás	24.502	105.075	23,32
Maranhão	7.642	66.144	11,55
Mato Grosso	11.633	51.973	22,38
Mato Grosso do Sul	9.600	44.467	21,59
Minas Gerais	59.613	346.960	17,18
Pará	12.997	82.686	15,72
Paraíba	9.201	66.244	13,89
Paraná	42.241	197.375	21,40

Unidades Federativas/Brasil	Total de óbitos com suspeita de Covid-19 ou confirmados – 2020/2021	Total geral de óbitos – 2020/2021	Percentual de óbitos com suspeita ou confirmados (%)
Pernambuco	19.725	154.269	12,79
Piauí	5.179	44.246	11,71
Rio de Janeiro	68.948	363.142	18,99
Rio Grande do Norte	6.866	48.896	14,04
Rio Grande do Sul	36.724	213.727	17,18
Rondônia	6.218	24.840	25,03
Roraima	1.837	7.145	25,71
Santa Catarina	19.910	107.149	18,58
São Paulo	165.115	793.687	20,80
Sergipe	5.429	30.660	17,71
Tocantins	3.105	20.289	15,30
Brasil	607.912	3.344.963	18,17

Fontes: Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais – ARPEN Brasil e Sistema Nacional de Informações de Registro Civil-SIRC.

Conforme a Tabela 3, percebe-se que, considerando os Estados brasileiros, o menor percentual foi 11,01% e o maior foi 25,71%. No entanto, mesmo considerando o menor percentual, ou seja, 11,01% de mortes com suspeita ou confirmação de covid-19 em relação ao total de mortes no Brasil, no biênio 2020/2021, esse percentual é um número impactante, haja vista que se trata apenas de uma causa em detrimento de todas as outras causas de mortes ocorridas no país nesse período.

Nessa esfera, analisando-se os índices brasileiros por Unidade Federativa e também o do país, constata-se o poderio do coronavírus SARS-CoV-2 em causar mortes. Essas mortes ceifaram vidas de crianças, de adolescentes, de adultos e de idosos com sonhos e projetos não realizados. Vidas que se foram para sempre e não há meio de reparar essa situação. Além disso, cabe enfatizar a dor e o sofrimento enraizados no âmago do seio familiar advindos com essa(s) perda(s).

A situação poderia ter sido enfrentada com mais rigor e consciência pelos órgãos públicos, que poderia ter havido um esforço conjunto das diferentes esferas de governo a fim de minimizar os danos, ao estabelecer políticas públicas de emergência em razão de situação tão gravosa que atingiu o mundo inteiro. A crise sanitária poderia ter sido menor se a Covid-19 encontrasse uma situação equilibrada na saúde pública.

Considerações finais

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esse princípio abarca direitos e garantias, dentre os quais se destacam o direito à saúde e, conseqüentemente, o direito à vida. Além disso, tais direitos estão devidamente expressos na Carta Magna, bem como em legislações infraconstitucionais.

Ocorre que, apesar da previsibilidade normativa para proteção da vida, o que se configurou diante do quadro pandêmico da Covid-19 foi uma violação desse direito vital, considerando que, no biênio de 2020/2021, 607.912 brasileiros perderam a vida porque o sistema de saúde já se encontrava precarizado.

Há que se ressaltar ainda que esse número representa o percentual de 18,17% do total de óbitos ocorridos no Brasil nesse biênio. Esse número, que representa uma só causa, é astronômico, considerando todas as outras possíveis causas de mortes no país.

Necessário se faz ressaltar que, se tivesse ocorrido uma tomada de decisão no sentido de implementar políticas públicas de emergência e convergentes para a situação, por todas as esferas de governo, no intuito de prevenção e tratamento das mazelas sociais que a Covid-19 desencadeou, esse número exorbitante de mortes poderia ser bem menos significativo.

A prevenção, como o uso de máscaras, álcool, isolamento social e vacina, evitaria a disseminação em massa desse vírus entre a população brasileira. Nessa linha, tanto o Poder Público quanto a sociedade devem viabilizar a difusão de informações acerca da prevenção e vivenciá-las para que mais vidas não sejam ceifadas, inclusive a mídia que, nos dias atuais, tem um papel fundamental nessa comunicação, nesse alcance universal.

Em relação ao tratamento, viu-se que a universalização do direito à saúde não foi alcançada, diante do tão expressivo número de óbitos ocorridos. Além disso, à família e às pessoas próximas restam a dor e a saudade, bem como a tentativa de aprender a lidar com a(s) perda(s) irreparável(is).

TITLE: Right to health in Brazil: balance of deaths by Covid-19 *versus* other causes of death in the biennium 2020/2021

ABSTRACT: The emergence of the SARS-CoV-2 coronavirus, which causes Covid-19, devastated the entire world and, in Brazil, it was no different. The spread of this virus among the Brazilian people caused irreparable disruption, reaching its peak with the occurrence of hundreds of thousands of Brazilian deaths and calling into question the factual scope of the constitutional right to health, a fact that justifies the present research. This paper presents the following problem-question: has the right to health actually been achieved considering

the percentage of deaths from covid-19 (suspected or confirmed) in relation to the total number of deaths that occurred in the country in the biennium 2020/2021? This study aims to discuss the constitutional right to health in the face of the significant percentage of deaths resulting from the SARS-CoV-2 coronavirus. It uses a qualitative methodology, which is developed through bibliographical research, as well as a quantitative one, which is revealed in the statistics. It is concluded that normative predictability for the protection of the right to health and, consequently, the protection of life, was not achieved in view of the pandemic situation of deaths that occurred during the period.

KEYWORDS: Covid-19. Right to health. Fundamental rights.

Referências

ARPEN-BRASIL. Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais. In: Portal da Transparência. *Especial Covid-19*. Disponível em: <https://transparencia.registrocivil.org.br/especial-covid>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, a. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Primeiro caso de Covid-19 no Brasil permanece sendo o de 26 de fevereiro*. 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/primeiro-caso-de-covid-19-no-brasil-permanece-sendo-o-de-26-de-fevereiro>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona*. 2020b. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus-estrutura-principios-e-como-funciona>. Acesso em: 19 mar. 2022.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco. *Mistanásia em tempos de COVID-19*. Campos dos Goytacazes: Encontrografia, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 20 mar. 2022.

SIRC. Sistema Nacional de Informações de Registro Civil. *Total de Registros no SIRC por UF. 2020*. Disponível em: <http://www.sirc.gov.br/paginas/total-registro/#2020>. Acesso em: 18 mar. 2022.

SIRC. Sistema Nacional de Informações de Registro Civil. *Total de Registros no SIRC por UF. 2021*. Disponível em: <http://www.sirc.gov.br/paginas/total-registro/#2021>. Acesso em: 18 mar. 2022.

Recebido em: 23.03.2023

Aprovado em: 25.05.2023

A NARRATIVA DA LIBERDADE RELIGIOSA NO MÉTODO APAC: UMA LEITURA A PARTIR DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Gustavo Noronha de Ávila

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Docente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar – UniCesumar. Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação – ICETI. Docente do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá – UEM. Endereço eletrônico: gustavonoronhadeavila@gmail.com

Luís Gustavo Candido e Silva

Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – UniCesumar, na modalidade Bolsista CAPES. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá, na modalidade Bolsista CAPES. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá com período sanduíche na Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo – UAEH/México. Endereço eletrônico: luisandido.adv@gmail.com

RESUMO: A presente pesquisa procura estudar a narrativa da liberdade religiosa apresentada pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). Para tanto, adota-se como ponto de partida para a análise a tutela conferida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos à liberdade religiosa. Assim, tem-se que o problema de pesquisa versa sobre a compatibilidade do sistema APAC com a Convenção Americana, especialmente no que se refere à efetiva tutela da liberdade religiosa dos encarcerados. Para se desenvolver a pesquisa e se interpretar os resultados obtidos, vale-se o presente estudo de uma abordagem hipotético-dedutiva, adotando-se como técnicas de procedimento a pesquisa documental e a investigação bibliográfica. A análise se justifica em razão das inovações que o método APAC introduz no cenário da execução penal brasileira, adotando princípios religiosos para nortear o cumprimento de pena. Com a pesquisa, concluiu-se

que, em que pese a APAC se apresente como uma instituição capaz de solucionar problemas aparentes do sistema prisional convencional, a sua dinâmica permite que outros direitos sejam violados durante a aplicação de pena privativa de liberdade. Assim, verificou-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não recepciona de forma integral o método APAC, levando-se em consideração a violação da liberdade religiosa dos condenados inseridos nos estabelecimentos prisionais desenhados pela associação.

PALAVRAS-CHAVE: APAC. Convenção Americana. Direitos humanos. Liberdade religiosa.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conhecendo o sistema APAC: a incoerência sistêmica do discurso ecumênico. 2. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. 3. A compatibilidade do método APAC com a Convenção Americana. Conclusão. Referências.

Introdução

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) se apresenta como um fenômeno relativamente recente no cenário da execução penal brasileira. Criada e idealizada por missionários cristãos, a instituição se mostra como uma via alternativa ao sistema prisional convencional. Com estabelecimentos prisionais próprios e uma metodologia inovadora aplicada aos condenados, o sistema apaqueano declara que um de seus objetivos principais seria a humanização do cárcere.

Com o passar dos anos, as peculiaridades deste sistema alternativo de cumprimento de pena chamam cada vez mais atenção, principalmente por sua crescente expansão no território nacional. Desta maneira, como uma das questões levantadas a partir de estudos sobre o sistema apaqueano, o presente trabalho procura, por meio de um recorte temático, analisar a compatibilidade do método APAC com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, especialmente no que diz respeito à tutela do direito à liberdade religiosa dos condenados.

Para tanto, procura-se, em um primeiro momento da pesquisa, realizar uma breve contextualização sobre a APAC, indicando suas origens e a sua evolução. Ainda nesta etapa da pesquisa, busca-se apresentar o que se compreende pelo “método APAC”, delineando toda sua estrutura e seus elementos basilares, com o fim de que se possa averiguar qual seria a verdadeira relação do sistema estudado com ideais religiosos.

Após serem traçadas as linhas gerais sobre a APAC, em uma segunda etapa do trabalho procura-se verificar o atual estado da proteção da liberdade religiosa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Para tanto, procura-se ainda compreender como o tratado internacional estudado interage com o ordenamento jurídico

brasileiro, com o fim de se averiguar o processo de inserção do Brasil no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Por fim, o trabalho ainda pretende verificar a compatibilidade do método APAC com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, especificamente no que diz respeito à tutela do direito à liberdade religiosa dos condenados que se encontram inseridos nos estabelecimentos prisionais apaqueanos. Para tanto, procura-se partir de uma abordagem que leve em consideração apenas os elementos apresentados pelo método, sem aprofundar-se nas práticas dos estabelecimentos prisionais do sistema.

Para o desenvolvimento do trabalho, a coleta do material e a análise dos resultados, foi empregado o método de abordagem hipotético-dedutivo. Como hipótese formulada, tem-se a possibilidade do sistema APAC ser ou não ser compatível com a Convenção Americana. Ainda, como técnica de procedimento utilizada para a pesquisa, foi empregada a investigação bibliográfica.

Como resultados obtidos, pode-se apontar a incompatibilidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos com o sistema APAC, uma vez que o método apaqueano acaba por introduzir na dinâmica prisional elementos capazes de limitar ou cercear a liberdade religiosa dos condenados.

1. Conhecendo o sistema APAC: a incoerência sistêmica do discurso ecumênico

Ao se abordar o sistema prisional brasileiro, não existem muitas novidades no que se refere à violação massiva de direitos da população prisional. O déficit de vagas, a falta de assistências múltiplas e a precarização dos estabelecimentos prisionais, se traduzem em um cenário de desumanização do corpo aprisionado (Almeida, 2019, p. 43). Se normalizam categorias e atitudes que não pertencem à natureza do humano, e o mal se transmuta em uma imposição aceitável (Almeida; Massaú, 2015, p. 11).

Tais condições levaram, inclusive, à impetração da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, que tramita sob o n. 347, perante o Supremo Tribunal Federal. Durante o transcurso do remédio constitucional, a Suprema Corte declarou o Estado de Coisas Inconstitucional suportado pelo sistema prisional do país, que seria capaz de colocar em risco uma gama imprecisa de direitos da população encarcerada (Silva; Ávila, 2023b, p. 279). Assim, nota-se que foi em decorrência da nítida falência do sistema prisional brasileiro e do abandono dos presos pelo Estado, que as idealizações iniciais sobre o sistema APAC encontraram um campo fértil para serem cultivadas (Darke, 2019, p. 50-51).

As raízes da instituição residem em um grupo de missionários cristãos, da região de São José dos Campos, no interior de São Paulo, que se reunia na década de 70 para prestar auxílio espiritual e material a pessoas privadas de liberdade. Em 1972, liderados pelo advogado Mário Ottoboni, esse agrupamento se intitulou de movimento

“Amando ao Próximo Amarás a Cristo”, termo sintetizado pela sigla APAC (Vargas, 2010, p. 132-133).

No entanto, não demorou muito para que este conjunto assistencial cristão percebesse que as mazelas do sistema prisional não seriam facilmente resolvidas. Assim, em 1974, com a necessidade de se reativar a cadeia pública de Humaitá, os idealizadores da organização APAC foram convidados, pelo juiz da Vara de Execuções Penais local, para fundarem uma instituição juridicamente constituída, que pudesse auxiliar formalmente na administração prisional, dada a impossibilidade jurídica de um conjunto ideologicamente cristão gerir a execução penal (Vargas, 2010, p. 132-133). E foi assim que, mantendo-se a sigla inicial, mas alterando-se o seu significado, os voluntários liderados por Mário Ottoboni fundaram uma associação civil sem fins lucrativos que passou a se denominar: Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC).

Como a ideia inicial versava sobre a possibilidade de a nova instituição atuar de maneira mais efetiva na administração prisional, os fundadores do sistema decidiram que, para se garantir a ressocialização e a efetiva humanização do cárcere, seria necessário redesenhar as estruturas do cumprimento de pena. Para tanto, foi criado o que se passou a denominar de “método APAC”.

O método é um conjunto de princípios basilares do sistema apaqueano, idealizado para servir como uma espécie de guia aos condenados que desejem alcançar uma mudança de vida (FBAC, 2023). A sua estrutura é composta por 12 elementos, dispostos da seguinte forma: a) a participação da comunidade durante o cumprimento de pena dos recuperandos; b) a ajuda entre os recuperandos durante o cumprimento de pena, ou seja, recuperando ajudando recuperando; c) o desenvolvimento e o incentivo do trabalho e do estudo por parte dos recuperandos; d) o incentivo à espiritualidade; e) a garantia de assistência jurídica técnica aos recuperandos; f) a garantia da devida assistência à saúde aos recuperandos; g) a valorização humana; h) o incentivo à participação da família no processo de cumprimento de pena do recuperando; i) o voluntário e o curso para sua formação; j) o desenvolvimento e a criação de um estabelecimento prisional próprio do sistema APAC, qual seja o Centro de Reintegração Social (CRS); k) a valorização Mérito no desenvolvimento das atividades; e l) a Jornada de Libertação com Cristo, um evento de caráter cristão desenvolvimento para os recuperandos (Ferreira; Ottoboni, 2016, p. 20).

Dois pontos são relevantes para se iniciar a análise do método de cumprimento de pena desenhado pela APAC. O primeiro deles diz respeito à forma que o sistema se refere aos condenados, utilizando-se sempre o termo recuperando. O segundo ponto tem ligação com a necessidade de se desenhar um estabelecimento prisional próprio, denominado de Centro de Reintegração Social (CRS), pois, para os idealizadores deste modelo não convencional de cumprimento de pena, não seria possível aplicar a metodologia proposta nos estabelecimentos prisionais convencionais, dada a sua evidente precarização. Assim, para que o método pudesse alcançar seus objetivos, deveria ser aplicado em um estabelecimento prisional novo, criado e administrado pela própria associação.

Com isso, tem-se que, após a sua institucionalização, a APAC passou a se apresentar como uma associação civil sem fins lucrativos, parceira do Poder Judiciário e do Poder Executivo, que trabalha como um órgão auxiliar na execução penal, estando subordinada ao juízo da Vara de Execuções Penais da comarca na qual estiver inserida. Sendo assim, a proposta da APAC não pode se confundir com um modelo de privatização do sistema prisional (Ottoboni, 2001, p. 69-70).

Ainda no que diz respeito à metodologia apaqueana de cumprimento de pena, um ponto que chama atenção para o desenvolvimento da pesquisa, é a nítida vinculação dos ideais cristãos com a efetividade da recuperação dos condenados, visão que talvez se justifique em razão das origens da própria instituição. Se observa, inclusive, que alguns dos elementos do método possuem ligação direta com concepções ideológicas cristãs. Assim, é partindo destas observações que a pesquisa pretende analisar, a contar deste momento, dois elementos específicos do método, que seriam a Espiritualidade e a Jornada de Libertação com Cristo.

Como primeiro elemento a ser analisado, tem-se a espiritualidade. Este princípio se apresenta para o método como uma forma de atrelar os ideais de fé e ressocialização. A partir de seus postulados, percebe-se que os condenados estariam em uma espécie de jornada espiritual para superarem o pecado (crime).

Um ponto que se mostra bem relevante para a análise deste elemento é o modelo de espiritualidade que o sistema procura desenvolver. Em trabalho empírico formulado na APAC de Itaúna, em Minas Gerais, Lira Júnior (2009) apresenta que, ao mesmo tempo em que nenhuma religião é imposta oficialmente pela APAC, o destaque do cristianismo é inegável. O pesquisador ainda indicou como resultados de sua pesquisa a forma que o sistema consegue envolver, diariamente, os recuperandos nas práticas religiosas cristãs, especificamente católicas.

Outra importante contribuição para os estudos sobre a espiritualidade no sistema APAC se apresenta com a pesquisa de Silva Júnior (2013), que relata:

Ademais, a possibilidade de uma percepção primeva, fundada nos livros de Ottoboni, de que a APAC se traduziria numa espécie de convento para presos, isenta de conflitos, não encontra guarida na prática. E, embora, no plano teórico, tenha havido uma maior abertura ao pluralismo religioso na instituição, é certo que esta mantém, quase que exclusivamente, a oferta de assistência religiosa apenas para católicos e evangélicos, com suas diversas tensões. Os trabalhos espíritas, por exemplo, quando existentes, são, na maioria das vezes, realizados de maneira velada. Além disso, em oposição ao discurso, ainda persistem alusões negativas a outras religiosidades, como a muçulmana. Mesmo assim, dentro desse parâmetro de oferta religiosa, há uma circulação desobstruída por parte dos presos, que, nalguma medida, acabam frequentando a

maioria dos eventos religiosos que acontecem na APAC. Além de um “constrangimento de frequência”, que visa impor ao preso a presença nos atos de cunho religioso sob pena de sua rotulação como não recuperado, é certo que essas atividades religiosas permitem o contato mais próximo com o mundo exterior, revigorando o lampejo pela liberdade (Silva Júnior, 2013, p. 114).

A espiritualidade proposta pelo método se traduz, desta forma, no exercício da doutrina cristã de maneira ampla, dando-se um maior destaque para a religião católica e demais práticas evangélicas. A ligação com o cristianismo e as noções de redenção mostram-se tão evidentes que a própria figura do Cristo aparece descrita no segundo elemento metodológico que a pesquisa pretende analisar, que seria o elemento da Jornada de Libertação com Cristo.

O título deste elemento, por si só, contém uma alta densidade axiológica. Ainda, se observa que seu posicionamento, como último dos pilares metodológicos, não foi por acaso. A criação deste princípio apaqueano se deu justamente para garantir que os recuperandos, por intermédio de uma imersão nos ensinamentos de Jesus Cristo, pudessem se libertar de todos os seus pecados anteriormente praticados e renderem-se à salvação.

A Jornada de Libertação com Cristo se apresenta, desta forma, como o ápice da metodologia, consistindo em um momento de forte reflexão, em que a proposta é, inicialmente, o encontro do recuperando com ele mesmo. A jornada nada mais é do que um evento religioso cristão, que acontece ao longo de quatro dias, nos quais, por intermédio de palestras com conteúdo espiritual, com referências à valorização humana e testemunhos de egressos do sistema APAC, procura-se expor o encarcerado ao que o sistema chama de “terapia da realidade”, levando-o, ao final, a um encontro com Cristo (Ferreira; Ottoboni, 2016, p. 76).

Com isso, tem-se que o método, por si só, é capaz de demonstrar a forte ligação do sistema apaqueano com a doutrina cristã, realçando a incoerência sistêmica do discurso oficial da APAC, que, apesar de trilhar o caminho do respeito à liberdade religiosa em suas mais diversas emanções, acaba por vincular a eficácia do cumprimento de pena e da ressocialização à uma espécie de cristianização dos condenados. Se observa, desta forma, uma inconsistência entre o que a APAC realmente procura colocar em prática durante o cumprimento de pena e o discurso ecumênico divulgado pelo sistema.

AAPAC, após o exposto, pode se definir como uma associação sem fins lucrativos que, buscando solucionar os problemas casuais do cárcere, cria um estabelecimento prisional não convencional, extremamente rígido, de base fundamentalista cristã e que se administra quase que integralmente pelos próprios condenados (Silva; Ávila, 2023a, p. 79).

Ainda, como uma sequência necessária para se responder o problema de pesquisa apresentado, procura-se, a partir de então, delimitar a partir de qual nível de proteção que se procura analisar a liberdade religiosa no presente estudo, e se compreender as bases

jurídicas e históricas que levaram à estruturação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

2. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

Para se falar sobre a tutela da liberdade religiosa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, faz-se necessário, inicialmente, realizar uma abordagem sobre o processo de construção do referido tratado internacional, com o fim de compreender a sua aplicação e a extensão de seus efeitos, enquanto norma jurídica, ao ordenamento brasileiro. Com isso, o estudo ainda procura realizar uma reconstrução acerca das bases que levaram à construção de um sistema regional de proteção aos direitos humanos nas Américas.

Com o recorte que a pesquisa se propõe, torna-se impossível realizar uma construção histórica sobre normas jurídicas destinadas à proteção específica dos seres humanos, visto que, o que se procura apresentar aqui são os fundamentos básicos que levaram uma boa parte dos países a reconhecerem a necessidade de se edificarem normativas de nível global e/ou regional que fossem capazes de tutelar, especificamente, a pessoa humana.

As idealizações sobre a possibilidade de um conjunto de normas transnacionais capazes de protegerem a própria essência do humano ganharam maior expressão com o término da segunda guerra mundial. Todas as violações de direitos e as atrocidades praticadas em desfavor da humanidade durante este período da história foram elementos importantes para se perceber o quanto a proteção ao ser humano encontrava-se ausente nos mais variados tipos de normas existentes. Com isso, tem-se que as fundamentações primárias sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos surgem como uma espécie de reconstrução ética do paradigma normativo, que passa a inserir, como fundamento da ordem jurídica internacional, a proteção integral dos seres humanos (Piovesan, 2013, p. 191-193).

Movimentos que antecederam a Segunda Guerra, como a Organização Mundial do Trabalho (OIT), a Liga das Nações e a própria ideia de um Direito Humanitário, foram precursores para a quebra do paradigma que definia o direito internacional somente como aquele destinado à normatização das relações burocráticas entre os Estados (Piovesan, 2013, p. 190). No entanto, é realmente a partir de 1945 que o plano internacional volta seus olhares para o próprio ser humano e para a ideia de um direito comum aos povos (Delmas-Marty, 2004).

É com a criação das Organização das Nações Unidas e suas agências especializadas, e a adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos, que se estabelece um novo paradigma sobre o direito internacional, sustentado pela autodeterminação dos povos e a democratização das normativas internacionais voltadas à proteção dos seres humanos (Cançado Trindade, 2015, p. 110). Com isso, dava-se início ao que se passaria a denominar de Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos.

No entanto, o sistema mencionado acabava se distanciando das peculiaridades regionais existentes entre os países que compunham a organização. Assim, foram idealizados sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, como é o caso do Sistema Interamericano. Os sistemas regionais, compostos pelo Sistema Interamericano, o Sistema Europeu e o Sistema Africano, acabaram introduzindo ao cenário jurídico âmbitos de proteção distintos no que tange à tutela internacional dos direitos humanos, visto que, a partir de sua criação, a defesa destes direitos poderia se dar em razão de violações globais e regionais. Ou seja, lançava-se um olhar menos eurocêntrico dos direitos humanos, com a possibilidade de organizações regionais traduzirem de maneira mais clara e precisa as necessidades dos seus povos.

Para o desenvolvimento da pesquisa, os estudos se estruturam, a partir de então, no processo de desenvolvimento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, que guarda relação com o surgimento da Organização dos Estados Americanos (OEA), um órgão internacional criado a partir da Carta da OEA (OEA, 1948).

A Carta da OEA trata-se de um tratado internacional que foi assinado por 21 países americanos no ano de 1948, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires em 1967, pelo Protocolo de Cartagena das Índias em 1985, pelo Protocolo de Washington em 1992 e pelo Protocolo de Manágua em 1993. Com este particular instrumento internacional, os países signatários buscavam implementar um sistema regional de proteção aos direitos humanos, complementar ao sistema global, capaz de aglutinar os princípios e objetivos principais que os Estados Americanos procuravam desenvolver para se amoldarem à Declaração Universal.

Por se tratar de um sistema próprio, a OEA precisava contar também com uma estrutura específica, criada e desenvolvida para garantir que os objetivos fundamentais da organização fossem cumpridos e respeitados pelos Estados-membros. Para tanto, surge no ano de 1959, com o escopo de se apresentar como um órgão fiscalizador e consultivo dos Estados, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Ainda como uma das ações dos Estados-membros da OEA, em 1969, foi assinado o tratado internacional que a presente pesquisa pretende abordar, ou seja, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, 1969), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em referência ao país em que foi confeccionada. Como um dos principais objetivos deste tratado internacional, se apresenta a delimitação material dos direitos que os Estados-membros devem respeitar, e a criação de um órgão jurisdicional capaz de julgar e processar os países signatários por possíveis violações à Convenção Americana. Ao referido órgão, o sistema colocara o nome de Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

O Pacto de São José da Costa Rica foi ratificado pelo Brasil em 1992, por intermédio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992 (Brasil, 1992) e, com o Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002 (Brasil, 2002), o país reconheceu como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana

de Direitos Humanos para todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos em seu território.

Assim, a Comissão e a Corte Interamericana correspondem aos órgãos que sintetizam o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com o fim de se garantir a plena efetivação dos direitos positivados reconhecidos pela Convenção Americana, que deve ser respeitada e levada em consideração para a aplicação da legislação nacional. Ou seja, a partir da ratificação da Convenção, os juízes e tribunais brasileiros passam a ser obrigados a controlar de ofício a compatibilidade das normas e regulamentos internos com o tratado internacional em comento, declarando a nulidade dos atos normativos que se mostrem incompatíveis com o referido tratado. Para este exercício de compatibilização de normas, dá-se o nome de Controle de Convencionalidade (Mazzuoli, 2011, p. 168).

O Sistema Interamericano, desta maneira, mostra-se incapaz de solucionar ou resolver todas as violações de direitos humanos que ocorrem diuturnamente nos Estados-membros. No entanto, a partir do necessário controle de convencionalidade, ficam as instituições estatais, em especial os órgãos do poder judiciário, incumbidas de zelar pelo respeito aos direitos constantes na Convenção, mediante a aplicação das normas jurídicas internas, que devem sempre ter em vista o marco normativo regional e os precedentes da Corte e da Comissão.

É partindo, então, da estrutura do Sistema Interamericano, que se pode visualizar a vinculação do Brasil às normas de proteção dos direitos humanos constantes na Convenção Americana. Com isso, o estudo passa a analisar o direito à liberdade religiosa à luz do Pacto de San José da Costa Rica, com o fim de que, posteriormente, se possa verificar a compatibilidade do método APAC com o tratado internacional estudado.

3. A compatibilidade do método APAC com a Convenção Americana

Como mencionado anteriormente, foi a partir do pós-guerra que medidas jurídicas para se proteger de maneira eficaz os seres humanos começaram a ser exigidas em nível global. De tal necessidade, decorreu-se o nascimento do que se passou a chamar de Direito Internacional dos Direitos Humanos e de um Sistema Global de proteção à pessoa. Assim, leva-se em consideração para o presente estudo, que uma das primeiras fórmulas internacionais criadas para se tutelar de maneira efetiva a liberdade religiosa deposita suas raízes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Com a Declaração, em seu art. 18, deixava-se claro que toda a pessoa possui o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, sendo que este direito implicaria na liberdade que cada ser humano tem de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos (DUDH, 1948).

Assim, seguindo os entendimentos trilhados inicialmente pelo Sistema Global, a proteção à liberdade religiosa também se consagrou no texto da Convenção Americana

sobre Direitos Humanos, trazendo ainda certas inovações em termos de alcance normativo. A Convenção, em seu art. 12, para além de garantir o livre exercício de crença e culto, sem restrições, ainda tutela o direito que os pais possuem de educar religiosamente seus filhos nas doutrinas que lhes parecer conveniente. Assim, com o fim de esclarecer a maneira pela qual a liberdade religiosa é abordada na Convenção, apresenta-se a literalidade integral do referido artigo:

Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.
4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções (OEA, 1969).

Em um estudo sociológico organizado por Ponzilacqua e Porto (2021), destacou-se que a liberdade religiosa é um problema a ser analisado de maneira sistemática e fenomenológica, especialmente no que diz respeito ao âmbito da América Latina e do Caribe, dadas as circunstâncias particulares que envolvem os países das localidades mencionadas. Dentre as principais dificuldades suportadas para se efetivar a liberdade religiosa na região, os pesquisadores deram ênfase aos seguintes pontos: a) os desafios ao direito das demandas ético-religiosas; b) a laicidade e neutralidade estatal; c) a consideração da liberdade religiosa em chave socioambiental, com foco nas comunidades indígenas; d) os casos envolvendo o imbricamento do elemento religioso com as esferas políticas e outros temas conexos e estratégicos (Ponzilacqua; Porto, 2021, p. 165).

Assim, percebe-se que falar em liberdade religiosa dentro do Sistema Interamericano é uma tarefa extremamente complexa, especialmente porque, depois de quase 400 anos de práticas católicas hegemônicas e o processo de colonização e de submissão dos corpos a práticas escravocratas levaram os países da América Latina a conviver com expressões religiosas diversas, cristãs e não cristãs, experimentando o fenômeno do sincretismo religioso, mesclado a um crescente pluralismo de crenças, que se intensifica a partir da segunda metade do século XX, e que tem transformado sensivelmente o campo da espiritualidade nos países latinos (Silva; Bellotti; Campos, 2010, p. 7).

De acordo com um levantamento realizado por intermédio de pesquisa documental, durante seu período de funcionamento, 06 casos que envolveram questões ligadas à liberdade religiosa foram levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ainda, para todos os casos indicados, houve pedido de condenação do Estado-membro envolvido pela violação do art. 12 da Convenção. Os casos apontados são: a) Caso *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*; b) Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*; c) Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*; d) Caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*; e) Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*; e) Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*) (Ponzilacqua; Porto, 2021, p. 168).

Os debates sobre liberdade religiosa pelo Sistema Interamericano, desta maneira, apresentam-se amplamente difundidos. Para Alves Tostes, a Corte deixou claro, ao julgar o caso *Olmedo Bustos* e outros contra o Estado do Chile, que o reconhecimento da liberdade de crença se fundamenta na mesma raiz que reconhece o ser humano como um sujeito racional e independente. Assim, a liberdade religiosa torna-se uma das bases do pluralismo exigido para que se viabilize a coexistência dos seres racionais em uma sociedade democrática que, como em qualquer outra, partilha seus espaços com sujeitos de convicções e crenças diversas (Tostes, 2012, p. 85). Nestes termos, nota-se que, a partir do Sistema Interamericano, se estrutura uma rede internacional muito própria de proteção à liberdade de crença.

É levando em consideração o tratamento que a Convenção Americana e os órgãos da OEA dispensam à liberdade religiosa que se procura, a partir de então, analisar a compatibilidade do método APAC com a tutela efetiva da liberdade religiosa da pessoa encarcerada.

Conforme se analisou na primeira etapa da pesquisa, ao desenvolver uma nova metodologia de cumprimento de pena, a APAC não abandona suas raízes cristãs, mantendo, em sua estrutura, os laços e princípios religiosos que deram origem à instituição. Com isso, nota-se que discussões sobre redenção, pecado, poder punitivo e prisão acabam se mostrando inerentes ao sistema apaqueano. Em uma detida análise sobre o sistema, Frei Beto (2019) pontua sobre a relevância da APAC, mas também sobre a necessária análise sobre a possibilidade de a religião ser utilizada como uma verdadeira e potente arma ideológica do discurso punitivo.

O presente trabalho, conforme informado a partir da apresentação do problema de pesquisa, não pretende discutir as práticas apaqueanas, visto que, tal análise dificilmente seria frutífera por intermédio de um trabalho meramente bibliográfico. Assim, para se responder à pergunta da pesquisa, pretende-se retomar o problema e analisar a compatibilidade somente do método APAC com o direito à liberdade religiosa à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Conforme se verificou no decorrer do trabalho, por intermédio do controle de convencionalidade, as normas e práticas internas devem guardar uma relação harmônica

com os direitos humanos previstos na Convenção. Assim, analisando-se a convencionalidade do método e levando-se em consideração a ampla proteção que o Pacto confere à liberdade religiosa, notou-se que o método APAC é, por si só, incompatível com o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, uma vez que vincula o sucesso do cumprimento da pena a elementos ideológicos cristãos, como é o caso do elemento da Espiritualidade e da Jornada de Libertação com Cristo.

Conclusão

Com o desenvolvimento da pesquisa, foi possível observar que a APAC nada mais é do que uma associação que insere no cenário brasileiro mais um “modelo” de estabelecimento prisional, criado por missionários cristãos, cujo objetivo seria reestruturar o sistema carcerário convencional e humanizar o cumprimento de pena. Para tanto, os idealizadores do sistema criaram uma nova metodologia de cumprimento de pena, estruturada em 12 elementos principiológicos que, se colocados em prática, poderiam garantir a reinserção social dos apenados.

Na atualidade, os estabelecimentos prisionais apaqueanos possuem um forte apelo religioso cristão, atuando com ideais que relacionam crime, pecado, perdão e recuperação. No entanto, se destaca que o presente trabalho não buscou analisar a dinâmica dos estabelecimentos prisionais da APAC, mas tão somente a ligação entre método de cumprimento de pena desenhado pelo sistema e a tutela da liberdade religiosa dos apenados.

Durante a pesquisa, foi possível perceber que o método APAC está integralmente relacionado com a doutrina cristã, apegando-se de maneira mais acentuada à religião católica. Tal premissa se tornou mais evidente a partir da análise dos elementos metodológicos da Espiritualidade e da Jornada de Libertação com Cristo. Desta forma, nota-se que, como um dos pontos necessários para se reestruturar o sistema prisional, a APAC elegeu o apego às normas cristãs.

Como o objetivo do trabalho era o de analisar a tutela da liberdade religiosa dos encarcerados do sistema APAC à luz da Convenção Americana, se fez necessário analisar o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Com isso, se tornou possível compreender que a liberdade religiosa é amplamente protegida no tratado internacional estudado.

Assim, concluiu-se que, ao se analisar somente as disposições acerca do método APAC, foi possível observar que, por meio de uma análise convencional, o sistema apaqueano não se mostra compatível com o direito à liberdade religiosa, consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, uma vez que para humanizar o cárcere, a APAC condiciona os corpos à doutrina cristã.

Por fim, deve-se indicar que a presente pesquisa não procura esgotar o tema referente à liberdade religiosa no sistema APAC. Ainda, procura esclarecer, pela derradeira vez, que a pesquisa buscou abordar tão somente as questões religiosas relacionadas

ao método APAC à luz da Convenção Americana. Assim, não se deve inferir do trabalho que direitos fundamentais e personalíssimos relacionados à liberdade religiosa, positivados ou reconhecidos pelo ordenamento jurídico interno, não sejam violados de maneira conjunta na referida dinâmica.

TITLE: The narrative of religious freedom in the APAC method: a reading from the American Convention on Human Rights

ABSTRACT: The present research seeks to study the narrative of religious freedom by the Association for the Protection and Assistance to Convicts (APAC). For this purpose, it is adopted as a starting point for the analysis, the protection granted by the American Convention on Human Rights to religious freedom. Thus, the research problem concerns the compatibility of the APAC system with the American Convention, especially with regard to the effective protection of religious freedom of prisoners. In order to develop the research and interpret the results obtained, the present study uses a hypothetical-deductive approach, adopting as procedure techniques documentary and bibliographic research. The analysis is justified due to the innovations that the APAC method introduces in the Brazilian scenario of penal execution, adopting religious principles to guide the fulfillment of the sentence. With the research, it was concluded that, although the APAC presents itself as an institution capable of solving apparent problems of the conventional prison system, its dynamics allows other rights to be violated during the application of custodial sentences. Thus, it was verified that the American Convention on Human Rights does not fully receive the APAC method, taking into account the violation of religious freedom of convicts inserted in prisons designed by the association.

KEYWORDS: APAC. American Convention. Human rights. Religious freedom.

Referências

ALMEIDA, Bruno Rota. Prisão e desumanidade no Brasil: uma crítica baseada na história do presente. *Rev. Fac. Direito UFGM*, Belo Horizonte, n. 74, p. 43-63, jan./jun. 2019.

ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAÚ, Guilherme Camargo. A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, Lima, Peru, ano 12, n. 41, 2015.

APAC FREI BETO. *O temível direito à liberdade*. (2019). Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/formacao-de-agentes-apac-frei-beto.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 abr. 2023.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CIDH. *Breve história do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 20 abr. 2023.

DARKE, Sacha. *Convívio e sobrevivência: coproduzindo a ordem prisional brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. *O que é a APAC?* Disponível em: <https://fbac.org.br/o-que-e-a-apac/>. Acesso em: 11 jan. 2023.

FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. *Relatório sobre as APAC*. 04 out. 2022. Disponível em: https://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php?_ga=2.133575886.1178609620.1651487173-1279914236.1651487171&_gl=1*1qc68dx*_ga*MTI3OTkxNDIzNi4xNjUxNDg3MTcx*_ga_CG4LP68QQR*MTY1MTQ4NzE2OS4xLjEuMTY1MTQ4ODMyMS4w. Acesso em: 11 jan. 2023.

FERREIRA, Valdeci; OTTOBONI, Mário. *Método APAC: sistematização de processos*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Programa Novos Rumos, 2016.

LIRA JÚNIOR, José Nascimento. *“Matar o criminoso e salvar o homem”*: o papel da religião na recuperação do penitenciário (um estudo de caso da APAC – Associação de Assistência e Proteção aos Condenados – em Itaquara – MG). 2009. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OEA. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm>. Acesso em: 20 abr. 2023.

OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm1. Acesso em: 20 abr. 2023.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 abr. 2023.

OTTOBONI, Mário. *Vamos matar o criminoso?* 3. ed. São Paulo: Editora Paulinas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira; PORTO, Adriane Célia de Souza. A liberdade de convicção e crença no Continente Americano: análise sociojurídica. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 26, n. 3, p. 155-186, 2021.

SILVA JÚNIOR, Antonio Carlos da Rosa. *Recuperação religiosa de presos: conversão moral e pluralismo religioso na APAC*. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2013.

SILVA, Eliane Moura da; BELLOTTI, Karina Kosicki; CAMPOS, Leonildo Silveira. *Religião e sociedade na América Latina*. São Bernardo do Campo: UMESP, 2010.

SILVA, Luís Gustavo Candido e; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A tutela dos direitos da personalidade da pessoa encarcerada: uma análise a partir da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 111, p. 68-81, 2023a.

SILVA, Luís Gustavo Candido e; ÁVILA, Gustavo Noronha de. El estado de cosas inconstitucional en Brasil: una mirada constitucional de los derechos de la personalidad de la población penitenciaria. *Opción*, v. 39, n. 100, p. 264-282, 2023b.

TOSTES, Melina Alves. Liberdade religiosa: um estudo comparativo da jurisprudência interna e dos sistemas regionais europeu e americano de proteção dos direitos humanos. *Revista de Direito Brasileira*, p. 77-94, 2012.

VARGAS, Laura Jimena Ordóñez. Todo homem é maior que seu erro? Bases para uma reflexão sobre o método alternativo de gestão carcerária. *SER Social*, v. 11, n. 24, 2010.

Recebido em: 05.05.2023

Aprovado em: 21.06.2023

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL À CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: REFLEXÕES SOBRE A RESSOCIALIZAÇÃO DO EGRESSO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Thiago Penido Martins

Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Mestre em Direito e Especialista em Direito pela Faculdade de Direito Milton
Campos/MG. Procurador Autárquico do Município de Belo Horizonte/MG.
Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG.
Endereço eletrônico: thiagopenido@yahoo.com.br

Raphael Silva Rodrigues

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Minas Gerais. Especialista em
Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor
Universitário (Mestrado, MBA/Especialização e Graduação). Membro integrante
de Bancas Examinadoras de Concursos Públicos. Advogado e Consultor
Jurídico. Endereço eletrônico: raphaelsilva.bh@gmail.com

Alisson Alves Pinto

Mestre em Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais pela
Universidade de Itaúna – UIT. Pós-Graduado em Direito Processual e em Direito
Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduado
em Direito Empresarial pela Universidade Estácio de Sá. Coordenador do
Curso de Direito da Faculdade CNEC – Unidade Unai/MG. Advogado.

RESUMO: A condição daquele que deixa o sistema prisional pode ser descrita como sub-humana, estigmatizado pela sociedade, tornando-se muito difícil, ou até mesmo inviável, o processo de inclusão social. O presente artigo tem por objetivo analisar e salientar a importância da ressocialização do egresso, ressaltando a

função social da empresa nesse processo, viabilizando uma oportunidade de recuperação. A metodologia utilizada, apoiada nos princípios da função social da empresa e dignidade da pessoa humana, implicou revisão da bibliografia disponível, exame da legislação e da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Função social da empresa. Ressocialização do egresso. Dignidade da pessoa humana. Mão de obra carcerária.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A função social da empresa e seu fundamento constitucional. 2. A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do direito penal. 3. Função social da empresa como proteção à dignidade da pessoa humana. 4. A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal. 5. Vantagens auferidas pelas empresas com a mão de obra carcerária. Considerações finais. Referências.

Introdução

A pena de prisão, apesar dos seus efeitos nocivos, e da forte reação que contra ela se manifestou nos últimos anos, é o meio de proteção social contra o delito empregado com maior frequência e constitui o ponto central do sistema penal de todos os países.

No que tange ao local de cumprimento das penas privativas de liberdade – penitenciárias, presídios, casas de detenção etc. –, após um grande e intenso movimento no sentido de humanizá-lo, houve um evidente retrocesso quanto à sua utilização.

Nos países latino-americanos, principalmente, os presídios transformaram-se em verdadeiras “fábricas de presos”, que ali são jogados pelo Estado, que não lhes permite um cumprimento de pena de forma digna, que não afete outros direitos que lhes são inerentes. A superlotação carcerária começou a ser a regra das prisões. Juntamente com ela, vieram as rebeliões, a promiscuidade, a prática de inúmeros crimes dentro do próprio sistema penitenciário, cometidos pelos próprios presos, bem como por aqueles que, supostamente, tinham a obrigação de cumprir a lei, mantendo a ordem do sistema prisional.

A corrupção por parte de agentes carcerários também se tornou comum. Os presos são constantemente extorquidos, sendo-lhes exigido todo tipo de pagamento para que tenham direito àquilo que, em tese, seria obrigação do Estado em fornecer. Desde o simples papel higiênico, à possibilidade de terem televisores em suas celas, da entrega de bens pessoais feita por seus familiares, enfim, tudo passou a ter um preço a ser cobrado dos presos, o que, obviamente, gerou revoltas que culminaram com a morte de inúmeras pessoas.

De tudo que foi exposto acima podemos inferir que o sistema prisional está em crise, principalmente porque, na maioria dos países, não consegue cumprir com objetivos para os quais foi criado e resulta ofensivo à dignidade da pessoa humana.

No estágio em que nos encontramos atualmente, já no início do século XXI, após dezenas de anos experimentando um sistema prisional que se mostrou falho, que não cumpre com suas funções, haveria alguma solução para esse problema que aflige a sociedade pós-moderna?

A resposta, na verdade, encontra-se em um conjunto de ações. Não basta, tão somente, tentar melhorar a vida dos presos dentro do sistema penitenciário. Temos que pensar em programas sociais, que antecedem a prática da infração penal, como também em programas destinados à ressocialização do preso que, certamente, após algum tempo, nos países que não adotam a pena de morte e a pena de prisão perpétua, voltará ao convívio em sociedade.

Atualmente, a condição daquele que deixa o sistema prisional pode ser descrita como sub-humana, estigmatizado pela sociedade, tornando-se muito difícil, ou até mesmo inviável, o processo de inclusão social.

Em sentido diametralmente oposto às inúmeras barreiras impostas aos que deixam o sistema prisional, toda a sociedade deseja que eles retornem ao convívio social de forma pacífica, ordeira e sem reincidência na ocorrência de novos delitos.

A Lei nº 7.210/84, que instituiu a Lei de Execução Penal (LEP), garante inúmeros direitos ao egresso do sistema prisional. Ocorre, todavia, que as políticas para os concretizar ainda são principiantes.

De uma maneira geral, em muitos países e Estados, o esforço de retomar a vida em sociedade tem sido solitário e fruto de um investimento pessoal de cada egresso e egressa que resistem e superam as inúmeras barreiras do preconceito e da exclusão social.

Entretanto, lamentavelmente, a ausência e/ou fragilidade tanto das políticas públicas quanto da iniciativa privada para atender as especificidades desse público e a escassez na geração de novas oportunidades, aliada à falta de confiança e ao preconceito social, são barreiras muitas vezes intransponíveis, razão pela qual as estatísticas presumidas de reentrada prisional e reprodução do ciclo criminal são sempre alarmantes.

Fica evidente que não é possível executar uma política sistêmica e eficiente de segurança pública sem empreender esforços e recursos na inclusão social de egressos e egressas do sistema prisional.

Negar a esse público as condições concretas para o exercício da cidadania, somado à perpetuação dos rótulos de bandidos e criminosos, mesmo após o cumprimento de suas

sentenças penais, é contribuir para a reprodução de ciclos de violência, de processos de criminalização e vitimização, bem como para a expansão ilimitada de novas prisões, uma vez que a porta de entrada está aberta, porém, a porta de saída é um embaraço.

O presente trabalho tem por objetivo analisar e salientar a importância da ressocialização do preso, ressaltando a função social da empresa nesse processo, viabilizando oportunidade de recuperação ao egresso.

Nesse sentido, será estudada a função social da empresa como elemento de fundamental importância para possibilitar a transformação não apenas do egresso, mas principalmente da sociedade em que está inserido, haja vista sua capacidade de exercer influência na formação de ideias e no quadro de valores das pessoas, das respectivas instituições e da sociedade como um todo.

Desse modo, a função social da empresa será contextualizada diante de um dos maiores desafios da sociedade moderna, qual seja, assistir ao homem que enfrenta os problemas advindos do encarceramento, seja durante o cumprimento da pena de prisão, seja após esta, quando esse homem é devolvido à liberdade, perquirindo se o poderio empresarial, quer capacitando, quer empregando o egresso, tem a capacidade para desenvolver programas que contribuem para a minimização das desigualdades regionais e sociais, com retorno na sua lucratividade.

Para a realização do referido estudo, utilizou-se metodologia com base na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do tema, sobretudo na Constituição Federal, no Código Civil e na própria Lei de Execução Penal, bem como nas obras doutrinárias que tratam da função social da empresa e dos direitos humanos.

Os objetivos específicos delineados são os que se seguem: a) definir o princípio da função social da empresa, analisando sua importância no ordenamento jurídico pátrio, suas funções, sua abrangência, bem como sua conotação e implicações no âmbito da recuperação do egresso; b) conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, aferindo sua importância no âmbito da recuperação do preso; c) promover reflexão sobre o papel da empresa contemporânea na recuperação do delinquente, a fim de integrá-lo de forma útil na sociedade em que está inserido; d) analisar eventual colisão entre a função social e a finalidade primordial da empresa, qual seja, o lucro; e) determinar as transformações que ocorrerão na sociedade quando as barreiras do preconceito forem rompidas e vidas resgatadas, por intermédio da participação da empresa, na missão de recuperar o egresso e promover a justiça restaurativa.

Assim sendo, diante da atualidade e importância da discussão a respeito da urgente necessidade de dispensar maior atenção ao sistema prisional que, no momento, apenas exige aplicar a punição pela segregação do infrator, e nada mais, torna-se interessante empreender estudo sobre as vantagens de se recuperar o egresso, principalmente

levando em conta a função social da empresa contemporânea, de modo a garantir que a atividade empresarial seja dirigida de forma a proporcionar bens aos interesses sociais.

1. A função social da empresa e seu fundamento constitucional

Segundo Fábio Konder Comparato (2005), o princípio da função social da empresa se extrai do princípio constitucional da função social da propriedade, consagrado nos arts. 5º, XXIII, e 170, III, da Constituição Federal.

Dessa forma, a propriedade dos bens de produção deve cumprir a função social, no sentido de não se concentrarem apenas na titularidade dos empresários todos os interesses juridicamente protegidos que os circundam.

A Constituição Federal reconhece, por meio deste princípio implícito, que são igualmente dignos de proteção jurídica os interesses metaindividuais de toda a sociedade ou de parcela desta, potencialmente afetados pelo modo com que se empregam os bens de produção.

Por bens de produção, como conceito jurídico, deve-se compreender todos os reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial. Embora sobre estes bens nem sempre o empresário exerça especificamente o direito de propriedade (entre eles, há os alugados, os alienados fiduciariamente, os objetos de *leasing* etc.), é fato que os controla e decide se serão, e como serão, empregados na exploração de atividade econômica.

Esta decisão deve se orientar pelo atendimento da função social da empresa. A função social é um poder-dever do proprietário de dar ao objeto da propriedade determinado destino, de vinculá-lo a certo objetivo de interesse coletivo. Não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas como elemento integrante de sua própria estrutura.

Os limites legais são intrínsecos à propriedade. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas confirmativa do legislador. Como resume Pietro Perlingieri, a função social não deve ser entendida em oposição, ou ódio, à propriedade, mas “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito” (Perlingieri, 1999, p. 22).

A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis, visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.

O princípio da função social da empresa é constitucional, geral e implícito. As empresas estão, modernamente, se organizando em função de uma inserção social eficiente, seja internamente pela agregação de benefícios aos trabalhadores ou externamente, por atividades

de promoção junto aos excluídos, estejam eles nas áreas de seu entorno geográfico ou em espaços e atividades distantes.

Desde quando a legislação brasileira, constitucional e civil reafirmou a primazia da função social da propriedade, dos contratos e das empresas, surgiu um novo paradigma empresarial nas discussões econômicas e jurídicas, neste sentido:

Analisam, aquelas pesquisas, os conceitos de responsabilidade empresarial e sua função social, correntes na doutrina e na legislação, sob os enfoques dos Direitos constitucional, administrativo, civil, ambiental, tributário e penal, seguindo uma perspectiva dialética do particular frente ao coletivo. Por estes estudos sobre empreendedorismo, pode-se evidenciar que os direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição e assegurados a todos os cidadãos, embora particulares (subjetivos), não podem ser exercidos de forma absoluta e exclusiva, pois estão afetados pelas exigências coletivas de justiça social. Nesta linha de ideias, entendemos que o tema da responsabilidade das empresas, sob três visões apontadas, deva ser estudado segundo uma hermenêutica humanista do Direito, expressa pelos princípios fundamentais do respeito à dignidade da pessoa e prevalência dos direitos humanos. O tema se enquadra na linha das relações empresariais e inclusão social, que, por ser aberta, permite discurso eclético e multidisciplinar, nisto consistindo também sua relevância (Souza, 2007, p. 47).

O tema da responsabilidade social mostra-se obrigatório entre empresários, gestores dos meios de produção e do comércio em uma economia capitalista, a responsabilidade é entendida como obrigação constitucional, decorrente dos princípios sobre a ordem econômica, presentes no art. 170 da Constituição Federal (Souza, 2007).

Tal disposto constitucional vincula a ordem econômica a um fim social, desse modo, a liberdade de iniciativa empresarial dirige-se a uma finalidade humana, visando garantir a existência digna das pessoas, conforme os ditames da justiça social, que é fundada sobre os princípios da soberania nacional – inciso I; da propriedade privada – inciso II; da função social da propriedade privada – inciso III; da livre concorrência – inciso IV; da defesa do consumidor – inciso V; da defesa do meio ambiente – inciso VI; da redução das desigualdades regionais e sociais – inciso VII; da busca do pleno emprego – inciso VIII; do favorecimento às empresas de pequeno porte – inciso IX.

É, portanto, dever constitucional do empresariado privilegiar esta justiça social, a fim de garantir a todos cidadãos condições mínimas para satisfazer suas necessidades fundamentais, tanto físicas como espirituais, morais e artísticas. É princípio de justiça social, em uma ponta, pagar aos empregados remuneração justa, garantindo condições de sobrevivência digna; na outra, limitar o lucro arbitrário, ou os preços abusivos, como

infrações à ordem econômica. A questão ganha relevância ao se tratar da função social da propriedade.

Os empreendedores, possuindo os meios de produção, têm assegurada a reserva de seus bens e a possibilidade de lucro mediante sua utilização. No entanto, o conceito de que tais meios devem se destinar tão somente à satisfação dos proprietários-empresários, foi afastado de nosso ordenamento jurídico, tanto pela Constituição Federal de 1988, como pelo Código Civil, quando limita a liberdade de contratar à função social do contrato.

O uso do direito de propriedade e dos meios produtivos, é, portanto, exercido com limitações. Além de proporcionar ganhos ao seu detentor, deve atender a sua função social, ou seja, destinar-se a fins sociais muito mais amplos que a simples atenção ao mercado de consumo. O uso responsável da propriedade deverá visar, além da produção de bens e dos lucros, à melhoria da sociedade como um todo, na qual a empresa se insere.

Trata-se de um investimento social, não assistencialista, que se torna garantia futura da própria subsistência do empreendimento. São, portanto, diretrizes precisas, de responsabilidade social, promover o bem-estar dos funcionários, proporcionando seu aperfeiçoamento profissional e pessoal; proteger os recursos naturais locais; respeitar o direito dos consumidores e os direitos humanos em geral; enfim, a satisfação de necessidades fundamentais da coletividade (Souza, 2007, p. 50).

Deste modo, as empresas estão subordinadas à observância dos princípios contidos no art. 170 da Constituição Federal, dentre eles, o da função social da propriedade. Assim, também prevê o art. 1.228, § 1º, do Código Civil, que dispõe:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecimento em lei especial, a flora, a fauna e as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (Brasil, 2002, p. 52).

A função social da propriedade é correlata à função social do contrato e da empresa. No Código Civil, não há explicitamente a função social da empresa, de modo que se aplica a ela o art. 421 do código – sua sociedade significa a democratização e moralização do governo da empresa, e a concretização de uma conduta que atende aos superiores interesses do país e da sociedade.

A responsabilidade social está explícita na categoria das empresas de economia privada que se inserem no mercado, porém conscientes de uma hipoteca social que as orienta para uma justa e eficiente aplicação do lucro, por meio das várias modalidades

conhecidas e praticadas, de modo que a concepção mais ampla da responsabilidade social funda-se na crítica ao objetivo exclusivo da empresa de obter lucro a curto prazo, não ponderando fatores sociais, éticos e econômicos, de forma a aceitar uma proposta alternativa de um modelo que também considere as exigências externas à sociedade empresarial (Souza, 2007). Mas o que é uma empresa socialmente responsável?

Evocando-se a definição contida no “Livro Verde da Comissão da União Europeia”, diz-se que a Responsabilidade Social Empresarial (RSE) é a integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na sua interação com outras partes interessadas.

Reconduz-se ao cumprimento dos deveres e ao respeito pelos direitos consagrados na lei fundamental e na legislação comum. Em outros termos, esgota-se na obediência às normas em vigor. Envolve, ao nosso ver, a adoção de comportamentos com conteúdos mais atuantes e inovadores.

Por meio da RSE, as empresas vão para além dos requisitos reguladores convencionais e procuram elevar o grau de exigência de direito construído. O voluntarismo é necessariamente uma característica de referência obrigatória em qualquer definição da RSE.

Outro elemento fundamentalmente marcante indispensável, mencionado no Livro Verde da Comissão, é a noção de “partes interessadas” (“*stakeholders*”). Nele se incluem, por um lado, além dos investidores, os trabalhadores, os parceiros comerciais, os fornecedores, os clientes e os credores (grupos dos chamados “*stakeholders* coletivos”).

A RSE é o produto espontâneo da capacidade das empresas para promover soluções para os novos problemas da comunidade em que estão inseridas e que empresa socialmente responsável é aquela que, não apenas satisfaz plenamente as exigências jurídicas e convencionais aplicáveis, mas que integra também, voluntariamente, enquanto investimento estratégico, as dimensões sociais, ambientais e econômicas nas suas políticas globais (Souza, 2007, p. 122).

A concepção da RSE vem evoluindo nas sociedades capitalistas mais desenvolvidas, a reboque do crescimento dos movimentos sociais e da maior preocupação com relação às consequências sociais, ambientais e econômicas do exercício das atividades econômicas.

A RSE é conceituada de diversas formas pelos estudiosos do tema, mas podemos utilizar o conceito de Rachel Sztajn (1999, p. 36) de que “consiste na tomada de decisões administrativas que levem em conta valores éticos, o respeito às pessoas, à comunidade, ao meio ambiente. Quer dizer, responsabilidade social implica em administrar a sociedade de forma a atender ou superar anseios éticos, jurídicos e negociais do público, tendo em vista as atividades exercidas”.

É reconhecido que a sociedade avalia de forma cada vez mais atenta as práticas adotadas pelas empresas e as suas consequências, exigindo-lhes condutas que considera responsáveis. A empresa não é mais encarada, simplesmente, como uma estrutura voltada à geração de lucros e cujo retorno social está concentrado na criação de empregos diretos e indiretos.

A empresa tem responsabilidade junto à sociedade na qual está inserida, sendo que a sua capacidade de definir suas próprias obrigações e políticas não está dissociada dos objetivos que essa sociedade, em determinado momento, considerada como válidos e necessários. Não basta mais simplesmente o cumprimento do seu objeto social, a partir do respeito da legislação. Como parte integrante da sociedade, da qual necessita inequivocamente para existir e sobreviver, a empresa deve estar engajada às suas exigências.

Pelo exposto, pode-se concluir que uma empresa socialmente responsável poderia ser considerada como aquela capaz de contribuir para que os valores da comunidade na qual se insere, em nível local, nacional e internacional, em todos os domínios da vida humana, a saber – trabalho, ambiente, relações humanas –, aproximem as sociedades e as pessoas num sentido e caminho comuns, pautados por mais justiça e equidade social, de modo a promover o equilíbrio necessário para a elaboração e assegurar uma legitimação social, possibilitando ultrapassar a relação de conflito da típica sociedade industrial (Souza, 2007, p. 123).

Após discorrer acerca do fundamento constitucional do princípio da função social da empresa, procuraremos demonstrar, no próximo tópico, a importância do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito Penal.

2. A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do direito penal

Sobre o conceito de dignidade humana, Gregório Peces-Barba Martínez (2003) enfatiza que não é um conceito jurídico, como podem ser os direitos subjetivos, o dever jurídico ou o delito, nem tampouco político, como Democracia ou Parlamento, senão uma construção da filosofia para expressar o valor intrínseco da pessoa, derivado de uma série de traços de identificação, que a fazem única e irrepetível, que é o centro do mundo e que está centrada no mundo (Martínez, 2003, p. 68).

Dando um salto nos séculos, chegaremos ao período iluminista, ao “Século das Luzes”, em que a razão acendeu uma fogueira, colocando luz à escuridão existente até aquele momento. Os séculos XVII e XVIII foram de fundamental importância, não somente ao efetivo reconhecimento, como também para a consolidação da dignidade da pessoa humana, como um valor a ser respeitado por todos.

Conceituar dignidade da pessoa humana, já no século XXI, ainda continua a ser um enorme desafio, isto porque tal conceito encontra-se no rol daqueles considerados vagos e imprecisos. É um conceito, na verdade, que, desde a sua origem, encontra-se em um processo de construção.

Não podemos, de modo algum, edificar um muro com a finalidade de dar contornos precisos a ele, justamente por ser um conceito aberto. Contudo, embora de difícil tradução, podemos nos esforçar para tentar construir um conceito de dignidade da pessoa, entendida esta como uma qualidade que integra a própria condição humana, sendo, em muitas situações, considerada, ainda, como irrenunciável e inalienável. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua própria natureza.

Até o mais vil, o homem mais detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador desse valor. Podemos adotar o conceito proposto por Ingo Wolfgang Sarlet (2012), que procurou condensar alguns dos pensamentos mais utilizados para definição do conceito de dignidade da pessoa humana, dizendo ser:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (Sarlet, 2012, p. 60).

Na esfera penal, o princípio da dignidade da pessoa humana serve como princípio reitor de muitos outros, tal como ocorre com o princípio da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da proporcionalidade etc., que nele buscam seu fundamento de validade.

O Direito Penal, constituindo a mais drástica opção estatal para regular conflitos e aplicar sanções, deve se amoldar ao princípio da dignidade da pessoa humana, justamente para assegurar que o braço forte do Estado continue a ser democrático e de direito.

As constituições democráticas, como regra, preveem expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que deverá ser entendido como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores.

Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando

proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza aflitiva, a exemplo dos açoites, das mutilações etc. Da mesma forma, estaria proibida a instituição da tortura, como meio de se obter a confissão de um indiciado/acusado (por maior que fosse a gravidade, em tese, da infração praticada).

Por outro lado, mesmo que a dignidade da pessoa humana não tivesse sido elevada ao *status* de princípio constitucional expreso, ninguém duvidaria da sua qualidade de princípio implícito, decorrente do próprio Estado Democrático de Direito, capaz, ainda, assim, de aferir a validade das normas de nível inferior.

Não obstante a importância de se observar o princípio da dignidade humana, lamentavelmente, em muitos países, inclusive no Brasil, há constante violação ao respectivo princípio, perpetrada pelo próprio Estado. No próximo tópico, procurar-se-á demonstrar como a função social da empresa pode e deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

3. Função social da empresa como proteção à dignidade da pessoa humana

Num primeiro momento, o capitalismo era defendido pelos principais doutrinadores da época e o Estado não interferia na economia. No entanto, em função da articulação da sociedade, incentivada pelos estudos de Karl Marx, a partir de 1850, lutando por um ambiente mais apropriado para o desenvolvimento do seu trabalho, o Estado é forçado a, ainda que ilusoriamente, demonstrar interesse para com as questões sociais, em seus planos políticos e econômicos (Pinto; Batista, 2017).

Enquanto a empresa é pensada, desde o início, com a finalidade de produção e circulação de mercadorias e serviços com o objetivo de gerar lucro enquanto atividade empresarial, não se imaginava que a atividade empresarial tivesse o condão de considerar todo o contingente social no qual está mergulhada, inclusive necessitando diretamente dele para a satisfação de seu objetivo maior.

Nesse cenário, as inquietações sociais se consolidam contínua e progressivamente e, assim, o Estado é visto como o responsável pelo bem-estar social, atendendo ao seu viés coletivo originário, tendo como necessidade primeira a proteção à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, são as lições de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 33):

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio

constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.

E, dentro desta perspectiva de organização e ajustamento econômico social, os interesses da coletividade devem prevalecer sobre os interesses particulares, tendo em vista a sobrevivência e evolução sustentável da sociedade.

Como promotor dessa dignidade da pessoa humana, o Estado vincula a atividade empresarial aos preceitos constitucionais da ordem econômica, assinalando que a sua função social não deve apenas visar o lucro, mas preocupar-se com os reflexos que suas decisões têm perante a sociedade, trazendo realização particular, enquanto consecução dos seus objetivos constitutivos, adimplindo com uma obrigação social inerente à sua atividade, na medida em que respeita os interesses e direitos da coletividade que se situa nas relações da empresa.

O conteúdo da dignidade da pessoa humana não deve se dar somente no plano jurídico, mas, também, no campo social, pois o juízo de consciência social deve ser valorado com preceitos que condizem com a vida digna da pessoa humana na sociedade, senão vejamos:

Se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente. (Barcellos, 2008, p. 229).

Com efeito, a empresa cumpre a sua função social quando mobiliza as suas experiências negociais privadas acumuladas ao longo do tempo em benefício da formulação democrática de políticas públicas universais que tenham por escopo melhorar a qualidade de vida das pessoas (aprimoramento da administração de escolas, hospitais, creches, secretarias, por exemplo), mediante racionalização de gastos, otimização de arrecadações, hierarquização de prioridades, planejamento de atividades, elaboração de estratégias, dentre outras (Almeida, 2003).

É possível afirmar que os fins sociais conduzem à valorização da dignidade da pessoa humana, que é atingida somente em meio à integração e mútua cooperação, distante dos apelos singulares, egoísticos.

Amplia-se a consciência de que toda a sociedade deve estar comprometida com as causas contidas na agenda social (e aí se incluem também as empresas), e não somente o Estado e as instituições humanitárias. Nesse novo ambiente negocial, impõe-se às

organizações a concepção de que a sustentabilidade empresarial, que antes se cingia à geração de empregos e oferecimento de bens e de serviços de qualidade, engloba também, no mínimo, a satisfação dos compromissos sociais que estão positivados no ordenamento jurídico pátrio.

É a visão da responsabilidade pelo todo, de cidadania empresarial, de ética da solidariedade, que está contida no princípio denominado função social da empresa (Almeida, 2003).

A empresa respeita o princípio da dignidade da pessoa humana quando ela se torna um agente de desenvolvimento humano sustentável, sem se excluir da responsabilidade pelo vencimento dos desafios sociais, ambientais e relacionais que permeiam a sociedade.

Ressalta-se que um dos maiores desafios da sociedade moderna é assistir ao homem que enfrenta os problemas advindos do encarceramento, quer durante o cumprimento da pena de prisão, quer após esta, quando esse homem é devolvido à liberdade.

No próximo tópico será ressaltada a importância do papel da LEP na ressocialização do egresso.

4. A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal

A LEP, ao ser criada pela Lei nº 7.210/84, representou um avanço na legislação, pois passou a reconhecer o respeito aos direitos dos presos e, assim, previu um tratamento individualizado. Esta lei não visou apenas a punição dos presos, mas também a ressocialização dos condenados.

O ambiente carcerário é um meio falido para reabilitar o recluso, devido às condições materiais e humanas das prisões, que impedem a realização do objetivo reabilitador.

E se o ordenamento jurídico possui a LEP como um dos únicos meios legais para cumprir esta função ressocializadora, é necessário que esta função seja cumprida no sistema carcerário brasileiro.

O art. 1º da LEP tem duas finalidades: a primeira é a correta efetivação do que dispõe a sentença ou decisão criminal, “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal”; e a segunda é instrumentalizar os meios que podem ser utilizados para que os apenados possam participar da integração social “e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

O outro escopo apontado pela lei é promover a reintegração social do condenado. Segundo Júlio Fabbrini Mirabete (2007, p. 32): “A justiça penal não termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas realiza-se principalmente na execução”.

E a lei de execução foi criada para garantir aos condenados que todos os seus direitos não atingidos pela sentença estariam assegurados e a inobservância desses direitos significaria a imposição de uma pena suplementar não prevista em lei.

As formas de assistência aos presos de acordo com o art. 11 da LEP são “material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa”, que aduz, com este artigo, que a reabilitação social constitui uma finalidade do sistema de execução penal e que os presos devem ter o direito aos serviços obrigatoriamente oferecidos pelo Estado dentro das penitenciárias, mas o enfoque maior a ser visto será o enfoque educacional.

O art. 17 da LEP “assegura que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”. A educação é tão importante que a própria Constituição Federal, no art. 205, reza que a educação é um direito de todos e dever do Estado e deve ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa e, assim, qualificando-a para o trabalho.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete (2007, p. 120) cita em suas obras: “a habilitação profissional é uma das exigências das funções da pena, pois facilita a reinserção do condenado no convívio familiar e social a fim de que ele não volte a delinquir”.

É importante considerar que a maioria dos presos hoje são reflexos de uma má educação social, isto é, não tiveram oportunidade de frequentar escolas, sejam públicas ou até mesmo privadas, e, diante desta realidade, suas personalidades são construídas na delinquência, e assim passam a cometer crimes, já que desconhecem o que é moral ou imoral, pois a orientação destes princípios é fundada na educação.

Salienta-se que a profissionalização de detentos facilita a reintegração ao mercado de trabalho, pois assim eles aprendem um ofício que poderá ter continuidade quando saírem do sistema penitenciário.

A LEP tem a finalidade de recuperar o preso por intermédio do trabalho, estudo e regras básicas de cidadania, podendo-se chegar a uma solução tanto para prepará-los para o mercado de trabalho, como para preencher as horas de ociosidade dentro dos presídios.

No sistema prisional brasileiro, as atividades exercidas pelos detentos não configuram uma atividade capaz de formar indivíduos preparados para retornar ao convívio social, pois eles não são educados para adquirir conhecimento técnico necessário à reinserção social.

É preciso reorganizar a forma de aplicação do trabalho, devendo, além de ocupar o tempo ocioso, preparar e oportunizar esses sujeitos para escolhas mais conscientes e transformadoras. O estudo e o trabalho devem ser incentivados por meio de parcerias

ou convênios com empresas públicas ou privadas, com objetivo de formação profissional dos condenados, conforme art. 34 da LEP. Vale salientar que o estudo é uma atividade laborativa intelectual.

O conceito de ressocialização de detentos, pelo trabalho e pela qualificação profissional, com o propósito de prepará-los ao reingresso social, baseia-se na afirmação de que o trabalho é fonte de equilíbrio na nossa sociedade e é agente ressocializador nas prisões do mundo todo.

Por meio do trabalho, os indivíduos garantem equilíbrio e melhor condicionamento psicológico, bem como melhor comprometimento social. Ensinar um ofício enquanto cumprem a pena é a maneira mais eficaz para ressocializar os presos.

O art. 41, II, da LEP dispõe que é direito do preso a atribuição do trabalho e sua remuneração, e a jornada de trabalho deve ser igual ou próxima daquela exercida em trabalho livre, assim, não será inferior a seis, nem superior a oito horas, conforme estabelece o art. 33 da LEP.

O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o art. 28, § 2º, da LEP, mas salienta-se que o trabalho deve ser remunerado, cujo valor não será inferior a três quartos do salário mínimo, e esta remuneração deve atender a reparação do dano causado pelo crime, assistência à família, pequenas despesas pessoais.

A LEP, em seu art. 34, afirma que o trabalho do preso poderá ser gerenciado por fundação ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objeto a formação profissional do condenado.

O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviços ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra fugas e em favor da disciplina. Para o alcance do benefício do trabalho externo pelo apenado que esteja em regime semiaberto, este deve cumprir um sexto da pena que lhe foi imposta.

O trabalho prisional gera ao preso o direito da remissão da pena, isto é, o condenado pode reduzir pelo trabalho o tempo de duração da pena privativa de liberdade.

De acordo com a LEP, art. 126, § 1º, a cada três dias trabalhados é remido um dia da pena. A remissão é um estímulo para abreviar o cumprimento da sanção e assim alcançar a liberdade condicional ou definitiva.

Para Maria da Graça Morais Dias, a remissão trata-se de um instituto completo, pois reeduca o delinquente, prepara-o para sua incorporação à sociedade, proporcionando meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua

vontade, favorece a sua família e, sobretudo, abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do apenado (Dias *apud* Mirabete, 2007, p. 517).

Ao oferecer uma formação profissional, como direito do preso ou como dever do Estado, pode-se qualificá-lo profissionalmente, principalmente se o ilícito que levou a cumprir a pena tenha sido consequência de não habilitação educacional ou profissional, pois assim facilita ao egresso um futuro mais favorável à reinserção social, e ainda previne a reincidência.

Importante salientar que ao empresário, evidentemente, o lucro é essencial, razão pela qual se faz necessário discorrer sobre as vantagens econômicas em se contratar a mão de obra carcerária, tema do próximo tópico.

5. Vantagens auferidas pelas empresas com a mão de obra carcerária

Uma das maiores vantagens das empresas com a utilização da mão de obra carcerária é a economia com seu custo, pois não há vínculo empregatício entre a empresa e os presos e, conseqüentemente, as empresas são isentas dos encargos sociais incidentes sobre os valores pagos pela utilização desta mão de obra.

As regras mínimas exigidas pela Organização das Nações Unidas (ONU) estabelecem a necessidade de providências para indenizar os reeducandos por eventuais acidentes de trabalho ou em caso de enfermidade profissionais, nas mesmas condições que a lei dispõe para o trabalho livre, conforme prevê o § 2º do art. 28 da LEP.

Quanto à Previdência Social, é necessário que o preso seja inscrito no Regime Geral na modalidade de contribuinte facultativo e efetue os recolhimentos devidos, sendo que o serviço de assistência social é responsável pela orientação e requerimentos dos benefícios, que são de direito dos reeducando, consoante art. 23, VI, da LEP.

Ainda, vale ressaltar que, além de reduzir os custos com a não incidência de encargos trabalhistas e sociais, as empresas lucram também com a mão de obra mais econômica, já que em consonância com o art. 29 da LEP, o trabalho do preso pode ser remunerado mediante uma prévia tabela, com valor a partir de três quartos do salário mínimo.

É possível perceber que o poderio empresarial tem capacidade para desenvolver programas que contribuam para a minimização das desigualdades regionais e sociais e a maximização do pleno emprego, com retorno na sua lucratividade.

Dessa forma, além de cumprir sua função social de forma efetiva, o apoio, seja contratando ou capacitando o egresso, exercita sua cidadania e contribui para a recuperação de um ser humano, potencializando, quem sabe, uma sociedade mais segura e igual.

Considerações finais

Como se procurou demonstrar neste artigo, o novo milênio deverá promover o resgate da sabedoria entre os seres humanos e, portanto, a capacidade de viver de forma harmoniosa em relação tanto aos semelhantes quanto à natureza. Sinais dessa mudança se notam pela preocupação, ainda tímida, mas já evidente, da “responsabilidade social”, algo humano e ambientalmente correto que começa a ser compreendido como fator fundamental e indissociável das atividades econômicas.

Embora o lucro continue a ser condição básica, pois sem ele nenhuma empresa consegue permanecer em atividade, surge com vigor nas grandes corporações, e até nas pequenas empresas, a necessidade da ação correta, aquela que distribui não apenas dividendos, mas ajuda ao desenvolvimento humano.

O desempenho de uma empresa passou a ser avaliado, com intensidade crescente nos meios mais atentos, por um conjunto de valores não apenas econômicos e não necessariamente materiais.

Hoje, e ainda mais no futuro, a importância e as perspectivas de longevidade da empresa se atrelam ao respeito de interesses difusos e à superação de sofrimentos humanos.

Mais vale uma empresa com um lucro modesto, mas com papel definido de utilidade social, do que uma empresa com um monumental lucro sem méritos sociais. A primeira terá vida mais fácil que a outra, gozando de simpatia, de apoio, de gratidão – valores imateriais que conspiram hoje, e conspirarão ainda mais no futuro, para o sucesso. Quem compreender isso é um afortunado que distribuirá meios para uma vida melhor.

TITLE: The social function of the company as a fundamental element for the realization of human dignity: reflections on the re-socialization of the person released from the prison system

ABSTRACT: The condition of those who leave the prison system can be described as subhuman, stigmatized by society, making it very difficult, or even impossible, the process of social inclusion. This paper aims to analyze and highlight the importance of the re-socialization of the person released from the prison, emphasizing the social function of the company in this process, providing an opportunity for recovery. The methodology used, based on the principles of the social function of the company and the dignity of the human being, involved a review of the available bibliography, an examination of the legislation and case law.

KEYWORDS: Social function of the company. Re-socialization of the person released from the prison. Dignity of the human person. Prison labor.

Referências

ALMEIDA, Maria Christina de. A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas. In: *Argumentum – Revista de Direito da Universidade de Marília*, v. 3, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 7 abr. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Execução penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao direito civil constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTO, Alisson Alves; BATISTA, Tadeu Saint Clair Cardoso. A função social da empresa como elemento de fundamental importância para possibilitar a ressocialização do egresso. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI São Luís – MA: GT de Direito Empresarial. São Luís, 2017. 22 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, n. 4, p. 21-47, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (coord.). *Responsabilidade social das empresas*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

SZTAJN, Rachel. A responsabilidade social das companhias. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros Editores, abr./jun. 1999. p. 36.

Recebido em: 26.10.2022

Aprovado em: 02.03.2023

O IMPACTO DO SISTEMA INTERAMERICANO NO CASO PACHECO TINEO: PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA MIGRATÓRIA *

Rayssa de Sales França

Advogada. Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
– PUC/SP. Endereço eletrônico: rayssa-franca@hotmail.com

Núbia Caroline Tavares Costa Giese

Advogada. Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
– PUC/SP. Endereço eletrônico: nubiacarolinetavares@yahoo.com.br

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo analisar de que forma o Sistema Interamericano de Direitos Humanos impactou o direito interno dos países latino-americanos a partir do caso *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. O referido caso trata da expulsão sumária dessa família efetuada pelo Estado da Bolívia com destino ao Peru, no dia 24 de fevereiro de 2001. Em vista deste objetivo, será realizada uma breve apresentação do aparato normativo interamericano acerca da proteção dos migrantes e refugiados. A partir disso, serão identificados os impactos o sistema interamericano pode proporcionar para a região da América Latina a partir de suas decisões e de que forma ele reverbera para além do país condenado. Por fim, serão analisados os detalhes do caso Família Pacheco Tineo para assimilar as orientações da Corte Interamericana e finalmente identificar os impactos para além da condenação da Bolívia.

PALAVRAS-CHAVE: Migrantes. Refugiados. Sistema interamericano. Impacto transformador. Família Pacheco Tineo.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O *corpus iuris* do sistema interamericano. 2. Sistema interamericano de proteção dos migrantes: 2.1. O direito internacional dos refugiados. 3. Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia: 3.1. Antecedentes; 3.2. Fatos originários das violações; 3.3. Direitos violados; 3.4. Conclusões da Corte. 4. O impacto transformador da decisão interamericana. Considerações finais. Referências.

Introdução

O direito de migrar é composto por dois eixos significativos, que correspondem ao desenvolvimento humano como eixo positivo, e os deslocamentos forçados como eixo negativo. O aspecto positivo é a importância para o desenvolvimento humano, pois proporciona recurso humano apto ao trabalho para o Estado que recebe o fluxo migratório. Outrossim, proporciona movimentação econômica, pois estes indivíduos contribuem economicamente com a sociedade.

O aspecto negativo da migração se refere aos deslocamentos forçados, que se caracterizam pela violação recorrente e intensa dos direitos humanos dentro do próprio Estado Nacional, obrigando seus cidadãos a migrarem para outros Estados em busca de melhor qualidade de vida. Foi um fenômeno visibilizado após a segunda Guerra Mundial, quando os deslocamentos ficaram mais numerosos e os Estados passaram a controlar mais as fronteiras. Na América Latina, os deslocamentos forçados aumentaram nos últimos 20 anos, em virtude da ebulição das guerras civis e militares nessa localidade.

Dentre os fatores migratórios podemos destacar defasagens entre os níveis de desenvolvimento humano, crises políticas e ambientais, redução do custo dos transportes, generalização da emissão de passaportes, falta de esperança nos países pobres e mal governados, papel das mídias, tomada de consciência de que é possível mudar o curso da própria vida pela migração internacional, urbanização e metropolização do mundo, pressão demográfica, desemprego, informação, transnacionalização das redes migratórias.¹

A constância do fenômeno migratório é evidente, e é enfatizada pela autora Catherine Wihtol Wenden, ao declarar que o fenômeno migratório é uma constante.² Portanto, a proteção dos direitos dos migrantes se faz necessária para que o aspecto positivo das migrações se sobreponha ao aspecto negativo e, assim, evitar que haja a violação desenfreada à dignidade humana dos migrantes mais vulneráveis.

A Organização das Nações Unidas (ONU) orienta que sejam protegidos os direitos humanos dos migrantes, encorajando fortemente que os Estados cujas Constituições tenham abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos cumpram com a essência de sua constituição, garantindo a máxima eficácia da dignidade da pessoa humana. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), como órgão regional de controle

¹ WENDEN, Catherine Wihtol. As novas migrações: por que mais pessoas do que nunca estão em circulação e para onde elas estão indo? *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos*. Dossiê Sur sobre migração e direitos humanos, v. 13, n. 23, p. 17-28, 2016.

² *Ibidem*.

das américas, prevê meios de proteção à migração e aos migrantes, com intuito de ampliar a interpretação e, conseqüentemente, a proteção das pessoas em situação migratória.

Esta pesquisa tem como objetivo analisar de que forma o Sistema Interamericano de Direitos Humanos impactou o direito interno dos países latino-americanos a partir do caso *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. O referido caso trata da expulsão sumária dessa família, em 24 de fevereiro de 2001, efetuada pelo Estado da Bolívia com destino ao Peru.

Em vista disto será realizada uma breve apresentação do aparato normativo interamericano acerca da proteção dos migrantes e refugiados a fim de identificar quais os impactos que o sistema interamericano pode proporcionar para a região da América Latina a partir de suas decisões.

1. O *corpus iuris* do sistema interamericano

Os Estados latino-americanos possuem a característica comum de serem países colonizados. Portanto, um longo processo de subjugação foi imposto para que hoje tenham se tornado países independentes. Os anos 1980 e 1990 foram palco da transição democrática da maior parte desses países, havendo a promulgação de diversas Constituições abertas à proteção dos direitos humanos, como a do Brasil, a da Argentina e a peruana.³

Embora o contexto latino-americano seja ainda hoje incipiente na consolidação das democracias, o período pós regimes autoritários foi de progresso na promulgação das Constituições domésticas, uma vez que foi reconhecida a relevância da proteção internacional à pessoa humana. Desse modo, sublinhamos as palavras de Borges e Piovesan, no sentido de que “As constituições latino-americanas, que após o período de regimes autoritários adotaram ou renovaram seus projetos constitucionais, criaram um potencial transformador”.⁴

José Afonso da Silva ressalta que os direitos humanos só podem ser de fato consistentes em dado Estado quando a democracia está estabelecida, pois “democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa

³ IGNÁCIO, Renata Rossi. *Constitucionalismo regional transformador, sistema interamericano e a proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) na América Latina*. 2020. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

⁴ BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019. p. 12.

dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensão e humaniza”.⁵

Assim, o processo de afirmação e reafirmação dos Direitos Humanos nessa região pelo sistema interamericano é de importância crucial. Destaca-se o entendimento de Engstrom que acentua que a evolução desse sistema interamericano “levou a uma interação elevada entre o sistema, os processos políticos locais e as ordens jurídicas domésticas”.⁶

Tal interação entre as Constituições Nacionais e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente por meio do SIDH de proteção aos direitos humanos, oferece mecanismos para erradicar e punir as violações às pessoas. O que se deseja, portanto, é uma harmonização entre os sistemas regionais e as Constituições Nacionais, possibilitando, conforme Borges e Piovesan, a promoção de “uma enriquecedora interconstitucionalidade”,⁷ com o precípua fim de proteção dos direitos humanos.

A transição dos países latino-americanos para o regime democrático foi significativa para se delinear uma abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), abrindo um diálogo entre jurisdições no contexto interamericano, buscando uma cooperação dos âmbitos interno e internacional na construção de países cada vez mais alinhados com a valorização da dignidade humana.⁸ Para Engstrom, o Sistema Interamericano ganhou influência a partir das transições democráticas na América Latina, resultando no desenvolvimento da justiça de transição como uma forma de lidar com os abusos de direitos humanos nos regimes ditatoriais, e voltando-se para melhorar a qualidade das democracias e avançar na realização dos direitos humanos.⁹

Posto isto, surge um projeto de constitucionalismo transformador, denominado *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) que visa a alteração das realidades desta região, especificamente do âmbito político e social, com o objetivo de garantir o cumprimento das propostas dos constituintes originários. Nesse sentido, os fundamentos constitucionais da precedência dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito são o cerne que este projeto busca consolidar.¹⁰ Para Flávia Piovesan, a criação do ICCAL decorre de três fatores:

⁵ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. p. 94.

⁶ ENGSTROM, Par. Reconceitualizando o impacto do sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8, p. 1250-1285. DOI: 10.12957.

⁷ BORGES; PIOVESAN, *op. cit.*, p. 5.

⁸ *Ibidem*.

⁹ ENGSTROM, *op. cit.*

¹⁰ IGNÁCIO, *op. cit.*, p. 20.

1) o crescente empoderamento do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e seu impacto transformador na região; 2) a emergência de Constituições latino-americanas que, na qualidade de marcos jurídicos de transições democráticas e da institucionalidade de direitos, apresentam cláusulas de abertura constitucional, a propiciar maior diálogo e a interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos; 3) o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e por justiça.¹¹

Sob esta tríade, o SIDH vem avançando na promoção dos direitos humanos, atuando na desestabilização de regimes autoritários. Ademais, efetivou a justiça de transição para punir as violações dos referidos regimes, e vem trabalhando para o fortalecimento das democracias. Por meio da atuação da Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH), o sistema interamericano vem demonstrando um diálogo multinível, empoderando-se e produzindo efeitos transformadores e transcendentais ao Estado condenado.

A ferramenta que o fortalece, para Flavia Piovesan, é o diálogo multinível, que pode ser exercido sob duas vertentes. A primeira vertente é a do diálogo jurisdicional entre os sistemas nacionais, exercido por meio do controle de convencionalidade, em que os juízes, tribunais e operadores do direito devem realizar no seu cotidiano para avaliar a compatibilidade do direito interno com o DIDH. A referida autora o conceitua afirmando que ocorre quando “aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio jurídico aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinaridade, a ressignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*”.¹²

Assim, quando um Estado incorpora um tratado internacional de direitos humanos, está comprometendo-se ao cumprimento, não apenas na observância legislativa, mas o compromisso com a essência do sistema interamericano, com os mecanismos para realizar uma verdadeira quebra de paradigmas e instruir socialmente as pessoas a concretizar os direitos humanos.

A segunda vertente é a do diálogo com a sociedade civil, a qual confere legitimidade ao sistema e maior poder.¹³ É a partir desse diálogo que se realizam as mudanças de mentalidade, possibilitando a transformação na base da sociedade: as pessoas,

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune* latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017. p. 5. DOI: 10.12957.

¹² *Idem*, p. 19.

¹³ *Idem*.

cidadãs e cidadãos. É a necessária transformação cultural que faz com que os direitos humanos sejam de fato vividos.

O sistema interno de cada Estado deve estar em total harmonia com o sistema regional do qual faz parte, uma vez que o fim precípua do direito é a dignidade da pessoa humana, a paz e o bem-estar social.

Nesse sentido, a CIDH realiza o controle de convencionalidade concentrado, avaliando se a legislação interna e as condutas estatais estão congruentes com o *corpus iuris* interamericano, notadamente no que se refere à Convenção Americana. Utiliza como parâmetro desse controle decisões já prolatadas no âmbito deste tribunal, operando o que Barbosa e Piovesan denominam de “diálogo inevitável”¹⁴ na busca da maior proteção da pessoa, prevalecendo sempre a norma mais benéfica.

O *corpus iuris* que serve de parâmetro para as decisões da Corte é o fundamento da harmonização entre o que é constitucional e o que é convencional, estabelecendo *standards* mínimos de proteção. Nesse sentido, Barbosa e Piovesan ressaltam

que o ordenamento interamericano não se restringe à Convenção, se expande a jurisprudência da Corte e a outros documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, conformadores do bloco de convencionalidade, alcançando, mesmo, todo um *corpus iuris* interamericano a se projetar nas constituições nacionais.¹⁵

Para os autores, o *corpus iuris* interamericano é o sustentáculo do sistema porque exerce um duplo papel. Primeiro, o de promoção e incentivo aos avanços tanto no âmbito doméstico como no âmbito internacional, e segundo, o de evitar os retrocessos no que diz respeito aos direitos humanos. Todo esse diálogo possibilita a formação de um *corpus iuris* sólido para fomentar o potencial transformador das Constituições, podendo transcender os sistemas internos, afetando outros Estados.

De acordo com Engstrom, para analisar o impacto do sistema interamericano para os Estados é necessário verificar

Em primeiro lugar, o papel do SIDH em estimular a mobilização dos direitos humanos na região. Em segundo lugar, como as normas regionais de direitos humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana estão moldando os debates constitucionais domésticos, estratégias de litígios, pensamento e prática judicial. Em terceiro, o papel das instituições estatais na implementação efetiva

¹⁴ BORGES; PIOVESAN, *op. cit.*

¹⁵ *Ibidem*, p. 12.

das decisões, recomendações e padrões de direitos humanos do SIDH.¹⁶

Desta forma, a análise de impacto não se restringe à observância das decisões da Corte IDH, mas transcende, no sentido de que as nações podem e devem experimentar efeitos transformadores na criação de legislações ou fomento de políticas públicas.

2. Sistema interamericano de proteção dos migrantes

O intuito do SIDH é erradicar a migração forçada, para que as pessoas possam migrar sem ter violados seus direitos básicos. O primeiro instrumento protetivo elaborado no âmbito regional pela Organização dos Estados Americanos (OEA) foi a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, 1948, que prevê no artigo 8º “Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não o abandonar senão por sua própria vontade”.¹⁷

Outro ponto a ser destacado é o que prevê o artigo 17, que diz “Toda pessoa tem direito a ser reconhecida, seja onde for, como pessoa com direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais”.¹⁸ Nota-se que os legisladores ressaltam que qualquer pessoa, independentemente de onde estiver, é sujeito de direitos. O Estado, por sua vez, tem o dever de garantir os direitos fundamentais de todos, inclusive estrangeiros.¹⁹

Em 1969, foi promulgada a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que prevê, no artigo 22, uma gama de direitos, os quais tratam sobre a proteção ao estrangeiro legal e regularizado, bem como o direito do estrangeiro de solicitar asilo.²⁰ Também prevê o princípio de não devolução ou *non-refoulement*, que é o cerne do direito internacional dos refugiados, pois proíbe a entrega do estrangeiro ao Estado que o esteja perseguindo, seja por motivos políticos, religiosos, de raça, sexo ou condição social. Foi com base neste princípio que o Estado da Bolívia foi condenado no caso Família Pacheco Tineo.

Embora a Convenção Americana seja um importante instrumento para a proteção dos migrantes, não cuida explicitamente dos direitos dos migrantes ilegais. Não obstante,

¹⁶ ENGSTROM, *op. cit.*, p. 1261.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

²⁰ *Idem*.

com o intuito de sanar lacunas e dar maior proteção às pessoas em situação migratória, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu duas importantes Opiniões Consultivas (OC) acerca da proteção dos migrantes. A primeira, OC 18/03, diz respeito aos direitos dos migrantes não documentados. E a segunda, OC 21/14, trata dos deveres dos Estados perante as crianças migrantes, e cuja criação teve como ponto de partida a decisão sobre o caso *Pacheco Tineo vs. Bolívia*.

A Opinião Consultiva 18/03 sobre os direitos dos migrantes não documentados foi proposta pelo México, em 2003, sob a justificativa que os trabalhadores migrantes, bem como o restante das pessoas, tivessem garantidos o desfrute e exercício dos direitos humanos nos Estados onde residem, tendo em vista que sua vulnerabilidade os torna alvo fácil de violações a seus direitos humanos.²¹

O México questionou se poderia haver distinção entre os direitos garantidos aos imigrantes não documentados e os direitos garantidos aos residentes legais e cidadãos, em razão de uma situação apresentada à Corte que se referia a respeito da possibilidade de um Estado negar direitos trabalhistas a uma pessoa com base em sua condição migratória. Nesse sentido, a OC 18/03 esclareceu algumas importantes questões e estabeleceu diretrizes para tratar do assunto.

Em relação aos direitos à igualdade e não discriminação, a OC aponta a diferença entre distinção e discriminação. Declarou que a discriminação tem um caráter violador e arbitrário. Já a distinção é a diferenciação de tratamento feito pelo Estado com base em critérios razoáveis, proporcionais e objetivos. Para a Corte, a distinção não viola direitos humanos, é coerente com a justiça, pois não persegue fins arbitrários e não está em posição de conflito com a essencial unidade e dignidade da natureza humana. Nesse sentido, deliberou que a distinção é admissível, enquanto a discriminação é inadmissível, pois esta sim tem como base uma opressão ou exclusão, logo, é violadora de direitos humanos.²²

Outro ponto importante da OC 18/03 é que, a partir dela, a Corte reconhece o direito à igualdade e não discriminação como norma de domínio *jus cogens*. A argumentação realizada para embasar tal posicionamento consiste no fato de que “sobre ele descansa todo o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional e é um princípio fundamental que permeia todo ordenamento jurídico”.²³

A Corte IDH sustenta, nesse caso, que os efeitos do princípio da igualdade e não discriminação acarretam obrigações *erga omnes* de proteção, vinculando todos os

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 18, 2003.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, p. 104.

Estados e gerando efeitos a terceiros, visto que se refere a regras e normas imperativas do Direito Internacional.²⁴

A Corte IDH definiu como “migrantes não documentados”, por exclusão, aqueles que não possuem as condições dos que estão regulados. O parecer não elucida os detalhes que preencheriam o teor dessas condições, deixando subentendido que tais condições variam de Estado para Estado, o que, de certa forma, contribui para que não haja uma delimitação, isto é, cada Estado tem leis migratórias específicas, o que pode acarretar uma situação em que um migrante (geral) pode ser considerado regular em um Estado e não documentado em outro. Isso abre margem para a violação de seus direitos.

Mas a OC deixa claro que os direitos humanos devem ser garantidos por meio de ações positivas, notadamente o direito ao trabalho, pois os migrantes são sujeitos de direitos independentemente de seu *status* migratório. Atenta ainda que os migrantes não documentados estão em condição de vulnerabilidade ainda maior que os regulares, e essa vulnerabilidade se manifesta nos atos que o Estado exterioriza, por meio de condutas positivas e nos atos particulares violadores que o Estado tolera, por meio de conduta omissiva, a exemplo, ausência de fiscalização.²⁵

A Opinião Consultiva 21/14,²⁶ que trata dos deveres dos Estados perante as crianças migrantes foi solicitada pelos Estados da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, com o objetivo de “determinar quais são as obrigações dos Estados em relação às medidas passíveis de serem adotadas a respeito de meninos e meninas, associadas à sua condição migratória, ou à de seus pais, à luz da interpretação autorizada dos artigos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.2.8, 25 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e dos artigos 1, 6, 8, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do artigo 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura”.²⁷

Em 2020, a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) estimou que cerca de metade dos refugiados eram crianças.²⁸ Desse modo, é de crucial importância o estabelecimento de diretrizes acerca da recepção e da vivência dessas crianças no ambiente estrangeiro, uma vez que, além da falta de maturidade, a condição migratória impõe maior vulnerabilidade. No intuito de resolver esse problema, a OC 21/14 junta padrões de tratamento para as situações de crianças em condição de migrantes refugiados.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 21*. 2014.

²⁷ *Ibidem*, p. 3.

²⁸ AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS – ACNUR BRASIL. Crianças representam cerca de metade do número de refugiados do mundo. 12 out. 2020.

O primeiro ponto a ser destacado é a proteção integral, a qual envolve a adequação do ordenamento jurídico nacional às normas internacionais, bem como seu efetivo cumprimento e a assinatura de tratados internacionais que incentivem a proteção da criança e do adolescente, principalmente dos que se encontram em condição de migrantes.

O segundo posicionamento da Corte é pela prioridade ao superior interesse da criança. Nesse sentido, estabeleceu que “qualquer decisão relativa à separação da criança de sua família deve estar justificada pelo interesse da criança”.²⁹

A Corte também considerou de máxima relevância a atenção ao direito da criança de ser ouvida. Concluiu na OC 21/14 que “em aplicação dos princípios de não discriminação e devido processo, se fazem necessários procedimentos previsíveis que assegurem à pessoa solicitante, incluindo as crianças, seu direito a ser ouvida com as devidas garantias de acordo com os artigos 8 e 25 da CADH”.³⁰

A OC também trata da necessária identificação da criança, pois é importante saber de que lugar vem, porque veio, quem são seus pais, e identificar fatores que podem torná-la mais vulnerável, como o gênero, condição social e se é portadora de alguma deficiência.

A preservação da unidade familiar é também um ponto estabelecido pela Corte, pois nas hipóteses em que a criança tem direito à nacionalidade do país do qual um ou ambos os progenitores podem ser expulsos, ou que cumpra as condições legais para residir permanentemente neste país, os Estados não podem expulsar um ou ambos os progenitores por infrações migratórias de caráter administrativo, pois se sacrificaria de forma irrazoável ou desmedida o direito à vida familiar da criança.

Na hipótese de a criança estar desacompanhada dos pais, a Corte entende pela separação dos adultos, para que fique em ambiente propício à sua idade, pois crianças nessas condições estão mais expostas à exploração laboral e sexual, ao recrutamento militar, à violência, etc.

Também determina que os estados não podem recorrer a restrição de liberdade das crianças, independentemente do *status* migratório delas. Assim, os Estados estão proibidos de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechaçar na fronteira ou não admitir, ou de qualquer maneira, transferir ou remover uma criança a um Estado quando sua vida, segurança e/ou liberdade estejam em risco de violação por causa de perseguição ou ameaça, entre outras coisas.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 21*. 2014.

³⁰ *Ibidem*, p. 91.

Logo, é dever dos Estados oferecerem proteção internacional a essas crianças, sendo esta configurada como: (i) a proteção recebida pelas pessoas solicitantes de asilo e refugiadas com fundamento nos convênios internacionais ou nas legislações internas; (ii) a proteção recebida pelas pessoas solicitantes de asilo e refugiadas com fundamento na definição ampliada da Declaração de Cartagena; (iii) a proteção recebida por qualquer estrangeiro com base nas obrigações internacionais de direitos humanos e, em particular, o princípio de não devolução e a denominada proteção complementar ou outras formas de proteção humanitária; e (iv) a proteção recebida pelas pessoas apátridas de acordo com os instrumentos internacionais sobre a matéria.³¹

A referida OC 21/14 também traz inovações até então nunca observadas pela Corte IDH. Cita os deslocamentos devido a mudanças ambientais; adota um conceito para o princípio da não devolução, determinando tanto como um direito autônomo estabelecido na CADH, como um princípio que permite dotar de eficácia o direito de buscar e receber asilo decorrente de uma obrigação derivada da proibição da tortura e outras normas de direitos humanos. Este princípio busca, de maneira primordial, assegurar a efetividade da proibição da tortura em todas as circunstâncias e a respeito de todas as pessoas, sem discriminação alguma, o que, no caso das crianças, torna-se ainda mais evidente. A Corte IDH concluiu, por isso, que “constitui, ademais, uma norma consuetudinária de Direito Internacional e é, deste modo, vinculante para todos os Estados”,³² porém, alerta que “tal como foi codificado, este princípio não é absoluto na medida em que permite exceções”.³³

2.1. O direito internacional dos refugiados

As migrações podem ocorrer por diversos motivos e ser empreendidas de maneiras distintas: voluntariamente ou forçosamente. Como consequência disso, surgem também inúmeras nomenclaturas para os diversos tipos de migrantes. Wenden explica que essa variedade de novas migrações surge devido ao paradoxo da globalização e da regionalização dos fluxos migratórios. A autora traz uma reflexão sobre a constância da migração, e ao mesmo tempo sobre as mudanças que esse fenômeno sofreu ao longo dos anos. Ela afirma que a antiga realidade da Europa como destino migratório quase único já não existe, pois os fatores migratórios geraram os mesmos efeitos para todos os países do mundo. Consequentemente, produziu-se uma nova realidade de movimentação do mundo inteiro, especialmente o Sul Global, onde se encontram as Américas. Daí a sua conclusão de que todos esses fatores em ebulição no mundo inteiro fizeram emergir uma

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, p. 80.

³³ *Ibidem*.

globalização e, ao mesmo tempo, por mais paradoxal que seja, uma regionalização dos fluxos migratórios.³⁴

Para a autora, a globalização das migrações é o fenômeno da ampliação de destinos migratórios. Muito mais países passaram a receber migrantes das diversas formas, por inúmeros motivos. Lugares diferentes da Europa (que não as cidades mais populosas e turísticas) começaram a ser destinos, pois se diferenciam daqueles das fronteiras fechadas por oferecerem aos migrantes a livre circulação. As barreiras fronteiriças em países Europeus de maior fluxo de recebimento gerou também uma migração interna (entre países próximos. Europa-Europa; América-América) muito grande.³⁵

Mas, paradoxalmente, ocorreu ao mesmo tempo uma regionalização dos fluxos migratórios, que consiste no fluxo migratório saindo de uma mesma região do mundo e indo para uma região específica, assim “numa certa região do mundo, há mais migrantes oriundos de uma mesma região do que de outras regiões do mundo”.³⁶

Catherine Wihtol de Wenden sustenta que essa nova realidade de redistribuição acontece em decorrência das novas migrações. E a partir delas surgiram os refugiados, os deslocados internos, as mulheres, os menores desacompanhados, os aposentados que buscam lugares mais calmos para viver, os deslocados ambientais e, mais recentemente, os deslocados da fome, os *brain drains* e *brain gains*,³⁷ jovens em busca de emprego regular, transmigrantes (migração leste/oeste), migrantes em situação irregular. Essas novas migrações são transversais e intercontinentais.³⁸

Em razão do objetivo desta pesquisa, focamos na categoria dos refugiados. Tal categoria avolumou-se nos últimos 20 anos por força das grandes crises que tomaram o mundo, como guerras civis latino-americanas, conflitos no Oriente Médio, na ex-Iugoslávia, na Argélia, nos países africanos dos Grandes Lagos, na Costa do Marfim, nas regiões curdas, no Irã, no Iraque, no Afeganistão, no Sri Lanka, em Darfur, em Myanmar, na Eritreia, na Somália, na Síria, na Venezuela.³⁹

Por vezes, confunde-se os refugiados como se fossem a única categoria de migrantes, por isso, vale a diferenciação. Já ficou esclarecido ao longo desta pesquisa que o fenômeno da migração pode se dar de forma voluntária ou de forma forçada. Esta última ocorre quando as pessoas são obrigadas a deixar seu lugar de origem, seus lares,

³⁴ WENDEN, *op. cit.*

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem*, p. 19.

³⁷ A abertura para os migrantes com um cérebro brilhante.

³⁸ WENDEN, *op. cit.*

³⁹ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Qual a diferença entre “refugiados” e “migrantes”?* 04 maio 2016.

seu projeto de vida, em razão de ameaça política ou social (modo de vida ou identidade) para deslocar-se para outro lugar (país) que lhe dê segurança. Esta é a condição geralmente confundida com a condição de refugiados.

A utilização do termo “migração forçada” é muito usada por sociólogos para generalizar os diversos tipos de deslocamentos, sem observar a condição específica que levou a esse deslocamento. Contudo, as Nações Unidas alertam que o termo “migração forçada” “não é um conceito legal, e similar ao conceito de ‘migração’, não existe uma definição universalmente aceita. Ele abarca uma ampla gama de fenômenos”,⁴⁰ e o diferenciam do conceito de refugiados, afirmando que estes são definidos claramente pelo direito internacional dos refugiados, e são uma categoria autônoma que marca uma das formas de migração.

As Nações Unidas, ao usar o termo “migrantes forçados” para se referir a refugiados “tira atenção das necessidades específicas dos refugiados e das obrigações legais que a comunidade internacional concordou em direcionar a eles”.⁴¹ Desse modo, em relação às categorias elencadas por Catherine Withol, estão dentro do conceito de migração forçada: migrações de menores desacompanhados; deslocados ambientais; apátridas; transmigrantes (migração leste/oeste); migrantes em situação irregular. Os refugiados constituiriam, por sua vez, categoria independente.

J. Carling faz duas constatações acerca do termo migrante. Ele afirma que não existe uma definição universalmente aceita para “migrante” e que há duas abordagens geralmente adotadas para definir o termo “migrante”: (i) a abordagem inclusiva, seguida entre outras pela Organização Internacional para Migrações, que considera o termo como um guarda-chuva que cobre todas as formas de movimentos; e (ii) a abordagem residualista exclui do termo “migrante” aqueles que fogem de guerras ou perseguições,⁴² adotada pela Agência da ONU para refugiados (ACNUR).⁴³ Ou seja, no entendimento da ACNUR, o migrante é aquele que voluntariamente sai de seu país, e refugiado é todo aquele que é obrigado a deixar seu país por razões alheias a sua vontade.

O direito internacional dos refugiados é um dos eixos que compõem a proteção internacional da pessoa humana na perspectiva do direito internacional público, e tem como finalidade a proteção das pessoas com *status* de refugiados, mas “não se limita, portanto, às relações entre Estados, mas especialmente como estes se comportam diante daqueles em busca de refúgio. Desta forma, o reconhecimento do refúgio não é

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² CARLING, Jørgen. What is the meaning of migrant? *meaningofmigrants.org*, Oslo, 13 dez. 2017.

⁴³ EDWARDS, Adrian. Refugiado ou Migrante? O ACNUR incentiva a usar o termo correto. *Agência da ONU para refugiados – ACNUR Brasil*, 25 de fevereiro de 2022.

ato discricionário do Estado, pois este direito está vinculado a diplomas e hipóteses legais definidos internacionalmente”.⁴⁴

O refúgio, a partir da Segunda Guerra Mundial, passou a ter regulamentação internacional por meio da Convenção de 1951 relativa ao *status* dos refugiados e, posteriormente, sua abrangência foi ampliada pelo Protocolo de 1967 relativo ao *status* dos refugiados.⁴⁵

O alicerce desse sistema é o princípio do *non-refoulement* (ou não devolução), previsto pela primeira vez na Convenção de Genebra, de 1951, que determina que refugiados não podem ser expulsos ou devolvidos a situações em que suas vidas ou liberdade possam estar sob ameaça. Os Estados são os primeiros responsáveis por assegurar essa proteção. O ACNUR trabalha com governos, aconselhando-os e apoiando-os conforme suas necessidades, a fim de implementar suas responsabilidades. Desse modo prevê o artigo 33

Proibição de expulsar e de repelir 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas. [...]⁴⁶

Cabe destaque também, na perspectiva da América Latina, a Declaração de Cartagena, de 1984, que estabelece mecanismos internos necessários para aplicar as disposições da Convenção de Genebra e do Protocolo de 1967, bem como determina que em nenhum caso se enviará o refugiado contra sua vontade para um país.

Na Declaração de Cartagena, destacam-se as seguintes cláusulas:

a) Terceira – estabelece que a definição de refugiado está além dos elementos constantes da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, pois deve considerar também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública;⁴⁷

⁴⁴ GILBERTO, Camila Marques. *A proteção aos refugiados no sistema interamericano de direitos humanos: reflexões a partir do caso Pacheco Tineo*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Santos. Santos, 2016.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁶ ONU. *Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Artigo 33.1. Grifo nosso.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração de Cartagena*. 1984.

b) Quarta – ratifica a natureza pacífica, apolítica e exclusivamente humanitária da concessão de asilo ou do reconhecimento da condição de refugiado e sublinha a importância do princípio segundo o qual nada poderá ser interpretado como um ato inamistoso contra o país de origem dos refugiados;⁴⁸

c) Quinta – reitera a importância e a significação do princípio de *non-refoulement* (incluindo a proibição da rejeição nas fronteiras), como pedra angular da proteção internacional dos refugiados.⁴⁹

d) Décima primeira – necessidade de diálogo com os países da região que contam com uma presença maciça de refugiados, a fim de identificar as possibilidades de integração dos refugiados na vida produtiva do país, destinando os recursos da comunidade internacional que o ACNUR canaliza para a criação ou geração de empregos, possibilitando assim o desfrutar dos direitos econômicos, sociais e culturais pelos refugiados;⁵⁰

e) Décima segunda – reitera o caráter voluntário e individual da repatriação dos refugiados e a necessidade de que este se efetue em condições de completa segurança, preferencialmente para o lugar de residência do refugiado no seu país de origem;⁵¹

f) Décima terceira – reconhece que o reagrupamento das famílias constitui um princípio fundamental em matéria de refugiados que deve inspirar o regime de tratamento humanitário no país de asilo e, da mesma maneira, as facilidades que se concedam nos casos de repatriação voluntária;⁵²

g) Décima quinta – prevê a promoção, a utilização, com maior intensidade, dos organismos competentes do sistema interamericano e, em especial, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com o propósito de complementar a proteção internacional dos asilados e refugiados.⁵³

3. Caso família Pacheco Tineo vs. Bolivia

O caso foi submetido à jurisdição da Corte, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 21 de fevereiro de 2012, e se refere à situação da expulsão

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² *Ibidem.*

⁵³ *Ibidem.*

sumária dessa família efetuada pelo Estado da Bolívia, com destino ao Peru, no dia 24 de fevereiro de 2001.⁵⁴

3.1. Antecedentes

A família, composta por Rumaldo Juan Pacheco Osco, sua esposa Fredesvinda Tineo Godos e os filhos Juana Guadalupe, Frida Edith e Juan Ricardo Pacheco Tineo (este último de nacionalidade chilena), é de origem peruana. Rumaldo Pacheco e Fredesvinda Tineo, na década de 1990, foram presos no Peru pelo governo ditatorial de Fujimori, ocasião em que foram vítimas de violência contra a integridade física, fato provado no caso *Castro vs. Peru*.

Em 1994, foram absolvidos e, em 1995, foram para a Bolívia com as duas filhas e solicitaram refúgio com base em uma informação de que o processo contra eles no Peru havia sido desarquivado e um mandado de prisão havia sido expedido, assim, em 16 de outubro de 1995, foi concedida a solicitação de refúgio.

Dois anos depois, já em 1998, a família não estava recebendo atenção nenhuma do governo boliviano e passando dificuldades para se sustentar. Dessa forma, Rumaldo assinou declaração de repatriação voluntária na Bolívia para supostamente voltar ao Peru, contudo, ao sair do território boliviano, foi em direção ao Chile com a esposa e as filhas, onde conseguiram novo *status* de refugiados, e viveram até 2001, período em que tiveram seu terceiro filho, Juan, de nacionalidade chilena.

Em 2001, Rumaldo e Fredesvinda foram ao Peru a fim de restabelecer seu vínculo com o país de origem e providenciar meios de subsistência para voltar a morar em seu país. Nesta ocasião, contataram seu advogado, que lhes informou que a ordem de prisão contra eles ainda estava em aberto, ou seja, ainda poderiam ser presos a qualquer momento enquanto estivessem naquele território. Temerosos, voltaram em direção ao Chile, mas como não poderiam passar pela fiscalização do Peru, foram por terra e no caminho precisaram entrar em território boliviano.

Ao chegarem, em 20/02/2001, se apresentaram ao Escritório de Serviço Nacional de Migração (SENAMIG), onde foram atendidos por Juan Carlos Molina, à época chefe do escritório. O intuito do casal era atualizar seus documentos e informar que estavam no território boliviano de passagem, pois sua intenção era voltar ao Chile, onde tinham *status* migratório de refugiados. Na ocasião, também pediram apoio para a realização do traslado ao Chile.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolívia*. Sentença de 25 de novembro de 2013.

3.2. Fatos originários das violações

No dia 20/02/2001, o Sr. Molina disse ao casal que sua situação era de imigrantes ilegais, uma vez que já haviam assinado documento de repatriação para o Peru, e entraram em território boliviano sem autorização do Peru. Neste momento, foram retidos todos os documentos do casal. O Sr. Molina também executou a detenção de Fredesvinda no escritório até a noite do mesmo dia, quando foi entregue à polícia boliviana, que a colocou em uma cela insalubre.

Como a família havia manifestado sua intenção de ir ao Chile, o chefe do SENAMIG contactou o governo chileno para obter autorização da entrada da família. No dia 21/02/2001, foi interposto *Habeas Corpus* em favor de Fredesvinda, enquanto isso, o Sr. Rumaldo foi à Conferência Episcopal de mobilidade humana (comandada pelo ACNUR) pedir que fossem registrados (ele e toda a sua família) como refugiados na Bolívia, na intenção de conseguir tirar sua esposa da prisão, processo que foi imediatamente iniciado pelo Padre Alejandro Ruiz. De lá, foi ao Consulado do Chile na Bolívia, e expôs a situação da sua família, ocasião em que foi emitida mensagem ao Itamaraty.

No mesmo dia, foi realizada uma reunião entre os ministérios das relações exteriores, do governo e da justiça, sem a presença de nenhum membro da família Pacheco Tineo, para discutir a detenção e expulsão desta família. Nesta ocasião, desconsideraram a declaração do Padre, com base na assinatura do repatriamento voluntário, e concordaram com a expulsão da família.

Em 22/02/2001 o HC de Fredesvinda foi julgado e a prisão foi revogada, tendo ela sido liberada imediatamente após a decisão. Mas, nesse mesmo dia, o Sr. Molina comunica aos funcionários do SENAMIG que o Chile não respondeu a mensagem enviada no dia 20/02, por isso, a família deveria continuar a ser tratada como imigrante ilegal. No dia 23/02/2001, foi emitida documentação de expulsão da família da Bolívia para o Peru, entretanto, nesse mesmo dia, autoridades do Chile se comunicaram com o Sr. Molina manifestando autorização para entrada da família no Chile, o que foi concordado pelo Sr. Molina.

Assim, no dia 24/02/2001, a família se preparou para voltar ao Chile, e, ao chegarem no local combinado para serem levados ao ônibus que os transportaria, foram surpreendidos pelo Sr. Molina e funcionários do SENAMIG e polícia, momento em que o casal foi separado em um carro e os filhos em outro, e foram levados diretamente ao Peru e entregues à polícia e aos funcionários da imigração peruana.

3.3. Direitos violados

O Estado Boliviano foi condenado pela violação dos direitos às garantias judiciais, para solicitar asilo e a garantia de não expulsão, reconhecidos nos artigos 8, 22.7 e 22.8 da Convenção Americana, em detrimento de Rumaldo Juan Pacheco Osco e Fredesvinda Tineo Godos e Frida Edith, Juana Guadalupe e Juan Ricardo Pacheco Tineo; o direito à proteção judicial e o direito à integridade mental e moral, reconhecidos nos artigos 25 e 5.1 da Convenção; bem como a violação da obrigação de proteção especial de meninos e meninas, reconhecida no artigo 19 e 17 da Convenção. Além disso, a Comissão solicitou ao Tribunal que ordenasse ao Estado a determinação de certas medidas de reparação constantes em seu Relatório.

A Corte decidiu que é incompatível a expulsão para o país de origem dos membros de uma família sem serem ouvidos, o que violou as garantias mínimas do devido processo legal, e com o conhecimento de que poderiam ter proteção como refugiados de um terceiro país com o direito de solicitar e receber asilo e com o princípio de não expulsão, reconhecido nos artigos 8.1; 22.7; 22.8 e 25 da Convenção Americana.

3.4. Conclusões da Corte

A Corte concluiu o seguinte:

O direito de solicitar e receber asilo não garante que a condição de refugiado do solicitante seja reconhecida, mas garante que seu pedido seja processado com as devidas garantias;⁵⁵

Meninos e meninas são titulares dos direitos consagrados na Convenção Americana, além de contar com as medidas especiais de proteção previstas no artigo 19, que devem ser definidas de acordo com as circunstâncias particulares de cada caso específico. A adoção de medidas especiais de proteção à criança corresponde tanto ao Estado como à família, à comunidade e à sociedade a que a criança pertence;⁵⁶

O direito das crianças a exprimirem as suas opiniões e a participarem de forma significativa também é importante no contexto dos procedimentos de asilo, cujo alcance pode depender do fato de a criança ser ou não requerente, independentemente do seu estatuto. Deve ser garantido independentemente se estejam acompanhados ou não e/ou separados dos pais ou dos responsáveis pelos seus cuidados; atente-se que, quando o requerente da condição de refugiado é uma menina ou um menino, os princípios contidos na Convenção sobre os Direitos da Criança devem orientar os aspectos substantivos

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

e processuais para determinar a condição de refugiado da criança. Assim, quando são requerentes, as crianças devem gozar de garantias processuais e probatórias específicas para garantir que sejam tomadas decisões justas na determinação dos seus pedidos de estatuto de refugiado, o que requer o desenvolvimento e integração de procedimentos adequados e seguros para os requerentes;⁵⁷

No caso de os requerentes serem crianças, se o requerente principal for excluído do estatuto de refugiado, os familiares têm o direito de que os seus pedidos sejam avaliados de forma independente. Por outro lado, no caso de um solicitante da condição de refugiado receber proteção, outros membros da família, especialmente crianças, podem receber o mesmo tratamento ou se beneficiar deste reconhecimento, tendo em vista o princípio da unidade familiar;⁵⁸

Estabelece a relação intrínseca entre o direito à proteção da família e os direitos de meninos e meninas. Nesse sentido, o Tribunal considerou que o direito de proteger a família implica que o Estado está obrigado não apenas a fornecer e executar diretamente medidas de proteção para as crianças, mas também para promover, de forma mais ampla, o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar;⁵⁹

A vulnerabilidade das pessoas migrantes se funda primeiramente no fato de sua condição de não nacionais. Esta condição de vulnerabilidade tem uma dimensão ideológica e se apresenta em um contexto histórico que é distinto para cada Estado, e é mantida por situações de *jure* (desigualdades entre nacionais e estrangeiros nas leis) e de *facto* (desigualdades estruturais). Além disso, os migrantes não documentados ou em situação irregular são os mais expostos às violações potenciais ou reais de seus direitos (reiterando o estabelecido na OC sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes não documentados e a decisão do *Caso Vélez Loor vs. Panamá*).⁶⁰

4. O impacto transcendente da decisão interamericana

O julgamento do caso Família Pacheco Tineo estabeleceu alguns *standards* importantes, que reiteram alguns dispositivos já consolidados na OC 18/03, bem como inovaram em alguns pontos, notadamente no que se refere às crianças migrantes. Tal aspecto orientou a criação da OC 21/14, a qual traz especificamente o tema da proteção às crianças e adolescentes em situação de migração forçada.

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ *Ibidem.*

Os padrões determinados pela Corte que consideramos primordiais são quatro. Primeiro, a garantia de que o migrante tenha seu pedido de refúgio processado e julgado de acordo com o princípio do devido processo legal, mesmo que, ao final, seja negado. Segundo ponto é que podem ser interpostas ações contra os migrantes, contudo, seus direitos humanos devem ser preservados, em razão da dignidade da pessoa humana. Terceiro, a Corte esclarece que a vulnerabilidade dos migrantes se dá por não serem nacionais, contudo, os migrantes não documentados estão em maior vulnerabilidade por sua condição irregular.⁶¹

Por último, a Corte estipula diretrizes para o tratamento da situação de refúgio quando envolver menores de idade. Ressalta que qualquer conduta a ser realizada deve considerar a especificidade das crianças, baseando-se na legislação específica sobre elas. Assim, esclarece que meninos e meninas podem ser titulares no processo de solicitação de refúgio, sendo obrigatório o exercício do direito de participação no processo e o direito de serem ouvidos, considerando sua vulnerabilidade. Demonstra também a relação intrínseca entre o direito à proteção da família e os direitos das crianças e adolescentes. A partir disso, assegura que se o pedido de refúgio do menor for negado, sua família tem o direito de ter seu pedido processado em apartado, mas se os familiares forem aceitos como refugiados, as crianças devem ser acolhidas em virtude do princípio da unidade familiar.⁶²

Nesse sentido, a interpretação da Corte indica precisamente quais condutas devem ser realizadas pelos Estados que recebem migrantes, elucidando as dúvidas e lacunas possíveis de serem utilizadas como subterfúgio para o não cumprimento dos direitos humanos pelo Estado. São então parte do *corpus iuris* sobre os direitos dos migrantes, servindo como parâmetro do controle de convencionalidade no âmbito interno e internacional. Isto é, os Tribunais e juízes latino-americanos devem levar em conta estes *standards* quando de seus julgamentos nos processos domésticos.

A Corte condenou o Estado boliviano a medidas de restituição, reabilitação e satisfação, com a publicação e difusão da sentença. Também estabeleceu medidas de garantia de não repetição, no intuito de expandir os efeitos da sentença, prevendo a adoção de medidas jurídicas, administrativas e quaisquer outras no sentido de assegurar o efetivo exercício dos direitos e garantias fundamentais pelos migrantes, reformando o sistema regulatório sobre o assunto. Também como garantia de não repetição, a Corte indicou a criação de um programa de capacitação permanente para funcionários que trabalham nas fronteiras e lidam com as pessoas em situação migratória.⁶³

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.*

⁶³ *Ibidem.*

Os impactos da condenação iniciaram antes mesmo da sentença, pois o Estado boliviano promulgou, ainda em 2012, a Lei nº 251⁶⁴ acerca da proteção das pessoas refugiadas, e, em 2013, a Lei nº 370,⁶⁵ específica sobre migração, prevendo expressamente no artigo 1º a proteção dos direitos humanos como fundamento da referida lei.

Além disso, foram emitidos diversos decretos para a regularização da situação migratória das pessoas acolhidas em território boliviano, tais como o de nº 1.923/2014, que regulamenta a referida lei de migração; o de nº 1.800/2013, acerca da anistia e regularização migratória; o de nº 1.440/2012, que regulamenta a lei de proteção a pessoas refugiadas; e, mais recentemente, também foi publicado o Decreto nº 3.676/2018 sobre a regularização migratória de pessoas estrangeiras que se encontram em território boliviano em situação irregular; e, por último, o Decreto nº 2965/2018 sobre regularização migratória.

Ainda em 2021, foi criada, a partir da Resolução 153/2021, a Plataforma Informática – Sistema de Gestión Migratória (SIGEMIG), com o objetivo de prestar um serviço eficaz, eficiente e de qualidade aos cidadãos estrangeiros e nacionais que circulam pelo território boliviano; desenvolver instrumentos que otimizem e garantam o cumprimento dos direitos e obrigações dos migrantes; modernizar os serviços migratórios por meio da incorporação das Tecnologias de Informação e Comunicação, promovendo a Gestão do Conhecimento, garantindo ambiente e capacidades técnicas e tecnológicas adequadas à equipa de trabalho a nível nacional.⁶⁶

Desse modo, o aparato normativo boliviano vem sendo qualificado para a proteção e regularização da situação das pessoas migrantes, sejam elas refugiadas ou não, demonstrando um impacto positivo transformador que a Corte propiciou para este Estado.

A OEA publicou em 2020 um informe sobre a situação dos migrantes e refugiados venezuelanos na Bolívia, uma vez que a crise instalada na Venezuela, em meados de 2013, em razão da disputa entre Nicolás Maduro (e seu partido – Partido Socialista Unido da Venezuela) e a oposição, que denuncia os abusos de poder cometidos pelo presidente, fizeram emergir grave deslocamento de pessoas, principalmente para a Bolívia e para o Brasil, devido à instabilidade econômica, política, social etc.

Tal relatório constata que a Bolívia recebeu quase 10.000 migrantes e refugiados venezuelanos até 2020, que estavam invisíveis até o estabelecimento do governo de transição boliviano liderado por Jeanine Añez, que promoveu uma mudança na política

⁶⁴ BOLÍVIA. *Ley nº 251, de 20 de junio de 2012.*

⁶⁵ BOLÍVIA. *Ley nº 370, de 8 de mayo de 2013.*

⁶⁶ DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN – DIGEMIG. *Objetivos.*

de migração e uma nova abordagem à imigração venezuelana, focada na flexibilidade e em uma perspectiva mais humana.⁶⁷

A referida crise na Venezuela também levou muitas pessoas ao Brasil, pois é um país popularmente conhecido como amistoso com migrantes e ter políticas favoráveis ao acolhimento de refugiados. Desse modo, além dos venezuelanos, pessoas de origem síria e haitiana passaram a pedir abrigo neste país.⁶⁸

Contudo, até 2017, o Brasil contava com uma legislação limitada acerca dos direitos dos estrangeiros, baseada numa ideia excludente de pessoas, deixando clara a preocupação do país com aspectos de natureza militar, como segurança nacional, por exemplo. Visava, assim, estabelecer a situação política do migrante no país com enfoque exclusivo nos interesses nacionais.

O crescente fluxo migratório e as crescentes demandas judiciais de violações de direitos humanos dos migrantes, como, por exemplo, o caso da *Família Pacheco Tíneo vs. Bolívia*, impulsionaram a criação e promulgação de uma nova lei, a Lei nº 13.445/2017, que se sustenta sob o alicerce da proteção dos direitos humanos e valorização da dignidade da pessoa humana, estabelecendo no artigo 3º que as políticas migratórias são regidas pela universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; pelo repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; pela não criminalização da migração; não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; pela promoção de entrada regular e de regularização documental; pela acolhida humanitária; pelo desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil; pela garantia do direito à reunião familiar; pela igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; pela inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; pela promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante; pelo diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante; pelo fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas; pela cooperação internacional com Estados de origem, de

⁶⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Informe sobre a situação dos migrantes e refugiados venezuelanos na Bolívia*. Oficina de la Secretaría General para la Crisis de Migrantes y Refugiados Venezolanos, abril 2020.

⁶⁸ AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS – ACNUR BRASIL. *Tendencias globales – desplazamiento forzado em 2020*.

trânsito e de destino de movimentos migratórios; pela integração e desenvolvimento das regiões de fronteira e articulação de políticas públicas regionais capazes de garantir efetividade aos direitos do residente fronteiriço; pela proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante; pela observância ao disposto em tratado; pela proteção ao brasileiro no exterior; pela migração e desenvolvimento humano no local de origem, como direitos inalienáveis de todas as pessoas; pela promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei; e pelo repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas.⁶⁹

Apresentada a realidade brasileira acerca da regulamentação dos direitos das pessoas em situação migratória, observa-se uma implicação do aparato interamericano, incluindo a decisão do caso Pacheco Tineo, uma vez que o alicerce da nova lei considera todos os *standards* estabelecidos no âmbito do sistema regional, assim, há um efeito transcendente da decisão, uma vez que não apenas o Estado boliviano executou as recomendações da Corte, mas também o Estado brasileiro procedeu conforme a decisão.

Além disso, o próprio SIDH pôde extrair da decisão do caso Pacheco Tineo uma Opinião Consultiva, a OC 21/2014, que trata dos deveres dos Estados perante as crianças migrantes, trazendo explicitamente os seguintes direitos: a proteção integral; o superior interesse da criança; o direito de ser ouvida, o direito à identificação; a preservação da unidade familiar; a separação dos adultos no caso de crianças desacompanhadas dos pais; e a proibição da restrição de liberdade.

Considerações finais

A proteção dos direitos humanos dos migrantes vem sendo aprimorada ao longo dos anos, principalmente no âmbito do sistema regional interamericano, uma vez que o fluxo migratório nesta região é uma realidade antiga, sendo necessário o cuidado com a dignidade humana das pessoas que se submetem à situação de deslocamento, independente do fator que a levou a isto. O intuito do sistema interamericano de direitos humanos é erradicar a migração forçada, para que as pessoas possam migrar sem ter violados seus direitos básicos, e estabelecer uma qualidade migratória de livre circulação.

O caso *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia* demonstra a realidade vivenciada por muitos latino-americanos nos últimos vinte anos, e estabeleceu padrões de conduta estatal assertivos para que essas milhares de pessoas tenham seus direitos garantidos, impactando positivamente no aspecto jurídico do Estado boliviano transcendendo seus efeitos, uma vez que o Brasil expediu nova legislação sobre o assunto totalmente coerente com os *standards* estabelecidos na decisão deste caso.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.

É evidente a essência da legislação brasileira em consonância com as garantias de não repetição determinadas pela Corte no caso Família Pacheco Tineo, bem como no mesmo sentido que a legislação boliviana, criada após a sentença do referido caso. Há um claro efeito transcendente, uma vez que as transformações de realidades ocorreram para além do estado boliviano, condenado.

Demonstrada a consonância, resta-nos ratificar a importância da harmonização entre os sistemas interno e interamericano, consideradas as especificidades da região latino-americana, que, embora tenha um potencial transformador em suas Constituições, nem sempre tem uma cultura conectada a essência destas constituições. O papel impactante do sistema interamericano na propagação desta mudança fica claro no caso *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*.

TITLE: The impact of the inter-American system in the Pacheco Tineo case: protection of human rights from a migratory perspective

ABSTRACT: This research aims to analyze how the Inter-American Human Rights System has impacted the domestic law of Latin American countries based on the case *Pacheco Tineo Family vs. Bolivia*. This case deals with the summary expulsion of that family by the State of Bolivia to Peru on February 24, 2001. In view of this objective, a brief presentation of the inter-American normative apparatus regarding the protection of migrants and refugees will be made. From this, it will be identified which impacts the inter-American system can provide for the Latin American region from its decisions and how it reverberates beyond the condemned country. Finally, the details of the Pacheco Tineo Family case will be analyzed to assimilate the guidelines of the Inter-American Court and finally identify the impacts beyond the conviction of Bolivia.

KEYWORDS: Migrants. Refugees. Inter-American system. Transformative impact. Pacheco Tineo family.

Referências

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS – ACNUR BRASIL. *Crianças representam cerca de metade do número de refugiados do mundo*. 12 out. 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/10/12/criancas-representam-cerca-de-metade-do-numero-de-refugiados-do-mundo/>. Acesso em: 01 out. 2022.

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS – ACNUR BRASIL. *Tendencias globales – desplazamiento forzado em 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/60cbddfd4>. Acesso em: 06 nov. 2022.

BOLÍVIA. *Ley nº 370, de 8 de mayo de 2013*. Disponível em: <https://www.migracion.gob.bo/documentos/pdf/l370.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2022.

BOLÍVIA. *Ley nº 251, de 20 de junio de 2012*. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8855.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2022.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 06 nov. 2022.

CARLING, Jørgen. What is the meaning of migrant? *meaningofmigrants.org*, Oslo, 13 dez. 2017. Disponível em: <https://meaningofmigrants.org/>. Acesso em: 01 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolívia*. Sentença de 25 de novembro de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 18*. 2003. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 21*. 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 25 set. 2022.
DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN – DIGEMIG. *Objetivos*. Disponível em: <https://www.migracion.gob.bo/index.php?r=page/detail&id=2>. Acesso em: 06 nov. 2022.

EDWARDS, Adrian. Refugiado ou Migrante? O ACNUR incentiva a usar o termo correto. *Agência da ONU para refugiados – ACNUR Brasil*, 25 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2015/10/01/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/>. Acesso em: 05 out. 2022.

ENGSTROM, Par. Reconceitualizando o impacto do sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8, p. 1250-1285. DOI: 10.12957. Disponível em: <https://www.scielo.br/jrdp/a/pfd8drrwn3JM8ywBBFtFjzP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 dez. 2022.

GILBERTO, Camila Marques. *A proteção aos refugiados no sistema interamericano de direitos humanos: reflexões a partir do caso Pacheco Tineo*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Santos. Santos, 2016. Disponível em: <https://tede.unisantos.br/bitstream/tede/3301/2/Camila%20Marques%20Gilberto.pdf>. Acesso em: 02 out. 2022.

IGNÁCIO, Renata Rossi. *Constitucionalismo regional transformador, sistema interamericano e a proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) na América Latina*. 2020. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Qual a diferença entre “refugiados” e “migrantes”?* 04 maio 2016. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/72927-qual-diferenca-entre-refugiados-e-migrantes>. Acesso em: 05 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/convencao_genebra_estatuto_refugiados.pdf. Acesso em: 02 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Informe sobre a situação dos migrantes e refugiados venezuelanos na Bolívia*. Oficina de la Secretaría General para la Crisis de Migrantes y Refugiados Venezolanos, abril 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-situacion-migrantes-refugiados-venezolanos-en-Bolivia.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/americana.htm>. Acesso em: 25 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração de Cartagena*. 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 01 out. 2022.

PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune* latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017. DOI: 10.12957.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

TRINDADE, A. A. Cançado. Direito Internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, São Paulo. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: 05 dez. 2022.

WENDEN, Catherine Wihtol. As novas migrações: por que mais pessoas do que nunca estão em circulação e para onde elas estão indo? *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos*. Dossiê Sur sobre migração e direitos humanos, v. 13, n. 23, p. 17-28, 2016.

Recebido em: 06.06.2023

Aprovado em: 28.07.2023

* Sobre refugiados, leia mais em:

URABAYEN, Julia. Análisis de la exclusión: marginados, desplazados y refugiados. Pensando la diferencia con Arendt. *Revista LEX de Direitos Humanos*, Porto Alegre, ano II, n. 4, p. 181-200, jan./abr. 2023.

REFLEXÕES CRÍTICAS EM TORNO DO ART. 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: QUANDO “A LEI NÃO EXCLUIRÁ”, MAS A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA SIM?

Airto Chaves Jr.

Doutor e Mestre em Ciência Jurídica com dupla titulação (Alicante-Univali).
Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Univali.
Advogado. Endereço eletrônico: oduno@hotmail.com

Jefferson Carús Guedes

Doutor e Mestre em Direito. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado
em Direito do UniCEUB. Advogado. Endereço eletrônico: carusguedes@gmail.com

Thiago Aguiar de Pádua

Doutor e Mestre em Direito. Professor da Faculdade de Direito da
UnB – Universidade de Brasília. Advogado e Consultor Jurídico.
Endereço eletrônico: professorthiagopadua@gmail.com

RESUMO: O presente texto propõe uma reflexão em torno do princípio da inafastabilidade da proteção ou tutela jurisdicional, desde as origens do debate, constituindo e elegendo como problema a ser enfrentado, e até mesmo denunciado, a existência de jurisprudência defensiva, caracterizadora de comportamento que indevidamente permite aos Tribunais deixar de analisar lesão ou ameaça de lesão a direito. Foi utilizada metodologia de revisão bibliográfica combinada com arqueologia, que busca ressignificar as reflexões desde um ponto de vista histórico-dogmático.

PALAVRAS-CHAVE: Lesão. Ameaça de lesão. Proteção judicial. Direito fundamental.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A origem constitucional: breves lineamentos. 2. Vedação da jurisprudência “defensiva” e inconstitucionalidade das súmulas vinculantes e inadequação de certas súmulas não vinculantes. Síntese conclusiva. Referências.

Introdução

O presente texto busca refletir criticamente sobre o acesso à justiça, na vertente relacionada ao postulado da inafastabilidade da jurisdição, cristalizado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, mas buscando enxergar além da mera reprodução de suas linhas, refletindo-o desde sua discussão inicial e a partir das demandas de sua existência.

Tem-se a impressão, compartilhada academicamente, que não se tem atribuído a devida interpretação ao referido texto constitucional, especialmente quando se verifica, no âmbito dos tribunais, que há uma atribuição de sentido que desfigura o trecho do enunciado normativo de notável relevo, estabelecedor de que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário”, vale dizer, referindo-se à lesão ou ameaça de lesão à direito, que nem mesmo a lei será defensiva quanto à tutela jurisdicional de proteção contra lesão a direito ou mera possibilidade de ocorrência de lesão (ameaça de lesão à direito).

Por este motivo, incursiona-se nas origens da discussão constitucional sobre o debate constituinte do texto que originou o art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, para buscar densificar o debate, jogando as melhores luzes, vale dizer, luzes que buscam permitir uma adequada visualização que não enxerte sentidos não apenas contidos, mas expressamente vedados, uma vez que se nem a Lei pode afastar a tutela contra lesão ao direito ou ameaça de lesão ao direito, menos ainda a jurisprudência defensiva.

1. A origem constitucional: breves lineamentos

Inicialmente, registre-se que os comentários do jurista Luiz Guilherme Marinoni¹ ao inciso XXXV do art. 5º da CF/88, em livro organizado pelos professores J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Mendes, Ingo Sarlet e Lenio Streck, vinculam o referido dispositivo constitucional, essencialmente, ao suposto “Direito Fundamental de Ação” (como se fosse limitado ao processo civil e/ou ao âmbito de certa prática constitucional), além de não realizar nenhuma observação sobre as ditaduras anteriores, civil (1937) ou militar (1964), que utilizaram a Lei para impedir a apreciação judicial de diversos temas. Por este motivo, não concordamos com absolutamente nenhuma linha escrita pelo referido jurista em comentário ao inciso XXXV.

Quanto a seu aporte no âmbito juslaboral, não encontramos maiores discussões sobre os problemas medulares de uma aparente neutralidade sobre o passado quanto à vedação da inafastabilidade da jurisdição, inclusive sobre temas que consideravam escravos indignos de postular direitos, desde a matriz normativa da Suprema Corte

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao inciso XXXV do art. 5º. Direito Fundamental de Ação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Americana, no Caso Dred Scott (1857) que vedou acesso à jurisdição de pessoas de ascendência africana, ou no Brasil, em diversos casos ocorridos durante o Império (e depois dele).²

No âmbito criminal, por exemplo, não existe camuflagem verde oliva suficientemente apta a esconder o fato de que o “jus puniendi” não é um “direito de ação para punir” (que na verdade não passa de um “poder” de punir, como uma arma, exercido ao logo da história e maneira desproporcional, política e seletiva), como bem apontou Tobias Barreto,³ ainda no século XIX, e depois dele Roberto Lyra⁴ e Nilo Batista,⁵ aliado ao fato de que não é possível compartilhar as mesmas categorias no âmbito cível e criminal.

Também os comentários ao inciso XXXV realizados por Misael Montenegro Filho, na obra com coordenação em coautoria dividida entre Walber Agra, Paulo Bonavides e Jorge Miranda,⁶ não parecem perceber o sentido, o alcance, cometendo o mesmo erro do comentador anterior, e, por este motivo, também discordamos de seus comentários.

Distintos, entretanto, são os comentários ao inciso XXXV realizados por José Afonso da Silva,⁷ com os quais parece possível dialogar a partir de certos pressupostos, historicidade e concepção de dignidade humana e direitos fundamentais.

O inciso em comento, aparentemente singelo, estabelece que um ato normativo produzido pelo parlamento (ou pelo Executivo, no caso da Medida Provisória, com força de Lei) não pode excluir da apreciação do órgão judicante a possibilidade de apreciação de ameaça ou lesão à direito, significando isso que apenas o texto originário da Constituição Federal de 1988 pode trazer alguma matéria não submetida de imediato à apreciação judicial, como é o caso da justiça desportiva (art. 217, § 1º, da CF/88), bem como representa um sério impedimento para que os tribunais adotem mecanismos de jurisprudência defensiva.

² SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais decisões*. São Paulo: Atlas, 2021. p. 50 e ss. E, ainda, por todos, veja-se a Questão da Escravidão, com escravos em juízo representados por curadores, Autora Miquelina Archanja Varela contra a Ré Maria, escrava desta, e representada por seu curador, sobre a aplicação do art. 3º, § 2º, da Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, julgado pelo juiz de Direito Joaquim de Toledo Pisa e Almeida, publicado em: *O Direito, Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, ano III, sétimo volume, maio a agosto 1875. p. 149 e ss.

³ BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal, seguido de um apêndice sobre o fundamento do direito de punir*. 2. ed. Recife: Typografia Central, 1886.

⁴ LYRA, Roberto. *Penitência de um penitenciário*. (1953). 2. ed. Belo Horizonte: Lider, 2013.

⁵ BATISTA, Nilo. As penas de um penalista. In: AMARAL MACHADO, Bruno (org.). *Justiça criminal e democracia II*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

⁶ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (org.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Sua estrutura semântica, a propósito de sua prévia existência em outros documentos constitucionais brasileiros, remonta ao art. 141, § 4º, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Não são consideradas aqui as referências ao art. 150, § 4º, da CF/67 e, posteriormente, ao art. 153, § 4º, da EC 1/69, por serem teatrais, fruto de uma Constituição feita por ignorantes na ditadura militar que nem sabiam o sentido de uma Carta Constitucional, de um grupo de militares que mereceu passar à lata de lixo da história por seu desprezo para com a dignidade humana.

O fato de não constar das demais Constituições, entretanto, não significa a inexistência de um “princípio de direito à jurisdição”, conforme José Afonso da Silva, com base nas falas de Hermes Lima nos debates constituintes de 1945/46, pois seria algo pressuposto (e dedutível) das normas de estruturação do Poder Judiciário.⁸ Ou seja, exceto nas Cartas de 1946 e 1988, nas quais aparecem expressamente, nas demais cartas constitucionais seriam princípio constitucional implícito.

Prossegue o constitucionalista José Afonso, mencionando Hermes Lima nos debates da CF/46: “em face da proposta segundo a qual nenhum assunto relativo a direito poderá ser excluído do conhecimento do Poder Judiciário”, ao que o Sr. Mário Massagão teria refutado: “conforme Hermes Lima, que se tornou avesso à realidade de algum tempo a esta parte, pois atravessou 15 anos a ver o governo expedir decretos-leis, para impedir que o Judiciário tomasse conhecimento de vários assuntos, e agora quer suprimir o dispositivo pelo qual aquelas garantias, que nos faltavam, entrem para o texto constitucional. Recorde-se, a propósito, que “o texto veio em forma negativa em reação ao modo usado (lei, decreto-lei) para excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão de direito. As reações ao arbítrio raramente vêm em forma positiva”.⁹

Assim, também os comentários de Nelson Nery Junior,¹⁰ ao observar que num passado de recente memória “tivemos episódio histórico que envergonhou o direito brasileiro, a exemplo do que ocorreu no sistema jurídico dos Estados totalitários da primeira metade do século, que proibiam o acesso à justiça por questões raciais. Trata-se da edição do Ato Institucional 5 [...]” Este, a propósito, é o sentido inerente ao texto e à norma constitucional, relacionados ao inciso XXXV.

Calha não perder de vista que o regime constitucional anterior a 1946 era o da ditatorial Era Vargas de 1937 (assim como a CF/88 sucede ao regime ditatorial de 1964), no qual o ditador do Estado Novo (junto com sua trupe de juristas autoritários, como

⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 132.

⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. In: *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 208 e ss.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 132.

Francisco Campos e companhia) exercia o poder de maneira arbitrária e incontestável, submetendo o poder judiciário a um controle absolutamente fascista. Basta conferir as referências de Francisco Campos sobre controlar o poder judiciário.¹¹

José Afonso da Silva menciona o inciso XXXV como “princípio da proteção judiciária”, equivalendo a “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, como sendo “a principal garantia dos direitos subjetivos”, de monopólio do poder judiciário, citando-se o magistério doutrinário da ministra do STF, Cármen Lúcia, que censura a fórmula do inciso XXXV por garantir o acesso à jurisdição pela via indireta da proibição da competência ao legislador infraconstitucional de dispor em sentido contrário, em lugar de assegurar o direito de maneira positiva e direta (citando os casos das Constituições da Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, e, ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos).¹²

Nos parece equivocada a referida opinião jurídica, uma vez que a vedação não é dirigida apenas ao legislador infraconstitucional, mas em nível propriamente constitucional, citando-se a inconstitucionalidade das chamadas Súmulas Vinculantes, inseridas na CF/88 por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, como reiteradamente exposto por Lenio Streck,¹³ bem como é uma clara vedação também direcionada aos Tribunais, com vedação da utilização de mecanismos de jurisprudência defensiva.

Sua reconstrução deve ser vislumbrada desde a PEC 43, de 28 de junho de 1985, acompanhada da Mensagem nº 48, de 1985-CN, enviada ao Congresso pelo então Presidente da República José Sarney, que, em suas palavras, observou, na parte final da PEC: “*Espero que, de agora, a sociedade se mobiliza para criar a mística da Constituição, que é o caminho do Estado de Direito*”.¹⁴ Seis dias depois, o Presidente adita o texto, por meio da Mensagem nº 49, de 5 de julho de 1985-CN (nº 343/85, na origem), para:

¹¹ Dizia Francisco Campos: “a interpretação não dispõe de processos objetivos e infalíveis e, por isto mesmo, está sujeita à influência do coeficiente pessoal do juiz. Não há, portanto, nenhuma razão para aceitar como decisiva ou definitiva, no plano em que se acham em jogo os maiores interesses da nação, uma interpretação que não dá nenhuma garantia objetiva do seu acerto. Aos juizes não será, em consequência, permitido, a pretexto de interpretação constitucional, decretar como única legítima a sua filosofia social ou a sua concepção do mundo, desde que essa filosofia ou concepção obstrua os desígnios econômicos, políticos ou sociais do governo, em benefício da nação”. Cfr. CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura. seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 59.

¹² ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo Teixeira (org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 49; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 131.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹⁴ BRASIL. Senado Federal. *PEC 43, de 28 de junho de 1985*.

“solicitar seja atribuído caráter preferencial ao recebimento da Proposta de Emenda à Constituição”.¹⁵

Isso importa, especialmente quanto ao inciso XXXV, pois estávamos sob a égide da ditadura militarista, sob a “Constituição de 1967” (aspas propositais), emendada integralmente em 1969, e cujos Atos Institucionais produzidos por sucessivos presidentes ditadores militares traduziam excrescências jurídicas anômalas de poder que possuíam maior valor que a própria Constituição, apenas para dar ares de dramaticidade à burlesca farsa de teatralidade constitucional que começava com a disputa pelo “nome da coisa”: revolução ou golpe? Em qualquer caso, farsa, pura e simples, travestida de violência.

Os ditadores, o mais das vezes, são espantalhos ignorantes da cultura, da arte, dos livros e do sublime constitutivo da dignidade, e, com efeito, neste caso, ignoravam que, seja num caso ou em outro (revolução ou golpe), estariam fazendo uma “ruptura com a ordem então vigente” de maneira arbitrária, vil e marginal, tanto assim que o famoso livro de Curzio Malaparte, sobre famosos episódios golpistas, é traduzido seja como “Técnicas de Golpe de Estado” ou como “Técnicas da Revolução”.¹⁶

Recentemente, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli, tentando fazer certa “média” com antigos golpistas de coturno, pensou que seria adequado usar uma espécie de “meio termo”, referindo-se a “movimento de 64”,¹⁷ citando equivocadamente o historiador Daniel Aarão Reis, que, de imediato, refutou o então presidente do STF, dizendo: “Ele (o ministro) cometeu um equívoco. Ele deveria ter citado uma outra estudiosa do assunto, que é a Argelina Figueiredo”, e complementa: “Ela fala realmente disso, que a gente (historiadores) chama da doutrina dos dois demônios. Essa doutrina foi criada na Argentina, e atribuía às esquerdas e às direitas as mesmas responsabilidades”.¹⁸

Em suma, ao assumir (ainda que de maneira ignorante) a “doutrina dos dois demônios”, o então presidente do STF iguala, de maneira imprudente e reprovável, a ditadura e os que resistiam aos seus arbítrios, quando se sabe que a ditadura militarista exercia o poder e detinha o arcabouço político-normativo, sendo certo que este é exatamente o critério central para identificar os crimes contra a humanidade. Por isso, a

¹⁵ BRASIL. Senado Federal. *PEC 43, de 28 de junho de 1985*.

¹⁶ MALAPARTE, Curzio. *Técnicas de golpe de Estado*. Barcelona: Ariel, 2017; MALAPARTE, Curzio. *The Technique of Revolution. s/d*; MALAPARTE, Curzio. *Técnica del golpe de estado*: Bonaparte, Lenin, Trotsky, Mussolini, Hitler, Kapp, Pilsudski, Primo de Rivera. Buenos Aires: Plaza & Janes Editores, 1960.

¹⁷ Cfr. Jornal Folha de São Paulo, de 1º de outubro de 2018. Jornalista Gabriela Sá Pessoa. “*Toffoli diz que hoje prefere chamar golpe militar de ‘movimento de 1964’*”.

¹⁸ Cfr. Revista Carta Capital, jornalista Carol Scorece: “*Historiador citado por Toffoli rejeita chamar ditadura de ‘movimento’*”, de 1º de outubro de 2018.

autoanistia brasileira está juridicamente equivocada, e, também por isso, foi equivocado o resultado do julgamento da ADPF 153 pelo STF.

Tão absurdo, a propósito, que a alegação de qualquer um que ousasse empregar a “teoria dos dois demônios” equivaleria a dizer que na Alemanha nazista a culpa pelo genocídio também teria sido dos judeus, e que na Itália de Mussolini a culpa também deveria ser atribuída à resistência antifascista italiana (os partisanos). Equivaleria, portanto, a dizer que não houve nazismo e nem fascismo, mas um mero “movimento hitlerista” e um “movimento mussolinista”.

No caso brasileiro, registre-se, a ditadura militarista instaurada em 1964 a partir de velhacos e espertalhões, nos porões da ditadura, verdadeiro valhacouto de torturadores, logo usou o poder para “impedir a apreciação judicial” de certas matérias, para que o Poder Judiciário se transformasse numa espécie de “eunuco” estéril e impotente para resistir aos atos de poder ilegítimo, ilegal e inconstitucional, com a naturalização do desvio de poder, do desvio de finalidade e de atos de tortura e assassinato, cultura que enraizou-se e permanece em voga em muitas localidades deste país até os dias de hoje.

O *Ato Institucional nº 1* (inicialmente sem número), de 9 de abril de 1964, além de outras barbaridades jurídicas impelidas por facinoras da política da extrema direita brasileira, como de costume em nossa infeliz tradição, determinou a suspensão das garantias da estabilidade e da vitaliciedade (arts. 7º e 10), ou seja, abrindo caminho para aposentadorias de servidores, parlamentares e magistrados para uma espécie de “higienização” feita por criminosos e marginais do poder, que logo praticariam crimes contra a humanidade como assassinatos, torturas e demais atos de aviltamento da dignidade.

Ou seja, a violação de tais direitos não poderia ser judicializada para busca de prestação jurisdicional, sujeita aos caprichos de meia dúzia de militares comandantes gerais decrépitos, seguidos por alguns praças e certos oficiais alisadores de seus egos e igualmente idólatras da barbárie, fascistas segundo critérios acadêmicos irrefutáveis.¹⁹

Posteriormente, surge o *Ato Institucional nº 2*, de 1965, que procura se legitimar ao mencionar que o golpe teria sido necessário como uma espécie de resposta contra a suposta “corrupção e a subversão”, além de operar uma mudança na composição do Supremo Tribunal Federal, aumentando para 16 o número de ministros e criando uma terceira turma (art. 6º), bem como torna minuciosa a explicitação sobre as consequências da suspensão dos direitos políticos (art. 16), aliado ao quanto contido no art. 19, que determinou inúmeros atos que “Ficam excluídos da apreciação judicial”.

¹⁹ Confira-se, neste sentido, as 14 características dos agrupamentos fascistas, descritas por Umberto Eco, que abarcam os celerados do golpe militarista de 1964. Cfr. ECO, Umberto. O fascismo eterno. In: *Cinco escritos morais*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002.

Dentre os outros atos igualmente nefastos, posteriormente surge o *Ato Institucional nº 5*, de 13 de dezembro de 1968, que aprofunda ainda mais o autoritarismo, na perversa escuridão de dor e sofrimento. Conforme observa Cristiano Paixão: “O remédio, então, é o aprofundamento da exceção, a retirada de direitos, sob a forma da supressão do espaço para o exercício das liberdades públicas”. Eram fruto, conforme o mesmo autor, de “decisões unilaterais que se traduziam em pura violência”.²⁰

Muitos foram os que, mesmo sabendo que a Constituinte de 1987-88 era uma decorrência da “abertura tutelada” pelos militares (lenta, segura e gradual), se posicionaram contra a nova constituição que estava prestes a surgir. Um dos casos mais famosos foi o do economista Roberto Campos (Bob Fields), um colaborador bastante próximo da ditadura, que produziu sistemático ataque contra a Constituinte e contra a Constituição, especialmente para que fossem acolhidas suas perspectivas de um capitalismo selvagem sem apego a qualquer espécie de solidariedade. Roberto Campos queria acabar com o monopólio estatal do petróleo, a adoção radical de privatizações, bem como não admitia qualquer tipo de controle de capitais, culpando o que denominou de necessidade contra a “mendicância dos países socialistas”.²¹

O mesmo economista da ditadura observou, a propósito de uma falsa modéstia entremeada por figuras de linguagem histriônicas e chulas, por meio das quais desfilava uma fingida erudição aristocrática, típica da elite golpista nacional, que:

Se fosse criada a profissão de profeta, com vencimentos adequados, eu passaria facilmente no concurso. Sem falsa modéstia, virtude que, como a roupa íntima da mulher, existe, mas não deve ser exibida, profetizei o colapso do marxismo soviético, antevendo três rebeliões: a rebelião dos intelectuais, a rebelião dos consumidores e a rebelião das nacionalidades. Errei apenas na sequência, pois que as nacionalidades se rebelaram antes dos consumidores.

No caso brasileiro, ser profeta é uma barbada... Profetizei, um pouco solitariamente, que a reserva de mercado da informática seria um desastre tecnológico. Previ que o “Plano Cruzado”, essa peça de dirigismo desvariado, não só não curaria a inflação, como desorganizaria a economia, gerando a subcultura do dirigismo e a subcultura do calote. Adverti que a moratória “independente” lançaria o Brasil no ostracismo financeiro, pois que o custo de “não”

²⁰ PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. Araucária. *Revista Ibero-americana de Filosofia, Política y Humanidades*, año 13, n. 26, p. 146-169, 2. semestre de 2011.

²¹ CAMPOS, Roberto. A Constituição dos miseráveis. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de (org.). *A Constituição contra o Brasil: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988*. São Paulo: LVM Editora, 2018.

pagar (cessão de investimentos e financiamentos) seria maior do que o custo de pagar.

Durante a Constituinte predisse que o país se tornaria ingovernável. O nacional populismo, na véspera de sua raivosa menopausa, produziu um documento que é híbrido no político, utópico no social, estatólatra no econômico.²²

Contudo, parecia admirar ditaduras (sem hibridismo), desprezar o social (sem utopia) e adorar o caráter privatista dos rentistas (desde que o Estado socorresse apenas a sua classe política e econômica, e não os pobres e excluídos), ou seja, podemos apontar Roberto Campos como um perfeito exemplo do que não fazer e do que não é admissível em termos constitucionais, pois o inciso XXXV expõe todo e qualquer ato sujeito a controle, para proteção de direitos.

Em sua gênese,²³ a partir da discussão inicial da Constituinte, o inciso XXXV estava inserido em duas Subcomissões Temáticas: Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias, e Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. Posteriormente, passou para a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, até ingressar na Comissão de Sistematização.

Pois bem, no que importa rememorar, na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias, conforme o Anteprojeto do Relator, era o seguinte dispositivo: “Art. 33. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual ou a interesse coletivo”.

Sequencialmente, aquilo que hoje é o artigo 5º, inciso XXXV, passou pelo substitutivo n. 1 da Comissão de Sistematização (26/08/1987), passando pelo substitutivo n. 2 da Comissão de Sistematização (18/09/1987), Projeto A, do Plenário, no início do 1º turno (24/11/1987), Projeto B, do Plenário, no início do 2º turno (05/07/1988), Projeto C, do Plenário, no final do 2º turno (15/09/1988), Projeto D, do Plenário, Comissão de Redação Final (21/09/1988), até chegar ao texto promulgado no dia 5 de outubro de 1988. Eis as sucintas distinções:

²² CAMPOS, Roberto. O fácil ofício de profeta. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de (org.). *A Constituição contra o Brasil: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988*. São Paulo: LVM Editora, 2018.

²³ Além dos anais da Constituinte, três são as grandes fontes de referência sobre a origem e a gênese da Constituinte. Cfr. BRASIL. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1988*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013; LIMA, João Alberto de Oliveira. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. v. 1; LIMA, João Alberto de Oliveira. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. v. 2. São esses os atos normativos consultados para os fins destes comentários.

Substitutivo 1 (26/8/1987)	Substitutivo 2 (18/9/1987)	Projeto A (24/11/1987)	Projeto B (5/7/1988)	Projeto C (15/9/1988)	Projeto D (21/9/1988)	Texto Promulgado (5/10/1988)
"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direitos";	"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direitos";	"A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito";	"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito";	"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito";	"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito";	"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito";

É interessante transcrever os debates iniciais perante a Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias, conform,e a Ata da reunião de Instalação, realizada em 7 de abril de 1987, fruto de uma grande confusão e incompreensão político-jurídica do que significava proteger um ato contra a arbitrariedade.

É que houve certa confusão entre o sentido de certas normas da Constituição anterior, e mesmo sobre os efeitos de um novo ordenamento, fruto supostamente do Poder Constituinte Originário:

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – Favoráveis 10, contrários 2. Aprovado o destaque oferecido pelo Constituinte João Paulo. Requeiro destaque para a votação em separado do art. 48, conforme texto em anexo: "Ficam revogados expressamente os arts. 181 e 182 do texto constitucional vigente, introduzindo o seguinte artigo nas disposições transitórias da futura Constituição: *"Nenhuma restrição se admitirá ao preceito constitucional de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."* § 1º "Os atos que em virtude dos arts. 181 e 182..."

O SR. RELATOR (Lysâneas Maciel): – Sr. Presidente, peço a palavra para uma questão de ordem. Verifico que um parlamentar está se retirando. Apenas por uma questão de quórum – estamos no art. 47 – faço um apelo ao Constituinte João Rezek para que fique, porque faltam dois artigos apenas. Peço a S. Exa. um pouquinho mais de paciência.

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – Lembro ao ilustre Relator que me parece que o pedido de destaque oferecido pelo Constituinte João Paulo se refere à revogação, inclusive, de um artigo da Constituição em vigor. Ora, quando a nova Constituição entrar em vigor, está revogada toda a Constituição. Então, a Presidência esclarece que julga o destaque prejudicado.

O SR. CONSTITUINTE JOÃO PAULO: – Não é bem isso, Sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – O texto que V. Ex.^a me deu tem a seguinte redação: "Ficam revogados expressamente os arts. 181 e 182 do texto constitucional vigente". Ora, o que vai ficar revogado é todo o texto constitucional.

O SR. CONSTITUINTE JOÃO PAULO: – Permite-me V. Ex.^a um esclarecimento? O *caput* do artigo é que é o essencial: “Nenhuma restrição se admitirá ao preceito constitucional de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão dos direitos individuais”.

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – Muito bem. Mas, no § 1º, V. Ex.^a diz: “Os atos que, em virtude dos arts. 181 e 182 do texto constitucional vigente”. – Como é que vamos incluir no anteprojeto da nova Constituição uma revogação de artigos referentes a um texto constitucional que não existe mais? Há uma incoerência. O § 1º do destaque de V. Ex.^a faz menção expressa ao texto constitucional vigente.

O SR. CONSTITUINTE JOÃO PAULO: – Então, que constasse isso nas disposições gerais e transitórias.

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – Não se pode referir, nas disposições gerais e transitórias do texto que vai ser aprovado, o texto constitucional vigente. Este caducou.

O SR. CONSTITUINTE JOÃO PAULO: – Então é uma impropriedade.

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – Exatamente.

O SR. CONSTITUINTE JOÃO PAULO: – Mas a questão substantiva...

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – Então, a questão substantiva poderia ser apenas a redação do artigo, que não se refere a nenhum texto constitucional: “Nenhuma restrição se admitirá ao preceito constitucional de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Isto pode ser apreciado.

O SR. CONSTITUINTE JOÃO PAULO: – Então, que se suprima o § 1º, mas que se mantenha a questão do prazo prescricional e que se transmita aos herdeiros a faculdade prevista no *caput* deste artigo. Isto é uma aberração que não podemos tolerar.

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – Pergunto ao Constituinte João Paulo: com referência ao art. 48 do anteprojeto, o qual S. Ex.^a pede destaque para votação em separado, o que propõe exatamente V. Ex.^a com referência ao art. 48?

O SR. CONSTITUINTE JOÃO PAULO: – Proponho que, talvez, algumas questões não contempladas... Então, estou de acordo com todo o artigo e que não se exclua da apreciação do...

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – Trata-se de emenda aditiva.

O SR. CONSTITUINTE JOÃO PAULO: – Sim, Excelência.

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – A Presidência acolhe como emenda aditiva o destaque do Constituinte João Paulo, excluindo desse destaque, na forma que foi apresentado à Mesa, o § 1º. Está franqueada a palavra para os Srs. Constituintes que desejarem encaminhar a votação. (Pausa.) Não havendo quem queira usar da palavra...

O SR. RELATOR (Lysâneas Maciel): – Suprimir apenas o § 1º e deixar os demais.

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – O Relator também não querendo fazer uso da palavra, passa-se ao processo de votação. Peço ao Sr. Secretário que proceda à chamada dos Srs. Constituintes. Trata-se de emenda aditiva em que seria acrescentada, onde couber, a seguinte redação: “Nenhuma restrição se admitirá ao preceito constitucional de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. A votação é em relação a uma emenda aditiva. Vai-se adicionar ao art. 48 a redação proposta pelo Constituinte João Paulo. Quem votar a favor da proposta do Constituinte João Paulo, vota sim; quem votar contra a adição, vota não.

O SR. RELATOR (Lysâneas Maciel): – Sr. Presidente, peço a palavra apenas para fazer uma rápida observação. Art. 34, página 61: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual ou a interesse coletivo”.

O SR. CONSTITUINTE JOÃO PAULO: – Já há essa redação?

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – Constituinte João Paulo, o Sr. Relator constata que, no seu anteprojeto, há esta redação. Satisfaz a V. Ex.^a, não se procede à votação. Peço que o Sr. Relator leia, por favor.

O SR. RELATOR (Lysâneas Maciel): – “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ao direito individual ou ao interesse coletivo”.

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – É exatamente o que V. Ex.^a propõe.

O SR. CONSTITUINTE JOÃO PAULO: – No caso, está fora do contexto da proposta da anistia.

O SR. RELATOR (Lysâneas Maciel): – Não é isso?

O SR. CONSTITUINTE JOÃO PAULO: – Está fora, mas a lei não tem efeito retroativo. Desejo corrigir atos pretéritos de exceção não cobertos. Por isso acho que deve estar embutido no artigo que explicita, com muita precisão e com muita propriedade, a questão da anistia: nenhum ato praticado pode ser excluído da apreciação do Poder Judiciário, como a Emenda nº 1 da Constituição, e os arts. 181 e 182 da Constituição vigente impuseram.

O SR. RELATOR (Lysâneas Maciel): – Eu tenho...

O SR. CONSTITUINTE JOÃO PAULO: – No âmbito da anistia.

O SR. RELATOR (Lysâneas Maciel): – Data vênua, tenho, para mim, que já estão atendidos, mas a Subcomissão é soberana para decidir.

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – Passa-se ao processo de votação. O Sr. Secretário procederá à chamada dos Srs. Constituintes. (Votação.)

O SR. PRESIDENTE (Maurílio Ferreira Lima): – Aprovado por unanimidade o destaque do Constituinte João Paulo. Passa-se à matéria seguinte. Vota-se um pedido de destaque do Senador Humberto Lucena, que já foi anteriormente chamado, mas foi necessária uma correção de número: “Requeiro destaque, para votação em separado, da Emenda 1-B 0098-4 da seguinte redação: suprimam-se os arts. 12 a 17, seus parágrafos, incisos e alíneas do

anteprojeto”. O Sr. Relator vai dar conhecimento dos artigos cuja supressão é proposta pelo Senador Constituinte Humberto Lucena.

Além disso, registre-se ainda o debate em plenário, já na comissão de sistematização, quando se ressaltou o fundamento central da inafastabilidade do controle jurisdicional:

O SR. PRESIDENTE (Afonso Arinos): – Para encaminhar favoravelmente, o nobre Senador José Ignácio Ferreira.

O SR. CONSTITUINTE JOSÉ IGNÁCIO FERREIRA: – Sr. Presidente, Sr. Relator, Srs. Constituintes: ao ouvir início da exposição feita pelo Constituinte José Costa, com relação à emenda de S. Ex.^a tive ímpetos de levantar uma questão de ordem para dizer que ela se chocava com texto do art. 7º das Disposições Transitórias.

Mas logo verifiquei o absoluto descabimento da questão de ordem que eu iria formular. Vejo, Sr. Presidente, que a Emenda do Constituinte José Costa – e por isso achei que deveria encaminhá-la a favor –, a emenda do Constituinte José Costa se sintoniza com outro dispositivo, já aprovado, do Projeto Bernardo Cabral, que é o constante do art. 6º, § 3º, e que diz: “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”.

Poderia parecer aos Srs. Constituintes que este dispositivo, já aprovado, determinaria o descabimento da emenda que se pretende ver aprovada. Mas não! A emenda completa, aperfeiçoa, amplifica, elastece o texto do § 3º do art. 6º. Porque diz o seguinte: “Aplica-se o disposto no § 3º do art. 6º da Constituição Federal a todos os atos que se tornaram insuscetíveis de apreciação do Poder Judiciário, a partir de 1º de abril de 1964”. Deixa claríssimo o que é um princípio, esculpido no § 3º do art. 6º. Ele esclarece definitivamente. A sua aprovação permite, de algum modo, compensar aqueles que, esta manhã, saíram daqui indignados porque não tiveram aqui o que consideravam um direito reconhecido por este Plenário. Eles vão ter a oportunidade de bater às portas do Judiciário, como fazem todos aqueles que aspiram e efetivamente venham a viver num estado de direito democrático a sociedade que queremos construir, a sociedade plúrima, conflituosa, com conflitos legítimos, desejados, até estimulados. A sociedade que nós queremos, participativa, solidária, precisa e deve ter um árbitro poderoso, que há de ser o Poder Judiciário, porta em que todos possam bater. Esta Constituição consagra tal princípio e a aprovação desta emenda amplifica em favor dos injustiçados – e me incluo neste rol – sou um dos felizes resgatados das injustiças do passado. Fui cassado em 69, arrancado do meu mandato, retirado do meu cargo no Ministério Público, ao qual tive acesso por concurso de provas e títulos.

Pois bem: passei a pele em todas as pedras, pisei todas as urzes, cheguei ao Senado Federal, trazido pelo povo. Muitos, porém, não tiveram esta oportunidade. Devemos dar a eles, com a aprovação desta emenda, justíssima, que amplifica um texto já muito claro do § 3º do art. 5º, a oportunidade de baterem às portas do Supremo Tribunal Federal, às portas do Judiciário. E, assim, aqueles sofridos desta manhã voltarão, pelo menos, a um mínimo sorriso. As

lágrimas que não brotaram do seu rosto, mas do seu espírito, certamente, serão, em parte, enxugadas com a aprovação desta emenda.

Com efeito, a Constituição originária (leia-se: o texto originário produzido pelo poder Constituinte entre fevereiro de 1987 e outubro de 1988), e apenas ela, pode eventualmente incursionar em sentido contrário, como é o caso, por exemplo excepcional, do já mencionado art. 217, § 1º, da CF/88, que estabeleceu: “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”, ainda assim dentro do prazo de 60 (sessenta dias), quando o ingresso em juízo está autorizado implicitamente (217, § 2º).

Isso significa que o próprio Poder Judiciário não está autorizado a “excluir da apreciação” de si mesmo, lesão ou ameaça a direito, vale dizer, a inconstitucionalidade da instituição de mecanismos da chamada “jurisprudência defensiva”, uma vez que isso significa que os Tribunais estariam se defendendo contra os jurisdicionados aos quais deveriam socorrer em caso de lesão ou ameaça à direito.

2. Vedação da jurisprudência “defensiva” e inconstitucionalidade das súmulas vinculantes e inadequação de certas súmulas não vinculantes

No âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, neste sentido, a crescente limitação ao uso do *habeas corpus* por mecanismos jurisdicionais ou sumulares atenta, de maneira inequívoca, contra o referido aspecto constitucional do artigo 5º, XXXV, que estabelece exatamente o comando inverso.

Quanto às Súmulas Vinculantes, seu modelo assemelha-se ao quanto disciplinado em Portugal sobre o Instituto dos Assentos, declarados inconstitucionais pela Corte Constitucional portuguesa (vide, a propósito, o acórdão n. 810/1993) por violarem a separação de poderes, devido a sua utilização pelo poder judiciário com as características de inovação em caráter geral e abstrato, algo destinado à Lei produzida pelo parlamento,²⁴ tudo, de resto, com base no pensamento crítico do professor Castanheira Neves.²⁵

Aqui, neste sentido, as Súmulas Vinculantes também são inconstitucionais, por violação ao artigo 2º da Constituição Federal, muito embora seja bastante improvável que sejam assim declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do poder judiciário que não é uma Corte Constitucional.

²⁴ A seguinte conclusão do acórdão 810/1993, rel. Conselheiro Monteiro Diniz, acompanhado pelos demais Conselheiros: “Julgar inconstitucional a norma do artigo 2º do Código Civil na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115º, nº 5, da Constituição”.

²⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. reimp. 2004. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

Quanto às chamadas Súmulas “não vinculantes”, por sua vez, estas remontam ao labor intelectual de antigo ministro do Supremo Tribunal Federal, o jurista Victor Nunes Leal, aposentado pela ditadura militar em 1969. Neste sentido, concebeu o uso das Súmulas como ferramenta de metodologia jurídica, decorrente de um “problema de memória” que ele, como ministro mais novo, alegou possuir, adotando o hábito de anotar os detalhes dos casos passados julgados para que em casos posteriores, processos idênticos recebessem resposta jurídica similar.²⁶

Ou seja, as Súmulas “não vinculantes” não deveriam (como de fato não devem) ser utilizadas como uma fonte similar à lei, e, além disso, não foram concebidas para impedir julgamentos de ações ou recursos.

Assim, comecemos por afirmar a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante n. 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, que tem sido utilizada para desprezar o papel do advogado em processo de natureza sancionatória, cuja sanção e aplicação de pena sem a presença de advogado tem servido de fundamento para impedir apreciação da alegação de nulidade.

Também há inconstitucionalidade da Súmula Vinculante n. 9: “O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58”, e, mesmo que tenha sido aprovada em 2008, e, portanto, antes da alteração promovida na LEP pela Lei nº 12.433, de 2011, tem sido utilizada para prejudicar sentenciados com a perda do tempo remido de maneira flagrantemente desproporcional, impedindo alegação jurisdicional que discuta a temática à luz do modelo constitucional do processo.

Outrossim, também é inconstitucional a Súmula Vinculante n. 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

A referida inconstitucionalidade da SV-26 está na permissão de realização do chamado “exame criminológico”, que tem sido utilizada para vedar acesso ao judiciário por parte de sentenciados em cumprimento definitivo de pena, impedidos de progredir de regime em razão de subjetivismos decorrentes de juízos estranhos aos requisitos subjetivos e objetivos.

Igualmente, há inconstitucionalidade na Súmula Vinculante n. 35: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada

²⁶ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro na súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, v. 145, p. 1-20, jul./set. 1981.

material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”, porquanto tem sido utilizada para impedir apreciação judicial de discussão da natureza e justificativa do eventual descumprimento, além de violar, *tout court*, a natureza da “coisa julgada”.

Também há inconstitucionalidade da Súmula Vinculante n. 45: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual”, uma vez que tem sido utilizada para impedir a discussão judicial sobre lesão ou ameaça a direito, violando o princípio da simetria (ao conferir tratamento diferente a autoridades vinculadas a ordens normativas similares) e também macula o princípio federativo, tolhendo autonomia do ente federado e dos respectivos cidadãos a terem sua própria autonomia legislativa.

Quanto às súmulas não vinculantes, por sua vez, há inconstitucionalidade de todas aquelas que instituem mecanismos de jurisprudência defensiva, assim como são inconstitucionais decisões do STF ou do STJ que reduzem e limitam o âmbito de aplicação do *habeas corpus*, permitindo que se realize o comando vedado pelo inciso XXXV.

Síntese conclusiva

De tudo quanto mencionado, o inciso XXXV do art. 5º possui uma dimensão tríplice: vedação da legislação, vedação de jurisprudência defensiva e vedação de súmulas (vinculantes e não vinculantes) tendentes a impedir que o poder judiciário aprecie lesão e ameaça de lesão a direito.

Somente o texto originário da Constituição Federal de 1988, e apenas ele, pode agir de maneira a condicionar o acesso ao poder judiciário para tutela jurisdicional preventiva e repressiva, algo feito excepcionalmente no caso da justiça desportiva, muito embora por prazo certo e determinado (art. 217).

Isso se deve ao referencial do art. art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, que houve por bem inserir a fórmula principiológica para superar e impedir abusos dos atos anteriores da ditadura do Estado Novo da Era Vargas, em 1937, assim como o inciso XXXV do ora vigente art. 5º da CF/88, que precisou ratificar com letra escarlate o óbvio ululante em regimes de consolidada cultura democrática, o que não é o caso do Brasil, para buscar superar os barbarismos da ditadura militar de 1964, que usava Atos Institucionais e outros mecanismos de canalhice inconstitucional para cometer abusos e impedir o poder judiciário de ser o guardião das liberdades.

O inciso XXXV não é mero princípio de um direito de ação radicado em elementos da processualística *jus civil*, ou de acesso à jurisdição, ou da inafastabilidade do controle jurisdicional. É mais do que isso. Trata-se de postulado reitor das garantias e liberdades

fundamentais, dentro e fora do artigo 5º, dentro e fora da Constituição, destinado aos ramos legislativo, executivo e judicial do poder, de sorte a dotar o judiciário de salvaguardas para proteger direitos fundamentais, e, impedindo que mesmo ele, judiciário, adote mecanismos que impeçam a apreciação de temas tendentes a evitar lesão ou ameaça de lesão a direitos.

TITLE: Critical reflections about article 5, item XXXV, of the 1988 Constitution: when “the law shall not exclude”, but the defensive jurisprudence does?

ABSTRACT: This paper reflects about the civil right principle of jurisdictional protection, since its origins at constitutional moment, electing as a problem to be faced, and even denounced, the existence of a kind of “defensive jurisprudence”, a judicial behavior that unduly allows the Courts to fail to analyze an injury or threat of injury of someone’s right. A literature review methodology combined with archeology was used, which seeks to re-signify the reflections from a historical-dogmatic point of view.

KEYWORDS: Injury. Threat of injury. Legal protection. Fundamental right.

Referências

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo Teixeira (org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal, seguido de um apêndice sobre o fundamento do direito de punir*. 2. ed. Recife: Typografia Central, 1886.

BATISTA, Nilo. As penas de um penalista. In: AMARAL MACHADO, Bruno (org.). *Justiça criminal e democracia II*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (org.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1988*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

CAMPOS, Francisco. *O estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CAMPOS, Roberto. *A Constituição contra o Brasil: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988*. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de (org.). São Paulo: LVM Editora, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Reimpressão 2004. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

ECO, Umberto. O fascismo eterno. *In: Cinco escritos morais*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro na Súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, v. 145, p. 1-20, jul./set. 1981.

LIMA, João Alberto de Oliveira. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. v. 1.

LIMA, João Alberto de Oliveira. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. v. 2.

LYRA, Roberto. *Penitência de um penitenciário*. 2. ed. Belo Horizonte: Lider, 2013.

MALAPARTE, Curzio. *Técnicas de golpe de estado*. Barcelona: Ariel, 2017.

MALAPARTE, Curzio. *Técnica del golpe de estado*: Bonaparte, Lenin, Trotsky, Mussolini, Hitler, Kapp, Pilsudski, Primo de Rivera. Buenos Aires: Plaza & Janes Editores, 1960.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao inciso XXXV do art. 5º*. Direito fundamental de ação. *In: Canotilho, J. J. Gomes et al. (org.). Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. Araucária. *Revista Ibero-americana de Filosofia, Política y Humanidades*, año 13, n. 26, 2. semestre 2011.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SONTAG, Susan. *Contra a interpretação*. *In: Contra a interpretação e outros ensaios*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Recebido em: 10.02.2023

Aprovado em: 17.04.2023

O JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA E A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DO PIAUÍ*

Gustavo Raposo Pereira Feitosa

Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas. Mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Fortaleza. Professor adjunto de Direito Processual Civil na Universidade Federal do Ceará. Coordenador do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza. Endereço eletrônico: gfeitosa@unifor.br

Maria Célia Lima Lúcio

Mestranda em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes – UCAM. MBA em Gestão Judiciária pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Titular do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Teresina/PI. Endereço eletrônico: limac58@outlook.com

RESUMO: Este estudo tem como principal objetivo analisar o direito à saúde como direito fundamental, considerando, nesse contexto a importância do Juizado Especial da Fazenda Pública na efetivação deste direito no Estado do Piauí. Como direito fundamental que é, o direito à saúde integra e interage com diversos outros direitos fundamentais, de forma que não se pode atender e resguardar a dignidade da pessoa humana sem a proteção à saúde, não se tratando de um direito coletivo em si, mas de um direito de fruição individual. A sua proteção ou garantia por meio do Poder Judiciário não representa atos de ativismo, na medida em que são tratados de forma individual e para garantir o mínimo existencial digno deste, dentro do âmbito jurídico, considerando as regras e princípios constitucionais institucionalizados. Quanto aos aspectos metodológicos, constitui-se como descritivo e explicativo, a partir da análise documental, direta e indireta, tendo como base a abordagem qualitativa. Como resultados, compreende-se que o direito à saúde é, sim, efetivo e como tal deve ser concretizado. Quando os demais Poderes da

República não o fazem e, assim, descumprem ordem constitucional, cabe ao Judiciário sua reparação. No que tange ao direito à saúde como dever do Estado, os Juizados Especiais da Fazenda Pública têm tido uma participação ímpar, ante a simplicidade, gratuidade e celeridade que lhes são peculiares, representando um inegável e irredutível avanço na proteção dos direitos dos indivíduos, garantindo-o e concretizando-o.

PALAVRAS-CHAVE: Juizado Especial da Fazenda Pública. Direitos fundamentais. Proteção do direito à saúde.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os direitos fundamentais e o direito à saúde: 1.1. Entre o ativismo e a judicialização das relações sociais; 1.2. A efetividade do direito à saúde e a reserva do possível. 2. O direito à saúde no estado do Piauí: experiência do Juizado Especial da Fazenda Pública: 2.1. As demandas relacionadas à saúde e a natureza dos litígios em sede de juizado especial; 2.2. O Juizado da Fazenda Pública e a efetivação dos direitos à saúde no Estado do Piauí. Considerações finais. Referências.

Introdução

O direito à saúde merece destaque ímpar no cenário jurídico porque, sem saúde, o gozo da maioria dos demais direitos se torna inviável, razão pela qual se desenvolveu este estudo, objetivando demonstrar a importância de tal direito e os meios necessários para a sua efetivação.

Inicialmente, analisa-se a origem dos direitos fundamentais e a posição do Estado diante de tais direitos, tratando a princípio dos direitos de primeira geração, também chamados de liberdades públicas, em que o Estado aparece, em regra, de forma passiva.

Apresenta-se, em seguida, os direitos sociais, ou de segunda geração, como deveres prestacionais do Estado, e os direitos coletivos, ou de terceira geração, referente aos direitos difusos e coletivos. Aborda-se, ainda, a divergência doutrinária a respeito da definição do que sejam direitos fundamentais e a insistência de alguns doutrinadores em apontar como tais apenas os direitos de primeira geração.

Ao tratar do direito à saúde especificamente, apresenta-se a sua origem jurídica e social no Brasil, cuja proteção máxima decorreu da atual Constituição, com a indicação dos dispositivos constitucionais e legislação infraconstitucional pertinente, que reforça, inclusive, o seu caráter de direito fundamental.

Associado ao direito à saúde e sua efetividade encontra-se a judicialização e o ativismo judicial, que são abordados de forma simples, mas buscando sempre demonstrar suas características essenciais e o dever e os limites de atuação do Poder Judiciário na efetivação de tais direitos.

Mas a efetividade dos direitos sociais encontra óbice na ideia primitiva de falta de normatividade e na cláusula da reserva do possível, analisados em tópico próprio e de forma clara e precisa, mormente a importância do tema na efetivação do direito à saúde aqui proposto. Adiante, há tópico próprio sobre os juizados especiais, com apresentação sucinta de sua inspiração, origem histórica e evolução legislativa até o advento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em que se verifica os aspectos principais do seu diploma legislativo próprio, estando presente, também, a análise das espécies de demandas referentes à assistência à saúde.

Finalmente, procura-se apresentar a importância do Juizado Especial da Fazenda Pública na efetivação do direito à saúde no estado do Piauí, com a apresentação de dados estatísticos gerais, e o cumprimento dos ditames constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo.

1. Os direitos fundamentais e o direito à saúde

Tratar de direitos fundamentais é tratar da pós-modernidade.¹ Foi após a Revolução Francesa que eclodiu o constitucionalismo, que teve, dentre seus objetivos principais, a defesa das liberdades do homem perante o Estado.

Nessa primeira fase dos direitos fundamentais, decorrente da revolução francesa no século XVIII, encontram-se as liberdades públicas, a permissão do comportamento do indivíduo, livre, com o mínimo de intervenção estatal, hoje previsto, em sua grande maioria, no rol dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal.

Em um segundo momento, já no século XX,² percebeu-se que não bastaria apenas a limitação do poder Estatal. A sua intervenção era inevitável para assegurar direitos que

¹ Os direitos fundamentais possuem origem nas declarações de direito do Sec. XVIII. Tratados como direitos naturais, inalienáveis e sagrados, seu reconhecimento institucional reporta à Declaração dos Direitos do Homem de 1789, de origem francesa (Bonavides, 2008), mas voltado à defesa das liberdades públicas e com ideia de universalidade (Silva, 2011). Porém, os Estados Unidos já haviam lançado mão das declarações de direito, podendo-se reportar que a declaração de direitos fundamentais mais antiga seria a “Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia”, de 1776 (Silva, 2011). No que pese seu histórico anterior, o marco do constitucionalismo atual foi o pós-guerra, em que se “redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas” (Barroso, 2011, p. 267), no qual se inseriu o homem como objeto de proteção estatal, capaz de relativizar até mesmo o conceito de soberania nacional. Foi, assim, a inclusão da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional (e de direito internacional) somada à normatividade da Constituição, os maiores avanços referentes aos direitos fundamentais, por isso tratar desses direitos é tratar da modernidade, com suas benesses e vicissitudes.

² A dimensão judicial de tais direitos remonta à Constituição Mexicana de 1917, tendo como grande exemplo a Constituição Alemã (Constituição de Weimar) e, no Brasil, teve sua primeira previsão na Constituição de 1934 (Silva, 2011). Dominaram o século XX e possuem grande inspiração no direito à igualdade (Bonavides, 2008).

a mera liberdade não permitia serem usufruídos, ante as diferenças econômicas e sociais entre os indivíduos, uma vez que os direitos fundamentais da primeira geração (liberdades públicas) surgiram conforme um conceito liberal da burguesia (Pansieri, 2012), deixando de fora importante proteção do trabalhador e dos hipossuficientes em geral. Daí a necessidade de evolução dos direitos fundamentais para atingir parcela desprotegida da população, aquela que não possuía o capital e nem o poder produtivo.

Assim, como uma crítica a esse modelo liberal burguês, surgem os direitos de segunda geração, ou direitos sociais, também considerados como direitos prestacionais, como verdadeiro dever do Estado no atendimento de necessidades públicas, que estão, dentre outros, previstos nos arts. 6º, 7º, 8º e 194 da Constituição Federal. É a partir do art. 196 que a Constituição trata especificamente do direito à saúde.

Fala-se, ainda, nos direitos de terceira geração, referentes à proteção dos interesses difusos e coletivos, como a defesa do meio ambiente e do consumidor, dentre outros.³ Um dos grandes desafios da doutrina acerca dos direitos fundamentais seria a sua definição.

Bonavides (2008, p. 561-562), ao citar Carl Schmitt, entende como fundamentais aqueles direitos que “[...] recebem da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança”, afirmando ainda que em sua concepção material, “[...] variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra”, e estariam ligados intimamente com os direitos de primeira geração.

Martins Filho (2010) desenvolve o tema dos direitos fundamentais com profundidade, mas não dispõe acerca de nenhum conceito ou definição de tais direitos, fazendo uma ligação entre estes e os direitos humanos, da mesma forma como a maioria da doutrina,⁴ enquanto Sarlet (2011) apresenta um estudo baseado no fundamento de que os direitos fundamentais seriam a concretização dos direitos humanos, assim entendidos como a textualização de tais direitos nas Cartas constitucionais.

Mas não há dúvida de que tais direitos constituem importância ímpar na Constituição e conferem fundamentação ao Estado contemporâneo, estando ligados aos direitos humanos e à ideia de dignidade da pessoa humana.

Conforme Miranda, Petrilho e Oliveira Filho (2003), a Constituição, ao apresentar um caráter compromissário, confere uma unidade de sentidos e de concordância prática aos direitos fundamentais. Estes se alicerçam na dignidade da pessoa humana, ou seja, “[...] na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado” (Sarlet, 2011, p. 91).

³ Há, ainda, a afirmação de direitos de quarta e quinta geração (Bonavides, 2008).

⁴ Como Tavares (2011) e Silva (2011).

De igual forma, Novelino (2007, p. 116), após identificar o que vem a ser dignidade da pessoa humana (“atributo inerente a todos os seres humanos”), informa que esta somente “[...] poderá ser respeitada, protegida e promovida”, por meio dos direitos fundamentais.

Dimoulis e Martins (2009, p. 69), conseguem sintetizar um conceito claro e simples do que sejam direitos fundamentais, sendo estes como direitos público-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, apresentando caráter normativo supremo (primazia) no ordenamento jurídico estatal.

Este seria, *a priori*, o sentido de direitos fundamentais aqui trabalhados, mas sob o enfoque do indivíduo (pessoa física) e em uma concepção ampla, que engloba “[...] os direitos sociais – direitos fundamentais sociais” (Krell, 2000, p. 27), de fruição individual.⁵

No que pese a ligação que se faz entre os direitos fundamentais e os direitos de primeira geração, deve-se defender que os direitos sociais, sobretudo aqueles passíveis de serem individualmente gozados (direito à saúde, por exemplo), inserem-se no âmbito jurídico dos direitos fundamentais.

Estamos diante de uma linha de pesquisa que busca a concretização de direitos pátrios, e temos como finalidade básica do Direito a solução de problemas reais (concretização dos direitos fundamentais) dentro da sociedade. Assim, pode-se definir, *a priori*, os direitos fundamentais como o direito ao mínimo existencial digno.⁶

Deve-se, ainda, observar o que Alexy (2011) chamou de institucionalização (positivação) dos direitos fundamentais, tendo como característica a “hierarquia extrema”⁷ e “força extrema”.⁸ Desse modo, ao articular esse entendimento à definição aqui expressa, tem-se o direito fundamental como o mínimo existencial digno⁹ e institucionalizado.

⁵ Visto, preliminarmente, como: direito de obter, por meio do Estado, devida tutela ou prestação social.

⁶ Nesta definição, é inevitável a comparação dos direitos fundamentais com os direitos humanos, justamente porque estes trazem em sua essência a dignidade da pessoa humana e nossa tese trata os direitos fundamentais não só como um “mínimo existencial”, mas como um mínimo existencial digno.

⁷ Nível constitucional, possuindo, assim, uma normatividade e hierarquia superior dentro do ordenamento jurídico pátrio.

⁸ Possibilidade de imposição a todos os três poderes do Estado, de forma que não pode haver escusas justificadas para o seu descumprimento.

⁹ Encontram-se críticas acerca deste entendimento de mínimo existencial assegurado pelo Estado como mínimo necessário para a vida. Assim, defendendo-se a existência de um máximo existencial, concebendo-se este como a efetividade, a existência suficientemente satisfatória (Dantas, 2011). No entanto, conforme tratado neste trabalho, aderindo à ligação inegável entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, qualifica-se o mínimo existencial. Não se trata aqui, como exposto, de um mínimo vital, mas de um mínimo existencial digno, o que se assemelha à ideia de existência suficientemente satisfatória.

Tais direitos estão amoldados na Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, que está assim redigido: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Em destaque ao direito à saúde, com disciplina nos arts. 194 a 200 da Constituição Federal, esta o erigiu à categoria de seguridade social, dever prestacional e irrecusável do Estado, estando disciplinado, igualmente, pela Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90, além de ter recebido tratamento por legislações esparsas, como o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

No Brasil, há uma verdadeira evolução em relação ao dever prestacional da saúde, inicialmente vista como uma benesse, como um favor do Estado, inexistindo garantias à sua prestação (Asensi; Pinheiro, 2009), inexistindo ações públicas curativas (Barcellos, 2009). Após a era Vargas, até o período de redemocratização, a ser concebido como um benefício concedido ao trabalhador ou decorrente de contratos dos indivíduos com planos privados (Asensi; Pinheiro, 2009). Ou seja, não havia um caráter universal ao acesso à saúde.

Mas foi com a Constituição Federal de 1988,¹⁰ cedendo a um movimento originário dos anos 70, que “[...] a saúde tomou seu lugar como um direito fundamental cujo imperativo é a prestação positiva do Estado no sentido de concretizá-la e ampliá-la a todos os cidadãos” (Asensi; Pinheiro, 2009, p. 115), inovando, ao constitucionalizar o direito à saúde, atendendo a diplomas internacionais e assemelhando-se a diversos outros países da América e Europa (Barcellos, 2009).

Dessa forma, o direito à saúde pode ser definido como direito subjetivo à prestação estatal de assistência à saúde, seja preventiva, seja curativa, garantidora de uma existência digna e constitucionalmente normatizada.

1.1. Entre o ativismo e a judicialização das relações sociais

Grande discussão doutrinária e jurisprudencial tem sido a atuação do Judiciário diante dos demais Poderes, diante da transferência das tensões sociais e políticas destes para aquele, formando-se dois movimentos aparentemente semelhantes, mas com profundas diferenças: o ativismo judicial e a judicialização.

O ativismo judicial¹¹ configura-se em um modo peculiar de interpretar a Constituição, buscando sua aplicação direta, mas estendendo o seu sentido e alcance (Barroso, 2009). Dessa forma, a doutrina não diverge quanto à ideia de que:

¹⁰ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”

¹¹ De origem norte-americana, segundo Barroso (2009, p. 07), o ativismo se apresentou, inicialmente, de forma conservadora, sendo utilizado pela Suprema Corte para atender interesses reacionários e para a “a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o

[...] o ativismo judicial é uma prática dos tribunais que ocorre à revelia ou com a inércia dos outros poderes constituídos, enquanto a judicialização da política é uma atitude deliberada das próprias instâncias políticas em levar ao judiciário questões não resolvidas consensualmente nos parlamentos para mais uma rodada de decisão. (Giotti de Paula, 2013, p. 294).

É exatamente no surgimento dos direitos fundamentais, mormente os de segunda geração, e na inefetividade de sua concretização pelos poderes representativos, que se encontra o móvel para a procura por uma terceira via, o Judiciário.

Embora a efetivação direta dos direitos fundamentais seja uma das questões ligadas ao pós-positivismo, foi mantido, neste movimento, a figura central do juiz, voltando-se à análise da relação destes fatos e a aplicação do direito (Asensi, 2013).¹²

Streck (2012) afirma que o ativismo judicial foi indevidamente importado dos Estados Unidos, onde se efetivaram sérias discussões doutrinárias acerca do governo dos juízes e do ativismo judicial, só que há mais de duzentos anos, o que não ocorreu no Brasil.

O ativismo, compreendido, assim, como a invasão do Judiciário na competência dos demais poderes, mormente quando se trata de direitos sociais, pode provocar a concentração de riquezas, elevando os custos do Estado em favor de um segmento da população mais abastado ante a dificuldade do acesso à justiça por parte da população carente (Sarmiento, 2008).

Na maioria das vezes o ativismo se revela como uma atitude do Judiciário, tal qual “[...] a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo” (Barroso, 2011, p. 11). No caso da efetividade dos direitos sociais, eventual invasão pode restringir a competência do Executivo.

Por tais razões que o Judiciário não pode substituir-se ao executivo, ao administrador do dinheiro público, determinando a realização de políticas públicas ou programas sociais/assistenciais. Mas este mesmo Poder não pode, a pretexto de evitar o ativismo, acovardar-se diante das omissões ou descumprimento deliberado da Constituição.

Presidente Roosevelt e a Corte Suprema (*West Coast v. Parrish*, 1937)”. Mas, na década de 50, “[...] quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973)”. “O ‘ativismo judicial’ e suas variações surgem no Brasil inicialmente como importação do debate público norte-americano, onde a expressão é ubíqua entre jornalistas, juízes e professores de direito” (Argulhes et al., 2013).

¹² Questiona Asensi (2013) se estamos mesmo numa era pós-positivista ou se apenas adotamos uma variação do positivismo moderno.

Justamente para evitar um protagonismo exagerado do Judiciário, que Asensi (2013) propõe uma “juridicização” das relações sociais, ou seja, discutir os conflitos pelo foco jurídico¹³ e não necessariamente por meio do judiciário.

Com gancho na ponderação de Asensi (2013), pode-se concluir que mesmo na “judicialização” não podemos escapar à “juridicização”, de forma que os juízes, por não serem gestores, não podem definir políticas públicas, mas decidir e concretizar os direitos, conforme a Constituição Federal.

Dessa forma, a discussão de políticas públicas dentro da órbita jurisdicional constitui ativismo judicial que deve ser rebatido. No entanto, a concretização do direito à saúde, direito constitucional fundamental e subjetivo do indivíduo, não pode ficar fora da jurisdição estatal. O não atendimento de tais necessidades do indivíduo pelo Estado configura descumprimento de cláusula constitucional que debita a este o dever de custear a saúde, não somente de uma forma geral, mas também individual, como garantia ao cidadão.

1.2. A efetividade do direito à saúde e a reserva do possível

Discute-se bastante sobre a efetividade do direito à saúde, como um direito social de segunda geração, seja sob a ótica de sua normatividade e aplicabilidade, seja em relação à chamada cláusula da reserva do possível.¹⁴

O direito à saúde está intimamente ligado e decorre diretamente da dignidade da pessoa humana, não se podendo falar em existência digna sem garantia à saúde do indivíduo. Como tal, defende-se, com fundamento no art. 5º, § 1º, da CF/1988,¹⁵ que tal direito “[...] possui inquestionável normatividade e aplicabilidade, com força suficiente para a sua incidência imediata e independente de providências normativas ulteriores para a sua aplicação” (Asensi; Pinheiro, 2009, p. 115).

Os direitos sociais decorrem de uma luta histórica. A sua positivação nas constituições é uma conquista importante, que não pode ser preterida sob o fundamento de uma espécie de ausência ou deficiência de normatividade. Decorrem do exercício da cidadania, inserido na Carta Magna, como fundamento do Estado Democrático de Direito, possuindo, assim, uma força normativa plena (Veronese, 2009).

Ademais, o constitucionalismo é uma conquista da modernidade. O Estado democrático é também Estado de direito, que tem a Constituição como seu fundamento e base. Reduzir os direitos sociais a um mero programa é limitar sua normatividade, deixando a sua efetivação à discricionariedade dos gestores públicos e ofendendo a força normativa da constituição (Hesse, 1991).

¹³ Principalmente pelo foco Constitucional.

¹⁴ Originou-se na Alemanha, no início da década de 60 do século passado, e decorreu de decisão do Tribunal Constitucional Alemão (Mânica, 2007).

¹⁵ As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

As Constituições, compreendidas como textos jurídicos dotados de normatividade (Hesse, 1991), estando na base, no topo do ordenamento jurídico no qual estão inseridas (Kelsen, 2009), para manter a sua força como tal, devem ser respeitadas, não podendo se aceitar uma interpretação/aplicação que ofenda o seu caráter normativo. É por isso que Streck (2014) defende a existência de um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

A saúde está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana e é uma condição para o exercício de diversas liberdades públicas, além de estar vinculada ao direito à vida (Barcellos, 2009), de forma que não se pode falar somente do direito de não ser morto, mas do direito a uma vida saudável e digna. O próprio legislador infraconstitucional reconhece, no art. 2º da Lei nº 8.080/1990,¹⁶ tratar-se de um direito fundamental do indivíduo.

Assim, a saúde, direito social de inegável importância, seja pela sua própria natureza de direito fundamental, seja por vontade do ordenamento pátrio, possui *status* de direito subjetivo constitucionalmente normatizado, e tem como devedor o Estado e o particular (em casos específicos), possuindo titularidade individual e coletiva (Pansieri, 2012).

Dessa forma, embora se tratem de direitos fundamentais e de aplicabilidade imediata, ou seja, embora a sua efetividade seja comparada a das liberdades públicas, sua efetivação necessita de uma metodologia própria, porque institui um dever de agir do Estado (Pansieri, 2012) e pode significar tanto um direito individual como coletivo.

Outro desafio à efetivação do direito à saúde é a denominada cláusula da reserva do possível,¹⁷ cuja definição é bastante simples, significando que “[...] o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazer as prestações materiais que constituem seu objeto” (Cunha Júnior, 2007, p. 434).

Mas tal argumento tem servido apenas como *álibi* para os maus governantes, que recusam o cumprimento da Constituição sob a falsa alegação de que os cofres públicos não têm numerários suficientes, distorcendo a realidade, e impondo o cumprimento de atos de menor interesse social, como os gastos com publicidade, apresentando, propositalmente, dotação orçamentária insuficiente para o cumprimento do direito à saúde.

Nesse sentido, denuncia Krell (2002) o paradoxo existente no Brasil, que está entre os dez países com a maior economia do mundo e possui uma Constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, mas, hoje, 75 milhões de pessoas não encontram um atendimento de mínima qualidade nos serviços públicos de saúde, de assistência social, associado a condições precárias de habitação e de alimentação.

¹⁶ Lei Orgânica da Saúde.

¹⁷ Teoria que surgiu na Alemanha no início da década de 60 do século passado, por meio de decisão do Tribunal Constitucional alemão (Mânica, 2007).

Ademais, relegar a efetivação da saúde a questões orçamentárias é retirar do Estado o seu caráter de Estado de Direito. Ora, no Estado Democrático de Direito, as normas constitucionais e legais decorrem de atos dos representantes diretos do titular do poder, o povo (art. 1º, parágrafo único, da CF/1988). Negar a efetivação dos direitos conquistados pela ausência de orçamento é relegar a nossa federação ao Estado Democrático orçamentário.

Salutar, outrossim, é a crítica de Cunha Júnior (2007), que denuncia a transposição indevida de tal teoria alemã para o âmago nacional, uma vez que as realidades são diametralmente opostas, estando a Alemanha em um grau extremamente avançado de estado de bem-estar social.

2. O direito à saúde no estado do Piauí: experiência do Juizado Especial da Fazenda Pública

A solução célere das demandas judiciais sempre foi um desafio para o poder jurisdicional, razão pela qual nosso sistema processual cria diversos subsistemas, visando dar o adequado tratamento às diversas espécies de demanda, buscando a efetividade da jurisdição.

Nesse ínterim, o nosso ordenamento jurídico, inspirado na experiência norte-americana das *Small Claim Courts*,¹⁸ institucionalizou os Juizados Especiais (Mello; Meireles, 2010). Inicialmente, por meio da Lei nº 7.244/84, criando os Juizados de Pequenas Causas,¹⁹ com vistas a buscar solução adequada aos conflitos menores.

Após a constituinte de 1988, a Constituição passou a prever no seu art. 98, I, a criação dos juizados especiais, competentes para o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade, “mediante procedimento oral e sumaríssimo”, condicionando seus julgadores a um grau recursal diferenciado.

Os juizados especiais, atendendo agora não só as pequenas causas, mas as causas de baixa complexidade, foram instituídos pela Lei nº 9.099/95, fundados nos “critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (art. 2º), cuja competência se limitou às causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo, àquelas enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil,²⁰ à ação de despejo para

¹⁸ Corte de Pequenas Causas, que remonta à década de 70, mas antes dela já havia nos Estados Unidos a *poor man's court* (corte dos homens pobres). Na Europa, somente a partir de 1970 (Miranda; Petrillo; Oliveira Filho, 2003).

¹⁹ “Art. 3º Consideram-se causas de reduzido valor econômico as que versem sobre direitos patrimoniais e decorram de pedido que, à data do ajuizamento, não exceda a 20 (vinte) vezes o salário mínimo vigente no País e tenha por objeto: [...]”

²⁰ Causas: a) de arrendamento rural e de parceria agrícola; b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; d) de

uso próprio, às ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente a 40 salários mínimos.

Assim, a Lei nº 9.099/95 foi criada para atender as demandas abrangidas pelas relações privadas, sendo inaplicável a causas referentes às reações jurídicas com os entes públicos e à administração pública em geral. Além disso, também foi criada a Lei nº 10.259/2001, instituindo os juizados especiais federais, cuja competência limita-se às causas de competência da Justiça Federal,²¹ limitadas a 60 salários mínimos, excluindo de sua competência (art. 3º, § 1º):

- I – referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;
- II – sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;
- III – para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;
- IV – que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

No entanto, permaneceu o vácuo legislativo referente às relações jurídicas de baixa complexidade no que diz respeito à administração pública estadual, municipal e distrital, tardiamente corrigida pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública, instituídos pela Lei nº 12.153/2009.

Muito parecidos com os juizados federais, aos juizados da fazenda pública compete conciliar e julgar as causas de interesse dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, cujo valor não ultrapasse 60 salários mínimos (art. 2º, *caput*), excluídas:

- I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;

ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução; f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial; g) que versem sobre revogação de doação; h) nos demais casos previstos em lei.

²¹ Art. 109 da Constituição Federal de 1988.

II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;

III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

A Lei nº 12.153/2009 também arrolou, de modo taxativo, as pessoas legitimadas a figurar, ativa e passivamente, em seu âmbito de competência:

Art. 5º podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:

I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.

Acompanhando a evolução legislativa dos Juizados Federais, a Lei nº 12.153/2009 previu a possibilidade de concessão de medida cautelar ou antecipatória no curso do processo, permitindo a atuação do magistrado, inclusive de ofício (art. 3º).

Tal previsão legal impõe uma importância ímpar em sede de juizados fazendários, em que se encerram diversas ações relacionadas a direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, como o direito à saúde, atendendo, outrossim, aos ditames constitucionais do art. 5º, LXXVIII.

Não é difícil de compreender que, com o advento da Lei nº 12.153/2009, certo segmento da sociedade encontrou espaço para o exercício de seu direito de ação, cumprindo o Estado com o seu dever de garantir o acesso à justiça, e o incentivo a buscar no judiciário os direitos oponíveis à administração pública, seja na área da saúde, foco deste trabalho, seja no âmbito tributário,²² administrativo,²³ previdenciário²⁴ etc., com um significativo diferencial: a celeridade.

2.1. As demandas relacionadas à saúde e a natureza dos litígios em sede de juizado especial

O serviço de assistência à saúde não é um monopólio do Estado. É permitido ao particular a prestação de tais serviços, de forma que podemos classificá-los em dois grandes grupos: a assistência privada e a pública. A assistência privada compreende a contratação direta dos serviços com profissionais liberais, clínicas e hospitais, ou por intermédio de um

²² A limitação quanto à relação jurídico-tributária em sede de juizados fazendários refere-se somente ao valor econômico envolvido, que não poderá ultrapassar o limite do art. 2º da Lei nº 12.153/2009.

²³ Principalmente as causas de pequeno valor que envolvem direito dos servidores públicos.

²⁴ Referente ao regime próprio de previdência dos servidores públicos, quando existente.

plano privado de assistência à saúde,²⁵ podendo tal plano corresponder a um sistema ou operação aberta²⁶ ou fechada²⁷ (autogestão).

Já a assistência pública pode compreender a prestação direta pelo Estado por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), ou por meio de planos destinados exclusivamente a servidores públicos, normalmente gerenciados por entidade da administração indireta responsável pelo sistema de previdência própria do ente federativo.²⁸

Assim, podemos afirmar que, nos termos do art. 197 da Constituição Federal, que a assistência à saúde é dever do Estado (República Federativa do Brasil), mas pode ser prestada de forma suplementar por pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado. A assistência suplementar é fiscalizada e controlada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que possui natureza de agência reguladora, criada pela Lei nº 9.961/2000 para fins de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde (art. 1º, *caput*). De maneira simples, pode-se identificar como sistema suplementar de assistência à saúde todo aquele que não é prestado por meio do SUS.

Dessa forma, as demandas judiciais referentes à prestação de serviço de saúde podem envolver tanto a assistência suplementar como aquela prestada pelo SUS, nas redes públicas de saúde (hospitais, postos de saúde, clínicas médicas credenciadas, etc.).

Tamanha a importância do tema tratado neste trabalho, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir da Resolução nº 107/2010, instituiu o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com competência para (art. 2º):

I – o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;

²⁵ Segundo a Lei nº 9.656/98, art. 1º, I, considera-se: "Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor".

²⁶ Aberto ao público em geral.

²⁷ Disponível a um grupo seletivo de pessoas com certo vínculo comum, como empregados de uma empresa, aposentados, pensionistas ou ex-empregados de empresas, associações de pessoas físicas ou jurídicas.

²⁸ No estado do Piauí, pode-se citar como exemplo os planos de saúde dos servidores estaduais (PLANTA), gerenciados pelo Instituto de Assistência e Previdência do Estado do Piauí (IAPEP), bem como o plano dos servidores municipais do Município de Teresina (PLANTE), gerenciado pelo Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Teresina (IPMT).

II – o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;

III – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;

IV – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;

V – o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.

Para tanto, os Tribunais de Justiça, atualmente, registram a tramitação das ações judiciais no sistema PJe – Processo Judicial eletrônico. Desse modo, em busca realizada no referido sistema, para coleta de dados relacionados às ações de saúde junto ao Juizado da Fazenda Pública de Teresina – PI, entre os períodos de agosto de 2019²⁹ e junho de 2022, verificou-se que, em 2019, foi registrado um total de 38 (trinta e oito) processos no segundo semestre, evidenciando uma redução significativa nos anos posteriores. Assim, de 01/01/2020 a 31/12/2020, foram registrados 37 (trinta e sete) processos, um a menos quando comparados os dados entre os referidos anos. No entanto, o resultado de 2020 correspondeu ao ano inteiro, e 2019 correspondeu a apenas um semestre. Já o ano de 2021 registrou somente 02 (dois) e 2022, no período de 01/01/2022 a 28/06/2022, registrou 06 (seis), o que ratifica a inferência de que, depois de 2019, houve uma queda na quantidade de processos judicializados referentes à pauta da saúde (Piauí, 2022).

Acredita-se que a redução da demanda ocorreu em razão da pandemia gerada pela Covid-19, iniciada em março de 2020, a qual submeteu, não só o *campus* pesquisado, mas, também, a sociedade mundial a processos de isolamento social, em razão da alta possibilidade de contágio. Naquele momento, foi imprescindível a adoção de medidas de enfrentamento à calamidade pública. No Tribunal de Justiça do Piauí, por exemplo, foi necessária a implantação de videoconferências e de sessões virtuais para atendimento das demandas. Contexto esse em que emergiram algumas dificuldades durante a execução desses novos procedimentos de acesso ao sistema para utilização das audiências por meio virtual, tanto por parte dos servidores quanto por parte dos jurisdicionados. Defendemos que esses fatores podem ter contribuído para diminuição do acesso ao judiciário, mais especificamente ao Juizado da Fazenda Pública de Teresina – PI, conforme demonstrado por meio dos dados correspondentes aos anos pesquisados.

Ressalta-se ainda que, diante da estrita competência delimitada pela Lei nº 12.153/2009, em sede dos Juizados Especiais da Fazenda Pública tramitam as ações referentes à assistência direta à saúde (SUS) demandadas contra o referido estado do

²⁹ A seleção do período inicial para coleta de dados desta pesquisa (agosto de 2019) deu-se em virtude deste coincidir com o início da instalação do sistema PJe – Processo Judicial eletrônico no Juizado da Fazenda Pública de Teresina – PI.

Piauí e município de Teresina,³⁰ e as ações referentes à assistência suplementar, demandadas em desfavor da autarquia estadual IAPEP e da autarquia municipal IPMT.³¹

Como é objeto deste trabalho a análise da prestação da saúde diretamente pelo Estado (República Federativa do Brasil), interessa especificamente as demandas que tratam da assistência à saúde prestada diretamente pela administração pública, cujo fundamento jurídico primário se retira da Constituição Federal, uma vez que as demandas referentes à assistência suplementar, mesmo que prestadas por entes públicos, têm natureza contratual, fundamentados, dentre outros, no Código de Defesa do Consumidor.

2.2. O Juizado da Fazenda Pública e a efetivação dos direitos à saúde no Estado do Piauí

Para cumprir sua finalidade essencial, o direito à saúde deve ser concretizado, não podendo existir somente de forma abstrata. A partir dessa premissa, inspirada na literatura jurídica moderna, que busca o rompimento de antigos paradigmas, pretende-se superar certo “*formalismo tecnicista*”,³² construído ao longo de décadas, e que se esqueceu do “*substrato social do Direito e do Estado*”,³³ nas palavras de Streck (2007).

A Constituição, como norma fundamental e precípua, não pode imbuir-se de aspectos subjetivistas e abstratos ao ponto de permitir a postergação da aplicação de seus preceitos. Deve-se, então, premiar a visão do autor já citado, quando propõe que “[...] direito é um saber prático e que deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas da modernidade que ganham espaço nos textos constitucionais” (Streck, 2007, p. 78).

Os direitos fundamentais, e principalmente o direito à saúde, pela sua importância, merecem esse tratamento concretista, mormente diante das “alegadas” ineficiências do Estado moderno, a dar à sociedade o tratamento necessário da realização de seus direitos. E um dos meios principais para pacificação social é o processo, como afirmam diversos autores (Cintra; Dinamarco; Grinover, 2006).

Os direitos fundamentais, mormente os de caráter sociais, de segunda geração, encontram resistência em sua aplicação sempre que o seu exercício corresponde a uma contraprestação estatal imediata, como já afirmamos.

³⁰ No âmbito do Município de Teresina, a prestação direta dos serviços de assistência à saúde é realizada pela Fundação Municipal de Saúde (FMS) e Fundações Hospitalar de Teresina (FHT).

³¹ Conforme a Resolução nº 14/2010 do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública limita-se à sua circunscrição municipal, e onde não houver tal juizado, funcionaram como tal as varas cíveis da Justiça comum.

³² Grifo nos originais.

³³ Grifo nos originais.

Quando há resistência do Estado no atendimento destes direitos fundamentais, o cidadão vê-se impelido a exercer seu direito de ação (e acesso à justiça), previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, utilizando-se do processo como meio material para obter a tutela pretendida, qual seja, o exercício do direito fundamental, por qualquer motivo, renegado pelo Estado. Mas muitas vezes o próprio poder judiciário nega o exercício do respectivo direito, seja indevidamente indeferindo-o, seja não o concedendo de forma satisfatória e até mesmo tempestiva.

O direito à razoável duração do processo judicial, na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII), vem para garantir ao indivíduo ou a quem procure o judiciário, que o seu direito fundamental violado seja, no tempo necessário, concedido, tendo uma importante função social, dentro dos próprios direitos fundamentais, como um direito que garante o exercício de outros direitos.

Em relação à razoável duração do processo, a doutrina não tem dado a devida importância ao tema, esquecendo-se que o processo é um meio importante para a concretização dos direitos fundamentais. Não há discussão na doutrina sobre a classificação desse direito, se de primeira ou de segunda geração, tendo alguns afirmado tratar-se de direito constitucional meramente formal ou já previsto pelo sistema jurídico pátrio antes mesmo do advento da Emenda Constitucional³⁴ que o introduziu no rol dos direitos e garantias individuais (Tavares, 2011).

Segundo Tavares (2011), este direito, recém ingresso, possui natureza constitucional somente formal, não guardando conteúdo de norma constitucional e correndo o risco de se tornar mais um texto constitucional que ficará sem aplicação, “ecoando no vazio”. Contudo, entendemos que se positivou “[...] no direito constitucional, orientação há muito perfilhada nas convenções internacionais sobre direitos humanos [...]”³⁵ (Branco; Coelho; Mendes, 2009, p. 245).

Defendendo a importância da norma como proteção judicial efetiva, afirma Branco, Coelho e Mendes (2009, p. 245) que “[...] a duração indefinida ou ilimitada do processo judicial [...] compromete de modo decisivo a dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais” e, no que pese a complexa aplicação da norma constitucional comentada, pode ela surtir imediatos efeitos às situações pontuais e individuais (Branco; Coelho; Mendes, 2009).

Marinoni (2009), outrossim, defende a importância da introdução do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, afirmando que o poder reformador acertou a inclusão de tal norma a nível hierárquico primário, fazendo um apanhado sobre os receptores da referida norma.

³⁴ Emenda Constitucional nº 45/2004.

³⁵ Dürig, em uma citação de Branco, Coelho e Mendes (2009), teceu comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirmando que a submissão do indivíduo a um processo judicial lento, indefinido, fere o princípio de proteção efetiva e a dignidade da pessoa humana.

Para este autor, o direito à razoável duração do processo encontra significado diverso para cada destinatário da norma (Executivo,³⁶ Legislativo³⁷ e Judiciário³⁸), e significa, no seu entender, como “[...] direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito ao prazo adequado para a prática dos atos processuais e direito de não ter a esfera jurídica restrin-gida por tempo superior ao devido” (Marinoni, 2009, p. 318).

A doutrina ainda não conseguiu definir o que é tempo razoável para o processo e como atender a determinação do direito constitucional insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna, mas o autor traz um critério básico – a instrução processual, nos termos em que, após o exaurimento do contraditório, o processo estará na sua fase adequada para a solução do conflito (Marinoni, 2009, p. 312).

Mas propõe-se aqui um critério muito mais objetivo para assegurar o direito à saúde presente no âmbito jurisdicional, voltado exatamente naquilo que se chamou de “tutela jurisdicional tempestiva” (Marinoni, 2009, p. 318) e adequada,³⁹ expondo como critério básico preliminar a necessidade que o direito pleiteado exige. O Direito merece interpretação, a norma jurídica merece interpretação, e “interpretar é aplicar” (Streck, 2007).

Entende-se, assim, como direito à razoável duração do processo aquilo que Marinoni (2009, p. 318) nomeou de “direito à tutela jurisdicional tempestiva”, acrescentando o adjetivo “adequada” para demonstrar a necessidade da concretização dos direitos fundamentais por meio de um processo de razoável duração.

O próprio direito previsto no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal é um direito fundamental, inerente ao mínimo existencial digno (e institucionalizado), garantidor de outros direitos fundamentais.

Dessa forma, a efetivação do direito à saúde somente ocorrerá quando a tutela pretendida for entregue de forma tempestiva e adequada, sobrepondo a cargo do julgador o ônus de apreciar de forma célere e satisfatória os pedidos que reclamam uma inegável urgência no seu atendimento, mas sempre respeitando a ordem constitucional posta.

A efetivação do direito à saúde, ou seja, a entrega da tutela, protetiva ou satisfativa, concernente na concessão do direito pleiteado judicialmente, encontra, no Juizado da Fazenda Pública, um espaço ímpar.

Como juizado especial que é, está adstrito aos princípios da informalidade e da celeridade, previstos no art. 2º da Lei nº 9.099/95, o que potencializa a velocidade na

³⁶ Edição de atos normativos regulamentadores; dar meios às partes para se defender da ofensa a tal norma; e definir meios processuais que tutelem o ressarcimento de quem teve tal direito violado.

³⁷ Orçamento adequado para estruturar a máquina Judiciária.

³⁸ Realização efetiva de atos judiciais em tempo hábil.

³⁹ Não basta ser tempestiva, deve ser adequada ao caso concreto para que o Direito cumpra a sua finalidade de solucionar questões práticas e solucionar problemas, mostrando-se efetivo e concreto.

entrega da tutela jurisdicional. No entanto, não é somente a celeridade no processamento e julgamento das ações que tornam o juizado fazendário uma peça fundamental na concretização do direito à saúde. A possibilidade de o magistrado se utilizar de medidas cautelares e antecipatórias de forma liminar para assegurar o direito pleiteado ou lhe conceder de forma antecipada é a grande evolução legislativa em prol da concretização de tais direitos.

Tal ferramenta deve ser somada ao princípio da informalidade (art. 2º da Lei nº 9.099/95), que permite ao juízo a exigência somente de um mínimo de elementos necessários para a apreciação da demanda, podendo o jurisdicionado comparecer pessoalmente e sem a necessária assistência de advogado ou defensor público, e de forma verbal apresentar seu pleito, que será reduzido a termo e encaminhado diretamente ao magistrado para apreciação de eventual pedido inicial de urgência.

Dessa forma, o Juizado Especial da Fazenda Pública se apresenta como condição necessária para a efetivação do direito à saúde dos jurisdicionados que, de forma gratuita, encontram um amplo acesso a uma Justiça célere.

Considerações finais

O Direito sofreu grandes mudanças após a segunda grande guerra, forçando-nos a repensar temas antes pacificados, como a natureza das normas constitucionais e seus princípios, a proteção do indivíduo no âmbito internacional e a efetividade dos direitos sociais.

Outrossim, a crise do Estado liberal e o surgimento do “*welfare state*” romperam com o velho paradigma do Estado mínimo ou minimalista, que se resumia a não intervir nas relações individuais, devendo se abster de parte significativa do seu poder centralizador próprio das monarquias absolutistas.

Não sendo suficiente somente a proteção aos direitos fundamentais de primeira geração, as liberdades públicas, exigiu-se do Estado, tendo sempre o indivíduo como foco central, os deveres prestacionais, as garantias sociais da moradia, de saúde, de previdência, de proteção aos direitos trabalhistas, etc.

Dessa forma, o Estado passou de mero expectador para ator das garantias sociais, para defender e subsidiar o bem-estar do indivíduo, apresentando os denominados direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos sociais.

Inicialmente, tais direitos, nos quais se integra o direito à saúde, foram vistos de forma minimalista, crendo a doutrina tratarem de meros programas, com modal deôntico inferior aos dos direitos de primeira geração e, por fim, sem efetividade, a depender de políticas públicas e do destino que o gestor atribui à coisa pública.

Por essa ideia antiquada dos direitos sociais, estaria o Judiciário compelido a não se envolver na sua prestação, sob pena de ofender a cláusula constitucional de

divisão dos poderes. Mas foi a leniência do Estado na prestação de tais direitos que levou a doutrina e a jurisprudência a evoluir. E tal evolução coincidiu com os movimentos constitucionalistas modernos, que buscaram conceder à Constituição um caráter jurídico-normativo, e não meramente político.

Diante de tal realidade no mundo jurídico, a Constituição passou a ser compreendida como norma, cuja eficácia é incisiva, impositiva, opondo a todos o seu respeito e cumprimento, recebendo uma verdadeira autonomia, de forma que a sua aplicação, salvo previsão na própria Constituição, independe de qualquer outro ato normativo regulatório inferior.

Com isso, os direitos sociais, como normas constitucionais que são, também passaram a conter um conteúdo jurídico autônomo e impositivo. Não são meros programas, mas normas que exigem do Estado o seu cumprimento. Dessa forma, entendemos os direitos sociais como direito fundamental ao mínimo existencial digno e institucionalizado.

Decorrente de tal definição, podemos entender o direito à saúde, que encontrou na Constituição Federal de 1988 ímpar proteção, como direito subjetivo à prestação estatal de assistência à saúde, seja preventiva, seja curativa, garantidora de uma existência digna e constitucionalmente normatizada.

Diante dessa proteção jurídica e da imposição ao Estado na garantia da realização dos direitos sociais, mormente o direito à saúde, e ante a resistência estatal no cumprimento do seu mister, ampliou-se a procura do poder judiciário para a defesa de tais direitos, podendo-se falar em uma verdadeira judicialização das demandas referentes à saúde e demais direitos sociais.

Conforme os estudos aqui apresentados, mesmo diante de tal realidade, não pode o Judiciário romper os limites constitucionais impostos e invadir a competência dos demais poderes sob pena de praticar o ativismo judicial, medida deletéria e prejudicial à democracia, devendo sempre buscar solucionar tais demandas dentro do ordenamento jurídico, numa “juridicização” dos direitos sociais.

Dessa forma, critérios como a chamada cláusula da reserva do possível, que submete a efetivação dos direitos sociais a previsões e disposições orçamentárias, não tem razão de ser dentro do Estado Democrático de Direito, estando o Poder Judiciário impedido de adentrar na esfera das políticas públicas, mas sem estar impedido de concretizar direitos sociais exercitáveis de forma individual, como o direito à saúde.

Superada a sua efetividade, o direito a saúde ainda encontra outro desafio: a sua efetivação. O descumprimento das regras e princípios jurídicos somado à morosidade e ao custo dos processos judiciais podem desencadear uma verdadeira crise de efetivação de tais direitos.

Mas buscando dar uma maior celeridade ao judiciário e ampliar o acesso à Justiça, a Constituição Federal de 1988 previu a criação de juizados especiais, com competência limitada a causas de menor complexidade, tendo sido inaugurados primeiramente os juizados cíveis e criminais da Justiça Estadual. Após, previu-se a criação dos juizados federais e, por último, os juizados da fazenda pública.

Os Juizados da Fazenda Pública, com competência limitada ao valor da causa (60 salários mínimos), tendo sido excluídas algumas matérias específicas, independentemente do valor econômico envolvido (art. 3º, *caput*, da Lei nº 12.153/2009), apresentaram-se com uma importância ímpar na efetivação do direito à saúde.

A gratuidade, acrescida da celeridade e da informalidade, ampliaram o acesso à justiça em determinadas demandas contra os estados, municípios e Distrito Federal. A lei de regência dos juizados fazendários permitiu ao magistrado, inclusive de ofício e em sede de liminar, a concessão de medidas antecipatórias e cautelares (art. 3º), ferramenta importante na garantia do direito à saúde, cujas demandas, muitas vezes, envolvem casos de extrema urgência, como internações em UTIs, procedimentos cirúrgicos e fornecimento de medicamentos.

No âmbito do estado do Piauí, o Juizado da Fazenda Pública apresenta-se de forma a atender os ditames constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo, considerado este como a entrega efetiva da tutela pretendida.

Dos levantamentos feitos por este estudo, referentes às demandas da saúde ajuizadas, no âmbito do Juizado da Fazenda Pública de Teresina – PI, a média de tramitação dos processos, até a sentença de primeiro grau, alcança, numa análise geral, 135 (cento e trinta e cinco dias). Os pedidos de tutela de urgência envolvendo matérias relacionadas ao direito à saúde são apreciadas de 02 (dois) a 03 (três) dias do seu ajuizamento, e quando veiculam questões envolvendo urgência, como internações em UTI, o tempo médio de apreciação é de 24 (vinte e quatro) a 48 (quarenta e oito) horas, o que permite concluir-se pelo cumprimento satisfatório na efetivação do direito à saúde no Estado do Piauí.

Destarte, a gestão interna dos servidores do referido órgão, como forma de organização dos trabalhos, destaca um servidor para verificar constantemente o ajuizamento das ações com pedidos de urgência, e separação das matérias por temas, como forma de gestão judiciária, contribuindo para o cumprimento de tal mister.

TITLE: Small Claim Courts of the Exchequer and the protection of the right to health in the State of Piauí

ABSTRACT: The main objective of this study is to analyze the right to health as a fundamental right, considering, in this context, the importance of the Small Claim Court of the Exchequer in the effectiveness of this right in the State of Piauí. As a fundamental right, the right to health integrates and interacts with several other fundamental rights, so that it is not possible to meet and protect the dignity of the human being without the protection of health, not being a collective right in itself, but a right of individual enjoyment. The protection or

guarantee through the Judiciary does not represent acts of activism insofar as they are treated individually and to guarantee the minimum existential dignity of this, within the legal scope, considering the institutionalized constitutional rules and principles. As for the methodological aspects, it is described as descriptive and explanatory, based on documental analysis, direct and indirect, based on the qualitative approach. As a result, it is understood that the right to health is indeed effective and as such must be realized. When the other branches of the government fail to do so and, thus, fail to comply the constitutional order, it is up to the Judiciary to repair it. With regard to the right to health as a duty of the State, the Small Claim Courts of the Exchequer have played a unique role, due to their simplicity, gratuitousness and celerity, representing an undeniable and irreducible advance in protecting the rights of individuals, guaranteeing and making it concrete.

KEYWORDS: Small Claim Courts of the Exchequer. Fundamental rights. Protection of the right to health.

Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Tradução L. A. Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ARGULHES, Diego Wernec *et al.* Ativismo judicial e seu uso na mídia brasileira. *Revista Direito Estado e Sociedade*, n. 40, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/2artigo40.pdf>. Acesso em: 03 out. 2022.

ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. In: FELLETT, A. L. F.; GIOTTI DE PAULA, D.; NOVELINO, M. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. A juridicização da saúde e o Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 63, set. 2009. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/index.php/revista-digital/edicoes/58/edicao-63-revista-do-ministerio-publicoedicao-63>. Acesso em: 03 out. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. Da saúde: art. 196 a 200. In: AGRA, W. M.; BONAVIDES, P.; MIRANDA, J. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abr./maio/jun. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: NOVELINO, M. (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

DANTAS, Miguel Calmon. *O direito fundamental ao máximo existencial*. 2011. Tese – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8703/1/MIGUEL%20CALMON%20DANTAS%20-%20V.%201%20-TESE.pdf>. Acessado em: 10 out. 2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GIOTTI DE PAULA, Daniel. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLETT, A. L. F.; GIOTTI DE PAULA, D.; NOVELINO, M. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, A. J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, I. W. et al. (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MARINONI, Luis. Guilherme. In: AGRA, W. M. et al. (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Direitos fundamentais. In: MARTINS, I. G. S. et al. (coord.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Marcelo Pereira de; MEIRELES, Delton Soares. Juizados Especiais: entre a legalidade e a legitimidade – análise prospectiva dos juizados especiais da comarca de Niterói, 1997-2005. *Revista Direito GV*, v. 6, n. 02, dez. 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000200002>. Acesso em: 03 out. 2022.

MIRANDA, Alessandra Nóbrega Moura; PETRILHO, Márcio Roncalli de Almeida; OLIVEIRA FILHO, Wanderley Rebelo. *Origens históricas dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e sua problemática atual: a experiência americana, europeia, japonesa e brasileira e os desafios globais*. 2003. Disponível em: http://www.estacio.br/site/juizados_especiais/artigos/artigofinal_grupo1.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

NOVELINO, M. (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça do Estado. Sistema PJE 1º Grau. Disponível em: <https://tjpi.pje.jus.br/1g/login.seam?loginComCertificado=false>. Acesso em: 12 jun. 2022.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 533-586, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Os dezoito anos da Constituição do Brasil e as possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico. In: NOVELINO, M. (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VERONESE, Alexandre. Dos direitos sociais: art. 6º. In: AGRA, W. M.; BONAVIDES, P.; MIRANDA, J. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

Recebido em: 16.01.2023

Aprovado em: 13.02.2023

* Sobre o direito à saúde, leia mais em:

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; TIBO, Bruna Nogueira Guimarães. A efetivação do direito fundamental à saúde da população em situação de rua no Brasil. *Revista LEX de Direitos Humanos*, Porto Alegre, ano I, n. 3, p. 155-182, set./dez. 2022.

TEXTO APRESENTADO NO CONVERSATÓRIO OCORRIDO NO DIA 30.03.2023, EM HOMENAGEM AO HUMANISTA, DE PROJEÇÃO INTERNACIONAL, PROFESSOR ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

César Barros Leal

Procurador do Estado do Ceará. Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Doutor em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México. Pós-Doutor em Estudos Latino-americanos pela Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da UNAM. Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca.

O que posso dizer-lhes acerca do ilustre e queridíssimo amigo Antônio Augusto Cançado Trindade, sobre quem escutamos um comovente texto lido por Franklin Dantas e redigido, em nome da família, com exuberância e paixão pela escritora Lilly de Andrade, irmã do homenageado? Poderia discorrer sobre sua vida e sua trajetória profissional e acadêmica (tema do concurso que estaremos lançando nesta noite), reafirmando sua projeção internacional, o respeito unânime que desfrutava por sua inextinguível obra de construção e consolidação do direito internacional dos direitos humanos, por sua pujante atuação como professor emérito e conferencista nas mais prestigiosas universidades do mundo (muitas das quais lhe outorgaram o título de doutor *honoris causa*) e, no mesmo passo, como magistrado de tribunais superiores, detendo-me, por exemplo, na análise de alguns de seus votos memoráveis, exarados como juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou da Corte Internacional de Justiça.

Este, porém, não será, em definitivo, o perfil de minha singela intervenção, centrada no homem, a quem tive o supremo privilégio de conhecer em San José da Costa Rica, e com quem nutri, durante três décadas, uma intensa e profícua parceria, que resultou na edição conjunta de mais de sessenta títulos, em cinco idiomas, entre revistas e livros, vindos a lume, em sua maioria, por ocasião dos cursos brasileiros interdisciplinares em direitos humanos, promovidos em Fortaleza, em oito edições, de 2012 a 2022, os quais sempre contava, no ato inaugural, com sua conferência magna para cuja assistência acorriam estudantes de várias unidades federativas, sequiosos de apreender as lições

do Presidente Honorário, *ad eternum*, do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (hoje com *status* de órgão consultivo das Nações Unidas) e reconhecidamente uma das figuras mais proeminentes do século XXI, detentor do Prêmio Balzan em sua categoria especial, destinada aos defensores da paz, humanidade e fraternidade entre os povos, e indicado mais de uma vez para o Prêmio Nobel da Paz.

Sobra-me emoção ao expressar o imenso sentimento de perda por sua morte prematura, que nos privou da convivência com seu talento e sua cultura invulgares. Com saudade, evoco nossos encontros em diferentes países, em que circulava espargindo seu brilho, assim como suas chamadas telefônicas, a horas tardias da noite, para sumariar os casos que tramitavam em uma das Cortes e, em paralelo, falarmos sobre as jornadas, os projetos que desenvolvíamos. É certo que ele ligava quase diariamente para os filhos e irmãos e me sentia acendradamente honrado quando, com periodicidade regular, mantínhamos diálogos substanciosos, instigantes e inspiradores.

No curso de tantos anos, nossa relação, isenta de dissentimentos, foi fundada numa convergência singular de ideias, posturas e anseios pelo primado da justiça, da ética e da dignidade humana. E isso certamente nos aproximava muito mais. Ambos adorávamos a música, em especial a clássica, e a literatura que enriquece e enleva. Recordo, saudoso, o quanto era sorridente, alegre e cheio de humor. Inesquecíveis foram os passeios nas praias de minha terra, ao lado de amigos de outros países, bem como as tardes agradáveis em seu apartamento, em Brasília, horas antes de meu retorno a Fortaleza, quando das reuniões mensais de que tomava parte como membro do CNPCP, órgão do Ministério da Justiça. Depois delas, me levava em seu carro ao aeroporto. Esses flashes de nosso passado comum reforçam a certeza de que as amizades genuínas, aquelas cristalizadas pela empatia e pela reciprocidade de atenção e afeto, são eternas e transcendem o espaço, o tempo e a própria vida. Estive em seu velório, ao lado de parentes e amigos mais próximos (como igualmente em sua posse como juiz de ambas as Cortes) e ousei manifestar-me, munido de uma procuração tácita de seus discípulos e admiradores, realçando suas virtudes de varão de Plutarco.

Na prosa vigorosa de Lilly de Andrade, Augusto era o jardineiro do amor, um homem "solidário ao extremo. Tinha muita compaixão pelos menos afortunados. Quando solteiro, os levava para almoçar na casa dos pais. Muito alegre. Engraçado demais. Tinha um senso de humor fenomenal, sempre focando o lado lúdico da vida. Na juventude, organizava na família olimpíadas de esportes em geral, e cada grupinho tinha sua bandeira e seu hino. Nunca reclamou de nada. Mesmo na doença, estava sorrindo a toda hora. Mostrou uma resiliência incomum com os desígnios de Deus e uma fé comovente. Ao adoecer, punha um ícone do Cristo colado a cada cama do hospital; aí catava o poente pelas frestas da janela para fotografar. Pensava só no bonito que pudesse ver e registrar e jamais no que o levava ali. E o tempo todo brincava com todos e os convidava para tirar fotos com ele, desde os médicos e enfermeiros até os faxineiros responsáveis

pela limpeza de seu quarto. Em qualquer lugar, se agregava a todos, semeando apenas o amor. Enfim, uma pessoa diferenciada com dimensões de um humanismo infinito”.

Lembro-me de tê-lo recebido em nossa creche, que assiste prioritariamente filhos de presos, na faixa etária de 0 a 4 anos incompletos, em Fortaleza, e de seu bem-querer solidário às crianças desvalidas, à sua compaixão pelos deserdados da fortuna, o que me transporta a seu voto excepcional, no *leading case* “Los Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros *versus* Guatemala), sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 26 de maio de 2010:

... Um mundo que abandona suas crianças nas ruas não tem futuro; já não possibilita criar e desenvolver um projeto de vida. Um mundo que se descuida de seus anciãos não tem passado; já não participa da herança da humanidade. Um mundo que só conhece e valoriza o presente efêmero e fugaz (e, portanto, desesperador) não inspira fé nem esperança. Um mundo que pretende ignorar a precariedade da condição humana não inspira confiança. Trata-se de um mundo que já perdeu de vista a dimensão temporal da existência humana. Trata-se de um mundo que desconhece a perspectiva intergeracional, ou seja, os deveres que cada um tem com relação tanto aos que já percorreram o caminho de suas vidas (nossos antepassados) quanto aos que ainda estão por fazê-lo (nossos descendentes). Trata-se de um mundo em que cada um sobrevive em meio a uma completa desintegração espiritual. Trata-se de um mundo que simplesmente se desumanizou, e que hoje necessita com urgência despertar para os verdadeiros valores.

Para aquele que lhes fala neste exato instante (e decerto para os demais integrantes deste majestoso Conversatório), o mundo, a que se refere amargurada, mas esperançosamente Antônio Augusto Cançado Trindade, nesta que talvez tenha sido uma de suas mais belas peças jusliterárias, ficou menor, menos colorido e desolado, sem seu sorriso, sua alegria contagiante, sua imensa estatura intelectual e sua refulgente luminosidade. Amiúde me imagino despertando de um sonho e ouvindo, num amplo salão, meu dileto amigo proferindo uma palestra. É que, a bem dizer, inconformado com a finitude, não absorvi cabalmente sua ausência. Assim lhes digo e concluo num segredo a vozes.

Nota: O Conversatório foi organizado pelo Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, em parceria com o CETREI (Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará) e o FONACE (Fórum Nacional dos Centros de Estudos e Escolas Superiores das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal) e está disponível no canal do youtube do IBDH. Foram oito os participantes, a seguir identificados, na ordem em que se manifestaram:

Franklin Dantas, advogado militante; músico, tenor e cantor, dedicado sobretudo à música de câmara, bel canto e barroco; foi solista em cantatas de Bach em Minas Gerais, tendo sido bolsista do Coral da Escola de Música da UFMG e participado de produções com a Orquestra Sinfônica de MG.

César Barros Leal, Procurador do Estado do Ceará, presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos e Pós-Doutor em Direito pela Universidade Nacional do México, pela Universidade Federal de Santa Catarina e Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca.

Adriano Drummond Cançado Trindade, advogado (sócio de Mattos Filho Advogados); Professor da UnB; Mestre em Direitos dos Recursos Naturais (Distinction) pela Universidade de Dundee, Reino Unido; Doutor em Direito e Estado pela UnB.

María Esther Martínez Quinteiro, Diretora do Pós-Doutorado em Direitos Humanos da Universidade de Salamanca (USAL); Doutora em Filosofia e Letras pela Universidade de Salamanca.

Soledad García Muñoz, advogada; Professora da Universidade Nacional de La Plata e da Universidade de Buenos Aires; Relatora Especial DESCA da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; diplomada em Direitos Humanos pela Universidade Carlos III de Madri.

Renato Zerbini Ribeiro Leão, Professor Titular do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Membro do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos de San José, Costa Rica; Membro do Comitê de Direitos Econômicos e Sociais das Nações Unidas; Doutor em Direito Internacional e Relações Internacionais pela Universidade Autônoma de Madri.

Paulo Lugon Arantes, Pesquisador internacional; Relator *ad hoc* do Conselho Nacional de Direitos Humanos; Consultor para Organizações da Sociedade Civil e Vítimas de Violações de Direitos Humanos; Doutor pela Katholieke Universiteit de Leuven.

Sílvia Maria da Silva Loureiro, Segunda Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental e do Curso de Graduação em Direito da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas nas áreas de Direito Constitucional e Direito Internacional, corresponsável pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas; Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Na ocasião, o Instituto Brasileiro de Direitos Humanos comunicou que está aberta até o dia 30 de julho a seleção de trabalhos sobre a vida e a obra do Prof. Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, com vistas à publicação posterior dos melhores textos, em versão eletrônica, com o selo do IBDH.

DIRETRIZES PARA SUBMISSÃO DE ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

A LEX Editora propõe-se a divulgar a produção intelectual de autores da área jurídica.

Para submissão dos trabalhos, o(s) autor(es) deverá(ão) enviar seu(s) artigo(s) para o endereço: <https://www.lex.com.br/envie-seu-artigo>.

Os trabalhos recebidos serão analisados pelo Conselho Editorial.

Os trabalhos poderão ser devolvidos ao autor com sugestões de caráter científico. Caso as aceite, poderá adaptá-las ao texto e encaminhar para nova análise.

A aprovação do(s) texto(s) implica cessão imediata, independentemente de documento específico de autorização, e sem ônus. O autor continuará a deter os direitos autorais para publicações posteriores.

O envio de trabalhos à LEX Editora visando publicação implica aceitação dos termos e condições da Cessão de Direitos Autorais, que são:

- O recebimento de trabalhos não implica obrigatoriedade de publicação. A LEX Editora reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu Conselho Editorial. A priorização da publicação dos artigos aceitos decorrerá de juízo de oportunidade.
- A LEX Editora poderá utilizar o trabalho cedido pelo autor e aceito para publicação durante todo o prazo de vigência dos direitos autorais previstos na lei brasileira de Direitos Autorais.
- A utilização pela LEX Editora pode ser em qualquer meio, impresso e/ou eletrônico, já existente ou que venha a ser criado futuramente, isoladamente ou em conjunto com outras obras, podendo distribuir e comercializar em todos os meios existentes ou que venham a ser criados.
- Cabe à LEX Editora determinar todas as características editoriais e gráficas, acesso, forma de visualização, *download*, modo de distribuição, publicidade e divulgação.
- Não haverá remuneração ao autor. Como contrapartida, o autor receberá acesso à edição da REVISTA ELETRÔNICA, constante na biblioteca digital LEX, na qual o texto for veiculado, dando quitação à LEX Editora.
- O(s) autor(es) autoriza(m) a LEX Editora a efetuar correções ou modificações para adequar o texto às normas de publicação e também às normas da ABNT.
- Somente **textos inéditos** serão aceitos para publicação nas revistas impressas. Textos já publicados serão considerados para publicação on-line.
- Os artigos devem tratar de tema não superado pela legislação vigente e pelo entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores.
- Os conceitos e informações contidos nos textos, bem como as opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores.
- Os autores se comprometem a apresentar a origem da ideia do autor citado com as respectivas obras e anos de publicação, indicados nas Referências.
- O(s) autor(es) do artigo se declara(m) ciente(s) de que poderá(ão) responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado, isentando a LEX Editora de todo e qualquer reflexo acerca da publicação.

Para a aceitação dos trabalhos serão observados critérios de adequação à publicação, cumprimento das normas de formatação de artigos estabelecidas abaixo e normas da ABNT.

*Obs.: para as revistas **impressas**, somente serão avaliados os artigos em que ao menos um dos autores tenha titulação de doutor ou livre-docente. As demais titulações são analisadas para publicação eletrônica. Artigos de autoria individual de graduandos não serão analisados. Somente serão analisados quando em coautoria com profissional atuante na área jurídica.*

A qualidade científica será atestada pelo Conselho Editorial e por processo anônimo de avaliação por pares (*blind peer review*). As identidades do autor do trabalho e do conselheiro avaliador não serão informadas, de forma a preservar a imparcialidade e a independência na análise dos textos.

Formatação

Os textos encaminhados à LEX Editora para publicação devem conter a seguinte formatação:

- Os artigos deverão ser apresentados em arquivo eletrônico, formatados de acordo com as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em Word, folha tamanho A4, com no mínimo 10 e no máximo 25 laudas, na seguinte configuração:
- Em folha de rosto deve constar a autoria e titulação do(s) autor(es), profissão exercida e endereço eletrônico.
- Os textos devem ser assinados por, no máximo, **três autores**.
- Título em português e em inglês, incluído o subtítulo (quando houver), realçado em negrito. Título e subtítulo do artigo devem ter apenas a primeira letra de cada frase em maiúscula, salvo nos casos em que o uso desta seja obrigatório.
- O sumário deve ser posicionado logo abaixo do título e reproduzir somente número e nome das seções principais que compõem o artigo.
- Não deve ser utilizado o tabulador (TAB) para determinar recuos de primeira linha.
- Resumo em português e em inglês, com no mínimo 100 e no máximo 250 palavras, em espaço simples, cujo conteúdo apresente campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão.
- Palavras-chave: até 5 (cinco) termos em português e em inglês (*keywords*), separados e finalizados por ponto.
- Corpo do texto: configuração de página para papel A4, com margens esquerda e superior de 3,0 cm, e direita e inferior de 2,0 cm, alinhamento justificado.
- Parágrafos: fonte Times New Roman, letra tamanho 12, espaço entrelinhas 1,5 cm e sem espaço entre os parágrafos, recuo de 1,5 cm na primeira linha.
- As citações no corpo do texto devem ser feitas no sistema autor-data: sobrenome do autor, em maiúsculo, seguido da data da publicação e, no caso da citação direta, da página da publicação. Quando se tratar de dois autores, ambos devem ser citados. No caso de mais de dois autores, a citação deve ser acompanhada pelo sobrenome do autor seguido da expressão “*et al.*”.
- As referências completas devem ser apresentadas apenas ao final do texto, em ordem alfabética, segundo os padrões da ABNT (NBR-6023).
- As citações com mais de três linhas devem ser feitas em parágrafo independente, com recuo de 4 cm; fonte no tamanho 10; espaçamento simples, sem aspas e sem itálico; as citações com até três linhas devem ser inseridas no próprio corpo do texto, entre aspas e sem itálico; o itálico deve ser utilizado somente para destacar palavras que não pertençam à língua portuguesa e para realce de expressões.
- As notas devem ser evitadas sempre que possível, no entanto, quando apontadas no corpo do texto, devem ser indicadas com números arábicos sequenciais, imediatamente depois da frase a que digam respeito.
- Os trabalhos recebidos para análise e aprovados não serão devolvidos aos autores. Aqueles que não forem apresentados em conformidade com as normas da ABNT serão desconsiderados, exceto aqueles cuja inadequação seja mínima e a critério da Comissão Editorial. Fica facultado à comissão entrar em contato com o autor cujo artigo científico apresente pequena desconformidade com as normas da ABNT, a fim de que ele efetue a correção no prazo de cinco dias corridos contados da comunicação.
- Serão desconsiderados os artigos redigidos em desconformidade com a norma culta da língua portuguesa e com as diretrizes para redação de textos acadêmicos, quais sejam, vocabulário técnico, clareza, precisão e impessoalidade.

Qualquer formatação não estabelecida nestas diretrizes fica a critério do autor.

O processo de avaliação leva entre 60 e 120 dias.