

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

3 ed.

VOL. I

**Feliciano Alcides Dias
Ivone Fernandes Morcilo Lixa
Marcelino Meleu**



PPGD
Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito



CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

VOL. 3

Feliciano Alcides Dias

Ivone Fernandes Morcilo Lixa

Marcelino Meleu

(organizadores)



Copyright © 2022 LAWeducare

Todos os direitos reservados.

ISBN: 978-65-996090-8-4

Acompanhamento editorial Marcelino Meleu

Diagramação Gardênia Souto Carvalho e Uliana Helena Mengarda

Capa Ana Carolina Alves

Editora LAWeducare

Conselho Editorial

Aleteia Hummes Thaines (FACCAT)

Américo Braga Junior (UFMG)

Cleide Calgaro (UCS)

Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS)

João Martins Bertaso (URI)

João Paulo Allain Teixeira (UNICAP)

Karinne Emanuela Goettems dos Santos (UFPEL)

Leonel Severo Rocha (UNISINOS)

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ)

Maria Aparecida Lucca Caovilla (UNOCHAPECÓ)

Ficha catalográfica elaborada por Everaldo Nunes - CRB 14/1199

Biblioteca Universitária da FURB

C758c

Constitucionalismo, democracia e direitos fundamentais / Feliciano Alcides Dias, Ivone Fernandes Morcilo Lixa, Marcelino da Silva Meleu (organizadores). - 3. ed. - Blumenau: LAWeducare, 2022.
233 p.

Inclui bibliografias.

ISBN: 9786599609084.

1. Direito constitucional. 2. Democracia. 3. Direitos fundamentais. I. Dias, Feliciano Alcides. II. Lixa, Ivone Fernandes Morcilo. III. Meleu, Marcelino da Silva. IV. Título.

CDD 341.2

Reservados todos os direitos desta obra.

Proibida toda e qualquer reprodução desta edição por qualquer meio ou forma sem a permissão expressa do editor.

SUMÁRIO

Apresentação	5
---------------------------	----------

Terrorismo e constituição: uma análise principiológica e dogmática do mandado de criminalização.....	8
---	----------

Gerson Faustino Rosa

Um estudo sobre a laicidade e o que é ser laico	53
--	-----------

Helena de Azeredo Orselli

Por um direito fundamental à saúde: reflexões sobre a necropolítica e as políticas de austeridade fiscal como desafios para a preservação do sus	69
---	-----------

Francisco Quintanilha Veras Neto

Hélen Rejane Silva Maciel Diogo

O ativismo judicial a sua genealogia da moral: a consciência efetual na compreensão da fragmentação da democracia no brasil	85
--	-----------

Emerson de Lima Pinto

La opinión consultiva de la corte interamericana de derechos humanos sobre la reelección presidencial y su impacto en el régimen democrático boliviano	103
---	------------

Alan E. Vargas Lima

Indicação geográfica como instrumento de valorização e acesso a manifestações da cultura nacional	133
--	------------

Alejandro Knaesel Arrabal

Fernanda Analú Marcolla

Crise ética ambiental? Como a ausência de uma racionalidade ética a partir de Kant pode ser a responsável pelo fracasso ao combate da crise ambiental144

Renata Gonçalves de Souza

Newton de Oliveira Lima

Violência obstétrica: colonização do corpo feminino e violação de direitos.....158

Êmelyn Linhares

Thais Janaina Wenczenovicz

A justiça restaurativa como paradigma emergente na construção de uma nova concepção de justiça: encontro, reparação e transformação177

Anderson Hening

Lenice Kelner

A importância do reconhecimento das indicações geográficas para o desenvolvimento da região do Vale dos Vinhedos/RS.....191

Aleteia Hummes Thaines

Andressa Soares dos Santos

Reconhecimento da população transexual na perspectiva de Axel Honneth: uma análise da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4275/STF211

Marcelino Meleu

Tchessica Weber

Apresentação

A coletânea ora apresentada, compila trabalhos oriundos de pesquisas elaboradas por professores permanentes e colaboradores do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Tais pesquisas, partem da premissa de que é passível na doutrina jurídica publicista contemporânea que haja uma inevitável relação entre Estado, Constitucionalismo e Democracia. Essa tríade representa uma abertura para a densidade e complexidade do debate que envolve o desenvolvimento e as transformações das sociedades democráticas nos últimos séculos.

O direito público que norteia as investigações, refere-se às possibilidades de exploração investigativa da relação entre o Estado, a Constituição, a Democracia e os Direitos Fundamentais, vinculando necessariamente os fundamentos teóricos e políticos do Estado constitucional com a efetividade dos preceitos normativos na realidade social, pois, como alertou Konrad Hesse¹, as normas constitucionais não são mais que letra morta sem eficácia alguma quando o conteúdo de tais requerimentos não se incorporam à conduta humana.

Comprometidos em perscrutar caminhos na busca da superação de um déficit constitucional - que acarreta a crise da democracia, desafiando sua reinvenção² -, os pesquisadores do PPGD/FURB buscam especializar o conhecimento de maneira interrelacional entre direito público e constitucionalismo – compreendido como técnica e práticas específicas de limitação do poder com finalidade política de garantia de direitos fundamentais -, possibilitando uma reflexão crítica em dois âmbitos: um no sentido político da contribuição dos

¹ In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*: selección. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

² Sobre a necessidade de reinventar a democracia consultar: SANTOS, Boaventura de Souza. *Reinventar a Democracia*. 2 ed; Lisboa: Grádiva, 2002.

fundamentos do constitucionalismo para as instituições democráticas; e o outro no sentido jurídico do impacto da jurisdição constitucional na efetivação de direitos fundamentais.

As colaborações sugerem que as relações políticas institucionais contemporâneas estão marcadas por níveis de tensões dos mais diversos, gerando conflitos de difícil equacionalização jurídica. Sendo assim, o objetivo desta obra é fomentar junto à pesquisadores, docentes e operadores do sistema de justiça brasileiro um debate estimulado com senso de criticidade no âmbito do Direito Público sobre os contornos do Estado Democrático e sua (não)concretização. Para tanto, deve-se considerar que o dilema do direito público e sua relação com constitucionalismo no século XXI é o enfrentamento entre o discurso doutrinário e as transformações das relações políticas e sociais no mundo contemporâneo. Nesse sentido, o diferencial das investigações ora apresentadas é possibilitar a aproximação entre constitucionalismo, política e sociedade por meio de pesquisas especializadas que envolvam três dimensões do pensamento do direito público na sua relação com a democratização das instituições políticas: os fundamentos doutrinários, o sistema normativo jurisdicional e a efetividade das propostas constitucionais democráticas.

Logo, para os autores, o direito público deve ser contextualizado desde a realidade que pretende regular, pois, só assim, ganham sentido as pesquisas que investigam o impacto daquele sobre as instituições políticas e jurídicas democráticas; o funcionamento dos sistemas e processos constitucionais; o efeito dos instrumentos e das decisões na seara dos direitos fundamentais, e o papel que ocupam tais mecanismos em uma sociedade democrática complexa e em constante mudança.

No modelo brasileiro, tal complexidade ganha outros contornos com a Constituição de 1988, pois ela inaugura um modelo de Estado Democrático de Direito que propõe o rompimento de um paradigma ainda vigente e estabelece um rol de promessas a serem perseguidas. Compreender essa nova complexidade implica a necessidade de se ressignificar fundamentos ultrapassados, que afastam os conceitos de risco e paradoxo, pois com eles, se permite um passo à frente para a compreensão da hipercomplexidade da sociedade atual.

Assim, envolto nesse compromisso conjunto, de superação das concepções dogmáticas dominantes, porquanto “não serve a ilusão kelseniana de que a Constituição ‘sempre triunfa’. [...] Para inquirir sobre a autêntica força normativa de uma Constituição, é necessário

‘mergulhar’ na realidade, auscultar o mérito das normas em jogo, avaliar sua razoabilidade e factibilidade, e ter consciência da necessidade de atuar e traduzir a vigência formal em vigência real da Constituição”³, organizamos e apresentamos ao público o segundo volume da obra ***Constitucionalismo, Democracia e Direitos Fundamentais***.

Blumenau/SC, primavera de 2022.

Prof^a Dra. Ivone Fernandes Morcilo Lixa
Coordenadora do PPGD/FURB.

Prof. Dr. Marcelino da Silva Meleu
Vice-Coordenador do PPGD/FURB

³ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 165.

Terrorismo e Constituição: uma análise principiológica e dogmática do mandado de criminalização

GERSON FAUSTINO ROSA⁴

1. Introdução

Indubitavelmente, os atos de terrorismo enquanto fenômenos sociopolíticos constituem os episódios mais assombrosos do nosso tempo, pelo que a maioria dos Estados têm se unido na busca de soluções das mais diversas ordens. Na seara jurídica, inúmeros documentos internacionais foram elaborados e variados instrumentos normativos almejam definir a conduta terrorista.

Ante o florescimento do rigorismo normativo com a criação de disposições legais que alteram a ordem jurídica estatal restringindo direitos e garantias em busca de maior efetividade na persecução penal do terrorismo, o legislador ordinário, no intuito de cumprir a prescrição constitucional, engendrou a Lei Antiterrorismo, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

Certo é que, especificamente em relação à definição jurídico-penal do terrorismo, tal como é tormentosa a tarefa de conceituar o fenômeno terrorista, também o é fazê-lo juridicamente. Não só por sua complexidade e pela carga pejorativa que a dicção encerra, mas também, por suas incontáveis formas de manifestações.

Diante disso, inexistente consenso sobre o que se apercebe como *terrorismo*. É nessa senda que o presente trabalho pretende delinear as rubricas essenciais para a instituição de uma tipificação legal do terrorismo no Brasil, com especial ênfase aos elementos que deverão integrar o seu tratamento jurídico-penal.

Para tanto, a análise do tratamento constitucional do terrorismo é imprescindível, especificamente dos arts. 4.º, VIII e 5.º, XLIII, verificando-se os limites para a sua definição jurídico-penal. Tendo em

⁴ Doutor em Direito. Professor de Direito Penal. E-mail: gersonfaustinatorosa@gmail.com.

vista o mandamento constitucional expresso de criminalização, a questão que pulula é: tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos? E em que medida?

Baseado em uma análise rigorosa dos ditames constitucionais e da doutrina científica, o presente trabalho se destina a ser um estudo pretende desenvolver uma valiosa construção jurídico-constitucional, sobretudo no atual cenário de crise da dogmática jurídico-penal, corriqueiramente vilipendiada.

2. Art. 4.º, VIII, da Constituição Federal: repúdio ao terrorismo entre os princípios regentes das relações internacionais da república

Nesse cenário de iterados ataques e ameaças terroristas, a comunidade internacional traçou duas formas de respostas: uma mais branda, perpetrada através de ações de inteligência como o rastreamento financeiro, o combate à lavagem de dinheiro, a aplicação dos vários compromissos firmados nos tratados internacionais para a coordenação de ações antiterroristas e o reforço das políticas públicas para fortalecer a segurança pública; a outra, não excludente, volta-se ao emprego de uma política duramente repressiva. De qualquer modo, certo é que toda a comunidade internacional deve encontrar soluções eficazes e capazes de fazer frente à instabilidade violenta oriunda dos recorrentes e aterrorizantes atentados.⁵

Na seara jurídica brasileira, a Constituição Federal indicou, em seu Título I, entre os *princípios fundamentais* da República Federativa do Brasil, precisamente no art. 4.º, VIII, que o *repúdio ao terrorismo* é um dos princípios regentes das relações internacionais.

Note-se que a Carta Política de 1988 investiu no âmbito das relações internacionais e da integração com outros Estados, sendo precursora na evolução constitucional pátria ao contemplar um

⁵ MELO, Vera Lúcia Monteiro da Mota. *O Terrorismo e o Impacto nos Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Sociais) - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 11-12. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/15194/1/Melo_2015.pdf. Acesso em: 13 mar. 2019.

capítulo específico sobre as relações internacionais⁶, atribuindo aos incisos do presente dispositivo constitucional, a condição de princípios fundamentais, tais como são os demais princípios estruturantes e os objetivos fundamentais (vide arts. 1º a 4º, da CF)⁷.

Aquí, o termo *princípio* exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”, uma vez que se posiciona como verdadeiro alicerce dele, como disposição fundamental que ecoa sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁸.

Daí que, pelo fato de o *repúdio ao terrorismo* ser um princípio regente das relações internacionais, consubstancia autêntica ordenança

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

⁷ A Constituição Federal de 1988 inova ao estabelecer no artigo 4º os princípios que governam as relações internacionais, fixando determinados parâmetros para a política externa brasileira. O artigo 4º da Constituição Federal afirma que: “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Observa-se, neste contexto, que diversamente das constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988 inova ao elevar à categoria constitucional os princípios norteadores das relações internacionais, e afirma ser a República Federativa do Brasil integrante da sociedade internacional. Por sua vez, as Constituições brasileiras de 1824, 1934 e 1937 limitaram-se a tratar apenas do princípio da soberania ou independência nas relações internacionais (LOPES, Inez. Breves Considerações sobre os Princípios Constitucionais das Relações Internacionais. *Consilium*. Brasília, n. 3, v. 1 jan-abr. 2009, p. 01).

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 451.

que se irradia e imanta os sistemas de normas⁹, atuando como um dos diversos núcleos condensados nos quais confluem os valores e bens constitucionais¹⁰.

Trata-se de verdadeiro *princípio político-constitucional* – espécie do gênero *princípio constitucional fundamental* - que traduz a opção política substancial conformadora da Constituição¹¹. Integra, pois, a decisão político-diretiva basilar que se concretiza em normas fundamentais (*normas-princípio*), instituidoras do sistema constitucional positivo¹², de onde emanam, logicamente, as normas particulares que regulam imediatamente as relações específicas da vida social¹³. Em suma, repudiar o terrorismo é parte da *decisão política fundamental* da República

⁹ José Afonso da Silva classifica-o como um dos princípios fundamentais relativos à comunidade internacional (SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 93-94 e 96).

¹⁰ “Os princípios que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-as em *normas-princípios* e constituindo preceitos básicos de organização constitucional” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 49). Por aí afirmar que “todo princípio é norma, mas nem toda norma é princípio” (PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 199).

¹¹ Segundo Canotilho, os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais. Aqueles se constituem daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, ao passo que, estes são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 171).

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra, 2012, v. 1, p. 200.

¹³ Em outras palavras, são decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 24). Segundo Canotilho, constituem a síntese e a matriz de todas as restantes normas constitucionais, pois definem e caracterizam a coletividade política e o Estado, enumerando as principais decisões político-constitucionais, tais como: princípios definidores da forma de Estado, do regime político, da forma de governo e da organização política interna e internacional em geral (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 178-179).

Federativa do Brasil¹⁴, assim como toda a matéria tratada no “rol axiológico basilar” da Constituição Federal (arts. 1.º a 4.º) que, como “norma de caráter teleológico impõe uma orientação a todo o ordenamento infraconstitucional”¹⁵.

Nessa perspectiva, os princípios regentes das relações internacionais, consagrados no art. 4.º da Lei Maior, objetivam balizar a atuação do Brasil na condição de membro integrado em uma comunidade internacional. E correspondem, em boa medida, a princípios já consolidados no próprio Direito Internacional Público, recepcionados pela nossa Constituição Federal e assumidos como sendo também princípios fundamentais do ordenamento jurídico interno¹⁶.

Representam eles, um marco normativo que assume, outrossim a condição de diretriz da política externa brasileira, no sentido mesmo de uma política jurídica exterior de Estado e não de governo, vinculando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na esfera das suas respectivas competências funcionais¹⁷.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 95.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*: parte especial: volume 9, Direito Penal do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 82.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 356. Nesse contexto, os princípios das relações internacionais fundam um novo paradigma na construção do Estado democrático de Direito, elevando-os à categoria de (princípios) universais (LOPES, Inez. *Op. cit.*, p. 01).

¹⁷ LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos. Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 18. O Estado, enquanto organização política que é, tem na Constituição sua maior expressão de existência. Logo, sua finalidade não pode ser outra, senão a de promover o bem comum do povo, em especial, através da defesa dos valores fundamentais dos indivíduos. Nesse intuito, o Estado democrático de Direito é figura indispensável, que tem nas normas constitucionais, seu limite e fundamento. Assim também o são os princípios fundamentais, pois determinam o modo e a forma de ser do Estado. Ademais disso se pode dizer que, no plano internacional, os Estados partes da comunidade internacional não podem destoar, em sua legislação interna – sobretudo na Constituição –, dos valores e princípios consagrados na ordem internacional (LOPES, Inez. *Op. cit.*, p. 02), uma vez que os Estados não se desenvolvem isoladamente e a interdependência entre eles exige o reconhecimento de princípios e normas

São dez, os princípios informadores que norteiam o trato constitucional da República perante a comunidade internacional, e o repúdio ao terrorismo é o oitavo deles. Por estar inserido num contexto de orientação jurídico-política externa, deve ser interpretado conjuntamente com os demais princípios do art. 4.º, atentando-se também, para o disposto no parágrafo único¹⁸. Assim sendo, o *repúdio ao terrorismo* deve ser compreendido num contexto de Estados partes que propugnam pela independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio (também) ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, concessão de asilo político, sempre buscando a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Configura, por assim dizer, um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, tanto em face de sua própria Constituição, como perante a comunidade internacional. E por ser um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais, vincula os três poderes da República constitucionalmente designados a repelir a prática de atos delituosos de natureza terrorista. A Lei Fundamental também qualificou o terrorismo, para efeito de repressão interna, como equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e

que garantam o desenvolvimento da comunidade de Estados, sempre fundados na manutenção e na defesa da paz universal (BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos fundamentais e justiça*. Juiz de Fora. n. 3, v. 1, abr-jun. 2008, p. 83; vide: KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989).

¹⁸ O Brasil tem mantido certa tradição diplomática em relação ao seu posicionamento político, repudiando as diversas formas de violência e primando pela solução pacífica das controvérsias, pelo diálogo e pelo respeito à diversidade cultural, filosófica e de crença. Condena-se a prática do terrorismo em prol da dignidade humana, da soberania nacional, da tolerância, da diversidade de origem, advogando-se para as formas pacíficas e democráticas de solução de conflitos (FACCIOILLI, Ângelo Fernando. *Introdução ao terrorismo: evolução histórica, doutrina, aspectos táticos, estratégicos e legais*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 164-165).

insuscetível da clemência soberana do Estado (art. 5º, XLIII, da CF), conforme se verá no capítulo seguinte.

Insta salientar que a Assembleia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, atribuindo ao seu repúdio o *status* de princípio político-constitucional¹⁹. Tudo isso por entendê-lo como uma ameaça aos direitos do homem, à paz e à tranquilidade universal que, como tal, não pode ser ignorado e nem consentido²⁰. E, no plano constitucional, dentre os problemas jurídico-penais que gravitam em torno da criminalização do terrorismo, destacam-se: a adequada elaboração de um tipo legal; a forma como a relação entre terrorismo e Direito Penal é afetada pelos diferentes costumes; a responsabilidade dos Estados de prevenir o terrorismo; a utilização do território estatal por terroristas; e a legalidade do uso da força para combater o terrorismo²¹.

Como princípio fundamental que é o *repúdio ao terrorismo* tem função ordenadora, pois, juntamente com os demais princípios

¹⁹ Vide o voto do Ministro Celso de Mello (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ext. 855 – República do Chile*. Extradicação. Atos delituosos de natureza terrorista. Descaracterização do terrorismo como prática de criminalidade política. Condenação do extraditando a duas penas de prisão perpétua. Inadmissibilidade dessa punição no sistema constitucional brasileiro [CF, art. 5º, XLVII]. Efetivação extradicional dependente de prévio compromisso diplomático consistente na comutação, em penas temporárias não superiores a 30 anos, da pena de prisão perpétua. Pretendida execução imediata da ordem extradicional, por determinação do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Prerrogativa que assiste, unicamente, ao presidente da República, enquanto Chefe de Estado. Pedido deferido, com restrição. O repúdio ao terrorismo: um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. Relator: Min. Celso de Mello, 26 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoExt855.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019).

²⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 221; no mesmo sentido: FACCIOILLI, Ângelo Fernando. *Op. cit.*, p. 165.

²¹ AMBOS, Kai; TIMMERMAN, Anina. Terrorismo y Derecho Internacional consuetudinario. (In) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (orgs.). *Terrorismo y Derecho Penal*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 23.

regentes das relações internacionais, conformam “definições precisas de comportamento do Brasil como pessoa jurídica de Direito Internacional”²². Sendo assim, tem aplicação imediata, servindo como critério de interpretação e integração, dando coerência geral ao sistema normativo²³.

Repudiar o terrorismo é um comportamento que o Brasil deve levar a cabo, e a forma de fazê-lo pressupõe a observância dos preceitos contidos nas demais “normas-matriz” – cuja relevância consiste essencialmente na integração das normas²⁴.

Nesse passo, a afirmação constitucional de que “a República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito” (art. 1.º, CF) não é uma simples promessa de organização da nação, mas a proclamação de que a Constituição Federal de 1988 fundou um novo tipo de Estado. E a expressão “República Federativa” é, em si, uma declaração normativa sintetizadora das formas de Estado e de governo do Brasil, que é, portanto, uma República Federativa²⁵.

E como tal, tem o direito-dever de punir (e de repudiar o terrorismo) cingido pelos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, incumbe aos poderes públicos, dentro das diretrizes político-constitucionais, implementar políticas públicas com vistas a repudiar o terrorismo. Essas políticas (legislativas, executivas e judiciárias), no entanto, estão adstritas a alguns limites republicanos, que no Estado democrático de Direito denominam-se direitos e garantias fundamentais e que, na seara penal, consubstanciam-se em princípios fundamentais reguladores da intervenção punitiva.

Por isso, não pode o legislador penal tornar típica uma conduta sem tutelar um bem jurídico-penal essencial para os indivíduos, restringindo indevidamente suas liberdades, através do estabelecimento de uma sanção penal ante a existência prévia de uma lei penal taxativa

²² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 97-98.

²³ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 199-200.

²⁴ Dentre as normas que integram os princípios fundamentais, algumas são normas-matriz (ou normas-síntese), cuja relevância consiste essencialmente na integração das normas de que são súmulas, ou que as desenvolvem dotadas, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como as que têm os princípios da soberania popular, da separação dos poderes, o republicano, o federativo, o democrático, dentre outros (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 72).

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 98.

com vistas a evitar a lesão ou a ameaça de lesão a direito. Em relação ao terrorismo, tendo em vista a determinação constitucional de repúdio, a atuação dos poderes públicos deverá ser pautada em uma análise conglobante de todos os princípios fundamentais, repudiando-o, sob uma perspectiva jurídica, com plena observância dos limites constitucionais e penais.

3. Art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal: análise material do princípio constitucional penal

A Constituição Federal de 1988 estatuiu, no inciso XLIII do art. 5.º, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”, estabelecendo que sejam responsabilizados não somente seus mandantes e executores, mas também, aqueles que podendo evitá-los, se omitirem²⁶. Assinala-se, ante a necessidade de proteção jurídico-penal, com a obrigação ou *mandamento expresse de criminalização*, legitimando a intervenção penal que somente ocorrerá para a proteção de determinados valores constitucionais²⁷.

No processo de criminalização em geral, o legislador constituinte, verificando quais são os valores sociais de maior relevância para os indivíduos e para a coletividade, oferece-lhes

²⁶ “XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

²⁷ É a Constituição, portanto, a norma que vai aferir em princípio, o sistema de valores a ser tutelado, ou seja, os bens essenciais ao indivíduo e à comunidade são encontrados pelo legislador ordinário dentro do quadro axiológico constitucional ou, em decorrência da concepção de Estado democrático de Direito (teoria constitucional ampla ou intermediária). “Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva” (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 65-66. Vide também: SILVA FRANCO, Alberto. STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48).

tratamento jurídico, tornando-os bens jurídicos²⁸. O legislador ordinário, por sua vez, entendendo ser necessária a tutela penal de determinados bens jurídicos (necessidade de pena), torna típica as condutas que podem causar lesão ou, ao menos, ameaçar de lesão os referidos bens²⁹. No entanto, em relação ao inciso XLIII do art. 5.º, verifica-se que o constituinte se adiantou ao legislador infraconstitucional na tarefa incriminadora, tomando para si, além do critério do merecimento do bem jurídico a ser protegido – que lhe é próprio, na medida em que a Constituição arrola os bens jurídicos dignos de proteção penal³⁰ –, o da necessidade de pena que, no processo de criminalização, é vinculado ao legislador ordinário³¹. Observe-se que, a Constituição emprestou a mais alta gravidade aos delitos enquadrados no comando incriminador do presente dispositivo, tomando-os como condutas de “insuperável danosidade social estabelecidas em nível constitucional”, situadas no topo de todo o sistema jurídico-penal³².

E para entender o que motivou o legislador constituinte a antecipar o referido juízo valorativo, imperioso se faz tomar nota dos fatos sociais, políticos e econômicos, bem como, das valorações político-criminais que impulsionaram o Poder Constituinte³³. Fala-se aqui, em um estudo material da norma jurídica, no qual se busca conhecer “qual é a oportunidade ou a conveniência ou a justiça das normas que compõem um determinado sistema, ou qual é a eficácia

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, *passim*.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 437.

³⁰ Neste sentido: BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato: scritti di Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1997, v. 1, p. 84; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 63-64.

³¹ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Corso di Diritto Penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 358.

³² SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 491-492.

social que certas normas exercem em um determinado ambiente histórico”³⁴.

Nesse ponto, importa dizer inicialmente, que o recrudescimento da resposta penal recaía somente sobre o delito de tortura³⁵, tendo em vista a recentíssima redemocratização que impulsionara os debates de elaboração da Constituinte. A partir daí, erigiu-se também o rótulo de hediondez - conclamando regulação legal - e a extensão da severidade no tratamento para (além da tortura) o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, equiparados àqueles, resultando na elaboração, pela Assembleia Nacional Constituinte, do atual inciso XLIII do art. 5.º da Constituição³⁶.

³⁴ Vale dizer: busca-se aqui, não a forma ou a estrutura da norma, mas o conteúdo, a fim de entender quais são os motivos pelos quais essa norma foi emanada, se esses motivos são aceitáveis, se ela é efetivamente seguida ou continuamente violada (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2016, p. 70).

³⁵ A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais também conhecida por Comissão Affonso Arinos, por ter Afonso Arinos de Melo Franco como seu presidente, foi um grupo de juristas e estudiosos das mais diversas áreas, encarregado de elaborar um Anteprojeto de Constituição para ser submetido à Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988. No anteprojeto, o dispositivo que deu ensejo ao art. 5.º, XLIII, foi o art. 16, que dispunha: “todos têm direito à vida, à existência digna, à integridade física e mental, à preservação de sua honra, reputação e imagem pública. Parágrafo único – A tortura, a qualquer título, constitui crime inafiançável e insusceptível de anistia e prescrição”. (BRASIL. *Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985*. Brasília, DF: Senado Federal, [1985]. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/publicacoes/anaais/constituente/AfonsoArinos.pdf](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anaais/constituante/AfonsoArinos.pdf). Acesso em: 19 mar. 2019).

³⁶ A esse respeito, ao longo dos debates na Assembleia Nacional Constituinte, o então presidente, Deputado Ulysses Guimarães, ao analisar o relato da Comissão de Redação que recomendara: “parece conveniente a inserção da expressão ‘e os definidos, como antes, de crimes hediondos’. Ainda que a expressão possa ser tomada como restritiva, não há como recusá-la, uma vez que se faz indispensável para a boa compreensão do texto referência à lei definir o comportamento humano que se possa ter por hediondo”. Dizia ele: “eu confesso que não fico muito tranquilo com essa modificação num assunto

Argumentou-se pela necessidade de o delito de terrorismo receber o mesmo tratamento dos crimes hediondos a fim de “desestimular a prática de tal crime dada a sua ocorrência estar associada à tortura”³⁷. E o legislador, preocupado com a gravidade da

da maior importância. Parece que no caso do hediondo preciso uma outra lei que o separe dos demais casos. Eu ficaria, data vênia, com o texto original”. Na sequência, o Deputado Vivaldo Barbosa alertou: “Eu me permitiria observar, Senhor Presidente, que essa categoria de crimes hediondos uma expressão inteiramente nova no Direito brasileiro. Porém, quando o Relator propõe que eles sejam definidos como tais, realmente há uma expressão tecnicamente adequada, porque carece a legislação penal de definição do que sejam crimes hediondos. E ao Constituinte não passou despercebido. Ele está alertando que carece dessa definição e impõe, ao legislador ordinário, em matéria penal, que defina os contornos e a natureza dos crimes hediondos. Parece-me muito adequada a sugestão do Relator”. Prosseguindo, Ulysses Guimarães afirmou: “é um texto importante, relativo ao art. 5º, inciso XLIII. “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos...” Então, seriam duas. Primeiro, dentro da sua interpretação, precisaria a lei definir crime hediondo, porque ele terá que ser considerado inafiançável. Esse é outro problema”. E foi completado novamente por Vivaldo Barbosa: “tão logo definido ele será inafiançável e insuscetível de graça. Mas carece de uma definição preliminar”. Em seguida, o Deputado Nelson Jobim arrematou: “Senhor Presidente, parece evidente que tem razão o Relator, porque crime hediondo é juízo de valor sobre conduta. Então, haverá necessidade de a lei estabelecer quais os crimes já definidos na tipificação penal que forem considerados hediondos para efeito de serem inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”. (Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”). Brasília, 20 abr. 1988, p. 20.

Disponível

em:

<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anaeis/constituente/redacao.pdf>.

Acesso em: 19 mar. 2019).

³⁷ A inclusão do terrorismo no presente dispositivo se deu, dentre outras propostas, a partir da Emenda n.º 01123 de autoria do Deputado Annibal Barcellos (PFL/AP), aprovada em 13 de janeiro de 1988, quando o presente dispositivo constitucional integrava ainda o §8.º, do art. 6.º. Eis o parecer: “a emenda prevê a qualificação do crime de terrorismo como inafiançável, a exemplo do que ocorre com o de tortura, previsto no §8.º, do artigo 6.º do Projeto. Essa inclusão, alega o autor, visa desestimular a prática de tal crime dada a sua ocorrência estar associada à tortura. Justifica-se plenamente o

infração, recrudescu o tratamento penal³⁸. É evidente que a tipologia inserida no referido inciso tinha um significado especial, reunindo figuras delitivas de indisfarçável simetria, de modo que a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos, de acordo com a aferição do constituinte, “representavam lesões graves a bens jurídicos de inquestionável dignidade penal e que estavam necessitados de tutela penal”³⁹.

Neste sentido, resta evidente a exiguidade de pureza técnica do constituinte ao determinar, no art. 5.º, que o legislador ordinário sancionasse penalmente qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (XLI), a prática da tortura e do terrorismo (XLIII), a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (XLIV)⁴⁰.

Essa antecipação aberta e declarada do emprego do mecanismo repressor tinha uma causa bem explicável: o Brasil acabava de sair de uma longa e penosa ditadura militar. Fazia-se mister solidificar naquele momento, extirpando toda e qualquer dúvida, que não seria suportável o retorno ao passado ditatorial, sem nenhuma lacuna para novos agravos a ordem democrática. A tortura e o terrorismo são figuras típicas que materializam ataques dessa natureza, inadmissíveis num

acolhimento da emenda. Pela aprovação” (BRASIL. *Bases Históricas da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 13 jan. 1988. Disponível em: <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-S/67596.html>. Acesso em: 19 mar. 2019).

³⁸ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 183. O legislador constituinte, ao editar a norma do art. 5.º, XLIII, criando a categoria dos “crimes hediondos”, bem como o legislador ordinário, ao regulamentar esse preceito através da Lei n.º 8.072/90, agiram apressada e emocionalmente na linha da ideologia da *Law and Order* (ASSIS TOLEDO, Francisco de. Crimes hediondos. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 5, n. 2, abr/jun. 1992, p. 59).

³⁹ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 139.

⁴⁰ ROSA, Gerson Faustino. Ação de grupos armados. (In) PRADO, Luiz Regis (Coord.); GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário (Orgs.). *Direito Penal Constitucional: a (des)construção do sistema penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 103 et. seq.

Estado constitucional no qual a pessoa é um fim em si mesma e, por isso, não pode ser instrumentalizada⁴¹.

Assim, além de prever normas limitadoras da intervenção penal (princípios penais de garantia), a Constituição trouxe em seu bojo regras indicadoras da necessidade de intervenção penal (comandos de criminalização)⁴². Seja direta ou indiretamente, a Lei Maior determina os objetivos do Direito Penal e, mais do que isso, estabelece seus limites. “Norma penal sem cobertura constitucional será sempre expressão estatal de abuso ou de injustiça”⁴³.

Por isso afirmar que, enquanto os *princípios penais de garantia* estão voltados para a contenção da atividade criminalizadora do Estado-legislador e do Estado-juiz, os *mandamentos constitucionais de criminalização* exprimem prescrições de uma Constituição que, afirmando os valores assentes em seu bojo, tem o Direito Penal como um dos lúdicos instrumentos possíveis para a proteção daqueles, um dispositivo (de controle social) na longa tarefa de alcançar a transformação pretendida⁴⁴.

⁴¹ Ressalte-se que, por outro lado, a Constituição Federal determinou a incriminação do racismo (XLII), do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins (XLIII) e do abuso, da violência e da exploração sexual da criança e do adolescente (§ 4.º, do art. 227) com o fito de regar ou intensificar o controle penal em relação a fatos lesivos que não poderiam persistir na estrutura social de um país democrático e que deveriam ser, por todas as formas, enfrentados. O texto constitucional buscou ainda proteger o meio ambiente (§ 3.º, art. 225) não apenas como um valor ético-social a ser inserido na consciência popular, mas ainda como salvaguarda das gerações futuras, determinando a incriminação das condutas que lhe fossem lesivas. “Não causa estranheza que a Constituição abrigue posições que se antagonizam, ora movidas pela nobreza da motivação, ora cedendo a posturas político-criminais menos generosas. Está ela longe de ser uma ordenação fechada em si mesma e que, por tal motivo, guarde uma harmonia perfeita. Toda Constituição tem necessariamente áreas de tensão na medida em que tais áreas representam o pluralismo e o confronto de ideias subjacentes ao pacto fundador” (SILVA FRANCO, Alberto. STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 133-134).

⁴² BRICOLA, Franco. *Politica criminale e scienza del Diritto Penale*. Bolgna: Il Mulino, 1997, 191.

⁴³ SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134.

⁴⁴ PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014, p. 103.

É, pois, no Estado democrático de Direito, em que ocorre a consagração simultânea dos princípios de conteúdo liberal – inerentes à composição do Estado liberal de Direito (*Rechtsstaats*), ditos *princípios penais constitucionais* –, e dos princípios de expressão social – impulsionados pelas exigências do Estado social (*Sozialstaats*), *princípios constitucionais penais*⁴⁵-, traduzindo-se numa evolução oriunda da junção de ambos. Sob essa perspectiva, o Estado não é mais simplesmente neutro, nem tampouco, inimigo dos direitos fundamentais, mas presente na assistência desses direitos, agora tidos também como direitos “através do Estado”, e não apenas como direitos “contra o Estado”⁴⁶.

4. A estrutura lógico-linguística do mandamento constitucional de criminalização do art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal

A partir de agora, o ponto de vista pelo qual se analisará a norma jurídico-constitucional constante do art. 5.º, inciso XLIII, pode-se dizer, é formal, de modo que a análise /tomará como base a sua estrutura, pois, assim como qualquer outra proposição, a norma também possui uma estrutura lógico-linguística que pode ser preenchida por diversas significações⁴⁷.

Nesse passo, como já se pronunciou outrora, dos *princípios constitucionais penais* exsurgem as normas constitucionais de criminalização como *mandamentos constitucionais incriminadores*, verdadeiras imposições constitucionais de conteúdo que, ora *restringem os processos de descriminalização*, ora *determinam criminalizações* e/ou o *recrudescimento do tratamento penal*. No primeiro caso, a Constituição Federal, sedimentando determinados bens jurídicos, considerados, axiologicamente, de maior relevância, impede que o legislador retire deles, ao menos em relação às ofensas mais significativas, a proteção penal. São, noutro dizer, “imposições constitucionais criminalizadoras

⁴⁵ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Posto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 14-15.

⁴⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 274.

⁴⁷ BOBBIO. Norberto. *Op. cit.*, p. 69-70.

de conteúdo impeditivo”⁴⁸. Com relação às *normas constitucionais de criminalização*, tem-se aquelas que se resumem a indicar determinados bens jurídicos em relação aos quais, o legislador constituinte comunica ao legislador infraconstitucional sua obrigação de lhes dar proteção penal. Ao fazê-lo, é evidente que “invade a esfera de atuação normal do legislador penal, dispensando-o implicitamente na tarefa de formular tanto o juízo sobre a dignidade do bem jurídico a ser protegido, quanto o da necessidade de tutela penal”⁴⁹. Há ainda, normas constitucionais criminalizadoras que, além da indicação dos bens jurídicos, acrescentam expressas limitações, quer de natureza penal, quer de natureza processual penal, estritamente impostas ao legislador ordinário⁵⁰. Ambas revelam verdadeiras “imposições

⁴⁸ Considerando a impossibilidade de proposta de emenda tendente a abolir os direitos individuais (art. 60, § 4.º, IV, CF), a dignidade da pessoa humana apontada como fundamento da República (art. 1.º III, CF), a promoção do bem de todos como seu objetivo fundamental (art. 3.º IV, CF), bem como a cláusula de inviolabilidade insculpida no *caput*, do art. 5.º, da Constituição, poder-se-ia apontar a *vida* e a *liberdade* como bens que, em todas as suas dimensões, podem ser havidos como de especialíssima relevância, suficiente para impedir a descriminalização de condutas que os afetem gravemente. Ante o exposto, não poderia o legislador descriminalizar, por exemplo, o homicídio (LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas*: a imposição dos princípios constitucionais penais. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006, p. 132).

⁴⁹ São exemplos desse tipo de norma constitucional criminalizadora o inciso XLI, do art. 5.º (“XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), o art. 225, § 3.º (“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”) e o art. 227, § 4.º (“a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”), todos da Constituição Federal (Neste sentido: SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134-135; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Op. cit.*, p. 134-135).

⁵⁰ Janaina Paschoal faz referência às normas constitucionais de criminalização como “determinações expressas de criminalização”, diferenciando-as das (meras) indicações de criminalização. Nas indicações expressas de criminalização, o constituinte faz uma análise de dignidade penal dos bens que

constitucionais criminalizadoras de conteúdo prescritivo”⁵¹. São exemplos dessas obrigações constitucionais de criminalização os incisos XLII⁵², XLIV⁵³ e, em especial, o inciso XLIII, do art. 5.º da Constituição Federal⁵⁴.

Note-se que, em relação ao *terrorismo*, o legislador constituinte, ainda em 1988 - tendo em vista a vigência do art. 20 da Lei n.º 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional)⁵⁵ que sancionava a prática de “atos de terrorismo”, entretanto, sem delimitar a conduta delitiva - atribuiu ao terrorismo o *status* de crime hediondo, resultando na aplicação de “um microsistema fechado e autônomo, de origem constitucional, situado ao lado do sistema penal geral e aberto, formulado pelo legislador ordinário⁵⁶”. Além de determinar a criminalização (e hediondez) do terrorismo (bem como a definição legal de crimes hediondos), o constituinte recorreu aos sistemas penal e processual penal pré-existentes para deles importar regras restritivas

reconhece como importantes para uma dada sociedade, deixando a avaliação da necessidade para o legislador ordinário. Já nas determinações expressas de criminalização, o constituinte já teria feito a avaliação da dignidade e da necessidade da tutela, não sobrando ao legislador qualquer liberdade para ponderar concretamente a necessidade desse tipo de proteção (PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80).

⁵¹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Op. cit.*, p. 133.

⁵² “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

⁵³ “XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

⁵⁴ “XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

⁵⁵ “Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo”.

⁵⁶ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 135.

que, necessariamente deveriam acompanhar o processo criminalizador, vedando expressamente a aplicação de causas excludentes de punibilidade como a graça e a anistia, proibindo a concessão de fiança e determinando a responsabilização, além de seus mandantes e executores, dos que se omitirem ante a possibilidade de evitar.

Do ponto de vista meramente formal (ou estrutural), a disposição lógico-linguística do inciso XLIII do art. 5.º da Constituição Federal - como norma jurídica que é - pertence à categoria geral das proposições prescritivas. Proposição, porque “a norma jurídica é um conjunto de palavras que têm um significado”. Tem *forma* gramatical *imperativa* e *função* de *comando*. Aliás, “um comando vem habitualmente expresso na forma imperativa”⁵⁷. Todavia, os dois critérios (*forma* e *função*) distinguem-se, de modo que a forma (imperativa) diz respeito ao *modo* pelo qual a proposição é expressa, e a função (comando), refere-se ao *fim* a que se propõe alcançar determinada pronúncia. Por isso dizer que os comandos são proposições cuja função é influir sobre o comportamento alheio para modificá-lo. A função *prescritiva* da linguagem dá origem a linguagem *normativa*, e consiste - no caso em tela - em dar comandos, em “fazer fazer”⁵⁸. Ao determinar a inafiançabilidade do terrorismo e sua insuscetibilidade a graça e a anistia, equiparando-os aos crimes hediondos, o legislador constituinte enunciou um *mandado constitucional de criminalização*, verdadeira proposição prescritiva, com forma imperativa e com função de comando, determinando que o legislador ordinário componha as tipologias representativas das lesões (terroristas) aos bens jurídicos elencados na norma constitucional.

Não resta dúvida que o legislador penal deva cumprir a ordem do constituinte. A questão, entretanto, paira sobre a dimensão da vinculação do legislador ordinário em relação a determinação constitucional. Nesse ponto, indaga-se: existe alguma autonomia do legislador ordinário diante de um mandamento constitucional expresso (de hediondez e a pressuposição) de criminalização? Ora, se sob uma perspectiva formal o constituinte proferiu um *comando* ao legislador ordinário, ele o fez com intuito de determinar a elaboração da lei penal. E onde o constituinte determina expressamente a necessidade de

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2016, p. 72-75.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 77-80.

intervenção penal para a tutela de bens jurídicos determinados, interpela-se: tem o legislador ordinário que seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos? A questão é controversa. Como se observou até aqui, do ponto de vista meramente formal, a estrutura lógico-linguística do dispositivo constitucional compõe uma proposição prescritiva. Entretanto, sob uma perspectiva material, tem-se que o preenchimento do *mandamento constitucional de criminalização* deve se dar em total consonância com a realidade e a experiência social, sempre sob o crivo do legislador ordinário quanto à necessidade de pena⁵⁹.

Observa-se, nesse aspecto, que as modernas constituições de linha programática – em especial a Constituição Federal de 1988 – conferem ampla liberdade ao legislador ordinário na determinação dos bens com dignidade penal, necessitados de tutela penal e com capacidade de proteção⁶⁰. E nessa dinâmica normativa, a positivação dos bens jurídico-penais é determinada através da apreciação axiológica do legislador ordinário, que analisa a dignidade de proteção do bem – complementada segundo o valor que lhe é conferido pela cultura -, e a necessidade de proteção que lhe é inerente - assentada em sua suscetibilidade de ser ofendido - considerando ainda, a capacidade de

⁵⁹ O princípio da necessidade se firma sobre o caráter autônomo da construção penal, daí a peculiaridade de seu objeto de tutela em relação a outros ramos do Direito (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 89). No mesmo sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 433-434. “O Direito Penal não é necessário para qualquer tipo de infração que não seja lesiva ou concretamente perigosa para o bem jurídico tutelado; exclusivamente a efetiva lesão ou concreto perigo é que justificam a proibição no Direito Penal da liberdade, excluindo-se qualquer outra” (GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46). No atual estágio da civilização, segundo a ótica do Estado de Direito dos direitos fundamentais, o “Direito Penal é necessário exclusivamente para evitar a lesão ou o perigo concreto de lesão aos bens jurídico-penais e, mesmo assim, deve essa intervenção ser o menos radical possível” (AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Reunidas, 1999, p. 32).

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 89-90.

proteção constatável de acordo com a própria natureza do respectivo bem⁶¹.

E justamente por considerar o aspecto ôntico-substancial de relevância jurídica inerente à natureza normativa do objeto de proteção, e por defender um conceito material de delito - gizado a partir dos ditames jurídico-constitucionais e conjecturado na atividade legislativa penal de individualização dos bens que devem ser protegidos -, propugna-se aqui que “a imposição ao legislador ordinário pela Constituição de um *dever* de criminalização de condutas contra determinados bens jurídicos, não retira daquele a sua liberdade seletiva quanto à necessidade de criminalização”⁶². Incumbindo-se, ademais

⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad, 1974, p. 290. De modo semelhante se afirma não haver obrigatoriedade constitucional explícita da incriminação para a salvaguarda de qualquer bem jurídico, salvo quando demonstrada sua necessidade (DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, v. 2, 1994, p. 152). A importância do bem jurídico, por maior que seja, em face do princípio da subsidiariedade, não pode implicar a criminalização da conduta que lese ou o ponha em perigo, porque a Constituição, na verdade, apenas deve encarregar-se de delimitar o âmbito da incidência penal, mas não pode impor criminalizações (MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o Direito Penal do ambiente?* Lisboa: Associação Acadêmica Faculdade de Direito, 2000, p. 174).

⁶² PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 92. No mesmo sentido: “cabe ao legislador ordinário o juízo acerca da forma como será dispensado o tratamento penal, assim como a definição de quais devem ser os limites da intervenção penal” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. As limitações do tratamento penal do terrorismo pelo ordenamento jurídico brasileiro. (In) FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos (coords.). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 377). Em sentido contrário, afirma-se: “O objeto do mandado de criminalização constitucional retrata uma obrigação de caráter positivo: legislador, crie a norma incriminadora. Ao mesmo tempo, delimita, de um lado, um limite garantista intransponível e, de outro, um conteúdo mínimo irrenunciável de coerção” (CARUNCHO, Alexey Choiet *al.* Art. 1.º. (In) BUSATO, Paulo Cesar (org.). *Lei Antiterror anotada: Lei 13.260 de 13 de março de 2016*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 9. Vide ainda: FELDENS, Luciano. Comentário ao art. 5.º, XLIII. (In) CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1451.

disso, ao legislador infraconstitucional, a “definição das condutas puníveis e as correspondentes sanções penais, de um modo *certo e taxativo*, em atenção aos princípios penais fundamentais”⁶³.

No Estado democrático de Direito, o objetivo maior desses mandamentos constitucionais de criminalização é “delimitar, de forma mínima, balizas de conformação ao legislador penal ordinário, e não engessar, por completo, seus precípuos movimentos”⁶⁴. É, ademais disso, a própria Constituição que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.º, II)⁶⁵. E, ao mencionar a “lei”, o constituinte está a referir-se a lei ordinária federal. É assim em toda a Constituição. Logo, a lei (ordinária federal), exclusivamente ela, fornece subsídios para o Direito Penal. O Direito Penal e a lei escrita se identificam⁶⁶. Por sua vez, o

⁶³ “O motivo dessa constitucionalização é a relevância dada ao bem que se quer proteger e a necessidade de se utilizar do instrumento sancionatório criminal. O conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente *valorado e relativo*. Isto é, válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural” (PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 92-94). No mesmo sentido: POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Op. cit.*, p. 277.

⁶⁴ TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens Jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 170.

⁶⁵ Repare-se que “o transcrito dispositivo constitucional mantém a conquista da Revolução Francesa de que só o cidadão faz as leis que os obrigam. E no regime representativo através dos deputados e senadores” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 41). A Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispõe em seu art. 6.º que “a lei é a expressão da vontade geral (...)”. Nessa senda, o Tribunal Constitucional italiano já afirmou que a Constituição, de forma alguma vincula o legislador penal na escolha dos bens e na busca de determinados interesses, e posicionou-se como defensor da estrita reserva legal, adotada inclusive, pela própria Constituição (DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Op. cit.*, p. 353, citando decisão da Corte Constitucional de 5 de junho de 1978).

⁶⁶ As normas jurídicas postam-se em posição de subordinação e de coordenação, integrando a chamada hierarquia das normas jurídicas. As

Código Penal, em seu art. 1.º dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Disso tudo, o que resulta, é uma só compreensão: o labor valorativo sobre a proibição penal ou não de determinada conduta é incumbência do legislador infraconstitucional.

Não há, portanto, que se falar em “inconstitucionalidade por omissão”⁶⁷, nem tampouco que a obrigatoriedade de criminalização determinada pelo constituinte “rompe com os princípios informadores do Direito Penal”⁶⁸. Não há *engessamento* do legislador

primeiras fundamentam e dão suporte de legalidade às segundas, que, no mesmo nível, cumprem revelar harmonia no sentido de que se integram, formando a unidade (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 242). O raciocínio é válido também para as Constituições, que fixam os princípios básicos de qualquer ordem jurídica. O princípio da reserva legal, desde o início, voltou-se para garantia do direito de liberdade, ganhando a sua expressão política no iluminismo, sobretudo em Beccaria e Feuerbach (vide: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães São Paulo: Martin Claret, 2000; FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaiier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55-56), que enunciou: *nullum crimen nulla poena sine lege*. E a Constituição Federal de 1988 manteve a velha tradição brasileira e repetiu competir privativamente à União Federal legislar sobre Direito Penal (art. 22, I). Tal competência é indelegável. A lei, em sentido formal, é restrita à norma jurídica elaborada pela atividade conjunta do Legislativo e do Executivo. E em Direito Penal, a reserva de lei é absoluta, de modo que sem a lei em sentido formal não surge a relevância da ilicitude. E a reserva absoluta concentra o monopólio de elaboração da norma à lei formal, de modo que somente a lei pode referir-se a outra norma, integrando-a à definição do delito ou da contravenção penal. Dessa forma é a lei que repristina, mantendo-se intacto o princípio que confere somente à lei a origem da relevância penal (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 41-42).

⁶⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 123.

⁶⁸ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 88. Aliás, a própria autora posiciona-se contrariamente ao entendimento esposado aqui, asseverando que nem mesmo nas hipóteses de determinações expressas de criminalização há vinculação do legislador ordinário quanto à edição da norma penal: “Se se

infraconstitucional, nem contrariedade aos postulados do Direito Penal mínimo, de modo que, ante o mandamento de criminalização resta ainda uma larga e incontornável margem de liberdade à legislação ordinária, sobretudo em relação à necessidade ou não da criminalização, bem como à concreta forma de elaboração da proibição legal e de suas respectivas sanções, sem, entretanto, possibilitar ao parlamento uma ampliação dos limites constitucionalmente dados. E o cumprimento do “expediente comunicatório de deliberação de nível superior”, tal como apontado por Alberto Silva Franco, diz respeito somente à inclusão, no texto ordinário, das restrições em conformidade com o preestabelecido pelo constituinte, quando e se elaborado⁶⁹.

Cabe, portanto, ao legislador ordinário, dentro dos parâmetros constitucionais, precisar *se e quando* uma conduta será considerada terrorista e qual será a medida da responsabilização penal. Vale dizer: quando o perigo de lesão ou a lesão aos bens jurídicos tutelados devem ser tidos como penalmente relevantes. Nesse passo, “merece especial cuidado a determinação dos bens com dignidade penal, necessitados de tutela penal e com capacidade de proteção, sempre à luz dos princípios fundamentais do Direito Penal moderno”⁷⁰.

Note-se que, ao determinar a criminalização, a Constituição influencia o conteúdo da matéria a criminalizar, traçando os limites de legitimidade da criminalização, delimitando um quadro alargado dentro do qual o legislador poderá se mover como forma de evitar que se violem os critérios a que deve estar sujeita a responsabilização penal num Estado democrático de Direito. “Critérios esses que têm em vista salvaguardar o indivíduo de intromissões excessivas, injustificadas ou

pretende ser fiel ao objetivo de realizar o ideal de um Direito Penal mínimo, somente se pode vislumbrar na Constituição Federal um limite positivo ao poder punitivo estatal - leia-se: “poder de restringir a intervenção jurídico-penal aos interesses por ela reconhecidos como caros a sociedade” (*Op. cit.*, p. 59) -, afastando a tese de que a Carta Magna constituiria um seu fundamento e que, por isso, obrigaria, perante a primeira necessidade, a criminalização” (*Ibidem*, p. 76).

⁶⁹ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 136. No mesmo sentido: GABELINI, Rogério Batista. *O delito de terrorismo no ordenamento penal: Lei n.º 13.260/2016*. Campinas: Millennium, 2016, p. 130.

⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte especial: volume 9, Direito Penal do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 85.

desnecessárias do Estado na esfera dos seus direitos fundamentais”⁷¹. E justamente por serem princípios fundamentais, reguladores da intervenção penal, são impostos constitucionalmente.

Por isso dizer que o cumprimento dos mandados constitucionais de criminalização pelo legislador ordinário deverá atender integralmente, além do mencionado juízo valorativo⁷², aos princípios penais constitucionais que limitam a ingerência penal (*v.g.* princípios da legalidade, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade, da intervenção mínima etc.).

⁷¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op. cit.*, p. 293.

⁷² Vale lembrar que o mandato legislativo deve ser exercido pelos parlamentares com independência e harmonia, não só perante os demais Poderes, mas também, dentro das esferas do Poder Legislativo. Na tripartição de poderes, ainda em sua idealização, tanto em Locke (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998), quanto em Montesquieu (vide: MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996), se concebeu posição de maior relevância para o Legislativo, engendrado desde então para ser exercido com independência. Independência esta que se desenvolve com a Teoria do Mandato Representativo, em que o representante eleito (mandatário) pelo povo (mandante) passou a deter liberdade de decisão. Afirmava-se: “o problema do governo não é uma questão de vontade de cada lado. Se o governo fosse uma questão de vontade, em qualquer lugar, a de vocês, sem dúvida, deveria ser superior. Mas o governo e a legislação são temas de razão e julgamento, não de inclinação; que tipo de razão é essa em que a determinação precede a discussão, em que um grupo de homens delibera e outro decide e em que aqueles que formam a conclusão talvez distem 300 milhas daqueles que ouvem os argumentos? Por isso, a decisão não pode anteceder a discussão dos eleitos. Por isso, parlamento, não pode ser um congresso de embaixadores de interesses hostis e diferentes. Deve ser a assembleia deliberativa de uma nação com um único interesse: o bem geral. Não podendo servir de guia, os interesses de grupos” (BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. Trad. Gustavo Biscaia de Lacerda. *Revista de Sociologia e Política*, n. 44, v. 20, p. 97-101, nov. 2012, p. 100-101). Por isso concluir que não se pode pretender vincular o legislador ordinário. Ele não é um mero executor de vontades, sem liberdade de decisão como se propugnava na Idade Média, ou mesmo, como pretendia Rousseau ao criticar os ingleses, advogando pela adoção da impraticável Teoria do Mandato Vinculante (vide o Livro Terceiro, Capítulo XV de ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social*. Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001).

Isso porque, se o ordenamento jurídico é um sistema escalonado de normas que tem na Constituição seu fundamento de validade; e se a Constituição é precursora de um subsistema superior a todos os demais, situado no cimo da ordem legal onde estão contidas as diretrizes essenciais que orientam e vinculam a todas as normas, as disposições que integram o repertório constitucional não lhe podem ser incongruentes, de modo que se condicionam e se influenciam respectivamente⁷³. Dito de outro modo, uma norma constitucional integra o sentido das outras, inaugurando uma rede interpenetrante que confere unidade e coerência a todo o sistema pela conexão recíproca de seus conteúdos⁷⁴. Assim, um princípio constitucional penal que se materializa através de um mandamento de criminalização - como é o caso do art. 5.º, XLIII, CF - deverá efetivar-se no plano infraconstitucional em plena conformidade com os princípios penais constitucionais, que refletem os direitos e garantias fundamentais na seara penal (núcleo intangível do contrato social) e limitam o *jus puniendi* do Estado no Estado.

5. Limites para criminalização do terrorismo

5.1. A hediondez do delito de terrorismo

Presentes os vetores interpretativos constantes dos arts. 4º, VIII, e 5º, XLIII, da Constituição Federal, verifica-se que a submissão do legislador ordinário às limitações penais e processuais penais procedentes da determinação constitucional, não lhe retira a capacidade de realizar juízo de pertinência acerca da matéria a ser criminalizada, mas somente dos limites da criminalização. Vale dizer: ao decidir por elaborar as condutas típicas determinadas e estabelecer suas respectivas sanções, deverá fazê-lo dentro dos limites preestabelecidos pelo constituinte. Em relação ao art. 5º, XLIII, fica a incumbência de desenhar as condutas terroristas e cominar o preceito sancionatório proporcional à ofensividade social de cada uma delas, em conformidade com os parâmetros constitucionais.

⁷³ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 229.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 184-185.

Isso porque estão previstas no plano constitucional, restrições a direitos e garantias fundamentais (*v.g.* proibição de anistia, graça, fiança,) e, bem por isso, a prescrição do constituinte de que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”⁷⁵, demanda preenchimento legal em conformidade com os limites estabelecidos. Nem mais, nem menos. Dessa maneira, não é permitido que o legislador ordinário, ao elaborar a norma penal, alargue o rol das limitações constantes no presente dispositivo constitucional, excluindo outros direitos ou benefícios não relacionados no mandamento constitucional de criminalização, mas que constam no sistema penal geral, do Código Penal em conformidade com a Lei Maior.

O art. 17 da Lei n.º 13.260/2018 (Lei Antiterrorismo) dispõe que, aos crimes nela previstos, aplicam-se as disposições da Lei n.º 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que, elaborada com fulcro de atender ao presente comando do constituinte, ao corporificar as limitações constitucionalmente impostas, não se adequou aos termos do inciso XLIII do art. 5.º, pois o legislador foi além da autorização constitucional, excedendo-se. Na seara penal, incluiu a proibição do indulto e do regime prisional progressivo. No campo processual penal,

⁷⁵ “O legislador ordinário não pode se arvorar como intérprete autêntico da Constituição”, de modo que, uma interpretação autêntica feita pelo legislador ordinário deve excluir-se do âmbito constitucional (SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 136-137). Não pode o legislador ordinário pretender fixar o sentido de uma norma constitucional tal como o faz em relação às leis que edita. Em relação às normas constitucionais, ele é apenas um dos seus destinatários (por vezes, destinatário por excelência). A ideia de “uma lei que, hipoteticamente, interpretasse a Constituição, poderia ensejar a temerária formação de um ‘concentrado constitucional’ paralelo, conducente à substituição do princípio da constitucionalidade das leis pelo da legalidade da Constituição, legalidade que até poderia ser inconstitucional” (CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258-259).

suprimiu a liberdade provisória⁷⁶⁷⁷. Por isso a Lei n.º 11.464/2006, alterou a Lei de Crimes Hediondos no sentido de reacomodá-la aos termos da norma constitucional (vide art. 5.º, XLIII e XLV, CF), passando a permitir a progressão de regime⁷⁸ e a concessão de liberdade provisória. O indulto, entretanto, permaneceu vedado, mesmo sem fundamento constitucional⁷⁹. Constata-se que o legislador equiparou o

⁷⁶ Veja-se que na redação originária, a Lei n.º 8.072/1990, dispunha em seu art. 2º: “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II – fiança e liberdade provisória. § 1.º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

⁷⁷ No mesmo sentido, o art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas), foi além, não só da Constituição Federal, mas também da Lei de Crimes Hediondos, restringindo mais direitos. “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico”.

⁷⁸ Nesse ponto, súmula vinculante n.º 26, do STF (BRASIL, Supremo Tribunal federal. *Súmula Vinculante n.º 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.º 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. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 04 de abr. 2019). Também importa mencionar a súmula n.º 471, do STJ. Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 471*. Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas471-475.pdf. Acesso em: 04 de abr. 2019.

⁷⁹ Vale ressaltar que nada impede que o legislador ordinário, em relação a direitos e benefícios, provenientes do sistema penal geral, possa exigir, em relação a réus de crimes que fazem parte do microsistema (dos crimes hediondos), condições mais rigorosas para a sua fruição. A Lei n.º

terrorismo (bem como a tortura e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins) aos crimes hediondos, oferecendo-lhes, em nível constitucional, o mesmo tratamento. E por entender haver uma equivalência – sob uma perspectiva da ofensividade social – entre as figuras delitivas que compõem o rol do inciso XLIII, o constituinte adotou as mesmas restrições⁸⁰. “E tal era a relevância emprestada ao elenco de fatos delituosos que o legislador ordinário foi praticamente instado a formular as hipóteses de terrorismo, de tortura e de crimes hediondos, até então não estruturadas tipicamente”⁸¹.

Não resta dúvida que o constituinte, ao deferir tratamento diferenciado aos crimes hediondos, reconheceu o maior desvalor social das condutas a serem determinadas pelo legislador ordinário, em simetria com as equiparadas, previamente indicadas. Nesse passo, o vocábulo *hediondo*⁸² recai sobre o fato repugnante, torpe, medonho,

11.464/2007 é um exemplo a respeito, na medida em que “se requereram para a progressão de regime prisional nos crimes que pertencem ao microsistema percentuais mais gravosos e bem diferentes dos que são exigíveis para os criminosos comuns. Da mesma forma, não poderia ser inquinada de afronta à Constituição a determinação de requisitos mais severos para a concessão de *sursis* ou de conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, em se tratando de infratores da Lei de Crimes Hediondos ou de crimes a eles equiparados. O que não se pode, de forma alguma, admitir – e aí se lesionam os princípios constitucionais da isonomia e da própria individualização da pena na sua fase de aplicação judicial – é a exclusão pura e simples desses direitos subjetivos só e simplesmente porque o agente infringiu uma determinada tipologia criminal (SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 137). No mesmo sentido: CASTRO, Bruna Azevedo de. *Prestação Pecuniária e Perda de Bens e Valores: aspectos constitucionais e penais*. Londrina: Thoth, 2021, *passim*.

⁸⁰ “O crime hediondo, assim, é delito de excepcional gravidade. Daí, receber o mesmo rigoroso tratamento normativo, ao lado da tortura (é crime hediondo), do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 184).

⁸¹ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 139.

⁸² Etimologicamente, hediondo é adjetivo originário do espanhol horrendo, causador de repulsa. O vocábulo “hediondo” não era empregado no Direito Penal, de modo que, quando o Código Penal traduz a ideia de conduta de excepcional repulsa pelo tratamento desumano perpetrado pelo agente, vale-

horrendo, repulsivo⁸³, representando “a conduta delituosa, cuja execução revela especial desprezo do agente com a condição humana da vítima. Insensibilidade diante do grave sofrimento físico ou do humilhante constrangimento moral a que é submetido o sujeito passivo”⁸⁴. Trata-se de *elemento normativo* de caráter empírico-cultural, referido a valores e sentidos, pois diz respeito a dado da realidade, mas que, no entanto, tem seu conteúdo preenchido pela norma, através de um rol de crimes⁸⁵.

O legislador ordinário não conceituou o que seriam os “crimes hediondos”, mas apenas elencou em um rol legal, insculpido no art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990, delitos tipificados no Código Penal e na legislação extravagante, adotando um *sistema legal*⁸⁶, uma vez que coube

se da expressão “meio cruel”, de que a tortura é espécie. Se realçar o motivo, qualifica-o de “fútil ou torpe” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 184).

⁸³ ASSIS TOLEDO, Francisco de. Crimes hediondos. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, abr-jun. 1992, v. 5, n. 2, p. 60.

⁸⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 184.

⁸⁵ Para um estudo mais aprofundado sobre a definição dos elementos normativos do injusto, vide: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral* (arts. 1º a 120). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 501 *et. seq.*

⁸⁶ Nilo Batista tece severas críticas a esse critério adotado pelo legislador, asseverando que ele poderia tomar alguns elementos legais do delito (vide: dolo, *animus lucri faciendo*, modos de execução) para construir um conceito de crime hediondo, limitando-o, por outro lado, na natureza e na quantidade da pena cominada, restringindo-se, por exemplo, a delitos punidos ao máximo com a reclusão de tantos anos. Em verdade, há uma contrariedade ao preceito constitucional que determinou a imposição de determinadas restrições aos ilícitos “definidos como crimes hediondos”, entretanto, “o legislador, ao invés de empreender a tarefa definidora, apresentou um cardápio; a Constituição pediu-lhe uma definição, ou seja, uma declaração da essência-significado dos crimes hediondos, e ele respondeu com uma seleção arbitrária, uma rotulação sem método ou critério”. (...) “O encargo de definir os crimes hediondos que a Constituição impôs ao legislador ordinário é algo muito diferente da voluntariosa escolha de alguns tipos penais, arbitrariamente selecionados ao sabor de idiossincrasias conjunturais” (BATISTA, Nilo. Outro argumento sobre crimes hediondos. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 347).

a lei estabelecer quais crimes seriam hediondos⁸⁷. Assim sendo, em termos legais, não é hediondo o delito apenas por mostrar-se repugnante, asqueroso, sórdido ou abjeto, ou em razão de sua gravidade objetiva, ou em virtude de seu meio ou modo de execução, ou ainda, pela finalidade que impulsionou a conduta delitiva, mas o é aquele crime que, “por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador”⁸⁸. Daí falar-se em um *elemento normativo jurídico*⁸⁹.

5. 2. Restrições penais e processuais: insuscetibilidade de anistia, graça e fiança

Como já foi dito, o art. 5.º, XLIII, alavancou um microssistema fechado e autônomo, de origem constitucional, colocado ao lado do sistema penal geral e aberto, trazendo em seu bojo, além do comando de criminalização de fatos hediondos (sem defini-los), a importação de regras restritivas do processo criminalizador. Em consequência, restaram após a definição legal requerida, dois tratamentos: de um lado, os crimes comuns permaneceram disciplinados pelo Código Penal ou pelas leis penais especiais. Por outro, os crimes hediondos receberam maior severidade na resposta penal⁹⁰.

Nessa senda, proibiu-se, em níveis constitucional e infraconstitucional, a *anistia*, que “é espécie de *Clementia Principis*, concedida geralmente aos criminosos políticos”⁹¹, o que não impede

⁸⁷ CAPANO, Evandro Fabiani. *Legislação especial penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 327.

⁸⁸ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 167.

⁸⁹ “O crime hediondo dispensa definição por qualquer norma. É inerente à própria natureza das coisas”. A Carta Política, porém, “determinou a especificação dessas infrações penais. Tanto assim, explicitamente, estatui: ‘(...) e os definidos como crimes hediondos (...)’. A definição é necessária. Através de lei ordinária” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 186).

⁹⁰ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 168.

⁹¹ Por ser uma liberalidade do Estado, eventuais condições serão impostas pelo poder concedente. Pode ser incondicionada ou condicionada e, somente nesta hipótese, pode ser recusada pelo destinatário. Se concedida antes do encerramento do processo, é denominada “própria”; se após o trânsito em

sua aplicação aos crimes comuns. Decorre, por sua vez, de ato do Congresso Nacional (lei penal de efeito retroativo) que retira as consequências penais, promovendo o esquecimento jurídico dos fatos delituosos (arts. 21, XVII e 48, VIII, CF). Quando concedida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, extingue seus efeitos penais⁹².

Restou vedada, também na Constituição e na Lei de Crimes Hediondos, a *graça*, que é outra manifestação tradicional da clemência soberana estatal, em que o chefe do Poder Executivo faz cessar a execução da pena, extinguindo-se, por consequência, a punibilidade. “O mesmo ocorre com o indulto. Todavia, enquanto este é concedido coletivamente, aquela favorece pessoa determinada”⁹³. A proibição do

julgado da sentença penal condenatória, é “imprópria” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 186).

⁹² “Concedida a anistia, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade (arts. 107, II, do CP e 187, da LEP). (...) “Em regra, a anistia é geral (ou plena), de concessão ampla e indistinta, admitindo-se, todavia, a anistia parcial (ou restrita), quando sua outorga encontra-se circunscrita a determinados agentes ou limitada a uma categoria de crimes especificados em lei. Radica a generalidade da anistia não apenas na possibilidade de abranger uma pluralidade de fatos, mas precisamente por referir-se impessoalmente ao fato ou fatos anistiados, de modo que resultam impunes seus autores, sejam estes conhecidos ou não, no momento em que a lei foi sancionada” (PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral* (arts. 1º a 120). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 923).

⁹³ Historicamente, as Constituições brasileiras, quando empregaram o vocábulo indulto, compreendiam também a graça. Nunca houve discordância quanto a isso. A CF-88, entretanto, quebrando a tradição, menciona os dois institutos. A graça, no referido art. 5.º, XLIII. O indulto, no art. 84, XII, ao descrever a competência privativa do Presidente da República. Em consequência, cumpre distinguir graça de indulto, distinção, como se viu, restrita à quantidade de pessoas beneficiadas. Singular, na graça. Plural, no indulto (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 187). “O indulto e a graça são atos privativos do Presidente da República (art. 84, XII, CF). Ambos, porém, não se confundem”. Enquanto a graça é solicitada, o indulto é espontâneo. “Assim, a concessão da graça poderá ser provocada por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do

indulto, por seu turno, encontra eco somente na norma legal (art. 2.º, I, Lei n.º 8.072/1990), de modo que o dispositivo constitucional fala apenas na insuscetibilidade da graça e da anistia para os crimes hediondos e equiparados, sem mencioná-lo explicitamente⁹⁴.

Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa (art. 188, LEP). O indulto, a seu turno, independe de qualquer solicitação. Pode ser *pleno* – quando extingue completamente a punibilidade – ou *parcial* – quando diminui a pena. Inadmitte recusa por parte do beneficiário, salvo em se tratando de comutação de pena ou de indulto condicionado”. (...) “Após a concessão da graça ou do indulto, cabe ao juiz declarar extinta a pena ou ajustar a execução aos termos do decreto presidencial, no caso de comutação (arts. 192 e 193, LEP). A graça e o indulto, ao contrário da anistia, pressupõem o trânsito em julgado da condenação e não extinguem os efeitos penais da mesma” (PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 923-924). Vide ainda: BATISTA, Nilo. Um pensamento sobre o indulto. *Revista de Direito Penal*. n. 19/20, jul-dez. 1975.

⁹⁴ Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, negou provimento ao pedido de *Habeas Corpus* n.º 90.364-9, impetrado com intuito de, ante a inexistência de previsão constitucional, o paciente, autor de crime hediondo, fosse beneficiado com o indulto presidencial. Na ocasião, afirmou-se no relatório, o inciso XLIII do art. 5.º, da CF “proíbe a graça, gênero do qual o indulto é espécie” (BRASIL, Supremo Tribunal federal. *Habeas Corpus* 90.364-9 – Minas Gerais. Penal: Processual Penal, *Habeas Corpus*. Indulto e Comutação de pena. Extorsão mediante sequestro. Crime hediondo. Inteligência dos arts. 5.º XLII e 84, XII, ambos da Constituição Federal. Alegada ilegalidade inconstitucionalidade da Lei 8.072/90 e do Decreto 5.993/06. Inocorrência. Concessão de favores que se inserem no poder discricionário do Presidente da República. Não cabimento de HC contra lei em tese. Impetração não conhecida. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 31 de outubro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497480>. Acesso em: 05 abr. 2019, p. 428). “Se é certo que as palavras na lei não são inúteis, nem repetitivas, verdadeiro ainda, a simples interpretação literal é insuficiente para projetar o sentido da norma. Cumpre ponderar sempre o sentido teleológico. Tullio Delogu em seus escritos, resume, com felicidade, esse pormenor, dizendo que a letra da lei é ‘punto di partenza, mai punto d’arrivo’. Em se analisando, finalisticamente, o art. 5.º, XLIII, percebe-se, a proibição constitucional significa excluir da *Clementia Principis* os autores de crimes hediondos. Não faz sentido, pela Constituição, afastar o favor do Presidente da República, individualmente concedido, mas autorizar o benefício só porque, no mesmo decreto, foram contempladas outras pessoas.

O constituinte também vedou expressamente a *fiança*, instituto de Direito Processual Penal, “uma contracautela, uma garantia patrimonial, caução real, prestada pelo imputado e que se destina, inicialmente, ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação, mas, também, como fator inibidor de fuga”⁹⁵.

Vale dizer que, além do mandamento constitucional de criminalização e da imposição de regras restritivas no processo

Sufragar-se-ia conclusão meramente formal, em dado simplesmente numérico. Realça-se, aqui, o significado altamente negativo do crime hediondo, incompatível com a tradicional clemência” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 190-191). Em sentido diametralmente oposto, tendo em vista as alterações promovidas na Lei n.º 8.072/1990 pela Lei n.º 11.464/2007, Alberto Silva Franco advoga ser “o indulto o último tópico a ser excluído da Lei de Crimes Hediondos para que o referido diploma legal se acomode corretamente com os termos da norma constitucional criminalizadora do inc. XLIII do art. 5.º da Constituição Federal” (SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 137).

⁹⁵ O instituto da fiança foi profundamente modificado na Reforma Processual de 2011, tendo agora um campo de atuação muito maior, de modo que passa a ter duas dimensões: a) como medida cautelar diversa da prisão; b) aplicada no momento da concessão da liberdade provisória (art. 310, CPP), portanto, como condição imposta neste momento e vinculada à liberdade provisória. Liberdade provisória essa que foi acrescida entre as vedações da Lei de Crimes Hediondos (art. 2.º, II), e, posteriormente, revogado pela Lei n.º 11.464/2007, restando somente a proibição, em níveis constitucional e legal, da fiança (LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 894-895). Em verdade, “a fiança é espécie de liberdade provisória. A expressão liberdade provisória não é adequada, apesar de consagrada, inclusive na lei. Traz a ideia de liberdade que pode, a qualquer momento, vir a cessar. Mas, todo aquele submetido a processo criminal tem uma liberdade provisória, eis que pode vir a ser preso em virtude de preventiva, pronúncia ou condenação. Melhor seria falar em liberdade vinculada. O réu fica em liberdade, mas sujeito a vínculos com o processo” (FERNANDES, Antônio Scarance. A fiança criminal e a Constituição Federal. *Justitia*. São Paulo, 53 (155), jul-set. 1991, p. 31). Assim, a fiança funciona a um só tempo, não só como providência de contracautela, como ainda no papel de substitutiva das medidas de prevenção, que atingem as liberdades de ir e vir do acusado (FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 4, p. 115). No mesmo sentido: TORNAGHI, Hélio. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 2, p. 845.

criminalizador, a Constituição da República antecipou-se à definição legal de crimes hediondos e elencou, em nível constitucional, três delitos: a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Para o constituinte, são eles os mais graves, de insuperável danosidade social, situados no topo da pirâmide das criminalizações⁹⁶. Os demais, hediondos, ele deixou para o legislador ordinário escolher. Estes, já o são. A tortura foi definida pela Lei n.º 9.455/1997⁹⁷. O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, quando da elaboração da Constituição Federal, encontrava-se tipificado pela Lei n.º 6.368/1976 (art. 12), revogada, posteriormente, pela Lei n.º 11.343/2006⁹⁸. O terrorismo, por sua vez, apesar da disposição constante na Lei de Segurança Nacional (Lei n.º 7.170/1983)⁹⁹, só foi definido pela Lei n.º

⁹⁶ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 139 e ss.

⁹⁷ Art. 1º. “Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosas; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”.

⁹⁸ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

⁹⁹ A redação do art. 20, da Lei de Segurança Nacional não pode ser tomada como definidora do delito de terrorismo. Falar que “praticar atos de terrorismo” é delimitar a conduta, “contrasta com o imperativo inafastável de clareza, precisão e certeza na descrição das condutas típicas, revelando-se aquém das mais elementares exigências garantistas” (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 89, v. 771, p. 419-449, jan. 2000, p. 434). Em igual sentido: SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 184; CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*,

13.260/2016, publicada quase vinte e oito anos depois da determinação constitucional, evidenciando o paradoxal comportamento de frouxidão acintosa e político-partidária dos legisladores.

5. 3. Responsabilidade penal diante da omissão: breves considerações à luz do princípio da imputação subjetiva

Por fim, o inciso XLIII do art. 5º determina que, pelos delitos enunciados, responderão “os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Em relação aos mandantes e executores, pode-se dizer que a redação adotada se traduz em um reforço constitucional da posição acolhida pela dogmática penal finalista, a qual, preocupada com a responsabilização subjetiva, impulsionou a reforma de 1984 do Código Penal (art. 29, CP)¹⁰⁰. Sobre a referência feita aos “que, podendo evita-los, se omitirem”, veja-se mais detidamente: ao que parece, o constituinte definiu a omissão penalmente relevante como sendo aquela na qual o omitente podia evitar que o resultado típico se produzisse e nada fez.

Entretanto, para ser responsabilizado penalmente, não basta que o agente possa evitar o resultado. Sendo necessário, ademais disso, que ele deixe de agir conforme a previsão normativa. Só tem relevância penal, a omissão, quando o omitente *podia* e *devia* agir para evitar o resultado¹⁰¹. Assim, além de poder evitar o resultado, é necessário que

p. 186; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. As limitações do tratamento penal do terrorismo pelo ordenamento jurídico brasileiro. (In) FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos (coords.). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 375-376. Já para Antônio Scarance Fernandes, antes da elaboração da Lei n.º 13.260/2016, o terrorismo estava “previsto no art. 20, da Lei 7.170/1983, que define os crimes contra a segurança pública e a ordem política e social” (FERNANDES, Antônio Scarance. Considerações sobre a Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990 – Crimes hediondos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 660, p. 261).

¹⁰⁰ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 140-141; CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 194.

¹⁰¹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32-36; TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Direito Penal da negligência:*

o omitente tenha o dever (jurídico) de fazê-lo, de modo que, “o que caracteriza essa espécie delitiva é exatamente a transgressão de um dever jurídico de evitar o resultado, a que se estava obrigado”¹⁰².

Andou bem o legislador constituinte, ao dizer: “os que, podendo evita-los, se omitirem”. Essa cláusula afasta a responsabilidade objetiva e a responsabilidade por fato de outrem. Reafirma a responsabilidade subjetiva. Entretanto, restou ao legislador ordinário a incumbência de estabelecer, caso a caso, quando haverá o dever de agir. Não basta o comando da Constituição. Cumpre haver o tipo legal de crime. Assim, não é suficiente deixar de evitar que outrem cometa qualquer dos delitos elencados no inciso XLIII do art. 5.º. Faz-se necessário também, o elemento normativo, consistente no dever de agir e que o agente pudesse interferir para evitar a conduta delituosa de outrem. Vale dizer: assistir à tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, a atos de terrorismo ou a crimes hediondos, mantendo-se alheio, indiferente, por si só não é omissão, no sentido jurídico do termo. Acrescenta-se a censurabilidade ao assistente, porque se omitiu quando lhe era possível impedir a ocorrência do resultado. Eis a única interpretação coerente com os princípios penais de garantia¹⁰³.

No que tange à regulamentação legal do presente trecho do dispositivo constitucional, somente a Lei de Tortura (Lei n.º

uma contribuição à Teoria do Crime Culposos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, passim; KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 307.

¹⁰² “Em nível de tipicidade, faz-se mister a concorrência de uma situação típica; da não realização de uma ação evitadora do resultado; da capacidade concreta de ação (conhecimento da situação típica e do modo de evitar o resultado/possibilidade real de fazê-lo); da posição de garantidor do bem jurídico; da equivalência (ou identidade) entre a omissão e a ação, conforme o conteúdo do injusto” (PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 449).

¹⁰³ “Assim, além do comando da Constituição, lei ordinária (v. “Princípio da Legalidade”) precisa definir a omissão como conduta delituosa. Só assim definir-se-á a obrigação de agir. Insista-se não é um simples não-fazer. É não cumprir o dever jurídico” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 196-197). Tome-se como exemplo, o disposto no art. 1.º, § 2º, da Lei n.º 9.455/1997, que pune aquele que se omite em face da prática de tortura, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, com pena de detenção de um a quatro anos.

9.455/1997) estandardizou o assunto, dispondo, no art. 1.º, § 2º, que aquele que se omite em face das condutas insculpidas no art. 1.º, I e II, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. Já quanto à omissão perante os delitos descritos na Lei de Crimes Hediondos, na Lei de Drogas e na Lei Antiterrorismo, ante a ausência de tratamento específico, reger-se-ão integralmente pelas disposições gerais do Código Penal, precisamente, por seu art. 13, § 2º, onde estão disciplinadas as fontes genéricas do especial dever de garantia¹⁰⁴.

6. Conclusão

Do exposto, depreende-se que não se pode pretender criar um novo regime jurídico-penal para coibir a prática de atos de terrorismo. A eles, aplicam-se toda a teoria do delito e as demais disposições Constitucionais e do Código Penal.

A excepcionalidade deve restringir-se ao que dispôs o constituinte de 1988, quando equiparou o terrorismo aos crimes hediondos, negando aos seus autores o direito à indulgência do Estado (graça e anistia), e à fiança. Afora isso, estaria o legislador ordinário a criar um regime de exceção não autorizado pela Constituição Federal.

Estabelecer restrições a direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e à revelia da Norma Fundamental é criar um Direito não autorizado, um não Direito, *in casu*, um Direito Penal do inimigo. Tampouco se pode pretender utilizar uma quimérica “política criminal” antiterrorismo para implementar medidas restritivas que ultrapassem os limites constitucionais penais.

Na elaboração de uma definição jurídico-penal de terrorismo, apesar das inúmeras dificuldades que permeiam o desenvolvimento desta árdua tarefa de descrever em um tipo penal a conduta terrorista, especialmente pressionada pela premente preocupação com a superveniência de novos ataques, seu cerne deve quedar a discussão num plano de absoluta racionalidade científica, especialmente ante a

¹⁰⁴ “Art. 13, § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

premente necessidade de desenvolvimento de disposições penais balizadas por direitos e garantias fundamentais, suplantando qualquer demanda político-criminal de exceção decorrente do atentado "X", ou do evento "Y", ou dos altos índices de criminalidade terrorista, e prevalecendo os aspectos dogmáticos que orientam a Ciência do Direito Penal.

Mesmo havendo dezenas de convenções multilaterais para a repressão do terrorismo no Direito Internacional, inexistiu uma definição global que uniformize o seu tratamento jurídico-penal. E tendo em vista o compromisso ético-jurídico assumido pelo Estado brasileiro - tanto em face de sua própria Constituição, como perante a comunidade internacional - de repudiar o terrorismo (art. 4.º, VIII, CF), restou ao Poder Legislativo a adequada elaboração de um tipo legal em conformidade com as diretrizes político-constitucionais e com os limites republicanos.

Nesse passo, em relação a indagação relativa à vinculação do legislador ordinário ao mandamento de criminalização do constituinte (art. 5.º XLIII, CF), conclui-se que, apesar da estrutura lógico-linguística do dispositivo constitucional compor, sob o aspecto formal, uma proposição prescritiva, sob uma perspectiva material, tem-se que o cumprimento do *mandamento constitucional de criminalização* deve se dar em total consonância com a realidade e experiência social, sempre sob o crivo do legislador ordinário (*v.g.* princípio da legalidade), não se lhe retirando sua liberdade seletiva quanto à necessidade de criminalização. Incumbe-lhe, portanto, dentro dos parâmetros constitucionalmente estabelecidos, precisar *se* e *quando* uma conduta será considerada terrorista e qual será a medida da responsabilização penal.

Justamente no intento de atender à determinação constitucional, que o legislador ordinário tardiamente elaborou a Lei Antiterrorismo, residindo o edifício conceitual do delito de terrorismo em seu art. 2º, cujos termos foram detidamente examinados no presente trabalho. Depois de acurada análise da respectiva definição típica, é forçoso propugnar pela revogação da Lei n.º 13.260/2016 e, conseqüentemente, por uma nova definição jurídico-penal do terrorismo, agora no Código Penal brasileiro, inicialmente porque não é apropriado remeter tão relevante tutela à legislação penal extravagante. Além do que, não andou bem o legislador ao estabelecer um longo e diversificado catálogo de condutas delitivas no delito de terrorismo, conforme se observa no § 1º, I, IV e V do art. 2º.

Não só em razão da opção pelo critério misto (objetivo-subjetivo) na definição legal, como também em virtude do excesso de antecipação da intervenção punitiva, empregando-se termos vagos e imprecisos seguidos de fórmulas casuísticas, ampliando-se desmedidamente o alcance do tipo e desrespeitando a necessária descrição clara e taxativa das condutas. Tamanha afronta ao princípio da legalidade deu ensejo a um terreno fértil para a discricionariedade judicial no juízo de subsunção da ação típica, sobretudo com tipos abusivamente abertos, verdadeiros soldados de reserva que só contribuem para propagar a instabilidade e insegurança jurídica. Acresce-se a isso que a exigência legal de elementos normativos como motivos determinantes para o cometimento do delito (*v.g.* art. 2º, *caput*, parte inicial da Lei n.º 13.260/2016), além de múltiplos elementos subjetivos do injusto (*v.g.* art. 2º, *caput*, *in fine* da Lei n.º 13.260/2016), dificultam demasiadamente, quando não inviabilizam, o enquadramento típico pelo intérprete.

Referências

AGUADO CORREA, Teresa. **El principio de proporcionalidad en Derecho Penal**. Madrid: Reunidas, 1999.

AMBOS, Kai; TIMMERMAN, Anina. Terrorismo y **Derecho Internacional consuetudinario**. (*In*) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (orgs.). *Terrorismo y Derecho Penal*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. Crimes hediondos. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre, v. 5, n. 2, abr/jun. 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BATISTA, Nilo. Outro argumento sobre crimes hediondos. **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BATISTA, Nilo. Um pensamento sobre o indulto. **Revista de Direito Penal**. n. 19/20, jul-dez. 1975.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães São Paulo: Martin Claret, 2000

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Direitos fundamentais e justiça. Juiz de Fora. n. 3, v. 1, abr-jun. 2008.

BRICOLA, Franco. **Politica criminale e scienza del Diritto Penale**. Bolgna: Il Mulino, 1997.

BRICOLA, Franco. **Teoria generale del reato: scritti di Diritto Penale**. Milano: Giuffrè, 1997, v. 1.

BURKE, Edmund. **Discurso aos eleitores de Bristol**. Trad. Gustavo Biscaia de Lacerda. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, n. 44, v. 20, p. 97-101, nov. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Legislação especial penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARUNCHO, Alexey Choiet al. Art. 1.º. (In) BUSATO, Paulo Cesar (org.). **Lei Antiterror anotada: Lei 13.260 de 13 de março de 2016**. Indaiatuba: Foco, 2018.

CASTRO, Bruna Azevedo de. **Prestação Pecuniária e Perda de Bens e Valores: aspectos constitucionais e penais**. Londrina: Thoth, 2021.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha dos bens jurídicos**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 4, v. 2, 1994.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Corso di Diritto Penale. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Introdução ao terrorismo: evolução histórica, doutrina, aspectos táticos, estratégicos e legais**. Curitiba: Juruá, 2017.

FELDENS, Luciano. Comentário ao art. 5.º, XLIII. (In) CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. **A fiança criminal e a Constituição Federal**. Justitia. São Paulo, 53 (155), jul-set. 1991.

FERNANDES, Antônio Scarance. Considerações sobre a Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990 – **Crimes hediondos**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 660.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaiher. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: Parte geral. Coimbra: Coimbra, 2004.

FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 4.

GABELLINI, Rogério Batista. **O delito de terrorismo no ordenamento penal**: Lei n.º 13.260/2016. Campinas: Millennium, 2016.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **As limitações do tratamento penal do terrorismo pelo ordenamento jurídico brasileiro**. (In) FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos (coords.). Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. Joaquín Cuello e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos Direitos Humanos**. Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas**: a imposição dos princípios constitucionais penais. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Inez. **Breves Considerações sobre os Princípios Constitucionais das Relações Internacionais**. Consilium. Brasília, n. 3, v. 1 jan-abr. 2009.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Posto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MELO, Vera Lúcia Monteiro da Mota. **O Terrorismo e o Impacto nos Direitos Humanos**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Sociais) - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/15194/1/Melo_2015.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Paulo de Sousa. **Vale a pena o Direito Penal do ambiente?** Lisboa: Associação Acadêmica Faculdade de Direito, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. Coimbra: Coimbra, 2012, v. 1.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El bien jurídico en el Derecho Penal**. Sevilla: Publicaciones de la Universidad, 1974.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: parte especial: volume 9, Direito Penal do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral (arts. 1º a 120)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 89, v. 771, p. 419-449, jan. 2000.

ROSA, Gerson Faustino. Ação de grupos armados. (In) PRADO, Luiz Regis (Coord.); GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário (Orgs.). **Direito Penal Constitucional: a (des)construção do sistema penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Pietro Nassetti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA FRANCO, Alberto. STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Direito Penal da negligência: uma contribuição à Teoria do Crime Culposos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TORNAGHI, Hélio. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 2.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens Jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Um estudo sobre a laicidade e o que é ser laico¹⁰⁵

HELENA DE AZEREDO ORSELLI¹⁰⁶

1. Introdução

O objetivo científico deste artigo consiste em analisar os diferentes conceitos adotados para as categorias laicidade e laico, confrontando-os com suas respectivas críticas, e também apresentar as diversas formas de laicidade do Estado, a fim de demonstrar a importância de sua compreensão face à pluralidade de significados que laicidade e laico podem receber.

A relevância da revisitação do estudo sobre a laicidade decorre do momento presente em que se percebe um aumento da participação na esfera política de pessoas religiosas não apenas no Brasil, mas no continente americano em geral (PASSARINHO, 2019), com reivindicações marcadas por posicionamentos que são fundamentados em premissas religiosas e que não são compartilhadas por aqueles que não professam a mesma fé e por aqueles que não possuem uma crença religiosa.

O emprego de categorias polissêmicas num discurso, sem a prévia definição de seu significado, pode atrapalhar a comunicação e confundir os interlocutores. Algumas pessoas religiosas se dizem laicas, todavia percebe-se, da análise de seu discurso, que adotam argumentos

¹⁰⁵ Esta pesquisa consiste na revisão e na modificação do texto apresentado como parte do capítulo dois da tese de doutorado da autora, defendida em 2013 e cujo título é “O *status* jurídico do pré-embrião humano a partir da Política Jurídica, dos Princípios Constitucionais do Pluralismo e da Laicidade, à luz da Bioética para a construção do Biodireito.

¹⁰⁶ Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e em Direito Público pela *Università degli Studi* di Perugia (Itália). Professora do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pesquisadora vinculada aos grupos de pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo; e Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça. E-mail: helena@furb.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7412639892153527>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5624-9185>.

religiosos, de modo que importa o esclarecimento do que se entende por laicidade e por laico, para compreender se os religiosos¹⁰⁷ podem ou não ser considerados laicos. Ademais, haja vista que se notam diferentes formas de Estado laico, sobreleva verificar as acepções que a expressão laicidade do Estado pode receber.

O trabalho foi estruturado da seguinte maneira: parte-se dos significados da palavra laico, em seguida, expõem-se e analisam-se diferentes de conceituações de laicidade, contrapondo-as a suas críticas, e, por fim, verificam-se os modelos mais difundidos de laicidade do Estado. A pesquisa foi realizada com base no método indutivo, e conduzida a partir da pesquisa bibliográfica, acionando-se as técnicas de referente, de fichamento e da análise de conteúdo.

2. As diversas concepções de laicidade e de laico

Laicidade, laico, laicismo e laicização são termos usados algumas vezes com o mesmo significado, em outras, com diferentes sentidos e, sem apresentação dos respectivos conceitos, criam-se dificuldades na compreensão do discurso ou daquilo que se pretende expor. Para melhor compreensão dessa polissemia ligada a essas categorias, buscou-se uma sistematização dos conceitos.

A palavra laico é de origem grega e significa povo (SPADARO, 2008, p. 165). No direito canônico, a categoria designa a parcela do povo de Deus que não faz parte do clero, ou seja, que não recebeu o sacramento da ordem (SPADARO, 2008, p. 164-165). Na atualidade, o termo laico mantém, dentro da tradição católica, esse significado, com algumas alterações nas funções que podem ser exercidas pelos laicos dentro da Igreja (SPADARO, 2008, p. 166), mas ganhou um significado diferente, na contemporaneidade, qual seja, designa aquele que não é religioso (FORNERO, 2008, p. 242) ou aquele que, em nome

¹⁰⁷ Religioso é aquele que adota uma religião. Emprega-se aqui o seguinte conceito de religião: Dizemos que a religião não é filosofia, não é teologia, não é concepção do mundo: a religião indica uma relação com o sagrado. O sagrado é em si um conceito fundamental, como o conceito de ser, de bonito, de bom, de valor, e pode ser entendido e explicado somente dentro da esfera religiosa. O sagrado é percebido pelo homem como uma realidade totalmente diferente dele (BUONO; PELOSI, 2007, p. 43) (tradução literal pela autora e destaques no original).

da liberdade alheia, renuncia à imposição da sua ‘verdade’ aos outros, ainda que não deixe de nela crer (MANCINA, 2009, p. 10).

Como se nota, a categoria, no debate atual, pode assumir vários significados distintos: o cristão que não pertence ao clero; ou o indivíduo que não crê em Deus; ou aquele que valoriza a liberdade de pensamentos e crenças dos outros indivíduos e não almeja a imposição daquilo em que acredita aos demais. Além de se referir a pessoas, o adjetivo laico pode se referir a um ordenamento jurídico, a um Estado, ou a uma escola de pensamento.

A categoria laicidade também não possui um único significado, sendo considerada ora um método ou um comportamento vinculado ao respeito pelas ideias alheias, ora correspondente a um conteúdo, em que não se considera a existência de Deus, nem se parte de argumentos dogmáticos, religiosos ou metafísicos.

Fornero aduz que a categoria laicidade pode tomar duas acepções, uma forte e mais restrita, e a outra fraca e universal. Na acepção fraca e universal, laicidade consiste numa postura crítica, que, baseada nos valores do pluralismo, da liberdade e da tolerância, não objetiva impor suas concepções pessoais, religiosas, morais, etc, às outras pessoas, nem defende verdades absolutas que pretende valham universalmente. É essa acepção que se emprega, quando se fala em Estado laico, ao se conceber que o Estado deve permanecer neutro em relação às religiões (FORNERO *apud* FORNERO, 2009, p. 67).

Por outro lado, a laicidade, em sua concepção forte e mais restrita, abrange a laicidade fraca, ou seja, acreditar que os outros têm valores e concepções diferentes e, portanto, não pretender impor-lhes os seus como verdadeiros, mas vai além, incluindo um aspecto metodológico, qual seja, a fundamentação do discurso em argumentos racionais, bem como um aspecto substancial, em que o discurso não se fundamenta em premissas religiosas, nem metafísicas, e a argumentação prescinde de Deus. É uma visão não religiosa do mundo, isto é, que não adota nenhum argumento fundamentado em preceitos religiosos. Com esse significado, a categoria pode se referir a uma cultura ou bioética laicas (FORNERO *apud* FORNERO, 2009, p. 67).

De acordo com Fornero (*apud* FORNERO, 2009, p. 67-68), embora correlacionadas, as duas acepções de laicidade indicadas são distintas, porque a laicidade em sentido fraco é uma maneira de conviver pacificamente, ao passo que a laicidade em sentido forte se

constitui de um método de fundamentação racional do discurso, que não se assenta em argumentos religiosos e metafísicos.

Tendo em vista que Fornero (*apud* FORNERO, 2009, p. 68) aponta dois sentidos para a categoria laicidade, segundo ele, as pessoas deveriam, ao se qualificarem laicas, esclarecer em qual dos sentidos se entendem laicas: uma laicidade fraca, que pode ser praticada por religiosos e não religiosos (como postura de respeito e possibilitadora da convivência pacífica); ou uma laicidade forte, metodológica e substancial, a partir de uma fundamentação racional e não amparada em dogmas religiosos, a fim de que a comunicação ocorra de maneira clara. Destaca ainda o autor (FORNERO *apud* FORNERO, 2009, p. 68) que não considerar Deus nem argumentos religiosos na fundamentação do próprio discurso não significa assumir uma postura antirreligiosa, contrária à existência de Deus e das religiões, nem um posicionamento irreligioso, que ambiciona a eliminação das religiões.

A sistematização dos conceitos apresentada por Fornero recebeu críticas de autores que não concordam com essa duplicidade de significados atribuídos por ele à categoria laicidade.

Para Bacchini (2008, p. 48), a laicidade em sentido fraco e a laicidade em sentido forte são uma só, já que há uma mútua implicação entre elas. Para o autor (BACCHINI, 2008, p. 53), o aceitar que suas crenças e convicções não valem para todos, quer dizer, ser laico em sentido fraco, somente é condizente com não crer em dogmas e em argumentos religiosos, o que corresponde à laicidade em sentido forte, pois só assim efetivamente há renúncia à imposição das próprias convicções aos outros. Consequentemente, para Bacchini (2008, p. 54-55), católico e laico não são termos contrapostos, a primeira diz respeito ao conteúdo, e a segunda, ao método (BACCHINI, 2008, p. 66). Católicos são aqueles que creem em Deus e nos ensinamentos da Igreja católica, e laicos são todos os que se inspiram no pluralismo ideológico e religioso, podendo incluir católicos, sendo a laicidade um “[...] sacrificio virtuoso delle proprie prepotenze normative, che pertiene non soltanto ai cattolici, ma anche (e con ugual fatica) ai non cattolici”¹⁰⁸ (BACCHINI, 2008, p. 55-56).

¹⁰⁸ Tradução pela autora: [...] sacrificio virtuoso das próprias prepotências normativas, que compete não apenas aos católicos, mas também (e com igual esforço) aos não católicos.

Outra autora que se opõe à divisão da laicidade em dois sentidos é Borsellino (2008, p. 68-69), que entende que a laicidade em sentido fraco e a em sentido forte “são dois lados da mesma moeda”. Entretanto o ponto de vista da autora diverge do de Bacchini apontado acima. Para Borsellino (2008, p. 69), é impossível a um católico desejar ser considerado laico, uma vez que a pretensão de validade universal dos valores cristãos não é compatível com uma visão pluralista de mundo, com a aceitação de que outros possam pensar diversamente de sua forma de pensar, e aponta que a laicidade só existe se não há valores absolutos e inquestionáveis (BORSELLINO, 2008, p. 68).

Criticando o posicionamento de pessoas que se dizem laicas, mas são pouco tolerantes com os católicos, Bobbio (1999) defende que a laicidade consiste num método mais do que em um conteúdo. Consoante Bobbio (1999), quando se diz que uma pessoa é laica não significa atribuir-lhe um conjunto de convicções, significa que não pretende que os outros pensem como ela, de maneira que não existe uma oposição entre valores laicos e valores católicos, visto que a oposição é entre aqueles que argumentam racionalmente, e os que submetem sua razão aos desígnios de sua fé. Bobbio (1999) conclui que a laicidade é apenas um método que se expressa no respeito pelas ideias alheias e na não imposição de suas verdades aos demais.

Confrontando as explicações dos autores acima apresentadas, verifica-se que a maioria concorda que é possível que uma pessoa religiosa, mesmo acreditando nos preceitos dogmáticos de sua crença, reconheça que, face ao pluralismo característico das sociedades ocidentais contemporâneas, cada indivíduo tenha o direito de crer ou de não crer, e respeite essa opção, o que o caracteriza como laico. Exatamente porque ser laico consiste em aceitar que outros tenham concepções diferentes das suas, essa conceituação não pode ser considerada a única. Por essa razão, entende-se como mais completa a conceituação dada por Fornero, que divide a laicidade em laicidade em sentido fraco e laicidade em sentido forte. A primeira corresponde ao método possibilitador da coexistência pacífica de pessoas, que têm crenças, interesses e valores diferentes, num mesmo espaço, porque se reconhecem e se respeitam as posturas alheias, sem adotá-las para si próprios, e que podem incluir religiosos e não religiosos. Ao passo que a laicidade em sentido forte abarca um aspecto metodológico e um substancial, caracterizados, respectivamente, pela argumentação

racional do discurso, e pela não fundamentação desse em dogmas de fé ou metafísicos.

3. Laicidade do Estado, secularismo e laicização

A laicidade muitas vezes é confundida com secularização, categoria com frequência usada para se referir à perda de influência da Igreja católica na seara política. O termo secular é mais usado na língua inglesa, em que não é usual o termo laicidade (MANCINA, 2009, p. 19), já, nas línguas latinas, as palavras laicidade e laicização são mais comuns (LECALDANO, 2008, p. 34).

Mancina (2009, p. 19) relata que, na França, distingue-se laicização de secularização. Laicização designa a separação política entre o Estado e a Igreja católica, diversamente secularização denomina o processo de perda de influência da Igreja sobre a vida das pessoas, sem que tenha havido intervenção por parte do Estado. Nesse mesmo sentido, Spadaro (2008, p. 177) diferencia secularismo, sinônimo de laicização, e secularização, sendo o primeiro uma atividade intencional de exclusão do poder da Igreja do espaço público, e a segunda, uma mudança da sociedade em relação às instâncias públicas, incluídas as religiosas, que não são mais percebidas como inquestionáveis.

O processo de laicização inicia-se, no século XVII, com as reivindicações de protestantes e católicos por liberdade para a prática de sua religião em Estados que adotavam uma religião oficial diversa da sua. Constituíam-se num acordo de tolerância quanto à prática de outras religiões cristãs diferentes daquela oficial, contudo não abrangia as minorias religiosas, como os judeus (MANCINA, 2009, p. 23), que viviam na Europa à época. Naquele contexto, discutia-se o respeito à liberdade religiosa de cristãos, porém não uma liberdade de religião extensível a todos os credos e cultos, como o contexto de pluralismo cultural e religioso contemporâneo exige.

A complementação do processo de laicização ocorre com a separação entre o Estado e a Igreja que aconteceu nos Estados Unidos da América em 1791; e, em 1789, na França (MANCINA, 2009, p. 17; 22); e no Brasil, em 1890, com o Decreto n. 119-A (BRASIL, 1890). A laicização dos Estados advém em conformidade com as particularidades e especificidades próprias de cada contexto histórico-político e da relação entre Igreja e cada Estado existente à época, por exemplo, há a laicidade francesa ou *de combat*; a laicidade americana ou

“inclusiva”; há países que adotam uma religião oficial, como a Grã-Bretanha e a Dinamarca; e outros países, que, não obstante separados da Igreja, possuem um acordo com essa, como a Itália, a Espanha, Portugal e a Alemanha (MANCINA, 2009, p. 19-20). Em virtude de o presente estudo se referir à laicidade, englobando a separação entre a Igreja e Estado, não serão analisadas as situações de Estados em que há uma religião oficial ou um acordo com a Igreja.

A laicidade francesa, também denominada “de combate” ou militante, é caracterizada pela rígida separação entre o espaço da cidadania e o espaço privado, no qual podem ocorrer as manifestações religiosas (MANCINA, 2009, p. 17). Renault (RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 29) acrescenta à laicidade francesa, a noção de que o Estado, com o fito de tutelar e promover o interesse comum, deve dispensar as diferenças sociais, culturais, econômicas, religiosas e filosóficas dos indivíduos. Renault acredita em que o modelo francês se vincule à ideia republicana de nação, pela qual se objetiva a construção de uma sociedade, em que o bem comum é prioritário em relação aos projetos e interesses individuais (RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 137). Com base nessa visão, o espaço público é o espaço da cidadania em que todos os indivíduos são iguais, e o espaço privado é o ambiente para as manifestações particulares, religiosas e culturais, que não dizem respeito ao âmbito público.

O conceito de laicidade se desenvolveu no final do século XVIII, em um contexto em que se reivindicava liberdade de manifestação religiosa entre cristãos, cujas religiões possuem semelhanças entre si, uma vez que têm uma origem comum, a católica e a protestante. Não havia pretensão de abranger todas as religiões e que hoje, especialmente na Europa (MANCINA, 2009, p. 22), é essencial face à convivência, no mesmo território, de pessoas de credos tão diferentes. Com o aumento da imigração do norte da África e do Oriente Médio a partir da década de noventa do século XX, a intolerância para com costumes, que valorizam a manifestação pública de sua religiosidade, muito distintos dos hábitos franceses, reforçou a concepção de que o espaço público francês é universal e homogêneo, em consequência não aceita as reivindicações de reconhecimento das diversidades religiosas e culturais, conforme explica Renault (RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 49).

Na visão de Renault (RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 142), a laicidade francesa se caracteriza pelo não reconhecimento público de

nenhuma religião, e que obstaculiza o reconhecimento da diversidade cultural, atributo das sociedades atuais (RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 141). Para o autor (RENAULT em RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 143) seguindo esse modelo, é difícil o país se abrir ao multiculturalismo.

Touraine (RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 144) não concorda que a laicidade francesa seja caracterizada pela não abertura ao multiculturalismo, pois, analisando a história francesa, nota-se que sempre houve reconhecimento de especificidades de outras religiões, como a judaica. Touraine (RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 33) conceitua a laicidade francesa somente como a separação entre Estado e Igreja.

No entanto, esse posicionamento não coincide com a maioria dos autores pesquisados para quem a laicidade de combate inclui a exclusão das manifestações religiosas do espaço público. Mancina (2009, p. 17) entende que a laicidade francesa pressupõe a rígida separação entre a esfera pública e a privada e a não aceitação de manifestações de cunho religioso, que devem ocorrer exclusivamente na esfera privada. A laicidade francesa, denominada “de combate”, visa à construção de um espaço público livre de toda manifestação religiosa, a fim de que seja universal (MANCINA, 2009, p. 20), fundado na igualdade e na busca do interesse comum. Como já visto, esse universalismo, na perspectiva de Renault, centrava-se no apagamento das diferenças para considerar todas as pessoas iguais, e que precisa ser remodelado para ser compatível com o multiculturalismo (RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 143), que é traço identificador das sociedades contemporâneas globalizadas.

Nesse ponto, é importante distinguir laicidade de laicismo, que seria um dos extremos da laicidade. Quando a separação entre Estado e Igreja se desvirtua em uma laicidade, que não aceita a presença pública das diversidades e das manifestações religiosas, degenera em laicismo (SPADARO, 2008, p. 171; RENAULT em RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 172). Touraine (RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 81) repudia o laicismo e sua proibição de manifestações religiosas no espaço público. Portanto, numa sociedade que se almeja pluralista, é importante atentar para que a laicidade não degenera em laicismo, que consiste na intolerância, no desrespeito à liberdade individual, especificamente reprimindo a expressão da religiosidade.

Outro modelo de laicidade é a laicidade americana ou “inclusiva”, que, de acordo com Mancina (2009, p. 17), também se caracteriza pela proibição de adoção de uma religião por parte do Estado, e consiste na neutralidade do Estado face às religiões, às manifestações religiosas ou a falta de crença dos indivíduos. Essa neutralidade não impede as manifestações religiosas nem o uso da linguagem religiosa no espaço público, posto que esse é aberto a quaisquer manifestações, inclusive a religiosa (MANCINA, 2009, p. 18).

Renault esclarece que a laicidade americana é construída a partir da tradição liberal, que diferentemente da tradição republicana francesa, tem como fundamento a tolerância (RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 39; 29). Mancina (2009, p. 20) igualmente reconhece que a laicidade americana é mais ligada à tradição liberal do que à tradição republicana, prevalecendo a liberdade individual e a espontaneidade das manifestações sociais, de maneira que o Estado é neutro em relação às religiões, porém os indivíduos são livres para se expressar, ainda que religiosamente, no espaço público.

Todavia Renault inclui nessa concepção de laicidade americana uma religião civil, ou seja, o reconhecimento por parte do Estado da necessidade de uma religião comum, que é a base da moralidade compartilhada e da vida social (RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 141-142). Essa moralidade comum, representada por um conjunto de valores partilhados, fundamenta a convivência. Ainda consoante Renault (RENAULT; TOURAINE, 2005, p. 142), se bem que a laicidade americana se fundamente numa religião civil, não consiste numa religião específica, e nisso se diferencia de alguns países europeus, que adotam uma religião oficial, como já mencionado antes.

Spadaro (2008, p. 163-164) enfatiza o zelo que se deve ter com o propósito de que o modelo de laicidade não degenera em nenhum dos dois extremos, nem num Estado confessional, com o estabelecimento dos valores ditos objetivos, mas espelhados em valores religiosos; nem num Estado de liberalismo extremo, em que o único valor seja a liberdade. Ademais, o direito individual de manifestar sua religião em público não se pode confundir com a assunção de um papel político pelas instituições religiosas (MANCINA, 2009, p. 46), assim como com a retomada de poder e influência políticos, ou com o exercício de função política, por parte da Igreja.

A laicidade do Estado, dessarte, é a garantia da liberdade religiosa. Garante o direito dos religiosos de não imposição de conduta pelo Estado, possibilitando a objeção de consciência em relação a uma norma jurídica em contraposição a sua fé (SPADARO, 2008, p. 79), tal qual a objeção de consciência¹⁰⁹ dos médicos nos casos de aborto legamente previstos. Salvaguarda da mesma maneira o crente da imposição de uma religião ou de condutas por parte da Igreja, de modo que sua ação encontra limites unicamente na sua própria consciência e nas normas jurídicas (SPADARO, 2008, p. 79). Destina-se de igual modo à proteção do não religioso (SPADARO, 2008, p. 81) contra imposições de valores ou condutas ligadas a preceitos religiosos, seja por parte da Igreja, seja por parte do Estado.

O Estado constitucional contemporâneo, fundado nos valores, é neutro em relação às religiões e a seus valores, contudo não é axiologicamente vazio (SPADARO, 2008, p. 217; 216). A Constituição, garantidora dos direitos fundamentais, é fonte de valores que possam ser compartilhados por todas as pessoas, que “[...] nessuno, sia cattolico o comunista o liberale o agnostico, può accampare pretese esclusive sul contenuto della Costituzione”¹¹⁰ (SPADARO, 2008, p. 221). O Estado e a Constituição não podem adotar valores ou preceitos de uma religião e que não sejam partilhados por religiosos e não religiosos.

A Constituição brasileira de 1988¹¹¹ estabelece, como um dos objetivos da República brasileira, a promoção do bem-estar de todas as pessoas, sem qualquer forma de discriminação, por conseguinte pode-se dizer que essa finalidade do Estado brasileiro visa à plena realização dos ideais de vida de todos, independentemente de suas concepções individuais, sociais, políticas, religiosas e culturais, por admitir o caráter heterogêneo das sociedades ocidentais contemporâneas. Zagrebelsky (1992, p. 9) afirma que a Constituição tem a finalidade de dar

¹⁰⁹ A objeção de consciência não pode significar omissão de socorro e o abandono do paciente, mas prestar-lhe atendimento até que outro médico não objetor possa assistir o paciente.

¹¹⁰ Tradução pela autora: [...] ninguém, ou católico ou comunista ou liberal ou agnóstico, pode lançar pretensões exclusivas sobre o conteúdo da Constituição.

¹¹¹ Artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), que neste artigo será denominada simplesmente Constituição brasileira ou Constituição brasileira de 1988.

possibilidade “della vita comune, non il compito di realizzare direttamente un progetto determinato di vita comune”¹¹².

Ao reconhecer que não há um único modelo de vida boa, como a que pautou a vida dos cidadãos por muito tempo nos países de larga tradição católica, a sociedade, por meio de sua Constituição, oportuniza que cada um de seus membros viva de acordo com sua consciência, desde que não haja dano aos direitos alheios. Dessa maneira a Constituição contemporânea dos países ocidentais abre-se ao pluralismo dentro dos limites impostos pela própria Constituição.

Diante disso, o objetivo da Constituição é garantir a convivência comum (ZAGREBELSKY, 2007, p. 98). Não há um único modelo de vida a ser assumido por todos. Cada um pode e deve, para sua realização pessoal, viver da forma como entende ser a melhor para si, conformando suas ações apenas pelas restrições determinadas na Constituição, principalmente respeitando os direitos das outras pessoas. Consequentemente, para a garantia de que os diferentes estilos de vida desejados e adotados pelos indivíduos possam coexistir, é necessário o respeito pelas concepções de vida livremente adotadas pelas pessoas, para tanto o Estado deve ser laico, não se filiando, não favorecendo e igualmente não prejudicando nenhuma vertente religiosa.

A laicidade é um princípio constitucional implícito, posto que não consta expressamente do texto da Constituição brasileira, entretanto nela estão expressos alguns preceitos dos quais se deduz a laicidade do Estado brasileiro. O primeiro deles é o artigo 5º, inciso VI, da Constituição de 1988, que salvaguarda a liberdade de consciência e de crença a todo cidadão ou indivíduo em solo brasileiro. No inciso VIII do mesmo artigo, proíbe-se a discriminação das pessoas em razão de, entre outros fatores, sua crença religiosa, ideologia ou convicção filosófica (BRASIL, 1988).

A liberdade de crença é um corolário da liberdade de consciência (SPADARO, 2008, p. 235), que consiste na possibilidade de o indivíduo autonomamente escolher e praticar uma religião ou um culto determinados; o direito de não encontrar obstáculos ao fazer essa escolha ou essa prática religiosas; bem como o direito de escolher não seguir uma religião, de forma que protege o religioso e o não religioso

¹¹² Tradução pela autora: de vida em comum, não a tarefa de realizar diretamente um projeto determinado de vida em comum.

(SPADARO, 2008, p. 81; 236), contra interferências ou coerções por parte do Estado ou de terceiros, relacionadas à adoção e à prática de uma religião. Segundo Spadaro (2008, p. 236), é uma dupla garantia constitucional à pessoa contra a interferência do Estado quanto aos aspectos relacionados a sua religiosidade, e contra a imposição de comportamento ou concepções de vida por parte de qualquer vertente religiosa.

Da liberdade de consciência e de crença, ou seja, da possibilidade de escolher uma religião para si ou nenhuma, decorre o direito do indivíduo de não ser discriminado por essa escolha, como expresso no inciso VIII do artigo 5º da Constituição brasileira, ou seja, de que essa opção não seja considerada positiva ou negativamente nas relações que estabelecer com o Estado ou com particulares.

Outro dispositivo normativo, do qual se deduz a laicidade como princípio constitucional no Brasil, é o artigo 19 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que obsta que os entes públicos assumam uma religião oficial, subvençionem ou dificultem o funcionamento de qualquer culto. A não adoção de uma religião oficial e a não vedação de sua prática estabelecem a separação entre Estado e Igreja, de conformidade com o que foi visto anteriormente.

Para alguns autores, o processo de laicização, iniciado com a separação do Estado e da Igreja, em países ocidentais, a partir do fim da Idade Média, não se concluiu em diversos países, porque a laicidade do Estado não resulta apenas da cisão entre as esferas de poder de um e de outra. Restam ainda algumas questões a serem resolvidas. Na Itália, por exemplo, a subvenção pública das escolas religiosas e a contribuição do Estado para o sustento do clero (SPADARO, 2008, p. 243-250); e no Brasil a ostentação de símbolos religiosos em prédios públicos e a manutenção no calendário oficial de feriados religiosos católicos no Brasil (GALDINO, 2006, p. 67; 105), privilegiando-se uma determinada religião nesse caso.

4. Conclusão

A categoria laicidade é polissêmica, sendo vários os significados atribuídos a ela. Fornero atribui dois significados à categoria. A laicidade em sentido fraco consiste no método de convivência pelo qual, sem renunciar às próprias convicções religiosas, tolera-se e aceita-se que outras pessoas professem sua própria religião. Por outro lado, a

laicidade em sentido forte compõe-se de dois aspectos: metodológico e de conteúdo. Configura-se, quanto à metodologia, na fundamentação racional do discurso, em que não cabem argumentos intocáveis. Quanto ao conteúdo, a laicidade em sentido forte caracteriza-se pela construção do discurso com base em argumentos que não sejam religiosos nem metafísicos e que prescindem da existência de Deus. Para Bobbio e Bacchini, laico e católico não são categorias opostas, porque a laicidade significa argumentar racionalmente, o que pode ser feito, inclusive por religiosos, que admitem que suas concepções religiosas não são válidas para todas as pessoas. Em contraposição a essa visão está o ponto de vista de Borsellino, segundo o qual a crença em dogmas de fé é incompatível com a laicidade como método, logo um crente não seria nunca um laico.

Parece menos incontroversa, no entanto não é a única acepção válida, a definição de laicidade como um modelo de convivência pacífica entre indivíduos que não possuem as mesmas crenças religiosas, porém partilham o mesmo espaço físico, respeitando-se mutuamente. Esse modelo de convivência é fundado na separação entre Estado e religião, nas liberdades de crença e de consciência, bem como na neutralidade do Estado em relação a todas as religiões.

O reconhecimento da liberdade religiosa advém das lutas pela liberdade, especificamente pela liberdade de consciência a partir do século XVII. A reivindicação pela liberdade religiosa principia-se com as aspirações de respeito e tolerância para com a prática da religião por parte de católicos em Estados confessionais protestantes e por protestantes em Estados confessionais católicos. Não se aspirava à liberdade de crença em qualquer religião, mas exclusivamente a liberdade de crença aos cristãos, não se estendendo, por exemplo, aos judeus que também viviam naqueles países.

A separação entre o Estado e a Igreja, ocorrida na maioria dos países da Europa Ocidental e de alguns países da América, consiste, por sua vez, numa desvinculação do poder temporal do poder eclesiástico. A separação entre o Estado e a Igreja se apresenta de maneira diferente em cada país, de conformidade com as peculiaridades histórico-culturais de cada um.

A laicidade “de combate”, também conhecida como laicidade francesa, caracteriza-se pela rígida separação entre as esferas política e da religião, pressupondo-se que o espaço público é espaço do exercício da cidadania, em que os cidadãos são considerados iguais, ao passo que

a esfera privada é o espaço do exercício da individualidade, em que caberiam as manifestações particulares referentes à cultura e à religião. A laicidade francesa exclui do espaço público as manifestações religiosas e as reivindicações pelo reconhecimento da diversidade religiosa.

A laicidade “inclusiva” ou laicidade americana resulta da separação das esferas de poder do Estado e da Igreja, embora permita, no espaço público, manifestações e expressões da própria religiosidade em respeito à liberdade de expressão individual. Consiste também no reconhecimento de uma moralidade comum compartilhada, que é o alicerce da convivência, denominada religião civil.

A laicidade no Brasil compreende a proibição de imposição, de subvenção, de apoio ou de obstáculo ao culto ou à religião por parte de qualquer esfera do poder público, bem como a liberdade de religião das pessoas, sendo proibida qualquer forma discriminação em decorrência da religião professada. A laicidade do Estado é um processo lento e gradual, que ainda não se completou inteiramente, por exemplo, no Brasil, onde ainda há símbolos religiosos em prédios públicos e a consideração de datas religiosas católicas como feriados nacionais.

O princípio constitucional da laicidade garante a crentes o direito de adotar e praticar qualquer religião e aos não crentes o direito de não professar nenhuma religião. Protege o indivíduo da imposição de uma religião por parte do Estado ou de um comportamento, a que se contraponha sua religião. Garante também a liberdade do crente contra a imposição de um comportamento por parte da Igreja, tendo em vista que é obrigado exclusivamente à observância dos ditames de sua consciência e das normas jurídicas. Logo, pode-se dizer que a laicidade garante aos religiosos e aos não religiosos a liberdade de crença diante do Estado e a liberdade de consciência face a imposições pela Igreja.

A laicidade do Estado, portanto, pode ser representada por sua neutralidade em relação a valores religiosos, o que não significa que o ordenamento jurídico não expresse valores, mas que seus valores são neutros em relação a preceitos religiosos, de modo que podem ser aceitos tanto por pessoas de diferentes crenças, quanto pelos não crentes.

Referências

BACCHINI, Fabio. Una sola laicità. *In*: FORNERO, Giovanni. **Laicità debole e laicità forte**. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità. Milão: Bruno Mondadori, 2008. p. 45-57.

BOBBIO, Norberto. Cari laici, non siate una chiesa. *Corriere della sera*, Milão, 12 nov. 1999. **Archivio storico Corriere.it**. Disponível em: <https://archivio.corriere.it/Archivio/interface/slider.html#!cari-laici-non-siate/NobwRADghgtgpmAXGA1nAngdwPYCcAmYANGAC5wAepSYAxILgJYAEANII7S8xNhMwGdGUcmAC+AXSA>. Acesso em: 12 jun. 2022.

BORSELLINO, Patrizia. Esiste davvero la bioetica laica, ed esiste ancora la bioetica cattolica? *In*: FORNERO, Giovanni. **Laicità debole e laicità forte**. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità. Milão: Bruno Mondadori, 2008. p. 59-71.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *In*: PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade mecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7-109.

BRASIL. Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, que proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm. Acesso em: 2 nov. 2015.

BUONO, Giuseppe; PELOSI, Patrizia. **Bioetica - religiosi – missioni**: La bioetica a servizio delle missioni. Bolonha: Missionaria Italiana, 2007.

FORNERO, Giovanni. **Bioetica cattolica e bioetica laica**. con poscritto 2009. Milão: Bruno Mondadori, 2009.

FORNERO, Giovanni. **Laicità debole e laicità forte**. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità. Milão: Bruno Mondadori, 2008.

GALDINO, Elza. **Estado sem Deus**. A obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LECALDANO, Eugenio. Il contesto della secolarizzazione e la bioetica della disponibilità della vita. *In*: FORNERO, Giovanni. **Laicità debole e laicità forte**. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità. Milão: Bruno Mondadori, 2008. p. 27-44.

MANCINA, Claudia. **La laicità al tempo della bioetica**. Tra pubblico e privato. Bolonha: il Mulino, 2009.

PASSARINHO, Nathalia. Por que igrejas evangélicas ganharam tanto peso na política da América Latina? Especialista aponta 5 fatores. **BBC News Brasil**. 22 nov. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50462031>. Acesso em: 11 nov. 2021.

RENAULT, Alain; TOURAINE, Alain. **Un dibattito sulla laicità**. Tradução de Francesca Colaluca. Roma: XL, 2005. Título original: Un débat sur la laïcité.

SPADARO, Antonino. **Libertà di coscienza e laicità nello Stato Costituzionale**. Sulle radici “religiose” dello Stato “laico”. Turim: G. Giappichelli, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Turim: Einaudi, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La virtù del dubbio**. Intervista su etica e diritto a cura di Geminello Preterossi. Bari: Laterza, 2007.

Por um direito fundamental à saúde: reflexões sobre a necropolítica e as políticas de austeridade fiscal como desafios para a preservação do SUS

FRANCISCO QUINTANILHA VERAS NETO¹¹³

HÉLEN REJANE SILVA MACIEL DIOGO¹¹⁴

1. Introdução

A saúde é um direito fundamental, com firmamento constitucional, muito bem expressa nas palavras de Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi (2010,p.227), ao dizer que a “aplicação tem eficácia imediata e direta, dispensando a *interpositio legislatoris*, pois, na verdade, o que está em questão é o direito à vida, à sobrevivência do ser, e esse direito é superior a todos”. A saúde não é algo que pode esperar, retardar ou ser deixado a deriva.

Não é de hoje, tampouco uma surpresa, que o direito à saúde encontra-se em franca ameaça, a medida que o Estado apresenta constantemente políticas públicas que são tensionadas e levadas a um

¹¹³ Professor Titular do Centro de Ciência Jurídica (CCJ-UFSC). Professor do Mestrado e Doutorado do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Florianópolis (PPGC-UFSC). Mestre em Direito (UFSC). Doutor Direito (UFPR). Pós-doutor (UFSC). Pesquisador e Coordenador do Grupo de Pesquisa Transdisciplinar para uma Sociedade Sustentável/CNPQ. E-mail: quintaveras@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0002-1620-6017>, ID Lattes:0352810627424925.

¹¹⁴ Mestranda em Direito o Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Transdisciplinar para uma Sociedade Sustentável/CNPQ Especialista em Ensino da Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Especialista em História e Cultura Afro-brasileira e Indígena pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) e Especialista em Enfermagem do Trabalho pela mesma instituição. Bacharela em Enfermagem (UFPel). Bacharela em Direito na Universidade Federal do Rio Grande (FURG). E-mail:helendiogo@hotmail.com; <https://orcid.org/0000-0001-6893-8060>; ID Lattes:9122155374736575

processo de deteriorização que reverbera no mapa da saúde, a medida que o acesso para os serviços de saúde tem se tornado restritos e/ou precários na sua forma de oferta.

Desconsiderar a saúde em um Estado Democrático de Direito é convalidar retrocessos que fundamentam um quadro de escassez e inoperância das políticas públicas, a qual atingem, em grande parte, indivíduos que dependem, na maioria das vezes, única e exclusivamente, do Sistema Único de Saúde.

Para tanto o trabalho tem como objetivo problematizar a necropolítica e a política de austeridade fiscal como barreiras para a preservação do SUS e a efetivação do direito fundamental a saúde e propõe-se a responder, sem pretensão de esgotar as possibilidades de reflexão e contribuições para o debate, a seguinte questão: qual a viabilidade de efetivação do direito fundamental à saúde perante as políticas de austeridade fiscal que peformam a necropolítica?

Utilizamos o método de abordagem indutivo, tendo em vista os dados referentes a temática de estudo, e desta análise inferindo conclusões teórico-críticas. Logo, utiliza-se da técnica de pesquisa bibliográfica, interseccionando fontes de natureza técnicojurídica com artigos científicos de cunho interdisciplinar. Prospera ainda nesse texto, a nossa intenção de trazer movimentações críticas, sobre a necropolítica e as políticas de austeridade fiscal, com uma pertinente fundamentação teórico-reflexiva, a luz de autores como: Achille Mbembe (2018a, 2018b) Ailton Krenak(2020), David Orreal (2012), Fabiola Sulpino Vieira e Rodrigo Pucci de Sá e Benevides(2016), José Carlos de Assis e Francisco Antônio Dória (2011), José Ricardo Carvalho Lima Santos(2020), Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2019), entre outros, de modo a produzir a salvaguarda do direito fundamental à saúde, das políticas pública de saúde, sem tardar o SUS.

2. O direito fundamental à saúde e a relevância do Sistema Único de Saúde (SUS)

A saúde é um direito fundamental que deve estar ao alcance de todos indivíduos, devendo assim o Estado zelar para sua disponibilidade, de modo que se estabeleça, sobretudo, a promoção, a prevenção e a dignidade da pessoa humana.

Por ser um direito tutelado constitucionalmente, faz necessário frisar o papel da Constituição como coloca Miguel Calmon Dantas ao pontuar que:

As constituições tutelam a todos diante das manifestações de poder que se revelem ou possam ser exercidos arbitrariamente, não se limitando mais, contemporaneamente, ao poder político exercido pelo Estado, mas também se opondo aos poderes ideológico e econômico [6] quando possam violar a pessoa humana. Não obstante conterem declarações de direitos que resultam de um processo histórico de luta social, as constituições também encampam deveres fundamentais que são associados aos referidos direitos e se direcionam para a proteção indistinta da pessoa humana, numa espiral evolutiva de enriquecimento da cultura constitucional voltada à garantia do bom e justo governo (DANTAS,2020, p.213)

Associado a esse pensamento Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi (2010) reforça que a Constituição é um documento dos mais importantes, pois declara e garante direitos fundamentais, sendo o Poder a serviço dos indivíduos, de modo a efetivar as tarefas constitucionais, “como aquelas declaradas no art. 3º, porque fundamentos do Estado Democrático de Direito são a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, postos no art. 1º da Lei Maior” (SLAIBI,2010,p.227).

De maneira solene, a dicção do texto constitucional afirma no Art. 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

No campo da saúde, com a adoção das políticas de austeridade fiscal assevera um cenário caótico e de incertezas na manutenção de um sistema de saúde híbrido. Essa leitura pode ser aprofundada quando compreendemos que o caminho escolhido tem como pretensa a desmobilização, e desorganizar, um conjunto de políticas sociais com pretextos de inviabilidade fiscal e, por conseguinte, negando o aspecto equitativo e propulsor de demanda do Estado Social para a economia (CAMPOS et. al, 2016). Dispara Campos *et. al.* (2016,p.261) que “existe um cenário preocupante para a sustentabilidade do SUS frente à contra-reforma neoliberal”.

O sistema público de saúde representa um avanço e é produto de um amplo movimento de lutas e discussões provenientes do Movimento da Reforma Sanitária, que resultou na criação do Sistema Único de Saúde (SUS). O sistema público de saúde, ou mais conhecido como SUS, foi instituído pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelas seguintes leis: a Lei 8080/90 e Lei 8142/90, as chamadas Leis Orgânicas da Saúde.

A redução do financiamento das políticas públicas, especialmente, na área da saúde tende atacar frontalmente o direitos e garantias constitucionais, uma vez que o direito fundamental à saúde vem, diariamente, entrando em estado de esgotamento, ou melhor de colapso, performando mortes de indivíduos.

Na confluência do Novo Regime Fiscal (NRF), conhecido como Teto dos Gastos - uma das regras fiscais com uma vigência recente, a qual foi permeada por uma série de debate e questionamentos, foi apensado no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016 - apresentou-se a pandemia do SARS-CoV-2, a qual piorou as demandas e aumentou o fluxo do sistema de saúde. De mais a mais, o Novo Regime Fiscal engessou a verba pública, uma vez que tal regra contém o comportamento com despesas públicas por um período nada mais que vinte anos, sendo que nos primeiros dez anos é posto um crescimento nulo com as despesas primárias (SANTOS, 2020).

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um marco regulatório no acesso a saúde, previsto constitucionalmente, no Art. 196. De caráter universal, gratuito e de acesso equitativo a todos, pode-se dizer que 100% da população utiliza o sistema, de forma direta ou indireta, tendo em algum momento de sua vida utilizado a prestação de ações e serviços de saúde.

Arquitetado a partir de valores como igualdade, democracia e emancipação, o SUS está positivado na Constituição, bem como, na legislação ordinária e em normas técnicas e administrativas. Sua trajetória e consolidação deriva do Movimento da Reforma Sanitária Brasileira (MRSB), composto por entidades com histórico renomado de lutas e defesa do direito universal à saúde, sendo a exemplo o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES), a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco), entre outras. Em que pese reconhecer a significância do SUS estar implantado, e em funcionamento, todavia não se encontra consolidado (PAIM, 2018).

Ao longo de trinta anos o SUS tem aumentado substancialmente a oferta de ações e serviços de saúde reverberando em um maior contingente de atendimentos. Para Francisco Viacava (2018) a evolução do SUS está interligada com as alterações no campos dos recursos humanos, de modo que não só a disponibilidade dos profissionais de saúde em geral, sobretudo os lotados em unidades de Atenção Básica, explicitam o aumento da oferta dos serviços como legitimam as políticas específica, como por exemplo, a Política Nacional de Atenção Básica e o Programa Mais Médicos.

Disserta Fabiola Sulpino Vieira e Rodrigo Pucci de Sá e Benevides (2016, p.02) os avanços na saúde pública do Brasil, nas ultimas décadas, são de significativas respostas e demonstram a potência das políticas públicas “com a ampliação do acesso da população à atenção básica e de emergência, com a universalização da vacinação e da assistência pré-natal, além do investimento em recursos humanos e na ampliação da oferta de tecnologias”.

No aspecto orçamentário, o SUS é mantido, ou seja, o orçamento que dá suporte as ações e serviços de saúde. A Constituição estabelece que os recursos são de responsabilidade da União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

No ano de 2000, a Emenda Constitucional N°. 29, alterou os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Posteriormente, a Emenda Constitucional N°. 86, de 17 de março de 2015, altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, também faz alterações nesse cenário.

O quadro de dúvidas, e incerteza se agrava, com a aprovação da Emenda Constitucional N°. 95, a qual deixa claro que os recursos para a área da saúde ficam sujeitos a um congelamento considerando que as disparidades- econômicas, gênero, sociais e de raça, entre outras- alavancam a necessidade de uso das políticas sociais. Afirmam Vieira e Benevides(2016) que o Estado com a EC nº 95 – o Novo Regime Fiscal- já demonstra uma reforma implícita, contudo de impacto, uma vez que minimiza a participação das despesas primárias em relação Produto Interno Bruto (PIB) cuja posição reflete diretamente na prestação das políticas públicas pelo Estado, sendo sobreponderados na saúde e na educação.

Com a realidade mundial chamada novo coronavírus (SARS-CoV-2), denominada de Covid-19, o mundo vive um estado de

emergência frente a pandemia, logo os serviços de saúde são demandados a agir frente as contaminações, hospitalizações e mortes em decorrência da Covid-19 associado a outras patologias que já eram previstas nas rotinas de atendimento.

A semântica do SUS está relacionado a oferta de ações e serviços de saúde que possam atuar na promoção, prevenção e recuperação. A saúde é um direito que não pode ser renunciado, os quadros da pandemia demonstraram a angústia de um sistema que necessita funcionar e que não admite mais a renúncia dos governos, através de políticas fiscais que promovem o atraso de direitos e, muitas vezes, estes estão próximos, em uma linha tênue, entre vida e morte.

3. Das políticas de austeridade fiscal à necropolítica: uma chamada a reflexão sobre a (in)viabilidade do direito à saúde

A adesão de regras fiscais tanto por economias desenvolvidas como as emergentes e pobres é um fenômeno que vem ganhando força no decorrer dos últimos trinta anos. No quadro atual, já são mais de noventa países que utilizam tais regras. A alegação, para a adesão e implementação, decorre do déficit observado nos países membros do FMI, logo esse mecanismo tende a materializar a cultura de uma disciplina fiscal, tão necessária, para segurar ganhos advindos de reformas estruturais e um desenvolvimento sustentável da política fiscal, tudo a longo prazo (SANTOS, 2020).

Nesse bojo do pacote neoliberal, o Sistema Único de Saúde(SUS) é o primeiro que é atingido e tentado, insistentemente, a sucumbir, na medida que há uma diminuição visceral no seu financiamento, comprometendo assim a sua permanência e a possibilidade de acesso.

A densidade certa dos escritos de Achille Mbembe(2018a), no ensaio “Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte”, muito bem explica, esse movimento estatal(soberano) que delega uma espécie de permissão de viver, ao mesmo tempo, que simultaneamente, da mesma forma, delega uma espécie de permissão para morrer. Muitos são alvos direto de um sistema tributário regressivo, desigual e na contramão das garantias. Outros são alvos, para além da carga tributária, de um sistema cruel que não protege direitos e nem políticas públicas que os deixem viver dignamente.

Assim, como outros são alvos das políticas de austeridade fiscal, a qual reduzem a sua possibilidade de acesso ao direito à saúde. Dessa forma todos são alvos de um sistema que age exacerbadamente para a manutenção do *status quo* de uma elite dominante que se sustenta pelo domínio capitalista e neoliberal.

Modela dessa forma, a necropolítica voltada para a população pobre e em sua maioria também negra. O subfinanciamento do SUS adquire na prática essa dimensão necropolítica, de um Estado de exceção permanente para os miseráveis, que abrange desde a falta de leitos até a violência urbana qualificada pelo necropolítica policial direcionada a fenótipos melânicos. Essa estratégia necropolítica também chega em hospitais com sua estrutura precarizada, em que não se pode garantir a vida por falta de insumos e de condições básicas de estrutura para o bom desempenho do serviço público de saúde. O sucateamento visa a subsequente adoção de modelos privatistas de gestão da saúde a partir de hospitais, empresas da área de saúde privados ou Organizações Sociais voltadas para o lucro, em que a vida não aparece com um bem superior a ser protegido. O usuário, “paciente”, aparece como produto e na melhor das hipóteses como mero consumidor de serviços. Se as doenças forem caras, as suas dificuldades serão ainda maiores pela colocação dos custos como forma de maximizar a lucratividade. Tudo isto moldado também pelas formas de precarização do trabalho dos trabalhadores da saúde, sujeitos a longa jornadas e queda das suas remunerações, processos os quais foram agravados na pandemia de Covid-19.

Para Assis e Dória (2011) o bloqueio da necropolítica global expressa principalmente nos EUA atuando na condição de império propulsor da globalização neoliberal com seus consortes europeus da OTAN, e a estrutura multilateral distorcida da proposta original keynesiana de Bretton Woods. Essa inversão deturpadora atinge seu ápice, após o fim da guerra-fria com a formação de um governo global voltado, unicamente, para implementar políticas de austeridade em prol do capital financeiro, visando assim o ajuste financeiro, permanente através do mantra da responsabilidade fiscal para bloquear o financiamento da atuação social, ambiental, cultural dos serviços públicos do Estado incluindo, obviamente, o subfinanciamento do sul e o incentivo de políticas para incentivar o mercado privado de saúde. Para tanto é necessário ambientar o contexto de emergência do neoliberalismo após a Guerra-Fria:

O que isso importa, afinal? Tal processo, em realidade foi socialmente virtuoso durante muito tempo, quando os diferentes faróis de esquerda iluminavam o caminho da busca da justiça social. E, claro, isso foi facilitado pela Guerra-Fria, pois a presença de uma potência mundial socialista militarmente em pé de igualdade com a potência capitalista hegemônica era uma referência importante da luta política também nas democracias ocidentais. Entretanto, o Muro de Berlim foi derrubado, e pouco depois a União Soviética, revelando-se ao mundo as entranhas carcomidas do socialismo real. Sem referência externa, os faróis da esquerda tiveram que voltar-se para dentro de si mesmos. Nisso caíram numa tremenda confusão, a meu ver em razão do despreparo de muitos de seus dirigentes, particularmente intelectuais europeus e certamente a maioria dos economistas, para a crítica econômica do mundo pós-soviético e do próprio neoliberalismo (ASSIS; DÓRIA, 2011, p. 48).

Para exemplificar a natureza desconstrutiva das contra-reformas neoliberais que salientam a despesa orçamentária de forma avessa aos gastos sociais em políticas públicas de bem-estar social. O único objetivo é a redução ininterrupta dos gastos públicos, apenas com estímulos destinados as exportações e ao pagamento da dívida interna pública, o que é sempre encetado através de programas impostos pelas condicionalidades do FMI:

No que diz respeito à economia política, o programa do FMI é tão espantosamente óbvio, e de mau gosto[...]. São os pobres que pagam a crise via redução dos salários e de gastos públicos, em especial quando os gastos públicos são de natureza social. Na relação comercial com o exterior, o comando do excedente sobre uma base material reprimida é das empresas; assim, quanto maior é o excedente comercial, maior é a transparência de renda de pobres para ricos na relação empresarial. E, à vista do que se discutiu anteriormente, não estamos diante apenas de relações sociais nas empresas, mas também de relações políticas, mediante a orientação que se dá ao gasto orçamentário: os incentivos diretos e indiretos às exportações prevalecem sobre as demais despesas de governo (ASSIS; DÓRIA, 2011, p. 42).

Ailton Krenak (2020) traduz toda essa problemática ao descrever a estupidez e insensibilidade neoliberal voltada para os lucros

colocando essas lógicas nos seus devidos lugares. Na concepção do autor, trata-se de governos burros que tomam como ponto de partida a ideia de que a economia não pode parar, esquecendo assim que essa atividade é exercida por humanos e que depende destes. Os humanos estando em um quadro de risco significa que qualquer atividade humana deixa de ter sentido. Isto significa dizer que a economia está em primeiro lugar, da mesma forma que verbalizar que o navio é mais relevante que a tripulação. “Coisa de quem acha que a vida é baseada em meritocracia e luta por poder. Não podemos pagar o preço que estamos pagando e seguir insistindo nos erros” (KRENAK, 2020, p. 08).

Apesar de toda a crítica já evidenciada em outras áreas da ciência contra a própria forma determinista desta economia que ainda se baseia em mitos como a de que os investidores são racionais e independentes, que os mercados são livres e justos; que os mercados são estáveis e que refletem o valor e o risco, a matemática financeira tem sua origem em jogos de azar e a vida real não segue padrões organizados das cartas ou dos dados (Orrel, 2012) em relação a sua própria base científica defasada, em relação à própria ciência contemporânea, que dispõe de novos instrumentos de pesquisa, diagnóstico e prognóstico em campos como a matemática, a física da complexidade, a biologia dos sistemas, etc.

Essa contextualização histórica também demarca um cenário de expansão da violência estrutural para manter as classes perigosas sob controle. Pois a própria pandemia contribui para a ampliação da destruição do tecido econômico, com desemprego, necessidade de novas premissas para a qualificação da mão de obra, constituindo novos processos de normalização e docilização social biopolíticos, que contam também com a imposição de uma nova razão instrumental do mundo neoliberal. A experiência brasileira, no entanto exige também a incorporação de outros elementos de exclusão ligados a necropolítica e suas formas de biopoder moduladas no mundo colonial periférico sempre em Estado de Exceção (Mbembe, 2018a) como o nosso racismo estrutural oriundo dos genocídios (Nascimento, 2016) escravidão e extermínio dos povos originários configurando a persistência de formas de altericídio de acordo com o termo utilizado, por Mbembe em sua crítica da razão negra (MBEMBE, 2018b) em que também esclarece a inexistência de uma humanidade comum nos termos apontados por Frantz Fanon que segundo Mbembe merece ter

seu projeto prolongado com a incapacidade de muitos serem senhores de sua própria vida:

Acrescenta o autor que em um mundo demarcado pela separabilidade hierárquica, onde a ideia de uma condição humana não é assumida na sua prática, visto que ainda subexistem inúmeras formas de apartheid, discriminação, exclusão e modelos estruturais substituíram as divisões coloniais. Em resposta, em grande parte do tempo, desenvolvem-se, e crescem, sistemas de acumulação por expropriação, violências e desigualdades estruturadas por um sistema econômico mundial brutal. Tal sistema tende a se generalizar, abrindo fronteiras para a barbárie e precariedade, de modo a impossibilitar que muitos possam ter o gerenciamento de suas vidas e serem, de fato, senhores da própria vida (MBEMBE, 2018b).

Os direitos são necessários para garantir o bem-estar, coletivo e o individual, dependendo assim de renda tributária arrecadada para satisfazê-los sejam eles das mais variadas dimensões, estendendo tal quadro também para os direitos humanos em sua totalidade.

O financiamento dos direitos básicos por meio da renda tributária nos ajuda a ver claramente que os direitos são bens públicos: serviços sociais pagos pelo contribuinte e administrados pelo governo, cujo objetivo é aperfeiçoar o bem-estar coletivo e individual. Todos os direitos são positivos (HOLMES & R. SUSTEIN, 2019, p. 34-35).

Uma expressão arquetípica desta marca necropolítica do neoliberalismo é a expressa no documento redigido pelo economista chefe do Banco Mundial, Lawrence Summers, que mostra a necropolítica do darwinismo social neoliberal explicitado nesta instituição multilateral:

Lawrence, Summers, então economista chefe do Banco e autor do referido documento, apresentava três razões para que os países periféricos fossem o destino dos ramos industriais mais danosos ao meio ambiente: 1) o meio ambiente seria uma preocupação “estética” típica apenas dos bem da vida; 2) os mais pobres, em sua maioria, não vivem o tempo necessário para sofrer os efeitos da poluição ambiental. Segundo ele, alguns países da África ainda estariam subpoluídos. Nesse sentido, lamentou que algumas atividades poluidoras não fossem diretamente transportáveis, tais como produção de energia e infra-estrutura em geral; 3) pela

“lógica” econômica, pode-se considerar que as mortes em países pobres têm um custo mais baixo no que nos países ricos, pois seus moradores recebem salários mais baixos (ACSERALD, 2009, p. 07).

A essa fala bizarra que acorda com a necropolítica em sua pureza ideológica neoliberal de um economista do multilateralismo hegemônico, contrapomos a fala de Ailton Krenak, que na sabedoria milenar dos povos originários exprime o absurdo da lógica perversa do mercado que canibaliza a vida incluindo a tentativa de colapsar os sistemas de saúde ,como o SUS, dentro de uma lógica de descartabilidade completa do ser humano:

Vemos algumas pessoas defenderem a manutenção da atividade econômica, dizendo que “alguns vão morrer” e é inevitável. Esse tipo de abordagem afeta as pessoas que amam os idosos, que são avós, pais, filhos, irmãos. É uma declaração insensata, não tem sentido que alguém em sã consciência faça uma comunicação pública dizendo “alguns vão morrer”. É uma banalização da vida, mas também é uma banalização do poder da palavra. Pois alguém que fala isso está pronunciando uma condenação, tanto de alguém em idade avançada, como de seus filhos, netos e de todas as pessoas que têm afeto uns com outros. Imagine se vou ficar em paz pensando que minha mãe ou meu pai podem ser descartados. Eles são o sentido de eu estar vivo. Se eles podem ser descartados, eu também posso. (KRENAK, 2020, p. 07).

Diante deste contexto, a concretude e a concretização da aplicação dos direitos fundamentais sociais, em particular, a saúde, requer orçamentos disponíveis para implementá-los. Então a luta por políticas públicas contra a chamada reserva do possível, que fazem parte do processo de ideologização jurídica fundamentalista das correntes econômicas neoclássicas e neoliberais, com suas verdades, indiscutíveis e inquestionáveis, vendidas por peritos pagos para fabular na sociedade do espetáculo, são urgentes. As políticas de austeridade fiscal, tem sem dó nem piedade, construído rotas que levam os usuários do SUS- que representam trabalhadores, mulheres, população negra, população periférica e outros- para verdadeiros “becos sem saída”. Nesse caminho está em jogo os corpos de, homens e mulheres, que negados do direito fundamental à saúde, ficam à mercê da descartabilidade em cemitérios.

4. Conclusão

Urge um posicionamento crítico, e prático, de defesa do direito fundamental à saúde e das políticas públicas de saúde com vista de não consentir com o *modus operandi* de diminuição do Estado em prol da mercantilização das ações e serviços de saúde. Ailton Krenak(2020), intelectual de tamanha densidade e sabedoria autóctone, na sua célebre obra *O Amanhã não está à venda* muito nos ensina, em especial sobre uma ética de viver e de cuidado da teia global, a qual faz sentido para uma vida que proteja todos do território do aniquilamento, do silenciamento e da morte. Logo, a partir de breve e sucinta leitura crítica das políticas de austeridade e da necropolítica, cristalizamos e demarcamos a nossa luta e posicionamento incessante, pela proteção do direito fundamental à saúde e do sistema público de saúde, afirmando que o SUS, assim como o amanhã, sob hipótese algum, pode estar à venda.

Incontestavelmente, são essas lógicas de precarização do mundo do trabalho e de sucateamento dos serviços públicos, especialmente, em uma de suas dimensões mais importantes, como a da área da saúde que afetam a prevenção, proteção, promoção e recuperação da saúde.

O modelo do Estado mínimo promovido por políticas fiscais de austeridade (Blyth) visa alimentar o mercado rentista financeirizado da dívida pública, e angaria espaços para a cara medicina privada, que não é capaz de proteger o estado das populações marginalizadas e hipossuficientes. Assim como impossibilita o importante papel que uma medicina preventiva, e popular, como a do SUS que pode promover a contribuição para a erradicação da pobreza, para o desenvolvimento nacional conjuntamente com a redistribuição da riqueza, da renda, da terra, com segurança e soberania alimentar, mitigação climática e com o saneamento reduzir problemas como a mortalidade infantil.

Desta forma, o estudo do orçamento, e dos seus cortes, por medidas de austeridade fiscal é essencial para preservarmos a universalidade do SUS que apesar da cruel estratégia de subfinanciamento foi responsável por reduzir a tragédia anunciada na pandemia do SARS-CoV-2(COVID-19); a qual foi fomentada de forma genocida pelas políticas desgovernadas e negacionistas conjugadas com o fundamentalismo de mercado sempre permeado por conflito de interesses de agentes públicos querendo prevalecer

interesses empresariais sobre o interesse público, o que subtrai orçamentos necessários ao funcionamento do maior programa universal de saúde pública do mundo que distribui medicamentos para doenças como o HIV e câncer, realiza procedimentos cirúrgicos, salva pessoas precarizadas em acidentes, no Brasil uberizado (Antunes,2020), que criou uma estrutura de governança capitalizada, democrática, participativa, comunitária e descentralizada que promove a saúde para a imensa massa de miseráveis no Brasil.

A destruição do SUS é uma política de austericidade criminosa e que com a terceirização promovida por organizações sociais através da Reforma do Estado pode implicar em danos sociais, sobretudo, na efetivação do direito à saúde. Essas políticas austericidas atentam contra os direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988. A descolonização das políticas públicas destas ideologias necropolíticas da governança neoliberal são a esperança de um Brasil mais igualitário, saudável e justo que não pode ser subtraído intergeracionalmente para as gerações futuras, que terão que enfrentar, além dos efeitos nefastos das políticas de austeridades, com a probabilidade de aumentos de pandemias como a da COVID-19, junto com Dengue, Chicungunha, que junto com endemias e as epidemias dentro das mudanças climáticas em curso precisarão do robustecimento do SUS e não da sua destruição por interesses privados e egoístas, subtraindo vidas e histórias.

Referências

ACSERALD, Henri; MELLO, Cecília de Campello de Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é a justiça ambiental?** Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ANTUNES, Ricardo (org.). **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0** 1. ed. São Paulo: Boitempo,2020.

ASSIS, José Carlos de; DÓRIA, Francisco Antonio. **O universo neoliberal em desencanto**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

BLYTH, Mark. **Austeridade: a história de uma ideia perigosa.**

Tradução José Antonio Freitas e Silva. 1ª edição, São Paulo: Editora Autonomia Literária, 2017.aus

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. Constituição (1988). Emenda constitucional 29, de 13 de setembro de 2000. Disponível em :<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional N°. 86, de 17 de março de 2015. Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm> Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional N°. 95, de 15 de dezembro de 2016. Disponível em :<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm> Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. Lei N°. 8.090 de 19 de setembro de 1990. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. Lei N°. 8.142 de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm> Acesso em : 10 jun. 2022.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa, BEDRIKOW, Rubens; SANTOS, Júlia Amorim Santos, TERRA, Lilian Soares Vidal; FERNANDES, Juliana Azevedo; BORGES, Fabiano. Direito à saúde: o Sistema Único de Saúde (SUS) está em risco? **Interface - Comunicação, Saúde, Educação** [online] v. 20, n. 56, 2016 Disponível em:<<https://doi.org/10.1590/1807-57622015.0409>> Acesso em: 05 jul 2022.

DANTAS, Miguel Calmon. Constituição Minoritária e Covid-19 in: BAHIA, Saulo José Casali (Org.) Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus / organização de Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora Iasp, 2020. - 297p.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos. Por que a liberdade depende dos impostos.** São Paulo: Martins Fontes, 2019.

KRENAK, Ailton. **O amanhã não está à venda.** São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte.** São Paulo: N-1 edições, 2018a.

_____, Achille. **Crítica da razão negra.** Traduzido por Sebastião Nascimento. - São Paulo: n-1 edições, 2018b.

ORREL, David. Economitos. **Os dez maiores equívocos da economia.** Tradução Adriane Ceschin Rieche. Rio de Janeiro: Best Business, 2012.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado.** São Paulo: Editora Perspectiva, 2016.

PAIM, Jairnilson Silva. Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos. **Ciência & Saúde Coletiva** [online] v. 23, n. 6, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.09172018>>. Acesso em 05 jul 2022.

SLAIBI, Maria C. Barros Gutiérrez. O direito fundamental à saúde. BIS. Boletim do Instituto de Saúde (Impresso), v.12, n.3, p.227-233, 2010

SANTOS, João Ricardo Carvalho Lima. **Novo regime fiscal:** contexto e resultados recentes / João Ricardo Carvalho Lima Santos. – Brasília: Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, 2020. 63 p. -- (Coletânea de Pós-Graduação. Políticas Públicas).

VIACAVA, Francisco *et al.* SUS: oferta, acesso e utilização de serviços de saúde nos últimos 30 anos. **Ciência & Saúde Coletiva** [online], v. 23, n. 6, 2018 Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.06022018>>. Acesso em 05 mar 2022.

VIEIRA, Fabiola Supino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. O Direito à Saúde no Brasil em Tempos de Crise Econômica, Ajuste Fiscal e Reforma Implícita do Estado. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, Brasília, v. 10, n. 3, p. 1-28, 2016.

O ativismo judicial a sua genealogia da moral: a consciência efetual na compreensão da fragmentação da democracia no Brasil

EMERSON DE LIMA PINTO¹¹⁵

1. Introdução

A investigação procura conduzir a *hermenêutica filosófica* em diálogo com a *Genealogia da Moral* de Nietzsche a fim de contribuir para desvendar a fragmentação da democracia contemporânea no Brasil em razão do ativismo judicial subjetivista decisionista de caráter antigarantista. No Brasil, a postura ativista no Poder Judiciário tem sido moralista e subjetivista frente aos fenômenos sociais e tem produzido decisões judiciais que desafiam uma compreensão jurídica e ética do próprio Direito, constituindo-se numa original reconstrução do ideal ascético.

O *constitucionalismo* de porte positivista, normativista e normativista exerceu um controle epistêmico significativo nas decisões judiciais de cunho *moralista* em nossa *tradição republicana*. Contudo, na última década, observa-se um ressurgir moralista nas decisões judiciais que possuem um perfil decisionista e subjetivista, colocando em risco o debate sobre a *condição existencial da Constituição* como lugar da experiência hermenêutica que revitalize os alicerces epistêmicos da interpretação judicial. A postura do *Poder Judiciário* tem imposto aos humanistas uma profunda reflexão sobre o alargamento do *Estado de Exceção* para seu interior enquanto valor.

Com a *hermenêutica filosófica* aplicável por meio do diálogo à percepção constitucional crítica assentada em tradições revela a existência de verdades inautênticas aplicadas no sistema judiciário. A *genealogia da moral* de Nietzsche contribui para elucidar a origem dos

¹¹⁵ Pós-doutor em Direito UNISINOS. Doutor em Filosofia e Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Ciências Penais PUCRS; Especialista em História da Filosofia UNISINOS. Especialista em Relações Internacionais e Geopolítica e Defesa pela UFRGS. Advogado. Professor no Centro Universitário CESUCA e da FACCAT. E-mail: ersonlp@terra.com.br

nossos conceitos morais, ao questionar o valor do valor da moral que alimenta o *ativismo judicial* motivando-o no sentido decisionista-subjetivista que torna possível trazer a jurisdição de exceção que inverte a perspectiva nietzschiana de um *ideal ascético*, que coloca o homem no centro reorganizando a estrutura original da moral dos senhores e a dos escravos.

Em relação ao procedimento a ser adotado, observa-se que através da pesquisa qualitativa será possível dar conta das diferentes representações sobre a temática proposta aliada a fenomenologia hermenêutica na interpretação dos dados. O objetivo desse ideal está nas ações humanas que se baseiam tão somente nas suas relações, e não mais com a ‘vontade transcendental’ que é posta em xeque numa sociedade que estava em processo de construção de redução de desigualdades sociais.

2. Sobre A Compreensão Do Sentido Na História Efetual Gadameriana

No que diz respeito à diferença fundamental entre Heidegger (2001) e Gadamer (2002) está no sentido, o qual não deve ser imposto, mas descoberto, des-ocultado. Assim como em um jogo, em uma perspectiva hermenêutica, algo é compreendido, na medida que aquele que quer compreender deve ser capaz de ouvir o outro, sem hierarquias, mas, sim, igualdades de condições, estabelecendo com ele um diálogo. Busca-se chegar à compreensão num vir ao encontro, vivendo na linguagem. Desse modo, vem à tona a necessidade de parametrização da linguagem na busca do (des)ocultamento do moralismo em curso nas instituições sociais de caráter republicano como no *Poder Judiciário* e o *Ministério Público*.

O que vem à superfície, em sua verdade, é o *logos*, que não pertence a alguém, é comum a todos e não exclusivo, por isso o *diálogo*, sendo que aquele que o conduz, muitas vezes, permanece como aquele que não sabe, assumindo o risco implícito de que não sabe, permanecendo na expectativa de agregar o conhecimento. A *consciência histórico-efetual* será como que a oposição argumentativa da situação hermenêutica (GADAMER, 1998, p. 70-71). Não há situação hermenêutica que se desenvolva como ponto de início para avaliar determinados temas, não há consciência hermenêutica, situação hermenêutica, se não existe uma consciência histórica efetual, o que

dizer uma consciência de que *nós somos* determinados pelos fatos históricos. Esses fatos históricos, por um lado, são um peso que limita a nossa *compreensão*, mas, de outro lado, explicitados, analisados, reconsiderados e interpretados a partir de uma “ontologia do poder” (MOOTZ III, 2011, p. 114-115) passa a ser o próprio impulso essencial do desenvolvimento da *compreensão*.

Assim, tem-se que a *compreensão* é algo mais que um recurso metodológico, é um intento em constante mudança, uma tentação que irá acontecer em algo ou com alguém. A presença do outro é que ajuda a descobrir, abandonar a *clausura* e a atividade judicial pressupõe sempre envolvimento com o *outro*, com *os outros* e com *nós mesmos*. Segundo Gadamer, é na aceitação da diferença e da distância do outro que ocorre o sentido enquanto resultado do diálogo. A tradicional divisão senhor e escravo revela a dicotomia que apresenta uma hierarquia social que se manifesta no pensamento da *genealogia da moral* de Nietzsche (1991, p. 84-85), trazendo ao horizonte um processo de

[...] autossuperação da vontade de verdade, a tomada por si mesma como problema, condição para morte da moral, que pode livrar o homem desse anseio de afastamento da vida e de seus pressupostos e de desejo do nada. Tal superação preparará o possível advento, após muitas guerras e vitórias preparatórias, do homem redentor que inverterá os valores e orientará o homem para a afirmação da vida contra toda a transcendência e desvalorização.

Com a hermenêutica filosófica, aplicável por meio do diálogo à percepção constitucional crítica assentada em tradições, revela-se a existência de verdades inautênticas aplicadas no sistema judiciário, de modo que podemos aproximar o sacerdote invertido de Nietzsche do ativista judicial do hoje no Brasil que pressupõe o Direito submetido a filosofia moral do autor alemão.

Certo ascetismo, certa renúncia radical e serena, favorece, segundo vimos, o desenvolvimento de uma espiritualidade superior, e é também uma das consequências mais naturais desta espiritualidade, não é de maravilhar, portanto, que os filósofos olhassem com tão bons olhos, para o ideal ascético. E se fizermos um exame sério exame histórico, veremos que entre o ideal ascético e a filosofia há um laço ainda mais forte. Poderia dizer-se que o ascetismo serviu de amparo à filosofia (NIETZSCHE, 1991, p. 76).

Gadamer afirma que a linguagem não é posseção dos interlocutores, todo *diálogo* se constituiu uma linguagem comum. Com aproximação da crítica a metafísica de Nietzsche e a ao subjetivismo romântico (MOOTZ III, 2007, p. 377-8) Há algo no *diálogo* postado no meio sobre o que se cria um intercâmbio mútuo, chegando-se a um acordo, isso não quer dizer que os companheiros de conversa se adaptam uns aos outros, mas que durante o diálogo se encontram. O acordo não é uma mera imposição ao ponto de vista, mas uma transformação ao rumo comum, de onde não se continua sendo o que se era, e nessa fusão de horizontes, identificam-se os pontos de aproximação do ativista e do sacerdote.

O fato de compreender não significa apenas uma inteligência de um novo sentido do texto, o compreender é um compreender que faz parte do ser humano como um existencial. Desta banda, percebemos que, como diria Heidegger (2001, p.56), “o modo de ser no mundo é modo de compreender, e o ser no mundo é um compreender e interpretar”. Portanto, o denominado *ser-no-mundo* é um já sempre saber virar-se no mundo, é dar conta de si mesmo no mundo. Esse dar conta profundo é o compreender, portanto, o compreender existencial que inclui, em si, a ideia da hermenêutica filosófica.

Por fim, pode-se dizer que sujeito e objeto se encontram numa situação histórica em que há a possibilidade da efetivação do jogo da compreensão, à base da linguagem (mediadora). Assim, antes de sermos os conhecedores da história e das condições de conhecimento, há a possibilidade de um outro sentido, com relação a verdade, na qual assume-se um *acontecer*. Dessa forma, a proposta gadameriana ultrapassa as possibilidades de domínio das condições de possibilidade, uma vez que o sujeito sempre chega tarde ao lugar em que já está sendo a *compreensão*. Em Nietzsche (1991, p.105) temos uma crítica feroz às compreensões que produzem uma

fé metafísica em um valor em si e inquestionável da verdade que colocou o problema da fé no Deus do ideal ascético, mas resta por colocar o problema da fé no próprio valor da verdade, pois tal fé implica também um empobrecimento da vida, sendo os avanços da ciência apenas uma desvalorização progressiva do homem, impulsionando-o para o nada, fortalecendo o ideal ascético.

Recorde-se que o ascetismo é um meio de vida fraco e doente para manter a existência de modo condicionado, visto que a vida frágil tem de renunciar à explosão das paixões e emoções; ela deve se manter as paixões sob controle rígido para poder sobreviver a ordem mundana das coisas.

3. O estado de exceção interpretativo e ativismo judicial

A análise procura trazer críticas que visam melhor elucidar a *compreensão* de alguns âmbitos de atuação dos efeitos da *tradição* que envolve o *Estado de Exceção Interpretativo* e suas consequências para a *Constituição*, fragilizada pelo processo social e econômico em curso, sejam elas emanadas no momento de sua produção, sejam elas produzidas no instante de sua aplicação. No horizonte em que ações *golpistas* ou *autoritárias* passaram a ser admitidas, reduzindo a democracia a seu aspecto puramente formal, o passo subsequente pode ser aproveitar-se dos institutos constitucionais e legais a fim de implementar um *Estado de Exceção* (FRANKENBERG, 2018, p. 259-60) sob aparência de legalidade onde a própria noção de moralidade é superada por uma “[...] vontade que o ideal ascético expressa não é contrariada por nenhuma outra vontade, nem mesmo pela ciência, pela história ou pelo ateísmo, pois por trás destes encontra-se a vontade de verdade, imposta pelo próprio ideal ascético cristão” conforme Nietzsche (1991, p.111), na homogeneização social. Entretanto, talvez já estejamos inseridos neste contexto tendo em vista o *subjetivismo decisionista* que passou a ser aplicado no âmbito da jurisdição constitucional seja a aplicação última de uma superação da culpa de origem judaico-cristã que tanto incomodou Nietzsche (1991) em sua produção teórica, com a inversão da moral do senhor e do escravo em razão do sacerdote, agora, pertencer a aristocracia e seu desejo de manutenção social evitando uma igualização dos seres, pois tal condição ameaçaria a ordem natural, uma vez que, agora, as paixões estão libertas para que o ressentimento da elite guerreira possa se manifestar após haver sido contida por políticas públicas asseguradores da redução das desigualdades sociais.

A submissão ao direito; oh! Que revolução da consciência em todas as raças aristocráticas quando tiveram que renunciar a vingança para se submeterem ao direito! O “direito” foi por meio muito

tempo um *vetitum*, uma inovação, um crime; foi substituído com violência e apróbio. Cada passo que o homem deu sobre a terra custou-lhe muitos suplícios intelectuais e corporais; tudo passou adiante e atrasou todo o movimento, em troca teve inúmeros mártires; por estranho que isto hoje nos pareça, já demonstrei na *Aurora*, aforismo 18: “Nada custou mais caro do que esta migalha de razão e de liberdade, que hoje nos envaidece” (NIETZSCHE, 1991, p. 78).

Observe-se que, dentro do modelo de *Estado de Exceção*, pode-se estar diante de um *Estado de Exceção Interpretativo*, em que o judiciário ocupa um protagonismo ainda maior na sociedade brasileira no sentido da contenção de políticas públicas afirmativas de uma cidadania incômoda para as elites sociais e políticas afastadas do exercício pleno do poder estatal. Contudo, nesse horizonte interpretativo, o ideal ascético tem se afirmado de modo invertido, pois, no pensamento originário de Nietzsche (1991), verificava-se que havia uma moral escrava e outra dos senhores e, nesse contexto, o sacerdote (protetor da moral escrava) buscava elevar seus valores e protagonismo contendo os ímpetus da moral aristocrática (protegia os guerreiros), entretanto, na sociedade brasileira em que estava desenvolvendo uma redução das desigualdades sociais horizontalizando gradualmente as relações trouxe a superfície um alto grau de ressentimento que pode ter tomado conto de setores sociais que utilizaram de seu ativismo pra bloquear o processo de transformação social. Talvez a aristocracia moderna residente em setores significativos da estrutura republicana tenha agido de modo decisionista, aplicando uma ação decisionista e de caráter ressentido, propugnando uma moral ascética que inverte os interesses senhor/escravo.

A tradição afirmativa e consensual dos direitos humanos, por meio de institucionalização constitucional, é passo fundamental na construção de uma sociedade constitucional moderna e democrática que os tenha como condição de caráter expansivo, indivisível e exigível. Auferir alguns temas fundamentais de uma teoria constitucional no “sistema de crises” deve representar parte significativa de nossa reflexão, apontando tradições, hipóteses, liberdade, pluralidade, radicalidade democrática, tolerância, cultura jurídica, além de bens jurídicos a serem protegidos. Ao compreender-se a Constituição como cultura em desenvolvimento, resgatam-se algumas teorias acerca da relevância concreta na sociedade de contemporânea de projetos com

horizonte igualitarista, lembra conceitos de hegemonia e de autoridade da organização da cultura de proteção aos direitos fundamentais mesmo no ambiente de *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas onde a aplicatio* do Direito se torna fundamental (STRECK, 2018, p. 401).

O encontrar-se sempre em tradições aponta para o modo singular de nossa existência. Nós pertencemos às nossas tradições, assim como não conseguimos pensar fora delas. Diversas consequências da tradição e da linguagem concluem que o primeiro elemento não é o mal-entendido e nem a estranheza, de modo que a tarefa primordial e inequívoca seria evitar o mal-entendido. Em vez disso, nos encontramos dentro delas, à base das quais conseguimos certa *consciência histórica* (GADAMER, 2002, p. 684-685). Logo, todo o conhecimento histórico é também um saber histórico como um reconhecimento de pertencer à própria história por parte de quem quer conhecer ou interpretar.

O conceito de *Estado de Exceção* é a suspensão de toda a ordem jurídica vigente, identificando concretamente a própria existência do Estado, com o fim de preservá-lo quando este é ameaçado. Em outras palavras, trata-se da suspensão do Estado de Direito através do Direito (SCHMITT, 2007). A ideia desse conceito é de que é indispensável suspender a Constituição em tempos de crise, ou seja, pode ponderar o *Estado de Exceção* naqueles casos em que a legislação prevê que o indivíduo não pode recorrer à própria legislação para abrigar-se. Em Schmitt (2006), a classificação de soberania como um conceito limite, em si mesmo, surge na medida em que não está adequado em uma situação natural, habitual, mas, sim, em uma situação limite e, nesse horizonte excepcional o Poder Judiciário ocupa um espaço atípico na atividade legislativa e tem se constituído como *campo de ação* por meio de seu *Estado de Exceção Interpretativo* desprovido de uma moralidade e dentro de um conceito mais formalista de legalidade.

Nas palavras de Agamben (2004, p. 55-57), a *exceção é uma espécie da exclusão*. Ela é um caso singular, em que quem é excluído não está, por causa disso, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, essa se mantém em relação com aquela na forma da suspensão (PONTEL, 2014, p. 88-90). Ocorre que a história nos mostra que, uma vez suspenso os direitos e garantias fundamentais e individuais, haverá torturas, prisões arbitrárias e injustificadas, e, quase sempre, a “eleição” de um determinado grupo, seja étnico, político ou

religioso que será o grande malfeitor que atentará contra o Estado, sendo este mesmo grupo o motivo da continuidade da exceção. Em Nietzsche (1991, p. 113), a

Agora bem: o ideal ascético apresenta uma finalidade. Era a única; alguma coisa é melhor do que nada; no ideal ascético era o mal menor por excelência. Ele explicava a dor; enchia um imenso vácuo; fechava a porta do niilismo. A interpretação que dava a dor trazia uma dor nova mais profunda, mais íntima, mais envenenada; disse que era um castigo de uma falta. [...] do acaso cego; podia querer para diante de alguma coisa, fosse o que fosse: “estava salva à vontade”. Não pode negar-se a natureza nesta direção asceta: este ódio a tudo quanto era humano, quanto era animal, a tudo quanto era material, aos sentidos, a razão, à felicidade, à saúde, à beleza; a forma, à mudança, ao movimento, ao esforço, ao desejo; tudo isto significa uma “vontade de aniquilação”, uma hostilidade à vida, uma negação das condições fundamentais da existência; mas era menos “uma vontade”!... Repito o que a princípio disse: O homem prefere a “vontade do nada” ao “nada da vontade”.

O Estado Social é, no mínimo, objetivo das constituições dirigentes, pois, a partir da constitucionalização de vários princípios, passa a vigor o caráter jurídico que o torna passível de pretensão jurídica daqueles que se sentem lesados pelo poder público. No Estado Democrático de Direito, surge a pretensão jurídica de realização dos direitos fundamentais que devem ser prestados pelo Estado. Portanto, não é somente de um modo fático, mas, também jurídico (STRECK, 2018, p. 527-528). Essa realidade é perceptível por meio da verificação de um conjunto de leis e funções estatais, ordenadas por estas e concebidas a partir de uma teoria liberal de Estado e da sociedade. A opção por uma Constituição, no nosso caso escrito, erigindo nosso Estado Democrático de Direito, teve por condição de procedibilidade a participação popular (re)conhecida constitucionalmente, fato esse que permite asseverar que a democracia no Estado Social é muito mais do que representativa, pois deve proporcionar não apenas a participação, mas também a decisão popular sobre quais atividades e políticas públicas devem ser realizadas ou implementadas pelo próprio Estado. O controle social sobre o Estado não é uma faculdade da sociedade, mas, sim, um poder-dever constitucional, que deveria ser exigido pela sociedade civil com maior regularidade a partir de um novo

sentido a ser absorvido pela Constituição em razão da firme provocação ativa do constitucionalismo contemporâneo (FERRAJOLI, 2001, p. 23-25).

A (re)definição da competência dos Poderes é um elemento constitutivo da operação do Estado Social, ao tempo em que faz do direito um dos seus principais recursos de comunicação. O Estado social, ao selecionar o tipo de *política pública* que vai constar da sua pauta, assim como ao dar publicidade às suas decisões, que nem sempre significam resoluções dos problemas, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz continuamente em normas jurídicas as suas decisões políticas (FERRAJOLI, 2001, p. 26-28). Ainda sobre o tema Krell (2002, p. 99), avalia que o Poder Executivo, por sua vez,

não somente executa as normas legislativas sobre direitos sociais. Ele cria as próprias políticas (policies) e os programas necessários para realização dos ordenamentos legais. Essa função governamental planejadora e implementadora são decisivas para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade de prestação dos serviços.

A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um *novo papel* como “única” instância institucional vocacionada em *interpretar normas*:

Prever, decidir, regular, agir em simultaneidade com os processos econômico-sociais – diante de tais desafios, o Estado social, por definição, não se pode orientar pelo tempo passado, e, sim, pelos tempos presente e futuro, assumindo a sua indefinição e indeterminação. [...] A indeterminação do direito, por sua vez, repercutiria sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da “certeza jurídica”. [...] Decorre, portanto, o reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitadas às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma

agência indutora de um efetivo checks and balances e da garantia da autonomia individual e cidadã (VIANA, 1999, p. 20-22).

Segundo Müller, diversamente de Häberle, verificar as condições, possibilidades e limitação da metódica jurídica são integralmente determinadas pela configuração das respectivas funções do ofício, das tarefas e do trabalho interpretativo. Isso ocorre pelo fato de que a tarefa da práxis do direito constitucional é a concretização da Constituição por meio da instituição configuradora de normas jurídicas e da atualização de normas jurídicas no Legislativo, na administração e no governo:

A obtenção, a publicação e a fundamentação da decisão são declaradas deveres por meio de ordem do direito positivo, em grau e de modo mutantes. a publicação da decisão é um elemento do ordenamento da estabilidade jurídica. [...] Conceitos jurídicos no texto da norma fornecem apenas em determinados casos (no âmbito da norma gerado pelo direito, como e.g. em prazos, datas e prescrições meramente processuais) descrições factuais do que é referido; geralmente eles evocam apenas enquanto conceitos sinalizadores e concatenadores o que se pensa como correspondência na realidade social. O texto da norma não “contém” a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro. Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem “significado”, enunciados não possuem “sentido” segundo a concepção de um dado orientador acabado (MÜLLER, 1999, p. 44-45).

Desse modo, nota-se que, com as normas de Müller, verifica-se que ela é a concretização da Constituição que, primacialmente, controla, mas, concomitantemente, aperfeiçoa o direito na jurisprudência, dentro dos espaços normativos, e, conforme Bienenbjon (2006, p. 190-191), arbitra sobre sua *legalidade e aplicação*, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia. Entretanto, conforme Delmas-Marty (2003, p. 89-90), o novo *equilíbrio dos poderes*, típico na transição para um modelo de Estado pós-nacional, representa uma *quebra dos paradigmas modernos*, como salienta Santos (1995, p. 76-77), antes afirmados na Constituição, que fragilizam a ação do Estado

Democrático de Direito e a confiança das sociedades em torno deste, o que pode representar um pernicioso vácuo nos espaços formais de poder e de governo modernos (MÜLLER, 1995, p. 31-33).

Sobre o controle das atividades legislativas, exercido constitucionalmente pelos tribunais, principalmente em relação a matérias que, de certo modo, representem distinção entre os cidadãos no tratamento a lhes ser dispensado pelo Estado, o campo é mais fértil para um ativismo judicial, pois, nesses casos, exige-se a intervenção do Poder Judiciário. Como bem ensina Canotilho (1998, p. 472), que o tribunal deve controlar se a atuação legislativa socialmente densificadora de direitos sociais pauta-se por critérios reais de realização gradual, e não por meros indicadores de *iniciativas legislativas* (AMIRIN NETO; SANTOS, 2003, p. 134-136).

Assim sendo, o *ativismo judicial* (BERCOVICI, 2003, p. 125-126), cuja origem com constrangimentos epistêmicos postos e respeitados pelo positivismo normativista se constituiu em elemento útil à construção de uma sociedade democrática que afirmou o Estado Democrático de Direito, entretanto, deve ser visto com reserva uma vez que não se constitui em instrumento de solução de todos os problemas e, modernamente, com excessos como vistos em Moro (2004, p. 302-304), que entendia que um dos objetivos da jurisdição constitucional seria resgatar o caráter *deliberativo da democracia*, tornou-se forma de bloqueio ascético por meio de uma atitude decisionista e subjetivista, uma vez que a postura ativista, sob pretexto de argumentos que apelam para o próprio ideal democrático, na linha da tradição republicana, constitui-se em forma de bloqueio às transformações sociais de caráter igualitarista a partir de uma fundamentação moralista de caráter liberal-formal redutora do Estado Democrático de Direito.

Quando aborda alguns argumentos de construção de possibilidade de uma razão emancipatória para o direito, outra matriz teórica de Streck surge, o garantismo. Sobre essa “condição”, Streck (2002, p. 242-243) assevera que como “tipo ideal”, o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do direito uma vez que é visto como uma maneira de fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito. O Poder Judiciário tem um papel fundamental na realização da democracia em nosso país, e o caminho a ser percorrido pode ter início na Constituição como ciência da cultura (seja a formal ou a material) sem buscar abrigar-se em decisionismos subjetivistas de matriz moralista e autoritária. No primeiro caso, os fundamentos estão

visíveis ao julgador a sociedade exigindo do intérprete apenas a coragem de realizar a norma sem um discurso que a (des)constitua a partir da *astúcia de sua razão argumentativa* (FERRAZ JR., 1998, p. 176-177), que alarga a área de abrangência de um dos problemas que a Teoria da Constituição apresenta a partir da análise de Canotilho (1998) (fundamentação). Já, na segunda hipótese, a Constituição material exige do julgador uma habilidade superior ao defrontar-se com o problema e cobra deste a “disposição de expor-se diante da sociedade”, (des)nudando-se além de concepções políticas, ideológicas, econômicas, culturais e teóricas para buscar constituir a partir de *princípios e valores implícitos* e explícitos na sociedade constitucional formadora da Constituição trajeto para satisfazer as expectativas da sociedade.

A linguagem e os procedimentos do Direito, visto que são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um *novo papel* como “única” instância institucional vocacionada em *interpretar normas*. Segundo Müller, diversamente de Häberle, verificar as condições, possibilidades e limitações da metódica jurídica são integralmente determinadas pela configuração das respectivas funções do ofício, das tarefas e do trabalho interpretativo, visto que a tarefa da práxis do Direito constitucional é a concretização da Constituição por meio da instituição configuradora de normas jurídicas e da atualização de normas jurídicas no legislativo, na administração e no governo. Ela é a concretização da Constituição que controla e, simultaneamente, aperfeiçoa o Direito na jurisprudência, dentro dos espaços normativos, e arbitra sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia (MÜLLER, 1999, p. 46-47). Em Müller, portanto, a norma jurídica é composta por um programa normativo e do âmbito normativo, já que a estrutura da norma resulta da conexão desses dois elementos da norma jurídica, e, nessa condição, verifica-se uma preocupação na formulação de critérios para o processo decisório que decorre da interpretação da norma de caráter subjetivista e objetivista estão na busca de elementos justificadores da decisão.

Ao observar as argumentações de Schmitt com o *decisionismo jurídico*, percebe-se a crítica a toda forma de legalismo e normativismo jurídico em favor de um conceito político de lei, a recusa do constitucionalismo e do conceito liberal do Estado de Direito. Para Schmitt, o Direito é válido não porque tem conteúdo racional, mas

porque foi sancionado pelo soberano para estabelecer tranquilidade, segurança e ordem. Trata-se de um decisionismo moral e teológico, que seria a negação da possibilidade de fundamentação racional das normas e valores morais às normas. A principal questão é quem terá a presunção de se considerar com poderes ilimitados, frente a uma situação não normatizada, a ponto de ter o monopólio da decisão? E o que pode ser definido como caso de extrema necessidade? A discussão, aqui, é sobre o conteúdo e a competência, logo, Schmitt (2006, p. 8) responde:

Não pode ser indicado com clareza tipificável, quando se apresenta um estado de necessidade, nem pode ser enumerado, substancialmente, o que pode ocorrer quando se trata, realmente, de um estado extremo de necessidade e de sua reparação. Os pressupostos são, aqui, como conteúdo da competência, necessariamente, ilimitados. Portanto, no sentido jurídico-estatal, não se apresenta nenhuma competência. No máximo, a Constituição pode indicar quem deve agir em tal caso.

Verifica-se que o jurista alemão, com sua tese schmittiana, defende a ditadura, afastando-se da via democrática, e, com sua teoria, pretende justificar tal regime político-jurídico, de modo que não avalia corretamente o risco que a “excepcionalidade” e seu decisionismo subjetivista representam a defesa da liberdade como referência da vida comunitária. Dessa forma, o decisionismo schmittiano evidencia que a decisão do soberano é a condição de maior relevância, não somente em casos habituais, mas também diante do imprevisível, ou seja, o soberano tem autoridade política para suspender direitos a fim de realizá-los (SCHMITT, 2006, p. 26-27).

É possível verificar que o pragmatismo judicial assimilou distintas teorias para utilizá-las como instrumental de justificação de uma discricionariedade judicial ainda mais ampla e irrestrita no modelo positivista normativista ou, paradoxalmente, instituir o “Estado de Exceção Interpretativo”, em que “razões pessoais, políticas, argumentos de segurança pública, etc., não podem valer mais do que a Constituição, para ficar no ponto contextualizado” (STRECK, 2016, p. 4). Streck (2018) critica a existência de vaguezas e ambiguidades nos textos jurídico-constitucionais, bem como a abertura para vários

significados dos princípios que não podem ser justificativa para o uso da discricionariedade.

4. Conclusão

Nossa análise constata que, da aproximação entre a filosofia e o direito, da leitura de Gadamer (2002) sobre o entendimento da consciência humana, destaca-se o fato de que, na construção do *médium* da linguagem, necessário ao compreender, não há dissolução conclusiva da história e filosofia, mas, sim, da *vida vivida* em ascensão das estruturas existenciais do *Dasein* e o risco que o *Estado de Exceção* representa para a sociedade (AGAMBEN, 2007). A construção da hermenêutica traz a compreensão político-jurídica que define a condição existencial da do ativismo judicial no tempo. Para repensar os valores com Nietzsche, deve-se desligar de qualquer tipo de moral que restrinja na sociedade contemporânea.

Schmitt (2006) se posta com seu decisionismo voluntarista de matriz subjetivista e como esse autor relaciona-se com a *situação de exceção* a partir da sua oposição com a ordem jurídica democrática. Ele produz uma teoria que age no limite das experiências humanas e teoriza sobre o lugar no qual a extinção do Direito se confunde com sua própria criação. A excepcionalidade é pressuposto da decisão, e a qualidade de soberano é condição de validade dessa solução jurídica na jurisdição constitucional (STRECK, 2018). Para Schmitt (2007), é necessário investigar a relação que ele delineia entre ordenamento, normalidade, soberania e decisão. A norma exige um meio homogêneo que demanda uma configuração normal das condições de vida para que obtenha aplicação do dever soberano que elucida o *Estado de Exceção Interpretativo*, como mostra da essência da autoridade estatal (PINTO, 2018).

O normativismo restringiu-se a reforçar a Constituição estatal, o constitucionalismo positivista e o subjetivismo decisionista de Schmitt, que passou a ser mediado por diversos constitucionalistas contemporâneos e o decisionismo une-se a essa crítica nietzschiana desse processo de interiorização ocorreu em razão da invenção, materializada na linguagem, da ideia de que toda ação sugere ser agente, um sujeito, que teria livre arbítrio para agir, depois responsável por escolher agir como age, ao mesmo tempo em que isso acendia a trilha a uma culpabilidade moral dos instintos essenciais do homem.

Constata-se, pois, a ambiguidade prática entre o objetivismo e o subjetivismo que engendra uma objetividade científica e, segundo Nietzsche, em razão dessa invenção, puderam os ressentidos interpretar sua impotência como virtude e sua fraqueza como algo voluntário, mas sempre procurando uma causa, um agente culpado do seu sofrimento e sobre o qual pudesse descarregar (em ação ou simbolicamente) seus afetos como alívio e entorpecimento. Desse modo, a inversão do ideal ascético trouxe a função do sacerdote primeiro à aristocracia ressentida e, posteriormente, aos ativistas judiciais, a fim de bloquear o processo de redução das desigualdades sociais no Brasil, de modo a fragilizar a consolidação do horizonte democrático e plural antes em curso.

Enfim, o processo que envolve a *interpretação* da Constituição pelo constitucionalismo está identificado pela compreensão histórica e a atitude teórica dos sujeitos responsáveis por desvelar o método em curso na Teoria da Constituição uma vez que a *compreensão* de Constituição e do Constitucionalismo deve perpassar tanto o objetivismo quanto o subjetivismo. Pretende-se propor um novo agir reflexivo por meio hermenêutica filosófica no Direito, evitando solipsismo que envolva a construção da ciência do direito no desvelar dos excessos objetivistas, subjetivistas, assim como nos caminhos que ponderaram estas concepções científicas aplicadas ao Direito para além do *ativismo judicial* construtor do *Estado de Exceção Interpretativo* a serviço de uma parcela social ressentida política e moralmente.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **O Reino e a Glória. Estado de Sítio**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

AMIRIN NETO, Otávio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa do Congresso: Entre a paróquia e a nação. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de el al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003. p. 75-150.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina. 1998.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Grantias**. La ley del Mas Debil. 2. ed. Madrid: Editora Trotta, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FRANKENBERG, Günter. **Técnicas de Estado**: perspectivas sobre o Estado de Direito e o estado de Exceção. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

_____. **La dialética de Hegel**: cinco ensayos hermenéuticos. Madrid: Cátedra Teorema, 1988.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

_____. **Ser e Tempo**: Parte I. 10. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

KRELL, Andreas j. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional Comparado. Porto Alegre: Sergio Augusto Fabris Editor, 2002.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MOOTZ III, Francis J.. **Gadamer and Law** (Ed.). Pennsylvania: Ashgate, 2007.

_____. **Conhecimento retórico na prática e na teoria crítica do direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, Linguagem e Violência: elementos de uma teoria constitucional**. Porto Alegre: Editora Sergio Fabris, 1995.

_____. **Método de Trabalho do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. São Paulo: Editora Moraes, 1991.

PINTO, Emerson de Lima. **Gadamer e a Constituição: o diálogo hermenêutico entre o objetivismo e o subjetivismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

PONTEL, Evandro. **Estado de Exceção: estudo em Giorgio Agamben**. Passo Fundo: IFIBE, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: O social e político na pós-modernidade**. São Paulo: Editora Cortez, 1995.

SCHMITT, Carl. **Teología Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo**. Porto Alegre: Consultor Jurídico, 2016.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 20188.

VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan 1999.

La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la reelección presidencial y su impacto en el régimen democrático boliviano

ALAN E. VARGAS LIMA¹¹⁶

1. Introducción

El 21 de octubre de 2019 la República de Colombia, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana, presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹¹⁷.

¹¹⁶ Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Sección Nacional (Bolivia), del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica (LATIN IURIS – Bolivia), y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales (ASDEFUN – Bolivia). Miembro Honorario del Consejo Académico de la Sociedad Filosofía y Estado Constitucional APEX IURIS (Perú); Director adjunto del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales CIIJUS (México) – Capítulo Bolivia; Miembro adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional AAJC (Argentina), de la Asociación Juristas de Iberoamérica (ASJURIB); y Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. E-mail: alanvargas4784@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6372-7870>

¹¹⁷ La Audiencia de Solicitud de Opinión Consultiva sobre la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, presentada por el Estado de Colombia, fue realizada el 28, 29 y 30 de septiembre de 2020, en el 137 Período Ordinario de Sesiones. El 7 de junio de 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una Opinión Consultiva en respuesta a la consulta realizada por la República de Colombia sobre “la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”; y en la misma señaló que la reelección presidencial indefinida no era un derecho humano garantizado en la Convención Americana.

Una de las cuestiones planteadas por el Estado solicitante, fue precisamente dilucidar si la reelección presidencial indefinida es un derecho humano protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); lo cual tiene una especial relevancia para Bolivia, dado que en fecha 28 de noviembre de 2017 se pronunció la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017, por la cual el Tribunal Constitucional Plurinacional decidió otorgar una aplicación preferente a la CADH, al amparo de lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución boliviana, habilitando la reelección presidencial del gobernante de turno.

Considerando que el próximo 10 de octubre se cumplirán 40 años de vida democrática en Bolivia, la actual coyuntura nos obliga a desarrollar los elementos esenciales del Estado Democrático de Derecho, verificando la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad, para luego analizar la vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH como parte del bloque de constitucionalidad en Bolivia, y la incidencia de la Opinión Consultiva OC-28/21 en el régimen democrático boliviano¹¹⁸.

¹¹⁸ Algunas ideas preliminares de este ensayo sobre Estado Democrático, fueron expuestas inicialmente en el trabajo de mi autoría: “El Estado Plurinacional de Bolivia como Estado Constitucional de Derecho”. En: (Vargas Lima, 2020). Posteriormente, una versión actualizada con los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su más reciente Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, fue presentada como Conferencia magistral en el marco de la Sexta Semana de la Democracia: “Juventudes, factor de cambio social”, organizado por el Instituto Electoral y de Participación Ciudadana IEPG-Tabasco (México), que se realizó en formato virtual el día 31 de agosto de 2021. El tema también fue expuesto como ponencia en el 1° Congreso Internacional de Investigación FUNDESino, organizado por la Fundación de Estudios Superiores (FUNDES – Colombia), que se realizó en modalidad *on line*, los días 27 al 29 de octubre de 2021; y también en el marco del V Congreso Mundial de Justicia Constitucional, en modalidad virtual, organizado por la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” Campus Itapúa, los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2021. Finalmente, fue presentado en el 11° Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: *Diálogos do Sul: Pluralismo na África e América Latina para emancipação*, organizado pela Rede Para o

2. Nociones generales sobre el Estado Democrático de Derecho

A manera de citar algunos antecedentes en el sistema constitucional boliviano, cabe señalar que la primera caracterización de Bolivia como Estado democrático, fue introducida en la reforma constitucional de 20 de febrero de 2004, a través de la Ley 2631 de Reformas a la Constitución Política del Estado¹¹⁹.

Esta definición -según lo explicado por la Sentencia Constitucional N° 0066/2005, de 22 de septiembre- implica una cualificación de la relación Estado-sociedad, pues supone la intervención activa de los ciudadanos a través de diferentes mecanismos de participación incorporados a la Constitución boliviana en la referida reforma de 2004, como la iniciativa legislativa, el referéndum, etc., así como las nuevas formas de representación popular también incorporadas en la reforma. Entonces, de acuerdo al entendimiento expresado por el Tribunal Constitucional:

El principio de Estado Democrático, implica un énfasis en la democracia, entendida ésta como el gobierno del pueblo, donde la titularidad del poder político descansa en el gobernado, es decir en el pueblo, y no en el gobernante, quien ejerce el poder por delegación conferida por el pueblo a través del voto directo e igual, bajo el sistema de representación proporcional establecido en el art. 219 de la CPE (2004). Es así que, conforme al principio democrático aludido, el Gobierno, en la democracia, se legitima por el consentimiento del pueblo, fundamentalmente a través del voto emitido en las elecciones, conforme a la representación proporcional.

En este sentido, la formulación de Bolivia como un Estado Democrático, hace referencia, entonces, a la titularidad del poder, que descansa en el pueblo, que debe participar en la vida política a través de los diferentes mecanismos previstos por el sistema democrático. El principio democrático, implica además una mejor

Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e realizado pela UNILAB, UFBA e UCSAL, nos dias 22 a 26 de novembro de 2021 (Brasil).

¹¹⁹ Un primer análisis crítico sobre las novedades y los alcances de la reforma constitucional de 2004 en Bolivia, puede verse en el trabajo de (Fernández, 2004). Asimismo, una investigación sobre el ejercicio de la democracia directa en América Latina, donde se menciona con algún detalle la trascendencia de la reforma constitucional de 2004 en Bolivia, puede verse en (Lissidini, 2011).

distribución del poder político, y una apuesta por lo diverso, como negación de todo totalitarismo, a nivel étnico, cultural, ideológico, político o regional.

En la actualidad, y según la doctrina del constitucionalismo contemporáneo, el *Estado democrático*¹²⁰ entraña distintas características del régimen político, porque de un lado, significa que los titulares del poder público ejercen esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, expresada a través de las elecciones basadas en el *sufragio*

¹²⁰ Como lo ha precisado la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0026/2021, de 19 de abril, en virtud del art. 1 de la CPE, el Estado boliviano se consagra como un Estado Democrático de Derecho, cualidades de insoslayable importancia, pues por un lado, el Estado de Derecho, entre otros aspectos, implica la subordinación a la Ley Fundamental en el ejercicio del poder público así como la vigencia plena del principio constitucional de legalidad en su visión más amplia, esto es, el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (art. 108.1 de la CPE), debiendo entenderse, que la legalidad informadora deviene de la Ley Suprema del ordenamiento jurídico; es decir, que: “...*el principio de legalidad contiene en su matriz normativa al principio de constitucionalidad...*” (SCP 0009/2016 de 14 de enero). Y, por otro lado, el carácter democrático reconocido en el referido precepto constitucional resulta inescindible del Estado de Derecho pues la base de todo régimen constitucional no es otro que la expresión de la voluntad soberana a través de los cauces legales previstos al efecto, de modo que la Constitución, en cuanto modelo normativo que expresa una voluntad colectiva de convivencia democrática, alcanza su máxima expresión por medio de la participación ciudadana, efectivizada a través de la democracia representativa (art.11.II.2 de la Norma Suprema). Asimismo, sobre su incidencia y aplicación en el ámbito judicial, a través de la SCP 0339/2012 de 18 de junio, reiterada a su vez por la SCP 0346/2020-S2 de 19 de agosto, entre muchas otras, el TCP ha establecido que: “...*tomando en cuenta que uno de los principios fundamentales inherentes al Estado Democrático de Derecho es la motivación de las decisiones de las autoridades públicas, el juez está obligado a expresar los motivos de hecho y de derecho en que se basa su convicción determinativa de la concurrencia de los requisitos, así como el valor otorgado a los medios de prueba, esa fundamentación no puede ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; de modo que está obligado a expresar los presupuestos jurídicos que motivan la medida, con cita de las normas legales aplicables y la descripción clara y objetiva de los elementos de convicción concurrentes*”.

universal (artículo 26.II de la Constitución Política del Estado – CPE)¹²¹; y, de otro, implica que la relación de los ciudadanos con el poder político no se reduce a la emisión del *voto* para elegir a sus representantes y gobernantes, sino que también se expresa en una participación activa y efectiva en la toma de decisiones, a través de mecanismos adecuados como el *referéndum popular*¹²², la *planificación*

¹²¹ “*La doctrina constitucional*—expuesta con bastante amplitud en la Sentencia Constitucional N°0064/2004, de 8 de julio— *entiende por cuerpo electoral al conjunto de ciudadanos con derecho de sufragio activo; es la expresión jurídica de la sociedad a través de la cual ésta procede a la creación del derecho y a la dirección política del Estado por medio de la elección de sus representantes, o a través de la adopción de decisiones de especial trascendencia de manera directa. El concepto de cuerpo electoral tiene su base en el principio fundamental de la soberanía popular, lo que significa la pertenencia del poder al pueblo, es decir, que el pueblo es el origen de todo poder, lo que implica el reconocimiento a aquél del derecho de crear o configurar su propio orden político fundamental, su Constitución, así como el derecho de modificarla. En consecuencia, el poder del Estado emana del pueblo el que, en un sistema democrático participativo, además de delegar su ejercicio a sus mandatarios y representantes, lo ejerce directamente a través de los mecanismos previstos por la Ley Fundamental del Estado*”. Sin embargo, la voluntad del cuerpo electoral no puede constituirse ni expresarse, sino a través del ejercicio del derecho de sufragio; pues no existe otra vía más idónea y expedita que el sufragio, para que el cuerpo electoral pueda manifestarse de forma individualizada por los ciudadanos que lo integran. Este derecho se ejerce mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente (a partir de los dieciocho años cumplidos); así lo dispone la norma prevista por el artículo 26 parágrafo II de la CPE.

¹²² En lo que respecta al referéndum como mecanismo de participación del pueblo en la toma de decisiones políticas trascendentales, la antes citada Sentencia Constitucional N°0064/2004, en consonancia con la doctrina del Derecho Constitucional, ha precisado que el referéndum es un mecanismo de la democracia participativa, a través del cual el pueblo, como titular de la soberanía, expresa su voluntad o decisión política sobre los asuntos o temas sometidos a su consideración por las autoridades de gobierno. En Bolivia se han llevado a cabo tres referéndums constitucionales: **a)** el referéndum de 11 de enero de 1931 (que aprueba modificaciones a la Constitución de esa época); **b)** el referéndum de 25 de enero de 2009 (que aprueba el texto constitucional vigente); **c)** el referéndum de 21 de febrero de 2016 (que rechaza la reforma constitucional para habilitar la reelección presidencial). Sobre este último aspecto, un análisis de la consulta popular (referéndum) que tuvo lugar en Bolivia el 21 de febrero, y que resultó en el rechazo a la propuesta de reformar

participativa, la *revocatoria de mandato* (artículo 240 CPE), así como el *control social* (artículos 241 y 242 CPE) y la *iniciativa legislativa*¹²³ (artículos 11.II, núm. 1, y 162 CPE); y, finalmente, que la democracia sea expresada como la capacidad de respeto a los demás, *la capacidad del diálogo y el respeto por la discrepancia*, de manera tal que la voluntad de las mayorías no pueda llegar al extremo de desconocer los derechos de las minorías ni los derechos fundamentales de las personas (Rivera S., 2005, p. 21).

En este sentido, la reciente **Opinión Consultiva OC-28/21** de 7 de junio de 2021, sobre «La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos», ha establecido entre sus fundamentos, que si bien el principio democrático implica que los gobernantes serán electos por la mayoría, uno de los objetivos principales de una democracia debe ser el *respeto de los derechos de las minorías*, y ese respeto se garantiza mediante la protección del Estado de Derecho y de los derechos humanos. Asimismo, agregó:

(...) 53. La relación entre derechos humanos, Estado de Derecho y democracia quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. Este instrumento jurídico es una norma de interpretación auténtica de los tratados a que se refiere, pues recoge la interpretación que los propios Estados miembros de la OEA, incluyendo a los Estados parte en la Convención, hacen de las normas atinentes a la democracia tanto de la Carta de la OEA como de ésta.

54. La Carta Democrática señala expresamente que “[l]os pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”. En este sentido, se reconoce que “la democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”. Asimismo, la Carta Democrática establece que “el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de Derecho y los

la Constitución para permitir una nueva reelección presidencial, puede encontrarse en el trabajo de: (Welp, y Lissidini, 2016).

¹²³ La participación ciudadana como objeto de estudio puede ser analizada desde distintas perspectivas; así, una mirada jurídica concreta sobre el referéndum y la iniciativa legislativa popular, y su análisis comparado entre diversos sistemas constitucionales, puede verse en el interesante trabajo de (Soto, 2012).

regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos”. Es tal el rol fundamental que los Estados de la región le han dado a la democracia representativa, que la Carta Democrática establece un sistema de garantía colectiva mediante el cual, cuando “se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente [el] orden democrático” de un Estado, otros Estados o el Secretario General podrán solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente, y de constatarse que “se ha producido la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros.

3. El Control de Convencionalidad y su incidencia en el régimen democrático

Continuando con el análisis, y concretamente en cuanto se refiere al control de convencionalidad, se requiere precisar cuál es el fundamento de su obligatoriedad; lo cual resulta imprescindible para entender la importancia de realizar dicho control y para señalar que su ausencia implica que los Estados pueden comprometer su responsabilidad a nivel internacional.

Así, es fácilmente perceptible que el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH (Steiner, 2014)¹²⁴.

De la lectura integrada de dichos artículos -señala el profesor Claudio Nash- se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que éstos deben

¹²⁴ Los arts. 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, sientan “deberes” específicos para los Estados a ella adheridos. El primero, esencialmente, establece dos: a) respetar los derechos de la Convención, y b) garantizarlos, sin discriminación alguna. A su turno, el art. 2º les obliga a adoptar “disposiciones legislativas o de otro carácter” necesarias para efectivizar aquella garantía. Aquí se alude al “efecto útil” que debe tener el Pacto. (Sagüés, 2010, pp. 117- 136)

tomar todas las medidas para asegurar el respeto, la protección y la promoción de dichos derechos. En este sentido, desde esta comprensión se ha concebido el concepto de control de convencionalidad, entendido como *la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones, las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia*. (Nash, 2013)¹²⁵

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (Arts. 1.1 y 2). Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Es decir, el Estado se encuentra obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Finalmente, se trata de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado; lo que constituye también otro de los fundamentos del control de convencionalidad en las normas del derecho internacional público, que ha sido recogido por la Corte IDH en el *caso Almonacid Arellano vs. Chile* (26 de septiembre de 2006, párrafo 125).

Asimismo -agrega Claudio Nash-, la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *ius cogens*

¹²⁵ Por su parte, el jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac Gregor, en referencia al control de convencionalidad en sede interna, señala que “esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el *corpus juris interamericano*; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris interamericano*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno” (Ferrer Mac-Gregor, 2014, p. 237).

“*pacta sunt servanda*”, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte, da cuenta del compromiso que deben tener los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados. Emana también de los principios del derecho internacional público, el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales.

En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar un goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención, incluye la de adecuar la normativa no convencional existente.

En consecuencia -y siguiendo el criterio de Claudio Nash, que el fundamento de la figura del control de convencionalidad se base tanto en normas convencionales como en principios del derecho internacional público, otorga un poderoso respaldo jurídico que permite salvar las objeciones que se pueden plantear en torno a la posible restricción a la soberanía de los Estados que supondría la obligación de realizar un control de convencionalidad.

Ahora bien, en el marco del tema planteado en el presente trabajo, y de acuerdo a lo expresado en la reciente **Opinión Consultiva OC-28/21** de 7 de junio de 2021, cabe considerar que:

44. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales. En este sentido, existen límites a lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad,

que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial.

Entonces, a esta altura del análisis, es útil revisar brevemente cuál ha sido la evolución de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al ejercicio del control de convencionalidad y sus alcances, conforme se detalla a continuación.

4. Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad

La jurisprudencia de la Corte IDH ha pasado por varias etapas en el desarrollo del concepto de control de convencionalidad, y analizar esta evolución es fundamental para entender el actual sentido y alcance de esta labor; a este efecto, resulta muy útil la diferenciación de etapas de evolución de la jurisprudencia interamericana, realizada con gran acierto por el profesor Claudio Nash, en su citado estudio sobre el Control de Convencionalidad¹²⁶.

Se debe recordar que, cuando el juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto razonado, en el *Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala*, hace por primera vez alusión al control de convencionalidad, se pone de relieve la importancia que tiene para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados el análisis del funcionamiento del Estado en su conjunto y que en este análisis la Corte IDH hace un control de convencionalidad de las actuaciones del Estado (Cfr. Corte IDH, caso Myrna Mack Chang c. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, párr. 29).

4.1. Primera etapa: aproximación inicial

Existe una primera etapa en que se delinearon los aspectos generales de la figura del control de convencionalidad, ocasión en la

¹²⁶ Por otro lado, un estudio reciente que explica con mayor detalle la evolución de la doctrina jurisprudencial del Control de Convencionalidad Interamericano, definiendo sus tipologías y grados de intensidad, puede verse en (Barrientos, 2017).

cual se señaló que el Poder Judicial debe realizar *una especie de control de convencionalidad*, lo que parece una posición prudente y clarificadora de la naturaleza diversa que tiene esta figura de aquel ejercicio propio del derecho constitucional. Asimismo, se avanza en indicar que este control incluye la interpretación que ha hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante, ya que en muchos sistemas internos ésta es una cuestión muy debatida (Cfr. Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párr. 124).

En síntesis –dice Claudio Nash–, aquí están expresados los elementos centrales del control de convencionalidad:

- i) Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno.
- ii) Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.
- iii) Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado.
- iv) Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH (Nash, 2013, p. 496).

4.2. Segunda etapa: identificación de actores involucrados

Avanzando en la evolución de su jurisprudencia, la Corte IDH estableció que el control debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local y aclaró que este se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de aquella. Cabe destacar que esta aproximación de la Corte IDH es relevante desde el punto de vista de la legitimidad del sistema, ya que toma en consideración la organización interna del Estado y permite un funcionamiento coherente del sistema.

La Corte IDH no impone un sistema, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el sistema constitucional nacional (Cfr. Corte IDH, caso *Trabajadores cesados del Congreso («Aguado Alfaro y otros») c. Perú*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158, párr. 128).

4.3. Tercera etapa: expansión hacia la jurisdicción ordinaria y constitucional

En una tercera etapa, la Corte IDH va más allá y señala que el control de convencionalidad compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incorporando lo que se había señalado anteriormente acerca de la importancia de que este control se realice en el ámbito de competencias de cada magistratura. Esta apertura hacia los órganos competentes para realizar el control, permite la inclusión de los Tribunales Constitucionales y reafirma la idea de que todo juez debe realizar este control con independencia de sus características particulares (Cfr. Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, párr. 225).

4.4. Cuarta etapa: incorporación de todas las autoridades públicas

En su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH ha incorporado como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública; es decir, se amplía el espectro desde el Poder Judicial hacia todos los órganos públicos, ello a propósito del análisis de la compatibilidad de una ley de amnistía aprobada democráticamente, con las obligaciones que impone la CADH (Cfr. Corte IDH, caso *Gelman c. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, párr. 239).

4.5. Quinta etapa: vinculatoriedad de pronunciamientos contenciosos y consultivos

Aquí cabe poner de relieve que la jurisprudencia interamericana en sentido estricto (esto es, los criterios establecidos por la Corte IDH como intérprete de la Convención Americana y de otros tratados de la región, que han sido acogidos por varios Estados), ha influido crecientemente en los ordenamientos internos. Esa jurisprudencia posee carácter vinculante *inter partes*, obviamente, en lo que toca a la solución específica de una controversia, pero también *erga omnes* en lo que atañe a la interpretación de la norma invocada o aplicada, con respecto a los Estados parte en un litigio y a todos los restantes que se hallan bajo el imperio del mismo orden convencional.

La admisión de este último efecto, verdaderamente relevante, ha sido afirmada por el propio Tribunal incluso en lo que concierne a sus opiniones consultivas, cuyo carácter vinculante no fue sostenido en anteriores pronunciamientos.

Esta afirmación deriva de las observaciones expresadas por la Corte a propósito del control de convencionalidad, en la **Opinión Consultiva OC-21/14**, sobre «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional», en cuya oportunidad, la Corte consideró necesario:

que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que indudablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’¹²⁷, cumpliendo así “en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”¹²⁸.

Esta línea jurisprudencial, ha sido recientemente ratificada por la Corte IDH en la **Opinión Consultiva OC-28/21**, sobre «La figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en la cual la Corte -además de establecer que la reelección presidencial indefinida no es un derecho humano autónomo, pues no cuenta con reconocimiento normativo en la Convención ni en la Declaración Americana-, ha insistido

¹²⁷ Citado por: (García, 2016, pp. 433-463). Así también, resulta de utilidad consultar el análisis de (Sagüés, 2015, pp. 275-283).

¹²⁸ Citado por: (Ferrer Mac-Gregor, 2019).

nuevamente en la necesidad de que los diversos órganos del Estado (Órgano Ejecutivo, Legislativo, Judicial, y Electoral, en el caso de Bolivia) realicen el respectivo *Control* (difuso) *de Convencionalidad*, no solamente de acuerdo a las decisiones que emergen de los casos contenciosos que se resuelven en esa instancia (cuando emite Sentencias determinando si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la CADH); sino también sobre la base de los pronunciamientos emitidos en ejercicio de su competencia consultiva (cuando responde consultas que formulan los Estados miembros de la OEA acerca de: a) la compatibilidad de las normas internas con la Convención; y b) la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos) (Corte IDH, 2020).

Todo ello constituye una señal incuestionable de que la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, sumado a la preservación de la democracia y sus instituciones en la región, constituyen los propósitos esenciales del SIDH.

5. La vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH en Bolivia

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia - que habiendo sido aprobada el 7 de febrero de 2009, ya cumplió una década de vigencia-, prevé expresamente que: “*el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. (...)*” (Artículo 410, parágrafo II constitucional) posicionándose, así como un texto constitucional a la vanguardia de la protección de los derechos humanos en Latinoamérica¹²⁹.

¹²⁹ A nivel latinoamericano, la Constitución Boliviana del año 2009, ciertamente fue la primera que incluyó la voz “bloque de constitucionalidad” en su texto normativo (art. 410). (Ferrer Mac-Gregor, 2014, p. 123). Este precepto referido al bloque de constitucionalidad, ciertamente constituye una reivindicación de las líneas jurisprudenciales establecidas con bastante anterioridad por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano; y así se halla demostrado ampliamente en otro trabajo (Vargas Lima, 2019, pp. 363-396).

En ese marco, la evolución jurisprudencial anteriormente expuesta, tiene una especial relevancia en el contexto nacional, dado que respecto a la incidencia de los elementos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional boliviano sostuvo hace varios años, que el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: 1) el preámbulo, 2) la parte dogmática, y 3) la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, el Tribunal estableció que este órgano y, por ende, las decisiones que de él emanan, forman parte también del bloque de constitucionalidad (Cfr. Sentencia Constitucional N° 110/2010-R, de 10 de mayo de 2010).

Por otro lado, en el marco de una interpretación progresiva, acorde al principio de unidad constitucional y enmarcada en las directrices principistas del Estado Plurinacional de Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado además que los valores plurales supremos del Estado Plurinacional de Bolivia, como ser el vivir bien, la solidaridad, la justicia, la igualdad material, entre otros señalados en la Constitución, también forman parte del bloque de constitucionalidad en un componente adicional, el cual se encuentra amparado también por el Principio de Supremacía Constitucional (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°1227/2012, de 7 de septiembre de 2012).

En definitiva, y en una interpretación sistemática, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución desarrollado por la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto -de manera enunciativa y no limitativa- por los siguientes compartimentos: *i) La Constitución como norma jurídica; ii) Los Tratados y Convenciones internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos; iii) Las Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; iv) Las Normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país; y, v) Los Principios y Valores plurales supremos, inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional* (Vargas, 2018).

En consecuencia, considerando que las Sentencias emitidas en los casos contenciosos que conoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos forman parte de nuestro bloque de

constitucionalidad, y en mérito a que el ejercicio del control de convencionalidad supone utilizar los pronunciamientos que emite dicha instancia supranacional en ejercicio de su competencia consultiva -como un instrumento efectivo para la protección eficaz de los derechos fundamentales a nivel interno-, ello significa indudablemente que tanto las Sentencias como las Opiniones Consultivas de la CorteIDH, son vinculantes y de cumplimiento obligatorio para todas las autoridades públicas del Estado Plurinacional de Bolivia, así como para todos los habitantes del país, en virtud del principio de supremacía constitucional (art. 410), y la fuerza normativa de la Constitución boliviana que impone el criterio de aplicación preferente de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (arts. 13.IV y 256), lo cual incluye al *corpus juris* interamericano¹³⁰.

¹³⁰ Ciertamente, la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se sostiene en los principios rectores del Derecho Internacional Público y las normas de interpretación de los tratados internacionales; por ello, cuando se ratifica un tratado y el órgano encargado de su supervisión emite una interpretación autorizada, los Estados Parte deben cumplir de buena fe con esa interpretación. Sin embargo, en los últimos años, el cuestionamiento de la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas ha tenido un largo debate doctrinario en distintos países de Latinoamérica. En este sentido, un trabajo que aporta algunos argumentos para reforzar la obligación que tienen los jueces de aplicar los estándares contenidos en una Opinión Consultiva, realizando el respectivo control de convencionalidad de sus decisiones y tomando en cuenta que los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad (tal como ha sido reconocido también por el Tribunal Constitucional Plurinacional en sus diversas sentencias), puede verse en: Salazar Marín, D., Cobo Ordóñez, A. I., Cruz García, C., Guevara Ruales, M., & Mesías Vela, M. P. (2019). *La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador*. Foro, Revista De Derecho, (32), 123-143. En: <https://bit.ly/3kOdY8t> Asimismo, un interesante estudio que toma como referencia la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, y a partir de ello nos introduce en el debate sobre el carácter vinculante de las opiniones consultivas, puede verse en: Zelada, Carlos (2020). *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño*. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex). Lima, Perú. Disponible en: <https://bit.ly/3EaTC0L>

6. Elementos esenciales del Estado Democrático de Derecho acorde a los lineamientos de la Corte IDH

Por otro lado, también resulta importante precisar que, según la doctrina constitucional, el Estado Democrático tiene algunos elementos cualificadores que de manera enunciativa -no limitativa- serían los siguientes:

a) el principio de la *soberanía popular*, como el modo específico y peculiar de concebir el poder en el Estado, en el que el referente último es la voluntad del pueblo¹³¹;

b) la *concepción plural* de la sociedad, lo que supone una comprensión de la sociedad como un entramado en el que se interaccionan los diferentes grupos sociales, situados en un plano de igualdad, grupos que responden a la propia libertad del ser humano y que, a la par, proporcionan a éste la posibilidad de desarrollar libremente y en plenitud su personalidad;

c) la *participación* como principio rector de la vida social y política, lo que significa que el proceso político debe estar asentado en la participación de todos los ciudadanos en la conformación de los órganos del poder constituido y en la expresión de su voluntad o decisión política sobre los asuntos o temas sometidos a su

¹³¹ La norma prevista por el art. 7 de la Constitución vigente, proclama expresamente el principio de la soberanía popular, cuando dispone que: “*La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible*”. Esta disposición constitucional, se trata de una norma a través de la cual el Constituyente ha consagrado el principio fundamental de la *soberanía popular*, conocido también como el *principio democrático*, que tiene como significado la pertenencia del poder al pueblo, es decir, que el pueblo es el origen de todo poder, lo que implica el reconocimiento a aquél, del derecho de crear o configurar su propio orden político fundamental, su Constitución, así como el derecho de modificarla. En consecuencia, el poder del Estado emana del pueblo el que, en un sistema democrático representativo, delega su ejercicio a sus mandatarios y representantes mediante elecciones libres, pluralistas, igualitarias y ampliamente informadas (Cfr. Sentencia Constitucional N°0075/2006, de 5 de septiembre).

consideración por las autoridades de gobierno, a través de los mecanismos previstos por la Constitución¹³²;

¹³² Sobre este aspecto, también es importante considerar que las normas previstas por el art. 26 de la Constitución Política del Estado Plurinacional del año 2009, consagran el derecho a la participación política, disponiendo lo siguiente: “*Artículo 26. I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres. II. El derecho a la participación comprende: 1. La organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y a la ley. 2. El sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente. El sufragio se ejercerá a partir de los dieciocho años cumplidos. 3. Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio. 4. La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios. 5. La fiscalización de los actos de la función pública*”. El texto literal del derecho a la participación política, contiene como sus elementos: la participación en la formación, ejercicio y control del poder político, de forma directa, o por medio de representantes; y de manera individual o colectiva; nomenclatura de la que se extrae que los dispositivos implantados por la Ley de Participación Popular de: “*participación y control*” son vitales a tiempo de dotar de contenido a los derechos políticos, pues son considerados como parte de esos derechos. Además de la participación y el control, la Ley Fundamental, proclama a la organización con fines de participación política, como otro de los nuevos elementos de los derechos políticos; organización que como ya se analizó, ha merecido también regulación por el sistema de participación popular implantado a fines del siglo XX en Bolivia. Conforme a lo expuesto, para conferir un contenido compatible con la voluntad constituyente al derecho a la participación política, es necesario reconocer la reverberación que encuentran en las normas constitucionales, los postulados filosóficos del proceso de inclusión política denominado participación popular, implantado en Bolivia por medio de la Ley de Participación Popular y sus inherentes reglamentos. En ese orden de ideas, la organización ciudadana elemental o básica en Bolivia es la Organización Territorial de Base (OTB), por ello cuando las normas del art. 26.II.1 de la CPE, consagran a la organización como uno de los elementos del derecho a la participación política, cobijan también, entre otras formas de organización incorporadas por el texto constitucional, a las OTBs, proyectando su función

d) la *democracia* como principio de convivencia, que significa la formación de todos y cada uno de los ciudadanos en un espíritu de respeto y tolerancia (Cfr. Sentencia Constitucional N°0075/2005, de 13 de octubre); y, -agrego lo siguiente:-

e) la *alternabilidad en el ejercicio del poder político* (o simplemente “*alternancia*”, que en el ámbito político significa cambio de gobierno), vale decir, la posibilidad de renovar o cambiar a las autoridades gubernamentales (quienes detentan temporalmente el poder político), precisamente en resguardo de los derechos políticos de la ciudadanía (a través del derecho político a elegir y ser elegido libremente), brindando una oportunidad a las nuevas generaciones de líderes políticos y sociales que presenten propuestas claras y renovadas para llevar adelante los destinos del país, con una mejor visión de futuro, y con nuevas alternativas de desarrollo a nivel político, ecológico, social, económico, etc.

En este sentido, a través de la reciente **Opinión Consultiva OC-28/21** de 7 de junio de 2021, la Corte IDH ha señalado que una de las formas mediante la cual el sistema interamericano asegura el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político, es mediante la protección de los derechos políticos consagrados en el Artículo XX de la Declaración Americana y el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – CADH.

De ahí que, el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención. Cabe señalar que el citado Artículo XX de la Declaración Americana establece que toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto genuinas, periódicas y libres. Asimismo, la Corte IDH interpreta la CADH señalando lo siguiente:

como parte del nuevo sistema constitucional, siendo por ello que merecen protección por parte del Estado y por el Tribunal Constitucional Plurinacional. (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0828/2012, de 20 de agosto de 2012).

59. Por su parte, el artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país, en condiciones generales de igualdad. A diferencia de otros artículos de la Convención, el artículo 23 establece que, sus titulares no solo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Por lo tanto, el Estado debe propiciar las condiciones y mecanismos para que dichos derechos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

60. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan de forma individual u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

61. Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos.

62. Por su parte, la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.

63. El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

64. Finalmente, el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

65. Las obligaciones que emanan del artículo 23 de la Convención deben ser interpretadas tomando en cuenta el compromiso de los Estados de la región de establecer democracias representativas y respetar el Estado de Derecho, el cual se desprende de la propia Convención Americana, la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana.

En ese contexto, la idea de implementar un sistema de reelección presidencial indefinida (o inclusive con carácter vitalicio, como en algún momento se estuvo proponiendo en Bolivia), resulta absolutamente incompatible con el régimen democrático representativo¹³³ y participativo, además de comunitario, que se ha establecido en Bolivia por mandato constitucional (Vargas Lima, 2016).

Asimismo, es posible señalar, siguiendo las ideas de Carlos Alberto Montaner, que la reelección trae más inconvenientes que

¹³³ Se debe considerar que de acuerdo al artículo 3 de la *Carta Democrática Interamericana* (aprobada en la primera Sesión Plenaria de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001, y ratificada por la mayoría de los países latinoamericanos): “*Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos*”. Sin embargo, es recomendable seguir el consejo del diplomático boliviano Carlos Antonio Carrasco, quien propone que el principio de alternancia en la función gubernamental, debería plasmarse en una “ley de hierro”, infranqueable del sistema democrático, y que quienes en verdad sostengan ese principio, deberían gestionar una enmienda al citado artículo 3 de la Carta, cuyo texto reformado debería decir: “... la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; la separación e independencia de los poderes públicos *y la obligada alternancia en la jefatura del Estado*”. (Carrasco, 2012, pp. 26-27).

ventajas, aunque la ejerzan buenos gobernantes (como el brasilero Fernando Henrique Cardoso o el costarricense Oscar Arias, dos políticos democráticos que también modificaron las normas). Y es que, la reelección ni siquiera es aconsejable en periodos alternos, como sucedió con Michelle Bachelet y ocurrió en el pasado con Alan García. Tampoco es útil, porque no tiene mucho sentido mandar o gobernar, pensando y actuando únicamente en función de las próximas elecciones.

Entonces, ciertamente hay varias razones para desaconsejar esa práctica en los sistemas presidencialistas, y Carlos Montaner señala al menos las siguientes: *“1. Obstruye el reemplazo generacional, la competencia entre líderes y la circulación de las élites. 2. Refuerza el caudillismo en detrimento de las instituciones. 3. Cuando se prolonga el mandato, el caudillo se va rodeando de cortesanos que lo balagan y confunden en busca de privilegios. 4. Fomenta un tipo de nociva relación mercantilista entre el poder económico y el político. Se retroalimentan mutuamente. Facilita la corrupción. 5. Los errores tienden a reiterarse por el conocido Einstellung Effect. No solemos hacer las cosas porque estén bien o mal, sino porque primero la hicimos de determinada manera y el cerebro es una máquina que aprende y repite los comportamientos. 6. Los viejos gobiernos se quedan sin ideas, se van fosilizando, se resisten a las reformas y segregan burocracias calcificadas, cada vez más incompetentes. 7. La no reelección refuerza la noción de que lo conveniente es seguir planes de gobierno a largo plazo, pensando en el país y no en periodos cortos. Se llega al poder a medio camino y se entrega a medio camino porque es un viaje que no puede o debe llegar a ninguna parte. Es una obra continua en la que el presidente es sólo un factor transitorio limitado por la ley”*. (Montaner, 2014).

Por otro lado, en la reciente **Opinión Consultiva OC-28/21** de 7 de junio de 2021, y acerca de la compatibilidad de la prohibición de la reelección presidencial indefinida con la CADH, la Corte IDH ha manifestado que en el marco del sistema interamericano, y de acuerdo a la literalidad de las disposiciones relevantes de la Convención y la Declaración Americana, la “reelección presidencial indefinida” no se encuentra expresamente protegida como un derecho autónomo; y adicionalmente, ha hecho notar que no hubo una discusión relativa a la reelección presidencial en los trabajos preparatorios de la Convención y Declaración Americana. Asimismo, ha visto pertinente realizar las siguientes precisiones:

93. La Corte ha señalado que, al ejercer su función interpretativa, recurre al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta el esquema de fuentes de derecho internacional relevantes. En esta medida, ha precisado que el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone tanto de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales, como de aquellas recogidas en el derecho internacional consuetudinario, y los principios generales del derecho.

94. Respecto a los tratados internacionales, se advierte que no existe mención a la figura de la reelección presidencial indefinida en la Carta de la OEA ni la Carta Democrática Interamericana, ni en ningún tratado de derechos humanos de la región. Tampoco existe referencia expresa a la reelección presidencial indefinida como un derecho humano en los tratados internacionales de derechos humanos en los sistemas universal, europeo y africano.

95. El derecho que se desprende de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de forma expresa es el derecho a votar y ser elegido. De forma similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos han entendido además que el derecho a postularse a un cargo electivo también se desprende del Convenio Europeo y la Carta Africana, respectivamente.

96. En este sentido, no se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos que se haya reconocido la existencia de un derecho autónomo a ser reelecto al cargo de la Presidencia.

La Corte IDH también ha visto necesario recurrir al análisis de la legislación y jurisprudencia interna de los Estados Miembros de la OEA, habiendo constatado que la mayoría de los Estados impone restricciones a la reelección presidencial, y que solo cuatro Estados carecen de limitaciones en la cantidad y frecuencia de las reelecciones presidenciales, permitiendo así la reelección presidencial indefinida (Bolivia, Honduras, Nicaragua, y Venezuela). De estos Estados, efectivamente en tres casos ha habido interpretaciones judiciales que consideraron que las limitaciones a la reelección presidencial, inicialmente establecidas en los respectivos ordenamientos constitucionales, constituían un trato discriminatorio y desproporcionado, que violentaba los derechos a elegir y ser elegido, por lo que debían ser eliminadas. Por tanto, ha concluido que, si bien la regulación constitucional de la reelección presidencial en los Estados

Miembros de la OEA es heterogénea, en la actualidad únicamente cuatro de ellos (Bolivia, Honduras, Nicaragua, y Venezuela) permiten la “reelección presidencial indefinida” en distintas formas. En consecuencia, se ha evidenciado que no existe a nivel regional una práctica estatal suficiente relativa al alegado derecho humano a la reelección presidencial indefinida, y que tampoco existe evidencia de que se considere dicha práctica como un derecho.

Por el contrario, los Estados de la región han asumido la obligación de garantizar que su sistema de gobierno sea una democracia representativa, y precisamente uno de los principios de dicho sistema de gobierno consiste en garantizar la alternancia del poder y evitar que una persona se perpetúe en el mismo. Por tanto, la Corte ha descartado el reconocimiento consuetudinario de dicha figura como un derecho autónomo, y ante la ausencia de respaldo en el derecho internacional y/o nacional, tampoco es posible reconocerlo como un principio general del derecho. Finalmente, la Opinión Consultiva que analizamos, concluye categóricamente que la “reelección presidencial indefinida” no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana ni por el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos; a cuyo efecto se explica lo siguiente:

124. Respecto al derecho de la persona que ocupa el cargo de la presidencia a ser reelecta, esta Corte ya estableció que no existe un derecho autónomo a la reelección (supra párr. 102). El derecho que se encuentra establecido en la Convención Americana es el derecho “a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”. La prohibición de la reelección presidencial indefinida solo restringe la posibilidad de la persona que se encuentra ejerciendo la presidencia de participar en las elecciones. En este sentido, este Tribunal considera que el sacrificio que implica esta restricción es menor y justificado para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y, con esto, prevenir que se degrade la democracia representativa.

125. Por otra parte, respecto a los derechos de los demás ciudadanos, esta Corte recuerda que el artículo 23 de la Convención establece el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, por medio de representantes libremente elegidos, así como el derecho de votar en elecciones donde se “garantice la libre expresión de [su] voluntad”. Al respecto, este Tribunal advierte que el derecho a votar no implica el derecho a tener opciones ilimitadas

de candidatos a la Presidencia. En cambio, el derecho protege que los votantes puedan elegir libremente entre los candidatos inscritos, y que las restricciones para postularse como candidato no sean contrarias a la Convención. La prohibición de la reelección presidencial indefinida limita la posibilidad de los ciudadanos de reelegir al Presidente por más de dos periodos consecutivos cuando consideren que es la persona más adecuada para el cargo. Sin embargo, este Tribunal reitera que, de acuerdo al artículo 32 de la Convención, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común. En este sentido, las exigencias del bien común requieren que se establezcan salvaguardas a la democracia, como lo es la prohibición de la reelección presidencial indefinida (infra párrs. 145 y 146). Además, la Corte resalta que esta prohibición no afecta el derecho de los votantes a seleccionar, entre los candidatos, a la persona más afín a sus preferencias, incluso pudiendo ser un representante del mismo partido político que el Presidente en ejercicio. Por tanto, el Tribunal observa que esta limitación es menor cuando se compara con los beneficios que trae para la sociedad la prohibición de la reelección presidencial indefinida.

De acuerdo a lo expuesto, se puede apreciar que la Corte IDH enfatiza que según el artículo 32 de la CADH, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, las cuales se traducen en establecer salvaguardas a la democracia, como lo es la prohibición de la reelección presidencial indefinida; en consecuencia, dicha instancia supranacional ha concluido estableciendo con claridad que dicha prohibición existente en los sistemas constitucionales, es plenamente compatible con la Convención Americana, la Declaración Americana y la Carta Democrática Interamericana.

7. Conclusiones: Los mandatos establecidos expresamente por la Corte Interamericana

Finalmente, la Corte IDH, en ejercicio legítimo de su competencia para emitir la Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, sobre *«La figura de la reelección presidencial indefinida en*

sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos», ha concluido estableciendo expresamente que:

- ✓ La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni por el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos.
- ✓ La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana.
- ✓ La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- ✓

Las premisas anteriormente citadas, por su vinculatoriedad para los Estados que han aceptado la competencia de la Corte IDH (en su dimensión consultiva y contenciosa), y por su innegable importancia para la preservación del Estado Democrático de Derecho en los países miembros, constituyen mandatos imperativos dirigidos a todas las autoridades públicas que tienen el deber de ejercer el control (difuso) de convencionalidad, para que sean considerados en la elaboración, aplicación e interpretación de las normas internas, así como en la emisión de decisiones judiciales y/o administrativas, optando siempre por aquella interpretación que más favorable resulte a la efectiva concretización y vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cada uno de los países de Latinoamérica.

Referencias

Barrientos Jiménez, Oscar Gonzalo (2017). Hacia la Convencionalización de los ordenamientos jurídicos internos: Control de Convencionalidad Interamericano, alcances y desafíos para su aplicación efectiva en América Latina y el Caribe. En: Revista Aporía Jurídica v. 1, n. 7 - Curso de Direito da Faculdade CESCAGE Brasil (enero-julio). Disponible en: <https://bit.ly/37xATx5>

Carrasco, Carlos Antonio (2012). *Conjeturas. Cien crónicas de nuestra época*. pp. 26-27. La Paz, Bolivia: L' Harmattan, Apoyo Gráfico.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana*. San José, C.R.: Corte IDH. Disponible en: <https://bit.ly/2XCe3Dy>

Fernández Segado, Francisco (2004). La reforma constitucional de Bolivia de febrero de 2004. Una mirada crítica. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Número 8. Madrid, España. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50662>

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros (Coords.) (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Segunda edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://bit.ly/3j3r7rH>

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2019). “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”. En: Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E. y otros (Coords.). *Cumplimiento e impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público – Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro – Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://bit.ly/2YabBSr>

García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta (2016). Hacia el ius commune interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 20, 433-463. Madrid, España. Disponible en: <https://bit.ly/3h8ZFHM>

Lissidini, Alicia (2011). Democracia directa en Latinoamérica: Entre la delegación y la participación. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2011. Disponible en: <https://bit.ly/3l4EVoB>

Montaner, Carlos Alberto (2014). Siete razones para oponerse a la reelección presidencial. Disponible en: <http://bit.ly/1oYJuiZ>

Nash Rojas, Claudio (2013). Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. pp. 489-509. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer.

Opinión Consultiva OC-21/14, «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional», de 19 de agosto de 2014, párrs. 110-114, 150, 280, 123-149. Disponible en: <https://bit.ly/348eRBe>

Opinión Consultiva OC-22/16, «Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», de 26 de febrero de 2016. Serie A, núm. 22, párr. 26. Disponible en: <https://bit.ly/3Bm7p3j>

Opinión Consultiva OC-28/21, «La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos», de 7 de junio de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3sABY1E>

Rivera, José Antonio; Jost, Stefan y otros (2005). La Constitución Política del Estado: Comentario Crítico. Tercera Edición, actualizada con las reformas del 2004. p. 21. Cochabamba, Bolivia: Talleres Gráficos Kipus.

Sagüés, Néstor Pedro (2015). “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad”. En: Revista Pensamiento Constitucional, N° 20, pp. 275-283. Lima, Perú. Disponible en: <https://bit.ly/2ANjRyK>

Sagüés, Néstor Pedro (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, pp. 117- 136. Talca, Chile. Disponible en: <https://bit.ly/3Dg2qkY>

Salazar Marín, Daniela, Cobo Ordóñez, Ana Isabel, Cruz García, Camila, Guevara Ruales, Mateo, & Mesías Vela, María Paula (2019). La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. Foro, Revista De Derecho, (32), 123-143. En: <https://bit.ly/3kOdY8t>

Soto Barrientos, Francisco (2012). El desafío de la participación. Estudio comparado sobre el referéndum y la iniciativa legislativa popular en América Latina y Europa. Chile: LOM Ediciones. Disponible en: <https://bit.ly/3cHgvwE>

Steiner, Christian, y Uribe, Patricia (Eds). (2014). CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Comentario). La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer – Plural Editores.

Vargas Lima, Alan E. (Coord.). (2020). Diez años de la Constitución Boliviana. pp. 77-109. Cochabamba, Bolivia, Editorial Kipus.

Vargas Lima, Alan E. (2019). “Bloque de Constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del Control de Convencionalidad en Bolivia”. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 17, N° 1, pp. 363-396. Talca, Chile. Disponible en: <https://bit.ly/3iurmvt>

Vargas Lima, Alan E. (2016). El Estado Democrático y la importancia del Principio de Alternabilidad en la configuración constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia. En: ACADEMIA BOLIVIANA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (editor). Reforma y Reección Presidencial. Memoria del Seminario sobre la Reección Presidencial. Cochabamba, Bolivia: Editorial Kipus.

Vargas, Alan E. (2018). Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad en Bolivia. En: Anuario de Derecho Constitucional

Latinoamericano – 2018. pp. 535-556. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer.

Welp, Yanina y Lissidini, Alicia (2016). Democracia directa, poder y contrapoder. Análisis del referendo del 21 de febrero de 2016 en Bolivia. En: Bolivian Studies Journal / Revista de Estudios Bolivianos. <http://bsj.pitt.edu> Vol. No. 22, 2016. doi: 10.5195/bsj.2016.157

Zelada, Carlos (2020). ¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex). Lima, Perú. Disponible en: <https://bit.ly/3EaTC0L>

Indicação Geográfica como instrumento de valorização e acesso a manifestações da Cultura Nacional

ALEJANDRO KNAESEL ARRABAL ¹³⁴

FERNANDA ANALÚ MARCOLLA ¹³⁵

1. Introdução

Desde a antiguidade, agrupamentos sociais procuram construir e preservar suas identidades por meio de signos e expressões que

¹³⁴ Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAd) da FURB. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPq-FURB). Vice-líder do Grupo de Pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB). Membro do grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB). Membro da AGIT - Agência de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau - FURB. ID Lattes: 0957562986221644. ID ORCID: 0000-0002-0927-6957. E-mail: arrabal@furb.br.

¹³⁵ Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pós-Graduada em Propriedade Intelectual pela Faculdade Verbo Jurídico. Especialista em Direitos Humanos e Direito Constitucional pela Universidade de Direito de Coimbra/PT. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE). Advogada. Membro dos grupos de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB) e Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas (CNPq-FURB), com estudos em direito de propriedade intelectual, desenvolvimento tecnológico e inovação. Presidente da Comissão de Direito Criminal da OAB/SC, Subseção de Brusque. Membro da Associação dos Advogados Criminalistas de Santa Catarina - AACRIMESC. Associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. ID Lattes: 3320760922393919. ID ORCID: 0000-0003-2335-2343. E-mail: fmarcolla@furb.br.

assumem forma e sentido de cultura. Em que pese o avanço da ciência, da tecnologia e do mercado em escala global, persevera socialmente o apreço as origens.

A ideia de origem diz respeito ao que antecede e é reconhecido como princípio existencial e fundamento para o cotidiano. O valor simbólico de produtos e serviços pautado em suas origens corresponde a uma forma de legitimar pertencimento. O valor da origem de um produto ou serviço pode decorrer da identidade local de uma comunidade. Desta feita, a Indicação Geográfica (IG) representa um instituto jurídico voltado a confirmar o liame das qualidades e características de uma região à produtos ou serviços, o que, por consequência, contribui para o fomento econômico (GONÇALVES, 2008).

O instituto jurídico da Indicação Geográfica encontra-se na Lei nº 9.279/1996 em duas modalidades: a Indicação de Procedência e a Denominação de Origem. As Indicações Geográficas agregam valor a produtos e serviços, contribuindo para o desenvolvimento social econômico, além de colaborar com a sustentabilidade do saber-fazer tradicional e com a preservação da herança histórico-cultural.

A par do reconhecimento da Indicação Geográfica como sinal distintivo associado a produtos ou serviços em razão de fatores originários, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, acolhe projetos de “identificação, reconhecimento, salvaguarda e promoção da dimensão imaterial do Patrimônio Cultural Brasileiro, com respeito e proteção dos direitos difusos ou coletivos relativos à preservação e ao uso desse bem” (IPHAN, 2006).

Como vetor maior que integra essa realidade normativa, a Constituição Federal de 1988 estabelece o direito fundamental a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica (art. 5º, IX); bem como atribui aos entes federativos competência comum para a proteção de bens de valor histórico, artístico e cultural (art. 23, III), para proporcionar meios de acesso à cultura (art. 23, V); e, de modo geral, confere ao Estado a responsabilidade de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional (art. 215).

Nesse contexto, o presente artigo propõe o reconhecimento do instituto da Indicação Geográfica como instrumento de valorização e acesso a manifestações da cultura nacional. Realizado por meio de revisão bibliográfica, o artigo está estruturado em duas unidades. A

primeira aborda os conceitos de Cultura e Manifestação Cultural. A segunda descreve o instituto da Indicação Geográfica e o caracteriza como instrumento de valorização e acesso a Manifestações Culturais.

2. Cultura e Manifestação Cultural

A maior preocupação dos que buscam a conceituação de cultura, é no sentido de investigar a origem da vida, ou seja, questiona-se como o ser humano adquiriu esse “processo extrassomático que o diferenciou de todos os animais e lhe deu um lugar privilegiado na vida terrestre” (LARAIA, 1986, p. 53). Toda cultura deriva de uma história, logo, examina-se as expressões culturais ao longo do tempo e como são administradas e governadas em uma comunidade com tradições específicas em relação a outras (REALE, 2002, p. 240).

As civilizações possuem suas histórias, tradições e lendas antigas das quais tentam dilucidar a origem, tanto da existência humana quanto os acontecimentos cotidianos. A cultura ocidental, por exemplo, “herdou uma explicação religiosa registrada no primeiro livro da Bíblia, o Gênesis”, o qual condiciona a origem ao criação demiúrgica de Adão e Eva. Outros povos enunciam em suas narrativas históricas sobre suas origens, fatores relacionados a explicações míticas e sobrenaturais (MELLO, 1982, p. 129-130).

Ao mesmo tempo que a cultura refere-se a preservação de valores, ela também se manifesta como mudança do status quo, utilizando para tanto, de “tentativas de educar as massas e refinar seus costumes, e assim melhorar a sociedade e aproximar o povo, ou seja, os que estão na base da sociedade, daqueles que estão no topo” (BAUMAN, 2013, p. 12).

O indivíduo é o resultado do meio cultural no qual foi inserido e socializado. De fato, é um herdeiro de um “longo processo acumulativo, que reflete o conhecimento e a experiência adquiridos pelas numerosas gerações que o antecederam”, é esse patrimônio cultural que permite preservar a identidade de toda uma comunidade (LARAIA, p. 1986, 45).

Nesse sentido, a cultura pode ser compreendida como um patrimônio de bens materiais e imateriais que o homem produz e acumula através de sua história, assim como corresponde “a atividade mesma do homem enquanto subordinado a regras” (REALE, 2002, p. 247).

As sociedades são modeladas pela cultura, o que implica nas atividades que se tornam típicas de um local, constituindo tradições e consolidando valores. Não há nenhum povo que “não tenha uma filosofia de vida, um conceito de origem e do funcionamento do universo e de como se deve tratar com os poderes do mundo sobrenatural para conseguir os fins alcançados” (MELLO, 1982, p. 56).

O comportamento humano é considerado simbólico, pois toda cultura está intrinsecamente alinhada ao uso de signos e símbolos como forma de comunicação, ou seja, “é o exercício da faculdade de simbolização que cria a cultura e o uso de símbolos que torna possível a interpretação” (LARAIA, 1986, p. 55).

Reale (2002, p. 244) por sua vez, critica a abordagem que parte da doutrina faz do patrimônio cultural, pois na grande maioria das vezes o patrimônio cultural imaterial é esquecido, reduzindo-o às notas do “produzido” ou do “materialmente objetivado”, coisificam-se, desse modo, “as criações do espírito, e o culturalismo se converte em uma descrição naturalística de bens, aparentemente objetiva, porque na descrição se insinua e se insere o coeficiente de preferências do observador” (REALE, 2002, p. 244).

Não são apenas coisas materiais e tangíveis que fazem parte do universo da cultura, muito pelo contrário, há muitas formas de expressar valores culturais na integração da natureza e da existência humana, tanto compreendem manifestações culturais uma tradição folclórica quanto uma estátua de Donatello (REALE, 2002, p. 241).

Os produtos e serviços decorrentes da concessão de uma Indicação Geográfica envolvem um universo simbólico para além do mercado, ou seja, são manifestações de culturas tradicionais que ficam à disposição da sociedade como forma de preservação de uma história originária. Esses produtos e serviços prospectam benefícios sociais e culturais para as comunidades da região geográfica delimitada, pois são capazes de preservar sua tradição, sua história, seu saber fazer, além de favorecer o desenvolvimento socioeconômico regional (CARLS, 2013, p. 60-61).

Os produtos e serviços decorrentes de uma herança cultural e histórica não podem ser vistos simplesmente como “mera ferramenta mercadológica de promoção de um produto de qualidade diferenciada, mas como um instrumento de desenvolvimento ancorado num território específico”, fator este capaz de incentivar que outras iniciativas possam aflorar, tais como; o turismo, a gastronomia, a

prestação de serviços, entre outros. (ANJOS; SILVA; CALDAS, 2020, p. 332).

É justamente nesse contexto que as IGs ganham importância na estratégia de fortalecimento dos produtos e serviços com identidade cultural, pois este instituto, via de regra, se torna capaz de resgatar os vínculos com o território local e fortalecer a identidade sociocultural dos grupos envolvidos (BARBOSA *et al.*, 2017).

3. Indicação geográfica como instrumento de valorização e acesso à Manifestações Culturais

O reconhecimento da qualidade dos produtos e serviços em relação à sua origem surge na antiguidade, com os gregos e romanos. A exemplo disso, são várias as passagens Bíblicas que fazem referências principalmente às qualidades e origens dos vinhos, o que pode ser evidenciado na seguinte passagem: “voltarão os que habitam à sua sombra, reverdecerão como o trigo, e reflorescerão como a vide; o seu renome será como o do vinho do Líbano”. Nesta passagem, é possível perceber “todas as características do atual conceito de indicação geográfica: o produto, o local de origem e sua reputação” (PIMENTEL, 2010, p. 241).

Na literatura, é comum encontrar referências a produtos como vinhos, lã e tecidos associados ao nome de uma região, como, por exemplo, os vinhos de Coríntio, Ícaro e Rhodes (século IV a.C. na Grécia), o vinho e o cedro do Líbano, o trigo do Egito (citados no Velho testamento), os cavalos de Élida (citado na Odisséia de Homero), o mármore de Carrara e os vinhos de Falerne (Império Romano). Designar os produtos que gozavam de boa reputação com o nome das respectivas regiões de manufatura era uma forma de identificação e associação à qualidade. A boa fama e a grande demanda de alguns desses produtos os tornavam mais valiosos que seus similares (INPI, 2022).

Assim, os produtos e serviços derivados de certas regiões, além de serem prestigiados por suas qualidades, também se tornavam uma fonte de renda local, haja vista que agregavam valor de mercado sob esta condição. Destaca-se que, o valor como um objeto autônomo, irredutível aos objetos ideais, como os lógicos e os matemáticos, decorrentes do “dever-ser” e do “saber-fazer” (REALE, 1994, p. 91), garantem que as Indicações Geográficas confirmam valor agregado a

produtos e serviços, devido as suas origens ou forma peculiar como certa atividade é realizada em uma região geograficamente identificável (INPI, 2022).

A Indicação Geográfica é considerada um sinal distintivo, de uso exclusivo de produtores e prestadores de serviços, localizados em uma região “cuja características naturais/culturais sejam determinantes para a qualidade de um produto ou serviço ali ofertado ou que seja conhecida por ser um centro de produção de determinado objeto ou de prestação de um tipo de serviço” (MELO, 2019, p. 16).

A forma de saber fazer, alinhado às culturas tradicionais, faz com que as Indicações Geográficas, independentemente de sua modalidade (Indicação de Procedência ou Denominação de Origem), sejam formas de incentivo ao desenvolvimento sustentável, bem como um fator importante para preservar a cultura e tradição local (SACHS, 1993).

Foi a necessidade de reconhecimento e proteção dos produtos e serviços locais que fizeram com que os produtores estabelecessem uma delimitação espacial das áreas de produção, e também, que fosse introduzido uma forma de diferenciar os produtos daquela localidade ao agregar qualidades em “saber fazer” associado ao meio geográfico (ALVES; ZILLI; PIERI, 2017, p. 29).

Entre as modalidades de Indicação Geográficas, a legislação apresenta duas modalidades: a Indicação de Procedência (IP) e a de Denominação de Origem (DO) (BRASIL, 1996). Ambas têm como escopo a proteção das características decorrentes da origem e tradição cultural e o fomento socioeconômico nacional. Enquanto na IP a palavra-chave é “notoriedade” da origem geográfica de um determinado produto ou serviço, na DO a palavra-chave é “qualidade ou característica peculiar” do produto ou serviço estritamente vinculada a origem (LOCATELLI, 2007, p. 344).

A Indicação de Procedência, pode ser reconhecida de três formas: 1) o local ou região onde o produto é extraído, 2) o local ou região onde o produto é fabricado, 3) o local ou região onde o produto é produzido. Nesta concepção, na extração estão enquadrados os produtos naturais, nos quais o indivíduo se limita a obtê-los (sal, água, frutos). Na fabricação, os produtos naturais necessitam de um processo de elaboração ou preparo antes de serem oferecidos ao consumidor (sucos, manteiga, doces). Por fim, na produção, os produtos são exclusivamente industriais, cujas características são indiferentes ao

meio geográfico (sapatos, móveis, tecidos) (GONÇALVES, 2008, p. 55-56).

Como exemplo de Indicação de Procedência, cita-se a da região do Jalapão do estado do Tocantins, a qual possui como característica um produto natural de beleza diferenciada por seu capim dourado, cujas cores vivas amarelas dão um toque especial aos cerrados da região. Munidos dessa matéria-prima, os moradores locais começaram a produzir peças de costura e trançados, que são originárias de uma cultura quilombola que perdura há anos nesta região. Outro exemplo de concessão de Indicação de Procedência é o caso de Goiabeiras em Vitória/ES, notável pela produção de panelas de barro, sendo o “saber-fazer” uma herança cultural indígena e africana. A panela de barro, assim como o saber-fazer relacionado a sua elaboração, é indissociável da tradição gastronômica da região e faz parte dos valores que constituem a identidade cultural local (INPI, 2022).

Deste modo, a fato histórico-cultural, ou produto da vida humana objetivada, é um fator humano que integra normativamente no sentido de certos valores, o que nestes casos, é observado da tradição das identidades culturais de cada região (REALE, 1994, p. 80). Esses fatores são característicos das IGs, sendo que na compreensão de Gonçalves (2008, p. 55), a Indicação de Procedência possui como predominância, além do nome geográfico reconhecido geopoliticamente ou culturalmente designado de uma região ou localidade demarcada, a capacidade de designar centros de “extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço”.

Por sua vez, a característica marcante da Denominação de Origem é a necessidade de englobar determinadas qualidades típicas decorrentes do meio geográfico, compreendendo tanto fatores naturais quanto fatores humanos. Uma das vantagens desse signo distintivo é a garantia de qualidade e preservação das características originárias culturais (ALMEIDA, 1997).

Ela constitui para quem a utiliza um verdadeiro sinal distintivo, um meio de atrair a clientela e constitui para esta uma garantia de qualidade. Para além de ser um autêntico sinal distintivo dos produtos, tem a faceta adicional de indicar a concorrência de certas características e qualidades devidas à área geográfica. Ao lado desta garantia de qualidade ela garante, obviamente, uma certa

proveniência geográfica; é um sinal distintivo com uma função complexa (ALMEIDA, 1997, p. 55-56).

Quanto aos fatores naturais e humanos, constitui-se no meio geográfico a extração, elaboração ou fabricação, as quais são “influenciadas e beneficiadas pelas características geográficas naturais do local ou região, ou seja, composição do solo, formação geológica, clima, latitude, altitude, umidade, precipitação pluviométrica, ventos, flora, fauna, etc.”, condições estas que tornam um produto ou serviço peculiar por sua natureza única (GONÇALVES, 2008, p. 57).

Uma das vantagens da concessão de uma Indicação Geográfica, é a garantia de qualidade de origem do produto ou serviço, o qual, segundo Carls e Albino (2015, p. 589-590), é meio de fomentar o comércio, pois tal diferenciação “também auxilia no aumento de valorização das propriedades da região delimitada, no turismo, no desenvolvimento regional como conjunto, no fortalecimento da identidade dos produtores e da população”.

Assim sendo, a Indicação Geográfica é uma forma de aproximação e conexão dos produtores “com a terra e a cultura”, favorecendo assim, o desenvolvimento e gestão da localidade. A importância do reconhecimento cultural como fator de concessão de uma IG pode ser destacada na própria concepção de cultura, que apesar da complexidade de variação conceitual, é compreendida por Eagleton (2011, p. 10) como um “desdobramento semântico da mudança histórica da própria humanidade da existência rural para a urbana”, é uma forma de preservar a cultura ancestral pelo intermédio do saber fazer.

4. Conclusão

Do exposto, verifica-se que a valorização e acesso a manifestações da Cultura Nacional encontram respaldo no instituto das Indicações Geográficas, considerando que o seu alcance vai além dos efeitos e propósitos da tutela concorrencial estrita de indústria e de mercado.

A diversidade territorial e cultural brasileira e suas particularidades sustentam a afirmação de que há inúmeros produtos e serviços nacionais que ganham notoriedade pela sua qualidade decorrente da cultura histórica e do saber fazer. As Indicações

Geográficas podem cooperar para a difusão dessas realidades, além de desempenhar um importante papel no desenvolvimento social.

Trata-se de um instituto com vocação híbrida, na medida que, além de contribuir para o cenário econômico das regiões que indicam, o faz no sentido de firmar o valor das práticas coletivas, preservando, instigando e difundindo culturas tradicionais e qualidades naturais, vinculando-as simbolicamente a produtos e serviços.

Referências

ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. A Proteção das Denominações de Origem Vitivinícolas no Âmbito do Comércio Internacional – O Caso da Denominação de Origem, Vinho do Porto. In: **Seminário Internacional Os Vinhos de Qualidade e o Desenvolvimento das suas Regiões de Produção**. Viseu, maio 1997. Actas. Viseu: Publicação Andov, 1997.

ALVES, Felipe; ZILLI, Julio Cesar; PIERI, Ricardo. A internacionalização dos vales da uva Goethe - Santa Catarina. In: VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto; ZILLI, Júlio Cesar; BRUCH, Kelly Lissandra (Org.). **Propriedade intelectual, desenvolvimento e inovação: ambiente institucional e organizações**. Criciúma: Unesc, 2017. p. 160-185. Disponível em: <http://www.unesc.net/portal/capa/index/300/11629> Acesso em: 14 nov. 2021.

ANJOS, Flávio Sacco dos; SILVA, Fernanda Novo da; CALDAS, Nádia Velleda. Indicações geográficas, capital social e desenvolvimento territorial. **Redes – Revista de Desenvolvimento Regional**, v. 25, n. 2, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.17058/redes.v25i2.9636>. Acesso em: 14 jul. 2022.

BARBOSA, Patrícia Maria da Silva et al. Propriedade intelectual e ativos diferenciadores: sinais distintivos do comércio acentuando as diferenças In: BARBOSA, Patrícia Maria da Silva et al (Org.). **Certificando a origem: possibilidades de interação entre indicações geográficas e certificação**. Brasil: INPI, 2017. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/academia/arquivo/livros-e-capitulos/certificando-a-origem_2017.pdf Acesso em: 14 jul. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno.**

Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e

obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm Acesso em: 5 jan. 2022.

CARLS, Suelen. **O aproveitamento da indicação geográfica na promoção de desenvolvimento regional: o caso dos cristais**

artesanais da região de Blumenau. 2013. 167 f. Dissertação (Mestrado)

- Curso de Ciências Humanas, Desenvolvimento Regional do Centro de Ciências Humanas, FURB, Blumenau, 2013.

CARLS, Suelen; ALBINO, Jaqueline. Indicações geográficas e sustentabilidade do patrimônio cultural imaterial: o caso da cachaça de Paraty (RJ). In: BIRNFELD, Carlos Andre Huning;

ANDREUCCI, Alvaro Gonçalves Antunes; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. (Org). **Direito e Sustentabilidade.** Conpedi:

Florianópolis, 2014. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d85753f9fffd5bc7>
Acesso em: 5 jul. 2022.

EAGLETON, Terry; DONKIS, Leonidas. **A ideia de cultura.** 2. ed.

São Paulo: Unesp, 2011. Tradução Sandra Castello Branco.

GONÇALVES, Marcos Fabrício Welge. **Propriedade industrial e a proteção dos nomes geográficos:** indicações geográficas de procedência e denominação de origem. Curitiba: Juruá, 2008.

INPI. Curso geral de indicações geográficas e marcas coletivas. 2022.

Disponível em:

<https://academiavirtual.inpi.gov.br/moodle/course/view.php?id=149>. Acesso em: 02 jul. 2022.

IPHAN. **Bens imateriais em processo de instrução para registro**. 2022. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/426/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura um conceito antropológico**. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

LOCATELLI, Liliana. Indicações Geográficas e desenvolvimento econômico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

MELLO, Luiz Gonzaga de. **Antropologia cultural**: iniciação, teoria e temas. Petrópolis: Vozes, 1982.

MELO, Renato Dolabella. **Indicações geográficas e o direito da regulamentação e da concorrência**: atualizado de acordo com a IN 95/18 do INPI. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio**: módulo II, indicação geográfica. 2.ed. Brasília: MAPA (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento); Florianópolis: SEaD/UFSC/FAPEU, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SACHS, Ignacy. Estratégias de transição para o século XXI. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). **Para pensar o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 29-56.

Crise ética ambiental? Como a ausência de uma racionalidade ética a partir de Kant pode ser a responsável pelo fracasso ao combate da crise ambiental

RENATA GONÇALVES DE SOUZA¹³⁶

NEWTON DE OLIVEIRA LIMA¹³⁷

1. Introdução

A crise ambiental que assola o planeta é algo real e altamente destrutivo. É necessário que se faça algo para cessá-la ou, ao menos, para mitigar os seus impactos socioambientais na terra sob pena de, ao fracassar, sofrer-se o colapso que, consequentemente, extinguirá todos os seres vivos do planeta terra.

Decorrente de uma lógica liberal e mercantilista, que entende o meio ambiente como uma coisa (coisificação da natureza), como algo a ser monetizado, a crise ambiental também é fruto de uma crise ética por parte dos cidadãos, que têm pactuado o dever e o direito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas não efetivam tal direito nem lutam para que a crise ambiental seja diminuída ou tenha seus impactos mitigados na sociedade.

Refletindo-se sobre essa situação, nesta pesquisa, buscou-se demonstrar que a ausência de um pensamento ético, pautado na

¹³⁶ Professora de História, Especialista em Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça, Advogada tributarista e mestranda em Direito pelo PPGCJ – UFPB. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6659919336066579> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-9882-8003> **Email:** renata.pibid@gmail.com

¹³⁷ Professor Adjunto IV da UFPB, lotado no Departamento de Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas. Professor permanente do Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB (PPGCJ). Líder do Grupo de Pesquisa FILOSOFIA DO DIREITO E PENSAMENTO POLÍTICO (UFPB/CNPQ). Áreas de pesquisa: Filosofia do Direito, Filosofia do Estado, Filosofia dos Valores e Filosofia Política. **Lattes:** <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4131093U6> **ORCID:** [0000-0002-0459-6978](https://orcid.org/0000-0002-0459-6978) **Email:** newtondelima@gmail.com

universalidade, bem como de preocupações de âmbito internacional, podem ser responsáveis pelo fracasso do combate à crise ambiental, quando somadas aos demais fatores vigentes na sociedade, a saber, a lógica capitalista, o neoliberalismo e a própria crise ética dos cidadãos.

No que diz respeito à organização da pesquisa, ela se encontra dividida em cinco partes: a parte inicial intitulada de “A crise ambiental: entendendo a problemática e seus reflexos”, que aborda os pontos essenciais da crise ambiental, o seu desenrolar dentro da sociedade e do ordenamento jurídico até alçar a importância de direito fundamental previsto em nossa Constituição.

Na seção seguinte, “Cidadania, direitos e meio ambiente”, demonstrou-se que o meio ambiente deve ser entendido como um direito do cidadão brasileiro, uma vez que faz parte da cidadania das pessoas brasileiras, devendo ser resguardado e efetivado na sociedade, sendo, pois, necessária a luta dos cidadãos com obediência ao imperativo categórico e à ética kantiana.

Na sequência, tem-se o tópico “Crise Ambiental: a ausência da ética kantiana”, no qual refletiu-se acerca da ausência da ética kantiana na sociedade enquanto fator primordial para o fracasso do combate à crise ambiental, devido à falta de preocupação das pessoas tanto em relação ao cumprimento do imperativo categórico, quanto ao ato de lutar por este direito, assegurado na Constituição, enquanto um direito do cidadão, demonstrando, assim, a ausência da ética kantiana em sociedade.

Por fim, na conclusão, procurou-se defender que a prática social dentro dos parâmetros éticos das ideias kantianas, do imperativo categórico e do conceito da máxima universal, possivelmente, seriam capazes de mitigar os efeitos advindos da crise ambiental, possibilitando aos cidadãos a fruição de uma cidadania considerada plena.

2. A crise ambiental: entendendo a problemática e seus reflexos

Durante grande período, o meio ambiente foi visto pela sociedade apenas como uma coisa, um bem a ser explorado. Ainda nos primórdios, o meio ambiente era o local de onde os recursos necessários à sobrevivência do homem eram extraídos, principalmente no que tange à alimentação. Após o advento da revolução industrial,

com a implantação do capitalismo como novo modelo de sistema, o meio ambiente passou a sofrer duras investidas, aumentando ainda mais a sua exploração (AGUIAR FILHO, 2014).

Em decorrência do uso desenfreado dos bens naturais e de sua não renovação viu-se surgir uma forte crise ambiental que assolou o mundo, nascendo, assim, a urgente necessidade de adoção de medidas capazes de mitigar os impactos causados ao meio ambiente. No processo iniciado dentro do Estado Liberal entre homem/natureza, natural prever o efeito lógico de que fosse a natureza compreendida como bem a ser utilizado com vistas a alcançar a mais-valia para o homem, já corrompido pelo capitalismo. Tais questões uma vez atreladas à racionalidade instrumental contribuíram para diversos desequilíbrios ecológicos e climáticos, sentidos hoje na sociedade contemporânea (ATAÍDE, 2016).

Segundo Araujo (2019):

Neste processo, a relação homem/natureza alterou-se significativamente inaugurando um modelo de racionalidade técnica, científica e tecnológica que impôs a reificação da natureza, de pessoas, de valores, de modos culturais e éticos, em virtude da subordinação da natureza ao ethos capitalista de matriz fundamentalmente liberal. Este modelo civilizatório, para se perdularizar no tempo, contou – e conta ainda – com a legitimação social através da legalização de práticas mercadológicas e econômicas que alteraram significativamente o relacionamento da espécie humana com a natureza (ARAUJO, 2019, p. 48).

Desta feita, entende-se que a abordagem utilitarista dada ao meio ambiente permanece surtindo tantos efeitos por longos períodos de tempo devido à aceitação ideológica da sociedade civil e do mercado capitalista, evidenciando a formação de uma ética individual e da moral vigente.

Nesse sentido, tornava-se aceitável o uso da natureza para alcançar objetivos de subsistência e lucro. Não se tratava, pois, de defender ou aceitar o que ocorria com o meio ambiente e a lógica capitalista. Tratava-se de entender as coisas dentro de seu contexto: naquele momento eram o desenvolvimento e o progresso as metas a

serem alcançadas¹³⁸.

Com o aumento do acesso à educação, o surgimento da globalização e os avanços tecnológicos, alguns setores da sociedade começaram a ser problematizados, a exemplo do capitalismo em suas relações com o uso desenfreado dos bens naturais. O crescente desenvolvimento a todo custo começou a ser questionado por alguns pensadores à época, fazendo surgir manifestações pelo mundo.

Nos anos 1970 nascem, contemporaneamente à queda do Estado de Bem-Estar Social, os chamados movimentos ambientalistas que tinham como objetivo lutar por um meio ambiente equilibrado, saudável mediante à implementação da ideia de sustentabilidade no mundo (AGUIAR FILHO, 2014). Logo, pode-se afirmar que, em decorrência das mudanças sociais e com o alastramento da crise ambiental, a exigência de medidas protetivas para o meio ambiente deixou de ser uma reivindicação para passar a integrar o ordenamento jurídico de vários lugares no mundo.

Segundo Aguiar Filho (2014):

A imposição pela necessidade de uma normatização dos valores ambientais pressionaram os órgãos produtores de normas jurídicas, para uma formulação de garantias jurídicas efetivas, o que antes se dava de forma esparsa e esporádica, agora diante das gravidades da não regulamentação da ética ambiental fez surgir uma legislação própria com transversalidade, pondo o meio ambiente como um conjunto complexo, um todo, um macrobem, compondo-se de conjuntos menores, ou microbens (AGUIAR FILHO, 2014, p. 79).

No Brasil, isto se deu com a Constituição de 1988. Conhecida como Constituição Verde, a Carta Magna de 1988 inicia um importante processo de transição no tratamento com o meio ambiente que deixa uma situação de pouca ou nenhuma visibilidade constitucional para ocupar o *status* de direito fundamental, estando agora resguardado no artigo 225, da mencionada Constituição:

¹³⁸ Ressalva-se que, ao tempo, não havia uma preocupação com a preservação do meio ambiente, logo, não se pode recriminar a lógica capitalista em sua gênese. Todavia, pode-se, nos dias atuais, lutar para reverter os males causados ao meio ambiente, tal qual o movimento iniciado na década de 1970.

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Contudo, o *status* de direito fundamental positivado em nossa Carta Magna não possibilitou a resolução das problemáticas ambientais. Infelizmente, a proteção constitucional não implica necessariamente na eficiência de sua conservação e preservação. Ainda há muito o que se lutar para garantir o equilíbrio ecológico. Hodiernamente, variadas situações perpassam pela dificuldade de aceitação de uma nova forma de lidar com o meio ambiente, uma forma correta, a qual este seja um fim em si mesmo e não apenas uma coisa a ser usada.

Todavia, impossível não destacar a importância desta modificação de paradigma, que acabou por obrigar o ordenamento jurídico e a sociedade civil a enxergar o meio ambiente sob novas bases, como um direito fundamental que, como tal, necessita de proteção constitucional para se manter equilibrado, sendo mister, portanto, a superação do modelo liberal-individualista para incorporação de novas racionalidades no trato com o meio ambiente. É preciso, pois, valer-se de mecanismos constitucionais previstos na nossa Carta Magna para garantir que o meio ambiente não faça parte apenas de um imaginário utilitarista, passando a ser enxergado dentro da ótica de ecologização constitucional (BENJAMIN, 2015).

Para tanto, é preciso que as pessoas entendam que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, sendo, igualmente, dever de seus cidadãos defendê-lo em prol de um meio ambiente sadio e equilibrado. Assim, demonstrar-se-á, a seguir, o conceito de cidadania e a concepção de meio ambiente como direito do cidadão brasileiro.

3. Cidadania, direitos e meio ambiente

Nos tempos atuais, figura-se na sociedade uma ideia de cidadania que engloba direitos e deveres de um determinado corpo de pessoas que, para conviver em harmonia e de forma igualitária se colocam sob determinadas leis, costumes e atos, de tal maneira a tentar

preservar o bem estar-social de todos. Assim, no senso comum, a cidadania compreende o ato de englobar pessoas de um determinado grupo social de modo a propiciar a luta, aquisição e preservação de direitos e deveres deste grupo junto ao Estado.

No entanto, nem sempre foi assim. Partindo de um conceito greco-romano, a cidadania e seu significado, bem como a sua aplicação em sociedade, figurava de outro modo, posto que:

A etimologia já revela a essência da origem histórica. *Polites*, que os romanos traduziram por *cives*, e o sócio da *polis* ou *civitas*. Cidadãos são apenas os homens que participam do funcionamento da cidade-Estado, os titulares de direitos políticos, portanto (COMPARATO. 1993, p.1).

Na conceituação apontada por Comparato (1993), vê-se que cidadão é aquele que faz parte efetivamente da cidade-Estado, atuando de forma a propiciar o seu devido funcionamento. Entretanto, nota-se que a palavra usada na Antiguidade como sinônimo de cidadão e, para designar o mesmo, é a palavra homem, e isso não ocorre por acaso, pois na Antiguidade, só eram considerados cidadãos aqueles que pudessem participar ativamente da vida política, logo, escravos, mulheres, estrangeiros, comerciantes, dentre outras categorias, não poderiam fazer parte, já que alguns desses grupos, segundo Aristóteles “[...] não teriam tempo suficiente para se dedicarem aos negócios públicos” (COMPARATO, 1993, p.2).

Com o passar dos anos, constatou-se, com as mudanças sucedidas devido às lutas que ocorreram na busca por direitos, como na Revolução Americana e na Revolução Francesa, que uma das principais mudanças advindas destas foi a modificação do significado da palavra cidadania. O conceito que antes era utilizado para designar os homens que podiam e deveriam fazer parte da política da cidade-Estado e que excluía os demais, hoje, apresenta outras configurações em meio à sociedade, o que em muito se deve a Declaração de 1789, conhecida como a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*.

Outras designações do que é cidadania e como ela foi sendo alterada através do tempo encontram-se no ensaio “Cidadania e Autonomia”, de David Held, que foi traduzido por Agnaldo de Souza Barbosa e Ana Maria de Oliveira Rosa e Silva, no qual os mesmos apontam o debate de ideias de dois importantes pensadores acerca do tema da cidadania, são eles: T. H. Marshall e Anthony Giddens, os

quais demonstram como esse tema pode ser abordado em pontos de vista antagônicos. Todavia, para este trabalho, utilizar-se-á dos ensinamentos de Marshall, pois:

Por cidadania, Marshall entende "o pertencimento pleno a uma comunidade". Pertencimento implica *participação* dos indivíduos na determinação das condições de sua própria associação. A cidadania é um *status* que garante aos indivíduos iguais direitos e deveres, liberdades e restrições, poderes e responsabilidades. Ainda que não exista um princípio universal que determine quais deverão ser, exatamente, os direitos e deveres de um cidadão, as sociedades nas quais a cidadania é uma força em desenvolvimento criam, segundo Marshall, uma imagem da "cidadania ideal" e, por conseguinte, uma meta por meio da qual se possam orientar as aspirações (HELD, 2009, p.2).

Sendo assim, a cidadania passa a figurar como um direito: o direito a ter e a buscar por direitos, podendo ser estes políticos ou civis. Assim, a cidadania é o direito de participar plenamente na sociedade, de buscar por condições sob as quais os indivíduos possam se sentir: "igualmente valorizados e desfrutar da igualdade de oportunidades" (HELD, 2009, p. 5). Para Kant, a cidadania é o que se encontra positivado na Constituição de cada Estado. Nesse sentido, são os Estados¹³⁹, dentro de sua competência para criar leis públicas, que irão determinar o que deve ser entendido como cidadania.

Para ele, o que as Constituições acabam por fazer, no plano prático, é positivar direitos humanos transformando-os em direitos dos cidadãos (CASTILLO, 2010). Sendo assim, quando encontramos o meio ambiente¹⁴⁰ positivado em nossa Carta Magna, em seu artigo 225, enquanto um direito fundamental, significa dizer que ter um meio ambiente sadio e equilibrado pode ser entendido como um direito do

¹³⁹ Para Kant, valores morais operam através das leis públicas e isso consiste na particularidade de cada Estado. Porém de toda forma, mesmo estas leis públicas dos Estados devem estar baseadas nos direitos humanos (RIU, 1997).

¹⁴⁰ Não se vai aqui discutir qual a abrangência que o conceito de meio ambiente pode alcançar em nossa sociedade, mas se trabalhará na perspectiva da noção de um meio ambiente de forma integrativa, onde fauna, flora, humanos e não humanos fazem parte do mesmo contexto, podendo todos serem encarados como meio ambiente ou como fazendo parte do mesmo.

cidadão brasileiro como um direito humano, se usarmos o entendimento kantiano.

Destarte, uma vez estando positivado em nosso pacto, este deve ser defendido, respeitado e efetivado dentro da sociedade e do ordenamento jurídico vigente, para além de também começar a ser entendido como um imperativo categórico e como parte da ética¹⁴¹ de cada cidadão, confeccionando também a moral daquela sociedade. Implicando, dessa forma, em dizer que ele passa a figurar como um direito do cidadão e como tal deve atender aos preceitos constitucionais que a Constituição assegura (RIU, 1997).

Passando, dessa maneira, a vincular a todos, de ordenamento jurídico a civis, no zelo e no uso sustentável¹⁴² do mesmo, uma vez que, como bem pontua Castillo: “Sólo la condición de ciudadanía otorga a los individuos el derecho a tener derechos” (CASTILLO, 2010, p.5). Castillo (2010), ainda, afirma que, a partir de um entendimento kantiano, os direitos dos cidadãos decorrem dos direitos humanos, ou seja, de certa maneira, o direito interno de cada país está ligado aos direitos do globo, por conseguinte, estes devem se ater a se preocupar em tomar decisões que não gerem conflitos e consequências mundiais de modo a prejudicar o bom andamento das relações internacionais, já que as suas Constituições deveriam ter o princípio do respeito como uma máxima universal, buscando sempre agir de maneira universal.

Pensando a partir do ideal kantiano percebemos que a questão da crise ambiental perpassa por uma lógica de uso desenfreado dos recursos naturais que se encontram disponíveis no meio ambiente, e que acarretou, para alguns países, lucros desmedidos e, para outros, apenas prejuízos ambientais. Seria a velha questão do desenvolvimento

¹⁴¹ “Ciertamente, Kant entiende al derecho como concretización y particularización del bien moral” (CASTILLO, 2010, p.6)

¹⁴² A origem do termo “sustentável” vem do Latim “*sustentare*”, que significa sustentar, conservar e cuidar. O desenvolvimento desse conceito segue o “processo histórico de reavaliação crítica da relação existente entre a sociedade civil e seu meio natural” (BELLEN, 2006, p.23). Ainda, segundo a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, o termo está pautado no uso racional do meio ambiente que favoreça o crescimento econômico, a preservação ambiental e a equidade social, logo é preciso que esses três estejam presentes para que o desenvolvimento sustentável se concretize.

a todo custo. Assim, por ser o meio ambiente um direito humano deveria ser ele também uma preocupação global, de todos os pactos.

Percebe-se, portanto, que tratar de questões ambientais é, em muito, tratar de questões morais e éticas que permeiam a sociedade. Todas as decisões tomadas de modo interno afetam diretamente outros Países, por isso que, quando um acordo é firmado, busca-se que o maior número de Países se vinculem para que a crise ambiental tenha seus efeitos mitigados. Nesses casos, na maioria das vezes, é invocado o princípio da solidariedade¹⁴³ entre as nações em busca da conservação da própria humanidade e dos direitos humanos. Por entender-se que, para além de uma crise ambiental, há também uma crise ética e de valores, pontuar-se-á, no próximo tópico, aspectos que endossam tal perspectiva.

4. Crise Ambiental: A ausência da ética kantiana

A sociedade que gerou a crise ecológica não está muito preocupada em resolvê-la. Nota-se que isso faz parte da ausência de alteridade, de respeito e de solidariedade para com o outro. A responsabilidade em tentar resolver essa problemática cabe a todos nós, é pois, uma responsabilidade coletiva, devendo ser pensada também no nível ético¹⁴⁴. Este que, por sua vez, deve decorrer da junção das: “éticas da solidariedade e da alteridade – sem as quais não

¹⁴³ Dessa forma, em certo sentido: “el concepto de los derechos humanos que debe proteger y promover el estado no pueden ser entendidos como derechos subjetivos que rechazan la idea de una forma de socialización en la que las personas se relacionen, no como individuos egoístas, sino como personas vinculadas por lazos de respeto mutuo y solidaridad” (CASTILLO, 2010, p. 3).

¹⁴⁴ Desse modo, é importante pontuar que a ideia de ética remonta ainda à antiga Grécia, sendo entendida como um tipo de saber normativo capaz de orientar as ações humanas, partindo de perspectivas de reflexões de diferentes morais, agindo sempre de modo indireto, sem com isso imputar qual o caminho a seguir. A ética seria a capacidade interna de cada ser de refletir sobre determinado acontecimento, sobre determinada moral vigente. Todavia, o cumprimento da ética tem que estar ligado ao respeito do dever moral, não devendo importar fatores propriamente sentimentais, interesses pessoais ou valores. Tem que estar adstrito simplesmente ao que a Lei moral ordena, de acordo com a necessidade da nação.

é possível considerar a natureza e mesmo os próprios seres humanos como outros sujeitos, mas apenas como objetos – para que seja possível compreender e buscar uma saída da crise ecológica” (LIMA, 2006, p. 81).

Do mesmo modo, pode-se entender que a ideia de Cidadania prevista em Kant, perpassa por uma ideia de coletivo e de solidariedade¹⁴⁵, pois quando o filósofo defende que nossas ações devem estar pautadas por máximas universais que promovem à obrigação de agir, de modo a entender que o outro é um fim em si mesmo, passando-se a compreender a individualidade do outro, desenvolvendo, assim, o respeito à individualidade deste, levando a uma ação de acordo com a máxima do imperativo categórico (RIU, 1997).

Destarte, é a necessidade de pensar o outro, e, no caso aqui, a natureza como um fim em si mesmo, que obriga a se caminhar para uma outra forma de pensar, uma outra racionalidade para lidar com o meio ambiente. Não é que a natureza, o meio ambiente, não possa mais ser utilizado pelo homem, mas que essa utilização deva ocorrer de maneira sustentável, buscando garantir que a ideia da objetificação da natureza (ARAUJO, 2019) não continue a se perpetuar na sociedade. Para tanto, pensar a partir da ótica kantiana, com a ideia de agir de modo que ação humana possa ser considerada como uma máxima universal e de acordo com o imperativo categórico, demonstra ser essencial nessa nova racionalidade de lidar com o meio ambiente, com os recursos naturais.

Desse modo, o pensamento kantiano, pode ser entendido como um grande marco para a ética dos deveres, por representar uma busca de um sentido do que vem a ser a ética. Em Kant, a consciência racional deveria sempre perguntar: quais motivos levaram àquela conduta (antes praticada) são universalmente aceitos? A partir do momento que se reconheça que o agir pela razão possa ser tomado como uma Lei universal, ele se tornará um imperativo e, conseqüentemente, para todos os seres racionais, uma lei universal. E, se a justificação deste

¹⁴⁵ Desse modo: “Las instituciones del estado y la sociedad además de garantizar paz y seguridad, deben ontribuir a configurar la solidaridad y el respetode las relaciones entre los ciudadanos” (CASTILLO, 2010, p.12-13).

motivo, desta máxima, puder vincular as demais consciências, estaremos diante de um imperativo categórico.

Este imperativo categórico deve subordinar a lógica do desenvolvimento¹⁴⁶, estando, esta última, obrigada a se subordinar aos imperativos de uma modernidade ética, não apenas a uma modernidade técnica, como encontra-se atualmente nos mais variados locais do planeta. A ética necessita dar resposta a novos desafios, a desafios que vão surgindo de acordo com o desenvolvimento da humanidade, ou seja, precisa estar presente quando se for pensar a problemática ambiental vigente. Logo, não se trata apenas de respeitar o que está posto no contrato social, trata-se também de lutar para efetivar e garantir que estes direitos se tornem efetivos na sociedade.

É necessário, dessa forma, considerar o enquadramento ético de processos irreversíveis, como a exploração dos bens naturais, questões que não serão mais possíveis de resolver com o passar do tempo, ou seja, os efeitos indesejáveis do curso de ações que são desencadeadas hoje, mas que não se poderá corrigir depois. Sendo assim, a sustentabilidade demanda uma nova concepção: um “pacto” entre desiguais e diversos, como se pode caracterizar de modo exemplar na dimensão temporal “futurista”, sendo preciso, atualmente, assegurar a qualidade de vida das gerações futuras.

Não se trata, pois, de uma mera utopia. A crise é real e precisa ser combatida e seus impactos precisam ser mitigados. Em meio a uma crise ambiental de proporções mundiais, cabe aos cidadãos de todos os países tomarem um posicionamento e lutarem para que a crise chegue ao fim ou que, ao menos, ela tenha seus impactos diminuídos. Assim, quando se buscou tratar de questões como a crise ambiental e a necessidade de os Estados tomarem medidas para conter esta crise, não se falou de uma decisão que afete apenas o território de cada país, algo de cunho nacional, mas, ao contrário, trata-se de questões que afetam a todos de modo indiscriminado.

Portanto, quando o assunto é meio ambiente equilibrado, é necessário que se pense de um ponto de vista Kantiano no tocante de que se deve agir de tal modo que a conduta possa ser entendida como

¹⁴⁶ Para o filósofo, é a integridade ética uma espécie de equilíbrio para o homem no que tange à sua decisão, evitando que sentimentos como alegrias e tristezas possam interferir em sua liberdade ética. Para ele, o importante é que o respeito seja visto como algo incondicional.

algo universal, o que leva à conclusão de que talvez esta crise também seja consequência da ausência de ética por parte dos cidadãos, bem como da ausência de uma cidadania plena de acordo com o imperativo categórico. Isso porque, se as pessoas não conseguem vislumbrar que devem agir de modo a preservar o meio ambiente por ele ser um direito e um dever, que está posto pelo pacto, estas não estão cumprindo o imperativo categórico e, dessa maneira, não estão agindo de acordo com a cidadania que ora se encontra ortogada pela Carta Magna.

5. Conclusão

A partir dos estudos e das ilações realizadas no presente artigo, foi possível perceber que a crise ambiental além de ser fruto da mercantilização da natureza, do capitalismo e da ideologia liberal, pode ser entendida também como uma crise da ética do cidadão de todo lugar, inclusive do Brasil. Percebeu-se ainda a preocupação em garantir que o meio ambiente esteja assegurado na Constituição, passando a integrar o rol de direitos fundamentais que sustentam a cidadania, demonstrando, assim, o quão importante ele é para a sociedade brasileira.

No entanto, observou-se que estar positivado na Carta Magna não garantiu uma efetivação desse direito, no campo prático, da mesma forma que não se sabe se isto possibilitou mitigar os impactos ambientais diante da imensa crise ambiental em que vivemos. O que se sabe é que há uma parcela da população preocupada em garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado e outra que não está fazendo qualquer esforço para que isso diminua. De toda forma, os números demonstram que a crise ambiental só aumenta e está prejudicando a todos sem exceção.

Dessa maneira, percebeu-se que, para lidar com o enfrentamento dessa crise, deve-se pensar na superação da ética individualista existente em nossa sociedade porque decorrente da ideia do capitalismo e da perspectiva liberal que nela impera, para se refletir acerca de uma nova racionalidade ambiental capaz de discutir a problemática do meio ambiente. Isso porque, a resposta à crise ecológica demanda responsabilidade solidária e coletiva centrada em princípios que ultrapassem a esfera individualista ainda tão cara ao homem contemporâneo.

Entendeu-se, por fim, que se a ética baseada nas ideias kantianas fosse seguida talvez a crise ambiental não estivesse tão latente em todo o planeta. Quando se compreende o dever de agir de acordo com a razão, de modo que, o comportamento esteja livre de vícios e pautado no imperativo categórico, garante-se a efetivação dos direitos humanos e dos cidadãos.

Foi isto que se buscou refletir: o fato de que cabe a todos os cidadãos lutar por um meio ambiente ecologicamente equilibrado à luz de uma ética individual e de uma moral vigente.

Referências

AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade. **Regulação econômica ambiental: poder normativo entre Agência Nacional de Águas e a Agência Nacional do Petróleo**. 2014. 215 f. Tese (Doutorado em Direito Público e Evolução Social) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro.

ARAUJO, Alana Ramos. **Conceito de Meio Ambiente no Direito Brasileiro a Partir da Lei n.6.938/81: do Reduccionismo Legal e Constitucional ao Conceito Jurídico**. 2019. 239f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba.

ATAÍDE, Pedro Henrique Sousa de. **Direito Minerário**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

BELLEN, H. M. V. **Desenvolvimento Sustentável. Uma descrição das principais ferramentas de avaliação. Ambiente & Sociedade**. Disponível em: www.scielo.br. Acesso em: 18 nov. 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTILLO, Lucy Carrillo. **El concepto kantiano de ciudadanía**. Universidad de Antioquia. 2010. p. 103-121.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Reforma e Desenvolvimento: a nova cidadania. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 28-29, p. 1-11.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Presidência da República**. Brasília, DF: 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 dez. 2020.

EULER, Werner. **Liberdade moral, justiça e cidadania em Kant**. 2015.

HELD, David et al. Cidadania e autonomia. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, v. 22, n. 1, 2009. Disponível em:

<<http://piwik.seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/viewFile/2081/1703>>. Acesso em: 28 maio 2017.

LIMA, André. **Zoneamento ecológico-econômico**: à luz dos direitos socioambientais. Curitiba: Juruá, 2006.

RIU, Octavi Piulats. **LAS IDEAS DE 'CIUDADANÍA UNIVERSAL' Y 'PAZ PERPETUA' EN LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES DE KANT**. Convivium. 2ª série, nº 10. 1997.

Violência obstétrica: colonização do corpo feminino e violação de direitos

ÉMELYN LINHARES¹⁴⁷

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ¹⁴⁸

1. Introdução

Pensar o corpo feminino e suas relações com os direitos humanos e a violência obstétrica traz à luz a necessidade de reflexão por prismas diversificados. É preciso antes de mais nada reconhecer que as relações de poder exercidas no campo antropológico-jurídico e social trazem por si a presença dos elementos de dominação e poder. A parturiência e o nascimento de um filho são vivências relacionais na vida de uma mulher. No Brasil, a dor do parto é relatada como a dor da solidão, da humilhação e da agressão, com práticas institucionais e dos profissionais de saúde que criam ou reforçam sentimentos de incapacidade, inadequação e impotência da mulher e de seu corpo.

Constantemente, a violência obstétrica atinge mulheres vulnerabilizadas, lesionando sua intimidade e identidade por preconceito de gênero em decorrência dos marcadores sociais, racismo, intolerância cultural e/ou religiosa e demais fatores. Ocorrem inúmeras

¹⁴⁷ Universidade Federal da Fronteira Sul, Mestranda do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6631793812490508>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0727-7398>. E-mail: emy_dr@outlook.com.br

¹⁴⁸ Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Educação da Universidade Estadual do Paraná-UNIOESTE. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional *Global Alliance on Media and Gender* (GAMAG) - UNESCO. Líder da Linha de Pesquisa Cidadania e Direitos Humanos: perspectivas decoloniais/PPGD UNOESC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1843525898014532>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9405-3995>. E-mail: t.wencze@terra.com.br

violências a uma soma significativa de mulheres, que não são informadas acerca de sua verdadeira situação gestacional, sofrem intervenções cirúrgicas desnecessárias, são discriminadas além possuírem seus direitos violados.

Necessária a observância dos direitos fundamentais, haja vista que conferem aos titulares a pretensão a que se exerça determinado comportamento (positivo ou negativo), respeitando à dignidade da pessoa, ou seja, da mulher vítima da violência.

Busca-se evidenciar as diversas formas e razões da ocorrência da violência obstétrica com enfoque no ordenamento jurídico brasileiro. Corresponde a um problema presente e que acarreta afrontas aos princípios e normas constitucionalmente garantidos, abrangendo a saúde pública e não apenas o íntimo.

2. Ordenamento jurídico brasileiro e os direitos da parturiente

No âmbito da saúde, mulheres pugnam pelo respeito e reconhecimento de suas capacidades, colocando-se em oposição à discriminação de gênero, defendendo o gozo de seus direitos. A violência obstétrica possui efeitos que recaem além da mulher parturiente, atingindo o nascituro, seus acompanhantes e familiares. Com a entrada no ambiente hospitalar, a mulher reveste-se de diversos direitos que devem ser respeitados independentemente da condição emergencial.

No Brasil, inexistente legislação federal que conceitua e tipifica a violência obstétrica, fato este que resultou na criação de resoluções, visando regulamentar circunstâncias e situações pertinentes ao caso, devendo aquelas serem respeitadas pelos órgãos que regulam ações e comportamentos dos profissionais da saúde. Apesar desta falta, a Constituição Federal de 1988 - CF/88 regula, de forma indireta, as questões relacionadas à violência obstétrica, bem como os direitos e garantias relativos à saúde de todos, inclusive pertinentes à mulher parturiente (BRASIL, 1988).

A conquista da Lei do Acompanhante (Lei n. 11.108/2005) prevê em seu artigo 19-J a obrigação da permissão de acompanhante durante o trabalho de parto (BRASIL, 2005). Também, é prevista a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde, conforme a Lei n. 12.401/2011, que dispõe o seguinte pelo artigo 19-

Q (BRASIL, 2011). Destacam-se o Código Civil de 2002, que consagra a responsabilidade civil em seu artigo 186¹⁴⁹, e o Código Penal de 1940 que descreve alguns tipos penais que são efetivados por médicos durante o parto, quais sejam: homicídio simples (art. 121); lesão corporal (art. 129); injúria (art. 140); constrangimento ilegal (art. 146); ameaça (art. 147) (BRASIL, 1940).

Similarmente, a denominada como Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto n. 1.973/1996) define a violência contra a mulher, bem como evidencia seus direitos. Outrossim, há resoluções dos conselhos profissionais, como a Resolução CFM n. 1.931/2009 que traz vedações ao médico (CFM, 2009). Também merece atenção o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem que dispõe de algumas práticas a serem seguidas ou rechaçadas por enfermeiros(as) previstas na Resolução n. 564 de 2017 (COFEN, 2017).

Notabiliza-se o Estado de Santa Catarina que regulamentou, por meio da Lei n. 17.097, de 17 de janeiro de 2017, a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente em face da violência obstétrica. A lei determina a realização de ações e divulgação em hospitais de cartilhas no que concerne aos direitos maternos e do recém-nascido, constando as condutas consideradas violência obstétrica e dispondo do procedimento a ser admitido e quais órgãos postular em caso de violência (SANTA CATARINA, 2017).

A violência obstétrica é ferramenta de violação de muitos direitos humanos que deveriam ser assegurados principalmente à mulher parturiente. O principal direito humano violado é o direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF/88), posto que é responsável pelo exercício dos demais direitos. É obrigação do Estado abster-se de interferência na vida particular, no entanto, possui o dever de garantir as condições de uma vida digna a todos. Este direito comporta a integridade física, abrangendo o direito ao próprio corpo (art. 5º, inc. III, CF/88), bem como a integridade moral, a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem (art. 5º, inc. V e X, CF/88).

O direito à vida deve ser usufruído em sua plenitude, sendo este exercício apenas alcançado com a garantia da saúde pelo Estado,

¹⁴⁹ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

devendo prestar assistência emergencial e eficaz à mulher parturiente. No Brasil, a falta de atendimento emergencial do parto ocasiona diversos problemas físicos, psicológicos e até a morte de muitas mulheres, violando o direito de assistência emergencial à gestante (art. 23, inc. II, CF/88). Quanto a esta violação ao direito de atendimento emergencial há um caso de morte repercutido no país, da gestante Alyne da Silva Pimentel, 28 anos, mulher, afrodescendente, grávida (sexto mês da gestação) faleceu em virtude de ações obstétricas evitáveis¹⁵⁰ (SENADO FEDERAL, 2013).

Incluiu-se no ordenamento jurídico o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado em 1992, diante deste estabeleceu a obrigação de eliminar leis e políticas que criminalizam ou obstam o acesso de grupos a bens, serviços e informações de saúde reprodutiva. A Organização das Nações Unidas (ONU) firmou ações fundadas em convicção particular ou a recusa de propiciar serviços sob a justificativa de arbítrio pessoal, não devem impedir o acesso ao cuidado médico por parte das mulheres (ONU, 2016).

Outra violação praticada é o desrespeito ao direito de segurança da paciente. Este direito visa a diminuição dos riscos de danos inoportunos quando dos cuidados com a saúde, diante disso, deverão ser adotadas as diligências imprescindíveis para a segurança da paciente, prevenindo erros médicos e atuação imprópria dos profissionais de saúde, rechaçando ações violentas diante da fiscalização dos demais e do(a) acompanhante da paciente.

Do mesmo modo, vislumbra-se elevada a violação ao direito a não ser submetida à tortura e tratamento cruel ou degradante (art. 5º, inc. III, CF/88) que é “sintetizada como inflicção de mal desnecessário e fora do comum, com o propósito de causar dor, angústia e grave sofrimento físico ou moral à vítima” (MORAES, 2016, p. 599). Forçoso lembrar que a tortura é crime, conforme o artigo 5º, inc. III,

¹⁵⁰ No hospital a jovem recebeu analgésicos e foi liberada para voltar para casa. A medicação restou sem êxito, o que levou Alyne a retornar ao hospital, quando foi constatado a morte do feto. Posteriormente, a paciente foi submetida à cirurgia para retirada da placenta, momento em que o quadro físico se agravou sendo necessária a transferência para outro hospital. Teve sua remoção feita com grande atraso, resultando em seu falecimento (SENADO FEDERAL, 2013).

XLIII e XLIX, da CF/88 e artigo 1º da Lei n. 9.455/97. Ademais, o artigo 2º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes entende como “tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais [...]” (BRASIL, 1991), semelhante aos atos médicos impostos, humilhando, coagindo, ferindo fisicamente e psicologicamente.

Inclui-se ainda neste rol a violação do direito ao respeito pela vida privada da mulher. Este direito protege a parturiente de decisões médicas arbitrárias e/ou ilegais com relação a sua vida privada. Traduz-se na autodeterminação da paciente, englobando a não realização de exames e demais procedimentos ou solicitar consulta médica divergente, sem o prévio consentimento da paciente.

O direito à informação previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) em seu artigo 19 assegura a todos os indivíduos o direito à liberdade de opinião e expressão. A restrição de informações e esclarecimentos configura violência obstétrica, consequentemente, viola os direitos humanos e fundamentais, inclusive o de acesso à informação. A prática da episiotomia é uma das violações ao direito à informação das parturientes e “é a única cirurgia realizada sem o consentimento da paciente e sem que ela seja informada sobre sua necessidade (indicações), seus riscos, seus possíveis benefícios e efeitos adversos.” (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 80).

Por fim, acerca do direito de não ser discriminada, a CF/88 prevê em seu artigo 3º, inc. IV, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Aplicando-se esta determinação no contexto hospitalar, onde a discriminação ocorre no tratamento pelos agentes e profissionais de saúde, especialmente no ato de violência obstétrica em razão da paciente ser mulher e, na maioria das vezes, o profissional ser homem¹⁵¹. No tocante à discriminação de gênero, a violência obstétrica é mormente concretizada com mulheres de grupos subalternizados em razão da raça, cor, situação econômica, idade e demais grupos vulneráveis. A discriminação e a(s) violência(s) em face da mulher são sólidas, arraigadas

¹⁵¹ A distribuição de médicos segundo sexo no Brasil (2020) é de 53,4% do sexo masculino e 46,6% do feminino. Ressaltando, ainda, que 0,86% dos registros estavam com informações incompletas. (SCHEFFER, *et. al.*, 2020, p. 41).

e definidoras de diversos preconceitos da espécie humana, onde prevalece o olhar do homem sobre a mulher.

3. Colonialismo e a trajetória histórica do corpo feminino no Brasil

A mulher vivencia a condição de subalternização imposta pelo colonialismo e colonialidade, constituindo o exercício de uma ideologia hegemônica nas instituições (públicas e privadas), na indústria, na economia, na saúde e na educação. Inegável a disseminação da invisibilidade feminina em muitos espaços de poder, havendo grande reprodução do estereótipo feminino subalterno. Nelson Maldonado-Torres conceitua e diferencia o colonialismo e colonialidade¹⁵². A divisão e classificação social fundou-se na criação da ideia de raça, sendo considerada superior a europeia branca burguesa, hierarquizando e subordinando as demais. Mentalmente criou-se uma perspectiva sobre a valorização do homem como detentor do conhecimento e do poder, obtendo uma posição superior às mulheres, este padrão foi imposto pela colonização (QUIJANO, 2005).

O colonialismo e a colonialidade são elementos constitutivos da subalternidade da figura feminina e estão instalados nas instituições sociais, inclusive na área da saúde e em hospitais, transformando estes locais onde ocorrem relações intersubjetivas de dominação. A inferiorização, os estigmas e a subalternização de grupos específicos sob o viés das teorias coloniais definem a identidade das mulheres por anos, que acabam influenciadas pela dominação da ideologia masculina.

Saffioti (2013, p. 234) defende que a raça executa “a função de símbolo da condição econômica dos indivíduos”, consistindo em uma

¹⁵² “O colonialismo denota uma relação política e econômica, na qual a soberania de um povo está no poder de outro povo ou nação, o que constitui a referida nação em um império. [...] a colonialidade se refere a um padrão de poder que emergiu como resultado do colonialismo moderno, [...], se relaciona à forma como o trabalho, o conhecimento, a autoridade e as relações intersubjetivas se articulam entre si através do mercado capitalista mundial e da ideia de raça. Assim, apesar do colonialismo preceder a colonialidade, a colonialidade sobrevive ao colonialismo” (MALDONADO-TORRES, 2007, p. 131).

das disfunções das relações desiguais de poder por meio da miscigenação. Isso tudo, refletia no contexto feminino, a inconstância cultural estabelecia os papéis que mulheres, de uma ou outra casta, efetuariam na sociedade brasileira.

A naturalidade e normalidade como inevitáveis são utilizadas para fundamentar a divisão entre os sexos como “ordem das coisas”, essa bifurcação está presente nas coisas e em todo mundo social, sendo absorvido aos corpos e “*habitus*” dos agentes, atuando como esquematização de pensamentos, ações e discernimento (BOURDIEU, 2017). A consciência dos sujeitos em sociedade é pressuposta e construída de forma imperialista, fundindo a violência epistêmica e o desenvolvimento do conhecimento da civilização, gerando a manutenção da condição subalterna da mulher (SPIVAK, 2010).

Aliás, o ordenamento jurídico consequentemente foi solidificado nestas concepções historicamente construídas, a exemplo o Código Civil de 1916, em seu artigo 6º previa que a mulher era considerada relativamente incapaz para praticar os atos da vida civil, enquanto subsistisse a sociedade conjugal (BRASIL, 1916). Com efeito, a família é organizada pelo modelo patriarcal, onde a mulher, na maioria das vezes, é subalterna, tendo a obrigação de suportar dupla ou tripla jornada, trabalhando fora de casa, e cumprindo com os afazeres domésticos e familiares, pertinentes ao sistema de exploração do patriarcado¹⁵³.

Nesse contexto, a primeira escola de ensino oficial de medicina no Brasil foi implantada pela iniciativa da Corte Portuguesa, em 1808 (MANSO; PERROTTA; PERROTTA, 2008). Doravante a metade do século XIX, a medicina fomenta uma inovação da figura feminina, sobre o seu papel na sociedade e sua conexão com a prole. Consequentemente o médico é visto pelos outros e por si como o possuidor das decisões e situações em que a mulher parturiente se

¹⁵³ Saffioti afirma que “o patriarcado não se resume a um sistema de dominação, modelado pela ideologia machista. Mais do que isso, ele também é um sistema de exploração. Enquanto a dominação pode, para efeitos de análise, ser situada essencialmente nos campos político e ideológico, a exploração diz respeito diretamente ao terreno econômico” (SAFFIOTI, 2001, p. 50).

encontra. Associada a esta ideia, Spivak (2010, p. 110) afirma que há “interesse na posse genital exclusiva da mulher”.

Destaca-se que o Brasil “é o segundo país com a maior taxa de cesáreas do mundo, ultrapassando 55% dos partos” (KNOBEL, *et. al.*, 2020), a difusão da cesariana nos últimos anos expandiu, juntamente com a ideia de haver diferentes formas mais seguras do que o parto normal, além do medo de sentir dor ou não resistir às longas horas de parto. Em vista disso, consiste em violência de gênero a violência praticada por profissionais da obstetrícia, porquanto o emprego arbitrário do saber empreendido no domínio do corpo e sexualidade das parturientes (SAUAIA; SERRA, 2016).

Os padrões comportamentais exigidos às parturientes pelos profissionais de saúde são estereotipados e fundados na visão social de controle do corpo feminino. Parturientes são obrigadas a ouvirem comentários machistas e sexistas, sofrem intervenções médicas agressivas e invasivas sem autorização, sendo considerados irrelevantes seus desejos e direitos, bem como sua integridade física e moral, transfigurando as circunstâncias como se a mulher fosse a responsável por tal intervenção/punição/violação, conforme ideologia opressora.

O gênero, construção social, é manifestado por diversos modos em conformidade com os contextos históricos e culturais na sociedade colonialista, patriarcal e capitalista. A medicina dispõe de ofício fomentador de tais estruturas e processos de objetificação da mulher e imposição da identidade de gênero.

4. Intervenções desnecessárias, violência(s) e suas formas de responsabilização

As instituições hospitalares assentadas no patriarcado e no controle social de corpos, apresentam em suas maternidades um serviço marcado pelo desrespeito e violência às mulheres gestantes ou parturientes reforçando sua situação de vulnerabilidade. D’Oliveira, Diniz e Schraiber (2002) dividem a violência obstétrica em quatro categorias: 1) negligência; 2) violência verbal; 3) violência física; e 4) abuso sexual. Da mesma forma, asseveram que algumas violências são utilizadas como meio de restaurar a hierarquia do profissional de saúde e a obediência por parte da paciente.

A pesquisa Nacer no Brasil realizada pela Fundação Oswaldo Cruz, no íterim de 2011 e 2012, constatou que a proporção de

cesarianas no setor privado chega a 88% dos nascimentos, já no setor público as cesarianas chegam a 46%, números estes que demonstram a indústria e comercialização de cesarianas no Brasil, sendo procedimento mais rápido e lucrativo (ENSP, 2019). No panorama nacional, observa-se que o sistema público é utilizado mormente por mulheres indígenas (64,6%), ficando atrás mulheres com a cor de pele amarela (53,5%), preta (49,4%), parda (46,9%) e, por fim, branca (28,2%) (ENSP, 2019). Os números demonstram excessivas intervenções médicas sobre o trabalho de parto, “tendo apenas 5,6% das parturientes de risco habitual e 3,2% das primíparas nesse grupo (dados não mostrados) dado à luz de forma natural, sem qualquer tipo de intervenção” (LEAL, *et al.*, 2014, p. 521).

Procedimentos são empreendidos sem o esclarecimento e/ou o livre consentimento da mulher, atitude vedada pelo Código de Ética que prevê a proibição em seu artigo 22 (CFM, 2009). Elevada a indicação de realização de procedimentos cirúrgicos desnecessários, em especial a cesárea eletiva que “realizada sem necessidade clínica, podendo ser agendada e realizada antes mesmo do início do trabalho de parto ou realizada durante [...] sem a urgência ou emergência” (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 112). Atuação vedada pelo Código de Ética Médica (artigos 14 e 34) e pela OMS (2015) que já reconheceu a inexistência de evidências que apontam benefícios das cesarianas eletivas.

Certamente que para atuar na medicina faz-se necessário treinar os procedimentos a serem realizados, no entanto, carece de advertência quanto a integridade física e psicológica da mulher quando da realização de sucessivos e desnecessários exames de toque, violando sua intimidade e privacidade. “É comum ter várias pessoas [...] para realizar exame de toque vaginal. A mulher não é informada dos nomes, da qualificação, da necessidade e riscos do procedimento” (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 93). O Código de Ética Médica (art. 14 e 38) veda o desrespeito ao pudor de qualquer pessoa aos seus cuidados. Outrossim, a OMS (1996) afirma que exames pélvicos adicionais são inconvenientes para a mulher e acarretam risco adicional de infecção periparto.

No Brasil, é cultural o argumento de que o parto vaginal ocasiona, consequentemente, a flacidez da musculatura vaginal. Alegação que reflete na realização de episiotomia (conhecida como “pique”, resumidamente, é uma cirurgia efetuada na vulva, cortando a

entrada da vagina com um bisturi, muitas vezes sem anestesia), apesar da evidência científica de que este procedimento piora o estado genital, a prática ainda é rotineira e vista como promotora de uma vagina “corrigida” (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012).

Durante o parto, a incidência da posição de litotomia, manobra de Kristeller e episiotomia foram de 92%, 37% e 56%, respectivamente. [...] Do total de partos, 5% vaginais sem nenhuma intervenção durante o trabalho de parto e parto (LEAL, *et al.*, 2014, p. 520, grifo nosso).

Frequentemente é realizada a manobra de empurrar a barriga da mulher em direção à pelve, denominada manobra de Kristeller, o ato de espremer o ventre com o peso do corpo sobre as mãos, os braços ou joelho é recorrente apesar de ser reconhecida como prejudicial à saúde (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012) e não encontrando justificativas para sua realização (IFF, 2018), contudo os números demonstram o contrário: a ocorrência em mulher de baixo risco obstétrico é de 37,3% (ENSP, 2019).

Uma das intervenções de aceleração do parto é a utilização de ocitocina o que pode gerar problemas à mãe e ao bebê, elevando o risco de mortalidade de ambos. Esta prática rotineira desconsidera a fisiologia do parto, além de ser aplicada em 38,2% em mulheres de baixo risco obstétrico (ENSP, 2019).

Posição supina e de litotomia são posições horizontais de barriga para cima, as quais são rotineiras quando da realização do parto vaginal em hospitais com práticas desumanizadoras. Reitera-se que a OMS (1996) já manifestou que ambas as posições são prejudiciais e ineficazes que devem ser eliminadas. Ainda, é recomendada a livre movimentação e escolha de posição pela parturiente, em casos que inexistam impedimentos clínicos (OMS, 1996).

Além das violências físicas e psicológicas, é visível a ocorrência de discriminação e preconceito pelo gênero de mulher, sua identidade e origem. Apontamentos dos profissionais de saúde que remetem a diagnósticos firmados em preconceito racial e socioeconômico, assim, “atrasa a decisão da mulher de buscar assistência, dificulta o acesso da mulher ao serviço de saúde, dificulta o acesso da mulher ao tratamento adequado” (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 135).

Outra violação relevante e pouco discutida é a desconsideração dos padrões culturais das parturientes, seja pela forma de parto, pela alimentação, rituais durante ou após o parto. Referencia-se aqui a normativa do Estado de São Paulo (Resolução da Secretaria da Saúde, n. 72 de julho de 2008) que prevê uma abordagem holística de saúde, fundada na harmonia dos indivíduos, da comunidade e famílias, além de outras recomendações com relação à placenta que será entregue à parturiente de etnia Guarani para realização de ritual posterior, bem como uma alimentação diferenciada para puérpera seguindo sua tradição indígena (SS, 2008).

No tocante ao atendimento de mulheres indígenas, necessária a observância dos propósitos da Secretaria Especial da Saúde Indígena e da Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas que instituíram o princípio da atenção diferenciada visando proteger a diversidade étnica, social, geográfica, histórica e cultural dos povos indígenas do país (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015 e 2019). Estas políticas alertam para imprescindibilidade do respeito às práticas e rituais destes povos quando do evento nascimento. O reconhecimento da identidade étnica da parturiente é forma de assegurar seus direitos e especificidades de sua comunidade, elementos essenciais à preservação da diversidade cultural prevista na CF/88. Cumprir os requisitos indígenas de realização do parto é a efetivação do direito à autodeterminação destes povos (art. 4º, inc. III, CF/88), concretizando a prática de um serviço de saúde e hospitalar interétnico por meio da assistência diferenciada.

Infere-se que a violência nos estabelecimentos de saúde são, resumidamente, negligência, ofensas morais, violências físicas, ameaças, tratamentos desrespeitosos e com indiferenças, realização de procedimentos sem prestar as devidas informações ou sem o consentimento da paciente, discriminação pela condição econômica e social, racismo, entre outras. Desse modo, aplicável a responsabilização por parte dos profissionais de saúde. O Poder Público tem o dever de proteger os direitos fundamentais, não bastando que apenas se abstenha de violar tais direitos.

Conforme Braga Netto (2021) afirma que as regras previstas no direito constitucional e no direito privado imputam ao agente o dever de indenizar, mesmo que tenha agido sem culpa. Reitera-se que as prestações de serviços públicos ou particulares, relações de consumo podem ser regidas pelas normas e princípios previstos no Código de

Defesa do Consumidor (CDC)¹⁵⁴. Assim sendo, a vítima de violência obstétrica é considerada consumidora por equiparação. Esta responsabilidade civil do médico é considerada contratual, sendo desnecessária a verificação de culpa grave, isto é, mesmo que ocorrida culpa de forma leve é obrigatória a indenização na responsabilidade subjetiva (BRAGA NETTO, 2021).

A relação entre médico e paciente deve ser regida pela boa-fé, zelo, compreensão e cooperação, devendo o profissional de saúde se abster de condutas e falas prejudiciais e violentas, velando pelo melhor tratamento possível, fornecendo diagnóstico correto e cognoscível, informando os riscos e possíveis danos. O profissional de saúde, antes de realizar procedimentos cirúrgicos ou prescrever medicamentos, tem o dever de solicitar o consentimento da parturiente. Ademais, incumbe também ao médico a prova de que adquirido o consentimento informado da parturiente. O Superior Tribunal de Justiça, em 2018, no REsp 1.540.580, entendeu que não basta a informação genérica por parte do profissional de saúde, nem o consentimento genérico por parte do paciente (BRAGA NETTO, 2021).

A humanização da assistência médica e hospitalar à gestação, ao parto e ao puerpério visa o cumprimento dos direitos constitucionalmente previstos da mulher, do nascituro ou recém-nascido. Não obstante a previsão legal e a responsabilização aos profissionais, é necessária a uma perspectiva de gênero de mulher, o que ainda na prática é controversa e, muitas vezes, a violência obstétrica não é vista como um dilema social.

5. Conclusão

O colonialismo, a colonialidade e o patriarcado engendraram a subalternidade da mulher, constituindo práticas hegemônicas no Estado, na indústria, instituições e na sociedade. O menosprezo à fala feminina é verificado dentro do âmbito hospitalar, havendo ampla

¹⁵⁴ Segundo Braga Netto (2021, p. 731): “A responsabilidade civil na área médica [...] rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor. A jurisprudência brasileira se consolidou nesse sentido (STJ, EDcl no REsp 704.272). Aplica-se o CDC aos médicos [...]”

reprodução de violências físicas, psicológicas e morais. A violência de gênero certamente é constatada na violência obstétrica e, fazendo uma reflexão sob o olhar jurídico, é possível ratificar a existência de absentismo por certos profissionais na área quando da sua discussão.

Consequentemente, esta pauta não é assimilada por magistrados e tribunais quando da análise e julgamento das demandas, as quais desatendem para a interseccionalidade e interdisciplinaridade presentes nos casos e práticas analisadas nos capítulos do presente trabalho. Momento tão singular na vida da mulher deve ser exercido de forma humana e com práticas atuais conforme a necessidade do corpo humano e as evidências científicas.

A violência obstétrica viola o corpo e os direitos das mulheres, assim, necessária a abordagem de gênero justaposta às violências institucionais e estruturais, discriminações sociais, étnicas e raciais tão apercebidas na relação entre o profissional de saúde e a mulher parturiente. Sem dúvida, a violência obstétrica é um desafio ao Direito e à saúde pública em razão de que, na maioria das vezes, não é reconhecida a violação da intimidade, a tortura, e o dano ao psicológico da mulher, sendo apenas considerado como violência as formas físicas praticadas, embora aquelas sejam tão graves quanto estas.

Referências

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 03 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 17 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991.** Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/i.Tortura.htm>. Acesso em 17 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.** Diário Oficial da União, Brasília/DF, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em 07 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 23 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 23 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em 17 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005.** Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm. Acesso em 23 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011.** Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm. Acesso em 23 dez. 2021.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.

CFM. **Código de Ética Médica**. Resolução Conselho Federal de Medicina n. 1.931/2009. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2009/1931>. Acesso em 27 dez. 2021.

COFEN. Resolução Conselho Federal de Enfermagem n. 564/2017. **Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem**. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html. Acesso em 27 dez. 2021.

D'OLIVEIRA, A. F. P.; DINIZ, S. G.; SCHRAIBER, L. B. *Violence against women in health-care institutions: na emerging problem*. **Lancet**, v. 359, n. 11, p. 1681-1685, 2002. Disponível em: http://www.hu.usp.br/wp-content/uploads/sites/748/2020/07/SH_6.pdf. Acesso em 17 dez. 2021.

ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA (ENSP). Fundação Oswaldo Cruz. **Nascer no Brasil: inquérito nacional sobre parto e nascimento**. 2019a. Disponível em: https://nascernobrasil.ensp.fiocruz.br/?us_portfolio=nascer-no-brasil. Acesso em 17 dez 2021.

IFF. Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira (Fiocruz). **Deixar de fazer manobra de Kristeller: por que e como?** 2018. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/29744/2/DEIXAR%20DE%20FAZER%20MANOBRA%20DE%20KRISTELLER.pdf>. Acesso em 30 dez. 2021.

KNOBEL, Roxana; LOPES, Thiago Jose Pinheiro; MENEZES, Mariane de Oliveira; ANDREUCCI, Carla Betina; GIEBUROWSKI, Juliana Toledo; TAKEMOTO, Maira Libertad Soligo. *Cesarean-section Rates in Brazil from 2014 to 2016: Cross-sectional Analysis Using the Robson Classification*. In: **Revista Brasileira Ginecol Obstet**, 2020, p. 522-528. Disponível em: <https://www.thieme-connect.de/products/ejournals/html/10.1055/s-0040-1712134>. Acesso em 18 dez. 2021.

LEAL, M. C. *et al.* Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e o parto em mulheres brasileiras de risco habitual. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, n. S17-S47, 2014.

Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2014001300005. Acesso em 18 dez. 2021.

MALDONADO-TORRES, Nelson. *Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de um concepto*. In: CASTRO-GOMEZ, S.; GROSGOUEL, R. (Orgs.). **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Univesidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central – IESCO, Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 127-167. Disponível em: <http://ram-wan.net/restrepo/decolonial/17-maldonado-colonialidad%20del%20ser.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2021.

MANSO, José Eduardo Ferreira; PERROTTA, Mari-Pepa Vicente; PERROTTA, Umberto. *O bicentenário da Faculdade de Medicina da UFRJ*. In: **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, vol. 35, n. 5, Rio de Janeiro, set/out 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-69912008000500013. Acesso em 18 dez. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sesai planeja estratégias para avançar na atenção à saúde indígena**. Publicado em 10 abril de 2015. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/sesai_noticias/sesai-planeja-estrategias-para-avancar-na-atencao-a-saude-indigena. Acesso em: 03 jan. 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Capacitar-se em assistência farmacêutica e nas funcionalidades do Sistema Hórus para equipes que trabalham com população indígena**. Publicado em 31 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/capacitar-se-em-assistencia-farmacautica-e-nas-funcionalidades-do-sistema-horus-para-equipes-que-trabalham-com-populacao-indigena>. Acesso em: 03 jan. 2022.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 17 dez. 2021.

ONU. **Saúde sexual e reprodutiva é inseparável dos outros direitos humanos, destacam especialistas da ONU**. Organização das Nações Unidas Publicado em 15.03.2016. Disponível em:

<http://www.onumulheres.org.br/noticias/saude-sexual-e-reprodutiva-e-inseparavel-dos-outros-direitos-humanos-destacam-especialistas-da-onu/>. Acesso em 17 dez. 2021.

OMS. **Boas práticas de atenção ao parto e ao nascimento**.

Organização Mundial da Saúde, 1996. Disponível em:

<https://www.saude.sc.gov.br/index.php/informacoes-gerais-documentos/redes-de-atencao-a-saude-2/rede-aten-a-saude-materna-e-infantil-rede-cegonha/acervo-e-e-books/7452-oms-boas-praticas-de-atencao-ao-parto-e-ao-nascimento/file>. Acesso em: 17 dez. 2021.

OMS. **Declaração da OMS sobre Taxas de Cesáreas**. Organização Mundial da Saúde. 2015. Disponível em:

http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15.02_por.pdf;jsessionid=3ED149EBECFF1E5313352C9583C83339?sequence=3. Acesso em 30 dez. 2021.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina*. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. CLACSO, 2005.

Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4386378/mod_folder/content/0/Quijano%20Colonialidade%20do%20poder.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 13 dez. 2021.

PARTO DO PRINCÍPIO. **Dossiê da violência obstétrica “Parirás com dor”**. CPMI da Violência contra as Mulheres, Brasília, DF: [s.n.], 2012. Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC/%20VCM%20367.pdf>. Acesso em 17 dez. 2021.

SAFFIOTTI, Heleieth I.B. **O poder do macho**. Heleieth I.B. Saffioti. São Paulo: Moderna, 2001. Coleção polêmica. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/obras-digitalizadas/questoes_de_genero/saffiotti_heleieth_-_o_poder_do_macho.pdf. Acesso em 26 dez. 2021.

SAFFIOTTI, Heleieth I. B. **A mulher na sociedade de classes**. 3 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SANTA CATARINA. **Lei n. 17.097, de 17 de janeiro de 2017**.

Disponível em:

http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html. Acesso em 17 dez. 2021.

SAUAIA, Artenira da Silva e Silva; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. *Uma dor além do parto: violência obstétrica em foco*. In: **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**. Brasília, v. 2, n. 1, p. 128-147, jan/jun. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/1076/0>. Acesso em 27 dez. 2021.

SCHEFFER, M. et al., **Demografia Médica no Brasil 2020**. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, 2020. 312 P. ISBN: 978-65-00-12370-8.

Disponível em:

<http://www.flip3d.com.br/pub/cfm/index10/?numero=23&edicao=5058#page/3>. Acesso em 02 jan. 2022.

SENADO FEDERAL. **Entenda o caso Alyne**. Publicado em 14.11.2013. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/14/entenda-o-caso-alyne>. Acesso em 17 dez. 2021.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

SS. Secretaria da Saúde Estado de São Paulo. **Resolução SS-SP n. 72, de 15 de junho de 2008**. Diário Oficial do Estado, São Paulo, SP, 16 jul. 2008. Disponível em:

<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=7862&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Secretaria%20da%20Sa%FAde/Estado%20de%20S%E3o%20Paulo&numero=72&situacao=VIGENTE&data=15-07-2008>. Acesso em 30 dez. 2022.

STJ. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Embargos de divergência em Recurso Especial: EREsp 704272 SP**.

2012/0182148-0, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24074294/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-cresp-704272-sp-2012-0182148-0-stj/inteiro-teor-24074295>. Acesso em 01 jan. 2022.

STJ. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: REsp 1540580 DF. 2015/0155174-9, Rel. Min. Lázaro Guimarães. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621592003/recurso-especial-resp-1540580-df-2015-0155174-9/relatorio-e-voto-621592021>. Acesso em 01 jan. 2022.

A justiça restaurativa como paradigma emergente na construção de uma nova concepção de justiça: encontro, reparação e transformação

ANDERSON HENING¹⁵⁵

LENICE KELNER¹⁵⁶

1. Introdução

O capítulo analisa a construção de um novo paradigma do conceito de justiça e sua nova concepção pelo encontro, reparação e transformação na composição de danos. Para isto o ensaio aborda o conceito de justiça de John Rawls, partindo de dois princípios fundamentais, a liberdade e a igualdade, e abordando sua relação com a equidade e com os direitos humanos.

O objetivo é analisar os cenários conceituais de justiça retributiva e justiça restaurativa, destacando o atual modelo de punição que pugna pela vingança e pelo castigo e trazendo um novo olhar para a composição de danos causados pelos criminalizados pela justiça brasileira.

O tema se desenvolve em quatro partes, iniciando pelos aspectos históricos da construção da Justiça Restaurativa, abordando alguns dos principais movimentos que marcaram as sociedades nos anos 60 e 70 e bem como, estudos em países que marcaram o início da trajetória da justiça restaurativa como Nova Zelândia, Austrália, Canadá, EUA etc. Posteriormente descreve-se o fenômeno da justiça

155 Mestrando em Direito Público. <http://lattes.cnpq.br/9526039327566742>. <https://orcid.org/0000-0002-8780-6749>. Membro dos grupos de pesquisa: Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER e Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça, registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela FURB.

156 Doutora em Direito Público. <http://lattes.cnpq.br/4001810436460227>. <https://orcid.org/0000-0002-7553-1514>. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Membro dos grupos de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB) e Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça (CNPq-FURB).

retributiva, amparada pelo atual sistema penal brasileiro, que mantém a práxis punitivista ancoradas na seletividade e castigo. Outrossim, destaca a abertura constitucional para a aplicação da Justiça Restaurativa e faz menção a importância de aderir a este novo conceito de justiça. Por fim, relaciona-se os princípios restaurativos a partir da Resolução 2002/12 da ONU e a sua aplicação para que se possa construir uma nova visão sobre a Justiça Restaurativa a partir dos pilares centrais abordados por Howard Zehr, encontro, reparação e transformação.

O método de abordagem orienta-se pela abordagem fenomenológico-hermenêutica que apresenta o fenômeno da justiça restaurativa como possibilidade de um contexto histórico, investigando e desvendando novas possibilidades de composição de danos. Direciona-se à comunicação de sentido para a criminologia crítica que revela a crueldade do cárcere e orienta-se por um horizonte humanizado no contexto do Direito em relação ao colapso prisional.

As contribuições do estudo indicam a possibilidade de que o encontro entre vítima, ofensor e sociedade através de círculos restaurativos amparados pelo Poder Judiciário. Alternativas que já se mostram muito eficazes na reparação de danos sofridos, pois um novo olhar do ofensor/criminoso, o acolhimento da vítima e o olhar para a dimensão dos danos sofridos traz uma nova possibilidade de justiça amparada pela liberdade e igualdade como preconizou John Rawls.

2. A justiça restaurativa: Aspectos históricos.

Um dos grandes anseios da sociedade é a busca pela justiça, igualdade e liberdade, como destaca o filósofo John Rawls (2000, p. 3) “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamentos”, na concepção de Rawls, o pilar fundamental para se obter justiça é a equidade, partindo de dois princípios fundamentais, a liberdade e a igualdade.

A Constituição Federal de 1988 faz menção importante aos princípios constitucionais (liberdade e igualdade) no art. 5º, *caput*, estendendo a todos os cidadãos as suas garantias e sua proteção.

Partindo da doutrina de Kelner e Meleu (2018, p. 144) consubstanciado aos direitos humanos, se pode destacar que “A liberdade sempre foi o princípio aglutinador da luta pelos Direitos Humanos, até o ponto em que, durante muito tempo, a ideia de

liberdade, em suas diversas manifestações, foi identificada como a própria noção de Direitos Humanos”.

Seguindo ainda a mesma linha de pensamento de Kelner e Meleu (2018, p. 144) “No que se refere à igualdade, o Direito Humano mais importante em nosso tempo, pode ser considerado como um postulado que apoia toda a construção teórica e jurídica positiva dos direitos sociais”.

Na busca de uma nova concepção de justiça, vários movimentos surgiram em contrapartida às atrocidades legitimadas pelo Estado.

A Justiça Restaurativa surge a partir de alguns movimentos importantes que marcaram a história da humanidade e em busca da necessidade de uma resposta mais humana para que se possa mudar o contexto punitivista impregnado no sistema.

Conforme Strang (2002, p. 45), houve “diversos programas implementados desde meados da década de 1970, caracterizados por encontros mediados entre vítimas e ofensores, focados na reparação e na reconciliação”, surgindo a partir de então uma nova concepção de justiça utilizando o termo Justiça Restaurativa.

Dentre os vários programas implementados, é importante destacar um dos movimentos iniciais do marco da justiça Restaurativa, apontado por Daniel Achutti (2016 *apud* Daly; Immarigeon, 1998, p. 5-6), o movimento pelos direitos civis das mulheres (movimento feminista) nos anos 1960 nos Estados Unidos, que fez alusão a pontos importantes para implementação da Justiça Restaurativa, pontos como: “discriminação racial”, “respeito aos direitos dos presos”, e o “mal tratamento das vítimas da justiça criminal”

Ainda na mesma linha de raciocínio Daniel Achutti (2016 *apud* Daly; Immarigeon, 1998, p. 6-11) destaca outros movimentos importantes:

- (a) direitos dos prisioneiros e alternativas às prisões: [...]
- (b) resolução de conflitos: [...]
- (c) programas de reconciliação vítima-ofensor: [...]
- (d) mediação vítima-ofensor: [...]
- (e) grupos de defesa dos direitos das vítimas (victims advocacy): [...]
- (f) conferências de grupos familiares (family group conferences): [...]
- (g) círculos de sentença (sentencing circles): [...]

Esses movimentos tinham por finalidade combater a repressão do sistema em desfavor aos empobrecidos, a discriminação racial e de gênero, pleiteavam melhores condições de habitualidades nas prisões e cogitavam também hipóteses de abolição de algumas penitenciárias, pois em relação ao Estado “Nota-se ainda que, durante séculos, geração após geração vem tentando combater a criminalidade com as mesmas medidas e não se ouve falar em êxito.” (HENING, KELNER e KERTZENDORFF, 2017, p. 21)

Em meados de 1970 se buscava a iniciativa para criação de centros comunitários de justiça alternativa com foco na resolução de conflitos. Em 1974 no Canadá e em 1977 nos EUA surgem programas de reconciliação vítima ofensor, através de um mediador. No final de década de 70, surge o termo mediação ao invés de reconciliação, esta modalidade possibilitava a participação da vítima, ofensor e também membros indiretamente envolvidos.

Outrossim, existiam os grupos de defesas dos direitos das vítimas, compostos por acadêmicos e feministas que defendiam principalmente os direitos das mulheres e crianças vítimas de abusos e violências.

A Nova Zelândia no ano de 1989, altera a sua legislação infanto juvenil no sentido de proporcionar uma participação maior dos membros das comunidades afetadas por atos infracionais.

Os círculos de sentença, que tem origem no Canadá, tem por finalidade a busca da resolução do conflito através do ciclo no qual participam, a vítima, o ofensor e a comunidade vislumbrando uma solução melhor para todos. De acordo com Howard Zehr (2012, p. 14)

Além disso, tais abordagens e práticas estão ultrapassando o sistema de justiça criminal e chegando as escolas, locais de trabalhos e instituições religiosas. Alguns defendem a ideia de que a abordagens restaurativas como os “círculos” (prática específica que nasceu nas comunidades indígenas canadenses) podem ser usadas para trabalhar, resolver e transformar os conflitos em geral.

Nascendo assim, características de uma nova concepção de justiça, a partir do restaurativismo, como leciona Andrade (2016, p. 56)

Emergindo a partir da década de 1970 do século XX como um movimento social de fontes plurais, que irão marcar, a sua vez, a pluralidade e as incertezas teórico-práticas e finalísticas que

caracterizam até hoje o seu horizonte (vitalizando-o, mas, ao mesmo tempo, dilematizando-o), o restaurativismo tem se materializado na convergência das seguintes matrizes que, entre os anos 1960 e 1970, influenciaram sobremaneira a sua emergência:

Se nota que a partir de 1970 muitos movimentos começaram a surgir com a ideia de construir a concepção de Justiça Restaurativa, e vários foram os países que aderiram a estes movimentos, como a Nova Zelândia, Canadá, Estado Unidos, Austrália, Inglaterra etc. Para Walgrave (2008, p. 15),

Todas as tendências e movimentos, e uma multiplicidade de iniciativas intuitivas separadas, conduziram a um reino de práticas, movimentos sociais, formações teóricas, reflexão ética e pesquisa empírica, que hoje é referida como “justiça restaurativa”.

Ainda na mesma linha de pensamento de Walgrave (2008, p. 14-16), a Justiça Restaurativa possui três momentos importantes para caracterizar o seu marco: o primeiro seriam os *movimentos pelos direitos das vítimas* e os *temas feministas*, que pleiteavam o aumento do sistema penal de acordo com a sua demanda, o segundo seria o *comunitarismo*, que foca a atuação da Justiça Restaurativa no centro da comunidade, aonde ela desenvolveria todas as suas fases, e por terceiro, o *abolicionismo penal*, que teria por finalidade abolição do sistema da justiça criminal e substituir por outros meios alternativos.

3. Justiça retributiva x justiça restaurativa.

O atual modelo de justiça retributiva é proveniente da “evolução” do sistema penal que se iniciou nas sociedades primitivas, conforme destaca Hening, Kelner e Kertzendorff (2017, p. 2) “O direito penal tem o início da sua história nas sociedades primitivas, marcado pela fase da vingança”.

Perpassado esse momento histórico em que predominou as atrocidades legitimadas pelo Estado, no sentido em punir os infratores com penas cruéis e corporais, começam a surgir outros modelos de sistemas penitenciários, como por exemplo, sistema pensilvânico ou celular, alburniano e progressivo.

Muito embora em épocas e características distintas (com o foco, em comum, na punição do infrator) a história demonstra que todos os esforços do Estado eram destinados apenas em punir o infrator ao invés de recuperá-lo.

Atualmente a realidade do sistema penitenciário brasileiro não foge muito desta realidade, em que o Estado mantém a atenção em sucatear os infratores em unidades prisionais, consubstanciando as práxis de encarceramento primitiva.

Portanto é importante acompanhar o processo de globalização ao qual as civilizações passaram para que se possa criar novas correntes dogmáticas a fim de garantir a segurança jurídica, da sociedade e da pessoa presa. Segundo ensinamentos de Klock e Motta (2008, p. 51):

A função do Estado penal é garantir a segurança, seja a pública ou segurança jurídica, bem como, garantir a segurança social, mantendo a tutela punitiva e a proteção a incolumidade da pessoa, que não se restringe somente ao aspecto físico, mas protegendo também a saúde: psíquica, mental e intelectual do indivíduo condenado que se encontra sobre a custódia do poder público.

A Constituição Federal de 1988, carta magna, abre espaço em seu texto legal para excepcionar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (BRASIL, 1988, art. 129, I), pelo chamado princípio da oportunidade, ao possibilitar “[...] a conciliação e a transação em casos de infração penal de menor potencial ofensivo” (BRASIL, 1988, art. 98, I). Desde então, ao decorrer da história foram surgindo outras legislações, incentivando a conciliação, a mediação, a reparação do dano e, enfim, o uso de procedimentos restaurativos.

Pode-se destacar a lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instituídos pela Lei nº 9.099/1995, que estabelece e regulamenta os procedimentos conciliatórios em crimes de menor potencial ofensivo, que permite a aplicação da Justiça Restaurativa, com fundamento nos artigos 72, 77 e 89. O artigo 89 tem especial importância ao permitir a propositura da suspensão do processo (sob condições) por parte do Ministério Público ao tempo do oferecimento da denúncia, possibilidade estendida, sem óbice algum, de encaminhamento de qualquer dos “crimes de menor potencial ofensivo” a procedimentos restaurativos.

Neste sentido, a legislação brasileira abre um grande leque de possibilidades para a aplicação dos programas de Justiça Restaurativa, que vai desde a sua aplicação aos menores infratores, crimes domésticos, em estádios de futebol e crimes de menor potencial ofensivo, com um único objetivo, a transformação do modelo punitivo adotado pelo Estado para um modelo restaurativo. De acordo com Andrade (2018. p. 57)

Ao se falar, portanto, em Justiça Restaurativa, invoca-se um universo de grande complexidade e a primeira caracterização para designá-la passa a ser também a de um “Movimento social” que, partindo de uma ampla agenda socioética e política, vai configurando um campo de investigação científica e metodológica voltado para a transformação do modelo punitivo e do sistema de justiça penal.

Neste diapasão vislumbra-se que o modelo de justiça criminal retributiva do atual sistema penitenciário ainda está engessada as práticas punitivas que marcaram o início das sociedades primitivas. Porém, nota-se que, em passos lentos, esta ideia punitivista está perdendo espaço para um novo conceito de justiça, a Justiça Restaurativa, que vem se consolidando cada vez mais na sociedade atual, exemplo disto, além de todo o movimento histórico abordado no capítulo anterior, é a criação de legislação própria e abertura constitucional que a carta magna traz em seu texto legal.

4. Um novo olhar para a Justiça Restaurativa a partir do Encontro, Reparação e Transformação.

A Justiça Restaurativa tem seu marco inicial através da Resolução n. 2002/12, da ONU, este que estabelece os parâmetros para sua aplicação. Dentre eles, destaca-se alguns princípios que são percussores da Justiça Restaurativa. De acordo com Andrade (2018. p. 75)

Com relação aos princípios, a referência internacionalmente citada e considerada o ponto de partida para a sua caracterização é a Resolução n. 2002/12, da ONU, a qual, como se verá adiante, instituiu “princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”. Tais são os princípios da

imparcialidade do facilitador; confidencialidade; da voluntariedade das partes, da presunção de inocência na hipótese do processo retornar à justiça comum, após finalizada a prática restaurativa, com ou sem acordo entre as partes; razoabilidade e proporcionalidade do acordo em relação à situação e busca de resultados restaurativos. A partir dessa referência, tem se desenvolvido e se ampliado a principiologia restaurativa.

Assim como em todo ordenamento jurídico os princípios são um norte para salvaguardar os direitos dos envolvidos nos programas restaurativos. O princípio da imparcialidade do facilitador limita a sua atuação em favor de um ou de outro, o objetivo desta figura no círculo restaurativo é de manter a comunicação entre os participantes e estabelecer a ordem para que haja uma boa comunicação entre vítima, ofensor e comunidade.

O princípio da confidencialidade garante as partes envolvidas que tudo o que for trazido à tona nos círculos restaurativos, devem permanecer em absoluto em segredo e não pode ser divulgado nem repassado para as autoridades judiciárias. Já o princípio da voluntariedade é responsável diretamente pela adoção ou não do círculo restaurativo, pois as partes devem estar de acordo em participar desta sessão.

Outro princípio muito importante e que merece um destaque especial é o da presunção de inocência, a partir deste princípio, e corroborado com o anterior, a qualquer momento do ciclo restaurativo, qualquer das partes podem desistir de participar. No entanto, caso o ofensor venha durante o ciclo restaurativo, confessar alguma situação, que no processo penal comum, não o fez, as supostas “provas e/ou confissões” não poderão ser usadas no processo criminal para prejudicar o ofensor.

E por fim o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade do acordo, em que a busca pela solução através do encontro, possa obter a reparação e a transformação, tanto da vítima como do ofensor, através de um acordo que busque satisfazer ambas as partes.

Neste sentido, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, Resolução n. 40/34, de 29 de novembro de 1985, já previa em seu item 7º a utilização de meios adequados e informais na busca pela reparação e conciliação, *in fine*

7º Devem ser utilizados, sempre que adequado, mecanismos informais de resolução de litígios, incluindo a mediação, a arbitragem e as práticas de justiça costumeira ou indígena, a fim de facilitar a conciliação e a reparação das vítimas (Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder)

Assim, para Howard Zehr (2012), O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros, e aponta os três princípios ou pilares centrais da Justiça Restaurativa:

1. O foco no dano cometido, surgindo uma preocupação inerente com as necessidades do ofendido e seu papel no processo, sem se esquecer do dano vivenciado pelo ofensor e pela comunidade.

2. A consciência de que males ou danos resultam em obrigações, devendo o ofensor ser estimulado a compreender o dano que causou.

3. E, por último, a promoção de engajamento ou a participação, sugerindo que ofendidos, ofensores e membros da comunidade desempenhem papéis significativos no processo.

Nesta sessão, pode se destacar três aspectos importantes para que a Justiça Restaurativa possa obter êxito na busca de uma possível solução ao problema apresentado.

O primeiro aspecto é o encontro entre as partes, por livre e espontânea vontade, ou seja, é um processo segundo o qual os atores de um crime se encontram para resolver coletivamente o conflito, aprender como lidar com suas consequências e implicações para futuro.

Pode se destacar a seriedade e a importância deste encontro restaurativo partindo da premissa que em primeiro lugar deve se observar os requisitos legais para a sua realização. Em segundo lugar, a vontade entre as partes de resolverem o problema, uma vez que, diferentemente do judiciário, não haverá presença de advogados ou funcionários que presidem a justiça. E por fim, uma sessão marcada por emoções, as quais vítimas e ofensores poderão dialogar frente a frente na busca de uma possível solução. Como bem descreve um dos maiores pioneiros do restaurativíssimo no Brasil: De acordo com Pinto (2005. p. 16-17)

O processo restaurativo tem seu clímax nesse encontro, que não é um simples encontro, mas um encontro restaurativo, que só ocorrerá se presentes os requisitos constitucionais e legais para sua admissibilidade e continuidade, e se observados os princípios,

valores e procedimentos restaurativos para se alcançar os resultados buscados e os efeitos projetados. Nesse encontro, as pessoas vivenciarão emoções e racionalidade para formatar um plano que se denominará acordo restaurativo. Não se trata de um encontro no cenário de um foro ou tribunal, mas fora da estrutura e do ritual judiciário, e não haverá nem juiz, nem promotor, nem advogado, nem escrivão, nem testemunhas, nem documentos, nem perícias [...] É um encontro de emoções fortes de ódio, ressentimento, luto, desespero, sentimento de vingança, medo, pavor, mágoa, desconfiança, compaixão, perdão, autoestima, coragem. Mas se houver disposição, esse encontro restaurativo faz as pessoas chegarem aonde o sistema não vai.

O segundo aspecto é a reparação do dano sofrido, este que possui a característica da reparação dos danos causados ao ofensores e vítimas, sejam elas diretamente ou indiretamente.

Nesta sessão é importante observar o uso do modelo restaurativo a partir da condução do círculo, em que se busca olhar para o crime como uma violação de um bem jurídico maior, violação de relacionamento e de pessoas, e não se ater tão somente à violação da lei em si mesma. Em síntese, nas palavras de Zehr (2012, p. 74 a 76):

[...] não haverá justiça enquanto mantivermos nosso foco exclusivamente nas questões que têm orientado o atual sistema judicial: Que leis foram infringidas? Quem fez isso? O que merecem em troca? Para que haja verdadeira Justiça Restaurativa é preciso que façamos a nós mesmos as perguntas: quem foi prejudicado? Quais são suas necessidades? Quem tem obrigação e quem é responsável por atender tais necessidades? Quem tem interesse legítimo na situação? Que processo conseguirá envolver os interessados a fim de encontrar uma solução? A Justiça Restaurativa requer que troquemos não apenas nossas lentes, mas também nossas perguntas. Acima de tudo, a Justiça Restaurativa é um convite ao diálogo, para que possamos apoiar um ao outro e aprender um com os outros. É um lembrete de que estamos todos interligados de fato.

O que a Justiça Restaurativa busca proporcionar é uma nova visão sobre o paradigma consolidado do direito penal, ou seja, a busca pela responsabilização e não apenas a punição ao ofensor.

A punição do ofensor é um paradigma consolidado no poder judiciário brasileiro, onde o Estado não busca a solução do problema, pelo contrário, na busca incessante por punir o infrator, ele acaba por abandonar a vítima e o ofensor. A vítima não tem a reparação do dano sofrido e o ofensor não tem a oportunidade de reparar o dano e demonstrar as causas que o levaram a cometer o crime.

O direito penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Como meio de controle social altamente formalizado, exercido sob o monopólio do Estado, a *persecutio criminis* somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com as normas pré-estabelecidas, legisladas de acordo com as regras de um sistema democrático. Por esse motivo os bens protegidos pelo direito penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas a toda coletividade como um todo (BITTENCOURT, 2012, p. 59).

E por último o terceiro aspecto, a transformação, está que busca uma “mudança/transformação” de comportamento da pessoa em si. A característica da Justiça Restaurativa é que a busca da transformação, quase sempre é alcançada, enquanto na justiça criminal, a ressocialização, nem sempre é alcançada. De acordo com Andrade (2018. p.68)

A Justiça Restaurativa surge, assim, como um resgate de princípios holísticos para a construção de um paradigma fundado em valores diferentes daquela lógica do sistema penal. Sua pretensão é pensar nos danos para propor ações voltadas para o futuro, com foco na reparação (de objetos, de pessoas e de relacionamentos). Oportuniza-se, assim, um espaço não hierarquizado de encontro e de discussão coletiva. Suas práticas não se baseiam em leis ou regras abstratas, mas nos relacionamentos e nos valores adotados pelo grupo. O facilitador, longe de ser um profissional que manipula o processo, assume o papel de resguardar esses valores e de guiá-los de modo justo e responsável.

Portanto, denota-se a importância destes três aspectos que a Justiça Restaurativa prioriza, o encontro entre vítima, ofensor e sociedade, para que ambos possam estar frente a frente. A reparação do dano sofrido, sendo que a busca pela possível solução parte das

partes envolvidas e a transformação das partes envolvidas, almejando assim que o ofensor possa buscar diminuir os danos que causou e possa transformar seu futuro, com uma nova trajetória de consciência e empatia pela vida pacífica em sociedade.

5. Conclusão

A partir do estudo da justiça retributiva adotado e predominante no atual sistema penitenciário brasileiro se pode vislumbrar que o conceito de justiça abordado por John Rawls, que busca a equidade a partir da liberdade e igualdade, está longe de ser acessível a todos.

Porém quando a Carta Magna de 1988 reconhece possibilidades de aplicar meios alternativos, como a Justiça Restaurativa, é notório que poderemos pensar em novas possibilidades para compor danos gerados por criminalizados, mudando o paradigma da crueldade e desumanidade da punição.

A construção de uma nova concepção de justiça, partindo dos pilares do encontro, reparação e transformação, é uma alternativa emergente que o sistema judiciário brasileiro já está aplicando em algumas comarcas brasileiras, precisamos ainda um incentivo maior do Poder Judiciário.

Portanto, a Justiça Restaurativa busca proporcionar uma nova visão sobre o paradigma consolidado do sistema penal, ou seja, a busca pela responsabilização e não apenas a punição ao ofensor e então, modelos de círculos restaurativos tem-se mostrado (na maioria dos casos) uma nova possibilidade de reparação de danos para as vítimas, aonde a justiça criminal não está conseguindo chegar dentro de nosso Estado Democrático de Direito.

Referências

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 2016.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado** / Norberto Cláudio Pâncaro Avena. São Paulo: Forense, 2014.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Planalto, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 de mai. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Portaria n. 16 de 26 de fevereiro de 2015**. Dispõe sobre as diretrizes de gestão da Presidência do Conselho Nacional de Justiça para o biênio 2015-2016.

_____. **Resolução n. 225 de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

_____. **Resolução n. 2002 de 24 de julho de 2002**. Dispõe sobre princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Relatório analítico propositivo Justiça Pesquisa. **Direitos e Garantias Fundamentais. Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário**. Coordenação Dr. Vera Regina Pereira de Andrade, Brasília, 2018.

DALY, Kathleen; IMMARIGEON, Russ. **The Past, Present, and Future of Restorative Justice: some critical reflections**. *Contemporary Justice Review*, v. 1, n. 1, 1998.

HENING, A.; KELNER, L.; KERTZENDORF, L. J.

Ressocialização no Sistema Penitenciário: uma tarefa que não cabe apenas ao Estado. Revista Maiêutica, Indaial, v. 5, n. 1, p. 15-39, 2017.

KELNER, Lenice e MELEU, Marcelino da Silva. **Justiça**

restaurativa: pressuposto para uma política constitucional criminal voltada à efetivação dos direitos humanos. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 138 – 158, Jul/dez. 2018.

KLOCK, Henrique; MOTTA, Ivam Dias da. **O sistema prisional e os direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização).** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da Justiça**

Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de Justiça criminal. Jus Navigandi, [S.l.], n. 1432, 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9878>. Acesso em: 10 jan. 2022.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

STRANG, Heather. ***Repair or Revenge: victims and restorative justice.*** Oxford: Oxford University Press, 2002.

WALGRAVE, Lode. ***Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship.*** Cullompton (Reino Unido) e Portland (EUA): Willan Publishing, 2008.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa.** São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça.** São Paulo: Palas Athena, 2008.

A importância do reconhecimento das Indicações Geográficas para o desenvolvimento da região do Vale dos Vinhedos/RS

ALETEIA HUMMES THAINES¹⁵⁷
ANDRESSA SOARES DOS SANTOS¹⁵⁸

1. Introdução

A presente pesquisa propõe-se aprofundar o estudo do desenvolvimento regional sob a perspectiva do reconhecimento da indicação geográfica, já que esta pode ser considerada uma estratégia para alavancar o desenvolvimento. Para tanto, foi analisado o caso da área delimitada do Vale dos Vinhedos, localizada entre os municípios de Bento Gonçalves, Garibaldi e Monte Belo do Sul, no Estado do Rio Grande do Sul, visto ser esta a primeira região brasileira a obter o reconhecimento de indicação geográfica (IG), a partir da promulgação da Lei n. 9.279/96.

Por esse motivo, se formulou o seguinte problema de pesquisa: O reconhecimento da IG contribuiu, efetivamente, para o desenvolvimento da região do Vale dos Vinhedos/RS? Para responder a esse problema de pesquisa, elaborou-se, como objetivo geral analisar

¹⁵⁷ Doutora em Direito com estágio Pós-doutoral em Direito. Faculdades Integradas de Taquara/RS (FACCAT). Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional. Pesquisa vinculada a linha de pesquisa: Economia, Meio Ambiente e Dinâmicas de Desenvolvimento Territorial Sustentável, do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional, da Faccat. Currículo Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4711022A9>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0062-6789>. Endereço eletrônico: aleteiathaines@faccat.br

¹⁵⁸ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional – PPGDR das Faculdades Integradas de Taquara – FACCAT/RS. Pesquisa vinculada a linha de pesquisa: Economia, Meio Ambiente e Dinâmicas de Desenvolvimento Territorial Sustentável, do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional, da Faccat. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2995656142632772>. Endereço eletrônico: andressasantos@faccat.br

o impacto do reconhecimento das indicações geográficas no desenvolvimento da região delimitada do Vale dos Vinhedos.

Com um mercado globalizado, competitivo e cada vez mais exigente, evidencia-se a necessidade de utilizar novos mecanismos, a fim de garantir o crescimento socioeconômico das regiões. Essas estratégias visam, muitas vezes, proteger a qualidade e a procedência dos produtos ali produzidos, para agregar valor a estes e conquistar novos consumidores.

A regulamentação das indicações geográficas se dá em âmbito nacional e internacional, o que também pode ser visto como um facilitador para a inclusão desses produtos no mercado externo. Além disso, os produtos com esse reconhecimento estão juridicamente protegidos contra a concorrência desleal.

Para a efetivação desse estudo de caso, utiliza-se a pesquisa qualitativa, fazendo uso do método de abordagem dedutivo. Quanto aos objetivos, ela se delinea como exploratória, pois se propôs a preencher lacunas, e descritiva porque descreveu as percepções e as opiniões dos pesquisados. Com relação às técnicas, utilizou-se a pesquisa de campo, com a realização de entrevistas semiestruturadas, estudo de caso, além da pesquisa bibliográfica e documental.

Com vistas a contemplar a temática abordada, o estudo está dividido em quatro partes. A primeira seção, discute a concepção de desenvolvimento, a partir da teoria de Amartya Sen, além de discorrer sobre os aspectos que envolvem o desenvolvimento regional. Num segundo momento, abordar-se-á o instituto da Propriedade Intelectual, bem como o amparo legal a este instrumento no âmbito internacional e nacional. Na terceira parte, será estudado o instituto da Indicação Geográfica, sua evolução no ordenamento jurídico interno e externo, além da importância desse instituto para o desenvolvimento das regiões. Na quarta seção, serão analisados e interpretados os dados da pesquisa, isto é, o desenvolvimento do Vale dos Vinhedos a partir do reconhecimento da indicação geográfica. Será realizada, uma breve apresentação do panorama histórico da vitivinicultura no Brasil e no Estado do Rio Grande do Sul, além de como se desenvolveu o processo de reconhecimento da indicação geográfica do Vale, bem como, as dificuldades no reconhecimento da indicação geográfica e as articulações e cooperações havidas na região.

2. O desenvolvimento a partir da teoria de Amartya Sen e os aspectos relevantes do desenvolvimento regional

Muito se tem discutido sobre o tema desenvolvimento, temática esta que abrange toda a humanidade e envolve toda a sociedade, integrando de forma sistêmica fatores econômicos e sociais.

A partir da Revolução Industrial, o conceito de desenvolvimento vem sofrendo consideráveis modificações. Muitos autores consideram a Revolução Industrial como o marco do desenvolvimento, visto que esta promoveu uma grande transformação cultural, política, econômica e social.

Nesse sentido, cabe ressaltar e fundamentar o conceito de desenvolvimento proposto por Amartya Sen, Prêmio Nobel de Economia, quando este enfatiza que o desenvolvimento é um processo integrado de liberdades substantivas interligadas, afirmando que “[...] as liberdades não são apenas os fins primordiais para o desenvolvimento, mas também os meios principais [...]” (SEN, 2000, p. 25), ou seja, os indivíduos necessitam ter liberdades para fazer suas escolhas. O autor traz a concepção de desenvolvimento como liberdade, isto é, o progresso, a industrialização e as inovações tecnológicas expandem a liberdade humana, porém, para que isso ocorra, é necessário que o desenvolvimento se dê no âmbito social, humano, econômico, jurídico e cultural. (THAINES, 2013).

Com a criação de oportunidades apropriadas, é possível obter uma melhora na qualidade de vida dos atores envolvidos nesse processo, visto que o desenvolvimento é perseguido por todos os países e regiões que objetivam melhorar as condições de vida de sua população.

Além disso, devido ao processo de globalização, ocorreu um aumento na competitividade entre os mercados, o que levou as regiões e os países a ajustarem seu sistema produtivo, estimulando o aparecimento de uma nova organização do sistema das regiões (BARQUERO, 2001).

Com esse novo paradigma global, surge o conceito de desenvolvimento local/regional propondo-se a valorizar a qualidade de vida da população, preservando o meio ambiente e as peculiaridades de cada região. Essa definição enfatiza a ideia de identidade, ressaltando a importância da comunidade no processo de desenvolvimento. (PERIN, 2004). Impulsionando, assim, a geração de emprego e renda

para enfrentar a pobreza e marginalização, criando entornos institucionais econômicos, sociais, políticos e culturais para difundir as inovações, e reorganizar as bases empresariais, além de implantar infraestruturas básicas, capacitando recursos humanos e criando sistemas de informações locais. (LLORENS, 2001).

Diante desse contexto, pode-se afirmar que o desenvolvimento regional reforça as potencialidades de um território mediante ações endógenas, articuladas pela sociedade, pelo Estado e pelo mercado. E, para fomentar esse desenvolvimento, alguns mecanismos devem ser criados, tais como: políticas públicas, incentivos e investimentos, bem como legislação específica visando uma proteção jurídica a esses setores, pois cada região possui um patrimônio cultural, além de, características políticas e econômicas diferentes, requerendo, assim, planos e estratégias de desenvolvimento regional diferentes para cada região. (THAINES, 2013).

Por isso, para que o processo de desenvolvimento regional ganhe força, é necessária, além da mobilização da região, a criação de políticas públicas e legislações específicas, visando proteger e fomentar esse desenvolvimento. Um exemplo disso, é a proteção da propriedade intelectual, especialmente, no que tange ao reconhecimento das indicações geográficas, pois esse instituto pode servir de estratégia para o desenvolvimento de uma determinada região.

3. A tutela jurídica das Indicações Geográficas

A propriedade intelectual é amparada por tratados e convenções internacionais que a respaldam e a protegem e, por via de consequência, respaldam e protegem as indicações geográficas. Assim, cabe ressaltar que a propriedade imaterial, por meio do reconhecimento das indicações geográficas, traz benefícios econômicos aos países, uma vez que fomenta a economia local, tornando os produtos nacionais mais competitivos, gerando emprego e renda, além de outros fatores.

Porém, para haver um melhor aproveitamento desses benefícios, faz-se necessária uma proteção jurídica relevante e efetiva tanto no âmbito interno como no contexto internacional, visando à proteção dos direitos dos titulares destas indicações e assegurando os direitos de seus consumidores (LOCATELLI, 2006).

Constituem indicações geográficas prerrogativas reconhecidas internacionalmente pela Organização Mundial do Comércio (OMC),

por meio do Tratado de Comércio sobre os Direitos de Propriedade Intelectual (KAKUTA, 2006).

Sob esse prisma, Boff (2009) argumenta que o reconhecimento das indicações geográficas gera desenvolvimento, porque beneficia os produtores, os consumidores, valorizando, assim, o produto local, pois a identificação fomenta uma melhora na qualidade dos produtos, bem como garante a procedência destes.

Porém, a indicação geográfica não é um instituto novo. Para Bruch (2008), a origem das indicações geográficas se dá com a evolução da história, eis que, na antiguidade, quando se reportava a algum produto, este era relacionado ao seu local de origem. É relevante ressaltar que o instituto das indicações geográficas, em especial, a denominação de origem, teve seu berço na Europa, visto que os produtores de vinhos costumavam designar o nome do vinho pela região onde este foi produzido (RODRIGUES; MENEZES, 2000). Essa designação se dava em decorrência de suas características, principalmente, em virtude de fatores climáticos específicos.

A França foi o primeiro país a instituir um selo oficial para garantir e controlar a qualidade dos alimentos produzidos em seu país. O selo chama-se *Apelação de Origem Controlada* (AOC), que foi criado para regulamentar e proteger “o uso dos nomes geográficos que designam produtos agrícolas e alimentares” (KAKUTA, 2006, p. 10).

No âmbito jurídico internacional, a Convenção da União de Paris foi um dos primeiros acordos que regulavam as indicações geográficas, mesmo que não se dedica, exclusivamente, a regular este tema e que o faça de modo limitado (LOCATELLI, 2007). Essa Convenção foi o “primeiro acordo multilateral que regulamentou a matéria”, entrando em vigor em 1883, porém, sendo ratificado pelo Brasil somente em 1975. (LOCATELLI, 2007, p. 75).

No que tange à legislação brasileira, cabe ressaltar que a Convenção da União de Paris foi inserida em nosso ordenamento pátrio pelo Decreto n. 9.233, de 28 de junho de 1884. Em 19 de dezembro de 1923, foi criada a Diretoria Geral de Propriedade Industrial, através do Decreto n. 16.254, levando à tona as primeiras restrições quanto ao uso indevido das indicações geográficas.

Porém, o regulamento servia apenas para proteger o consumidor “das marcas que induzissem a informações errôneas quanto à origem do produto”, bem como “conceituava e protegia, proibindo também o registro como marca, e indicação de

proveniência” (LOCATELLI, 2007, p. 223-224). Sob esse prisma, ressalta-se a grande preocupação com a repressão à falsa indicação de procedência, sem, contudo, se preocupar em definir os requisitos para a proteção e reconhecimento da indicação geográfica como um direito humano de propriedade industrial.

Mas, foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que restou assegurada a proteção à propriedade industrial e, por via de consequência, às indicações geográficas como um direito fundamental, conforme o art. 5º, inciso XXIX. No entanto, é somente com o advento da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, que ela ganha relevância, sendo ampliada a tutela jurídica. Essa lei identifica as indicações geográficas como gênero, dividindo-a em Indicação de Procedência e Denominação de Origem. No entanto, observa-se que essa definição não é universalmente utilizada, vez que o Comitê Permanente da Organização Mundial de Propriedade Intelectual considera como gênero a indicação de procedência, dividindo esse gênero em: Indicação Geográfica e Denominação de Origem (LOCATELLI, 2007).

Na concepção de Locatelli (2007, p. 229), o cerne da distinção entre a Indicação de Procedência e a Denominação de Origem está na exigência desta última possuir “uma qualidade ou característica peculiar do produto ou serviço estritamente vinculados a sua origem”, enquanto, para a Indicação de Procedência, basta a “notoriedade da origem geográfica de um determinado produto ou serviço”. A autora ainda argumenta que essa diferenciação segue a “[...] tendência da normativa europeia [*sic*] de proteção às indicações geográfica”.

A atual legislação destaca ainda que a proteção é conferida não somente aos nomes geográficos, mas também aos signos geográficos, pois o art. 179, da lei n. 9.279/96, disciplina que: “a proteção estender-se-á à representação gráfica ou figurativa da indicação geográfica, bem como à representação geográfica de país, cidade, região ou localidade de seu território cujo nome seja indicação geográfica”.

O novo ordenamento jurídico relativo à propriedade industrial criou condições e requisitos para o registro das indicações geográficas, além de outorgar ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI as condições em que este registro se outorgará (RODRIGUES; MENEZES, 2000).

Contudo, mesmo o Brasil possuindo uma legislação recente que proteja as indicações geográficas, ainda é necessária a normatização e

regulamentação de algumas questões que a Lei n. 9.279/96 não abarcou. Um exemplo disso são os conflitos existentes entre marcas e indicações geográficas.

A partir dessa observação, Locatelli (2008) revela que a legislação nacional se encontra incompatível com o Acordo TRIPS, principalmente no que tange à proteção adicional de vinhos e bebidas alcoólicas, e esse problema traz relevantes prejuízos às negociações internacionais.

A autora prossegue afirmando que as indicações geográficas incrementam a economia de algumas regiões do país, porém, ressalta que é preciso revisar a legislação brasileira referente ao tema, a fim de proteger adequadamente as indicações geográficas, visando solucionar alguns conflitos que possam surgir com o fomento do reconhecimento das indicações geográficas.

Os pedidos de reconhecimento podem ser requeridos por associações, institutos e pessoas jurídicas que representam a coletividade legitimada ao uso exclusivo do nome geográfico e estabelecida no respectivo território. Também é possível que um único produtor ou prestador de serviço, pessoa física ou jurídica, requeira o registro da indicação geográfica em nome próprio.

Mas, em se tratando de nome geográfico estrangeiro já reconhecido como indicação geográfica em seu país de origem ou por entidades internacionais competentes, o registro deverá ser requerido pelo titular do direito sobre a indicação geográfica (INPI, 2021).

Como se observa, no Brasil, as indicações geográficas ainda são um nicho a ser explorado, uma vez que são poucos os pedidos de registros requeridos e concedidos pelo INPI, considerando que, somente em 2010, houve o reconhecimento da primeira Denominação de Origem brasileira.

Todavia, mesmo com poucas Indicações de Procedência e Denominação de Origem, as indicações geográficas constituem, em nível nacional, e, principalmente, internacional, uma ferramenta de fomento do desenvolvimento regional.

4. A região do Vale dos Vinhedos e o seu desenvolvimento a partir do reconhecimento das indicações geográficas para os vinhos produzidos naquela região

Nessa seção será apresentado um breve panorama do setor vitivinícola do Brasil e do estado do Rio Grande do Sul, além da caracterização da região geográfica do Vale dos Vinhedos. Será também abordado o processo do reconhecimento da indicação geográfica do Vale dos Vinhedos, as dificuldades encontradas nesse processo, além de como se deu a articulação e a cooperação na região para que fosse possível o deferimento da Indicação Geográfica na região do Vale dos Vinhedos.

Os resultados apresentados são decorrentes da pesquisa de campo realizada no Vale dos Vinhedos, no ano de 2010, onde foram entrevistados dez vinicultores, quatro empresários ligados aos ramos da hotelaria e gastronomia, bem como, os pesquisadores da Embrapa Uva e Vinho que participaram e fomentaram o processo de reconhecimento da IG e os gestores municipais envolvendo os três municípios da área geográfica delimitada, ou seja, Bento Gonçalves, Monte Belo do Sul e Garibaldi.

4.1. Breves considerações sobre o setor vitivinícola brasileiro

A vitivinicultura no Brasil está diretamente ligada à colonização de nosso país, em especial, à colonização italiana, sendo que os imigrantes trouxeram em sua bagagem a força e a dedicação para o trabalho, a devoção religiosa e o fervor da fé, além das técnicas de cultivo da vinha. Ela também é responsável pela sustentabilidade da pequena propriedade e está relacionada com a geração de emprego. (MELO, 2009).

A evolução da vitivinicultura levou os empresários do setor a buscar novas áreas que pudessem produzir e oferecer produtos diferenciados. Nesse sentido, observa-se uma expansão da atividade nas mais diversas regiões do Brasil. (BLUME, 2008).

Atualmente, no Brasil, a viticultura ocupa uma área de aproximadamente 75 mil hectares. A maior incidência dessa cultura se concentra na Região Sul do Brasil, representando 73,12% da área plantada de videiras no território nacional. A grande parte da produção do sul do país está concentrada no estado do Rio Grande do Sul, sendo que este estado possui 46.774ha de área cultivada. (MELO; MACHADO, 2021).

Devido à diversidade ambiental do País, a viticultura possui polos em áreas temperadas, com período de repouso hibernar definido;

polos em áreas subtropicais, em que a videira é cultivada em dois ciclos anuais; e polos tropicais, cuja videira pode ser cultivada em até três ciclos vegetativos por ano. (PROTAS; CAMARGO; MELO, 2008).

No ano de 2020, o panorama da vitivinicultura brasileira apresentou mudanças, ocorrendo uma redução no cultivo de uvas em todos os estados brasileiros, essa redução foi de 1,20%, se comparado ao ano de 2019. No entanto, estudos apontando que, apesar da redução da área cultivada, a procura por mudas aumentou, apontando que está ocorrendo uma renovação nos vinhedos existentes. (MELO; MACHADO, 2021). Tal redução, consequentemente, refletiu na produção de vinhos. Um dos fatores atribuídos à essa situação foi a crise sanitária mundial causada pela sindemia¹⁵⁹, por COVID-19.

4.2. O processo de reconhecimento da indicação geográfica no Vale dos Vinhedos

Entre meados de 1980 a 1994, a produção de vinhos era artesanal e não havia preocupação, por parte dos produtores locais, com o controle de qualidade do vinho fabricado. A venda desses produtos se dava diretamente ao consumidor final, visto serem produzidos por pequenas vinícolas familiares de modo rudimentar. Além disso, a produção era muito reduzida, muitas vezes, essas vinícolas fabricavam seus vinhos para consumo próprio e comercializavam o excedente.

Nesse período, ocorreu também a adaptação de novas variedades viníferas e um crescimento na comercialização de vinhos finos no País, o que começou a exigir uma mudança no processo de produção. Os produtores começaram a visualizar oportunidades no mercado externo, principalmente na comercialização de sucos, só que, para isso, era importante a utilização de novas ferramentas e tecnologias, visando agregar um diferencial aos produtos fabricados na região.

¹⁵⁹ A sindemia corresponde a um conjunto de fatores ligados à saúde e as condições sociais que estão diretamente relacionados e que afetam, de forma geral, a saúde de uma população, tal conceituação foi proposto por Merril Singer, na década de 90. Por esse motivo, aborda-se a disseminação da COVID-19, causada pelo do vírus SARS-CoV-2 como uma sindemia, pois essa situação acarretou agravamento, não somente na saúde coletiva mundial, mas também gerou graves reflexos sociais e econômicos. (THAINES, 2021).

Isso mostra que um dos fatores que levou à expansão da tecnologia neste segmento foi a necessidade de competir com as grandes vinícolas e com os vinhos importados, uma vez que o Brasil estava passando por um novo período, em que a política neoliberal do Governo Collor implementou reduções alfandegárias, dando início à abertura internacional da economia brasileira. Isso forçou os pequenos produtores a preocupar-se com a qualidade do vinho fabricado, levando-os a investir em tecnologia. O começo dessa década foi marcado, de certo modo, pelo fortalecimento das vinícolas familiares, que deixaram de vender a maior parte de sua produção para as grandes vinícolas e passaram a utilizá-la para ampliar a sua própria produção de vinho, investindo em tecnologia e no controle de qualidade destes produtos. (THAINES, 2013).

Com a abertura da economia brasileira, principalmente após a assinatura do Tratado de Assunção em 1991, acordo que previa tarifa zero nas importações Brasil – Argentina e, posteriormente em relação ao Uruguai e Paraguai, e com a desvalorização da moeda nacional, ocorreu uma baixa na competitividade da indústria, gerando uma diminuição das vendas no mercado interno. (THAINES, 2013).

Foi então que, no início dos anos 90, mais especificamente, no ano de 1992, a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), unidade Uva e Vinho, começou a visualizar um diferencial para a produção de vinhos na Serra Gaúcha, tendo por base, principalmente, os vinhos europeus. A partir desse momento, a Embrapa passou a participar de eventos e a publicar artigos sobre o tema envolvendo indicação geográfica, que, na época, era chamada de Denominação de Origem, sobretudo na Europa.

A Embrapa Uva e Vinho encontrou, então, no Vale dos Vinhedos/RS, uma resposta para os anseios dos produtores, visando buscar elementos de competitividade que representasse um diferencial para os vinhos produzidos na região. Por conta disso, a Embrapa foi pioneira na provocação da discussão sobre o tema das Indicações Geográficas, pois tal temática não era, até o momento, tratada no Brasil. (THAINES, 2013).

Antes de discorrer sobre o processo de reconhecimento, faz-se necessário caracterizar a região. O Vale dos Vinhedos, possui dois referenciais: um político-administrativo, que se refere ao Distrito do Vale dos Vinhedos, o qual pertence ao município de Bento Gonçalves/RS, e, o outro que diz respeito à área delimitada da

indicação geográfica, que engloba os municípios de Bento Gonçalves/RS, Garibaldi/RS e Monte Belo do Sul/RS.

A geografia da área delimitada para a indicação geográfica exerce considerável influência sobre as videiras, o que reflete na escolha das técnicas de cultivo e na arte da elaboração dos vinhos, fazendo com que estes possuam identidade própria, permitindo que eles não se repitam. (DALCIN, 2008). Tais fatores, foram determinantes para o pedido e, posterior, reconhecimento da IG, em 2002.

No entanto, para que o processo de reconhecimento se concretizasse, foi necessária, num primeiro momento, a sensibilização dos produtores da região sobre os benefícios e as potencialidades de se utilizar esse instrumento de propriedade intelectual. Num segundo momento, houve a necessidade de estudar o caso específico e demonstrar a sua aplicabilidade, uma vez que não contavam com uma legislação específica sobre o tema, pois o assunto era novo e deveria ser construído passo a passo.

Após o período de estudos e construção, em 1995, já se possuía os indicadores desses conceitos e já se tinha a certeza de que seria possível trabalhar esse novo instrumento com os produtores do Vale. A partir disso, a Embrapa Uva e Vinho, contando com a colaboração da Embrapa Clima Temperado, da Embrapa Florestas, e da Universidade de Caxias do Sul (UCS), elaborou um projeto de desenvolvimento, que levou, posteriormente, à delimitação geográfica da região e sua caracterização. (THAINES, 2013). Depois dessa etapa, foi criado, junto aos produtores da região, o regulamento de uso e todo o processo para o encaminhamento do pedido de reconhecimento da Indicação de Procedência (IP) junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

No começo, seis pequenas vinícolas da região do Vale dos Vinhedos aceitaram e apoiaram o projeto da Embrapa Uva e Vinho e da UCS e se organizaram em uma associação, a Associação dos Produtores de Vinhos Finos do Vale dos Vinhedos (Aprovale).

A Aprovale foi criada em 1995, com a finalidade de oportunizar condições de competitividade, pois, juntando forças para a produção, compra de insumos e comercialização, havia melhores condições para enfrentar as grandes produtoras nacionais, que dominavam o mercado nacional, além de poderem exportar parte de sua produção.

Em 1996, houve a promulgação da Lei n. 9.279, de 14 de maio, que regulou direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. A

partir desse momento, houve um respaldo jurídico com relação ao tema das indicações geográficas. Tal legislação possibilitou o reconhecimento da indicação geográfica, que é a proteção de produtos que levam a denominação de sua origem e são obtidos sob determinadas especificações e condições de determinada localidade. Essa tutela jurídica corroborou com os projetos e as metas traçadas pela Aprovele, juntamente com a Embrapa Uva e Vinho e com a Universidade de Caxias do Sul (UCS), com vistas a agregar valor aos seus produtos por meio da Indicação de Procedência e, conseqüentemente, desenvolver a região. (THAINES, 2013).

Então, no ano de 1997, iniciou-se a adaptação do projeto para buscar a primeira indicação geográfica do Brasil, agora, amparado pela legislação brasileira. Um dos objetivos desse projeto foi buscar delimitar a área do Vale dos Vinhedos, enquanto região produtora, onde se localizavam os vinhedos e as cantinas que produziam e envelheciam o vinho e também os seus derivados, e conhecer os fatores geográficos do espaço vitivinícola, cujas informações são fundamentais e indispensáveis para a implementação da Indicação Geográfica de Procedência e/ou de uma Denominação de Origem (FACALDE; MANDELLI, 1999), sendo feitos estudos sobre os fatores topográficos, topo climáticos e mapa de solos.

A área geográfica para essa indicação se deu por meio da demarcação dos limites territoriais por satélite: tomando como referência o divisor de águas, formado pelo Arroio Vale dos Vinhedos e pelo Arroio Leopoldina, que nascem nas áreas mais elevadas a sudeste do Vale. (VALE DOS VINHEDOS, 2021).

Após todo esse trabalho, em 1998, foi encaminhado, junto ao INPI, o pedido de reconhecimento geográfico, ou seja, o pedido da Indicação Geográfica, que é uma ferramenta coletiva de produção comercial dos produtos. Esse sistema divulga os produtos e/ou artigos e sua herança sociocultural, que é considerada intransferível.

Devido ao processo de reconhecimento geográfico ser um processo lento, somente em 2002 a Aprovele conseguiu a Indicação de Procedência do Vale dos Vinhedos (IPVV). No entanto, entre o período de encaminhamento do pedido e o de reconhecimento, foi necessário firmar convênios operacionais para auxiliar no desenvolvimento das atividades que serviram como pré-requisitos para a conquista da IPVV.

Nesse momento, o Vale dos Vinhedos passa a ser a primeira e única região do Brasil a ter o reconhecimento da indicação geográfica. Contudo, não bastava somente o reconhecimento da Indicação de Procedência, fazia-se necessário mantê-lo e, para isso, a Aprovele teve que criar o Conselho Regulador. Em decorrência das mudanças no setor produtivo, houve a necessidade também do Selo de Controle Vale dos Vinhedos, que é outorgado pelo Conselho Regulador, exclusivamente, para os vinhos e espumantes elaborados a partir de uvas provenientes do Vale e engarrafados na sua origem.

Esse selo identifica os produtos do Vale dos Vinhedos. Eles têm número de controle e são aplicados como lacre, ligando a cápsula à garrafa, o que ocasiona uma distinção das demais. Para obter o selo, os produtores devem comprovar a origem da uva, a elaboração do vinho e seu engarrafamento, bem como submeter os vinhos, individualmente, a rigorosos testes analíticos e organolépticos, em que a degustação desses vinhos é realizada por técnicos da Embrapa Uva e Vinho e da Aprovele. Outra exigência importante para obtenção do selo de controle é a vinícola estar instalada no Vale dos Vinhedos e ser associada da Aprovele.

Diante de todo esse controle de qualidade realizado pela Aprovele, pelas entidades parceiras e, especialmente, após a obtenção da indicação de procedência, ocorreu a abertura para o mercado mundial. Essa abertura se deu pelo reconhecimento da IPVV pela União Europeia, conforme as regras do Conseil de Régulation n. 1.493/99, o que facilitou a entrada e a comercialização dos vinhos produzidos na região no mercado europeu.

No ano de 2009, a Aprovele juntamente com a Embrapa Uva e Vinho e com a UCS, iniciaram um projeto para encaminhar, junto ao INPI, o reconhecimento da Denominação de Origem (DO) para os vinhos produzidos no Vale dos Vinhedos, ou seja, a Indicação de Procedência Vale dos Vinhedos daria lugar à Denominação de Origem Vale dos Vinhedos.

O processo de Denominação de Origem foi entregue, junto ao INPI, em meados de 2010. Porém, tal reconhecimento foi alcançado somente em 2012, sendo esta, a segunda Denominação de Origem reconhecida no país, pois o INPI reconheceu como primeira Denominação de Origem, o arroz do litoral.

4.3. Os resultados do desenvolvimento da região do Vale dos Vinhedos a partir do reconhecimento da indicação geográfica

O Vale dos Vinhedos foi a primeira região brasileira a discutir e a fomentar a discussão sobre IG no Brasil e por ser um tema novo, os produtores da região encontraram algumas dificuldades até a obtenção do reconhecimento da indicação geográfica.

O primeiro entrave encontrado foi a falta de uma legislação específica referente ao tema, pois existiam somente legislações internacionais e o amparo legal brasileiro era deficitário. Porém, a promulgação da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, sanou essa deficiência. (THAINES, 2013).

Superada essa situação, tinha ainda a barreira imposta pelos próprios produtores, pois o reconhecimento da indicação geográfica impunha uma mudança de cultura no cultivo da uva e na produção dos vinhos, para transpor essa dificuldade foi necessário a realização de um trabalho de convencimento dos produtores, inculcando neles a ideia de que a indicação geográfica poderia ser um instrumento interessante para o desenvolvimento do setor vitivinícola do Vale e, consequentemente, a região, visto agregar valor aos produtos ali produzidos.

Além disso, para que esse processo prosperasse e rendesse frutos, foi necessária a incorporação de novos conceitos no processo produtivo, o que demandou investimento por parte dos produtores, porque, para o reconhecimento da IPVV, era necessária, desde a reconvenção dos parreirais do sistema latada para espaldeira, até a forma de elaboração dos vinhos, visando à qualidade. Contudo, esse trabalho não parou com o reconhecimento da IPVV, mas continuou até o reconhecimento da denominação de origem, em 2012.

Observa-se que, para a obtenção do reconhecimento da IPVV e depois da DOVV, foi necessária a criação de uma forte articulação, que contou com a cooperação de vários segmentos, além dos produtores, tais como Embrapa Uva e Vinho, Universidade de Caxias do Sul e demais empresários da região.

Ademais, constata-se que o reconhecimento da indicação geográfica não apresentou somente dificuldades, ela auxiliou no desenvolvimento da região, estimulando o investimento no setor, de forma sustentável, aumentando o valor agregado dos produtos produzidos oriundos da IG e possibilitando a sua inserção no mercado

internacional, especialmente no europeu. Além disso, fomentou outros setores da economia, expandindo o enoturismo e preservando o patrimônio cultural da região. (THAINES, 2013).

5. Conclusão

Constata-se que o conceito de desenvolvimento evoluiu muito ao longo do tempo, uma vez que a antiga concepção se referia somente ao crescimento econômico e, hodiernamente, este conceito se ampliou, englobando outros fatores, tais como o desenvolvimento social, econômico, cultural, político, local/regional.

Devido ao processo de expansão de fronteiras ocorreu um aumento na competitividade do mercado, fazendo com que as regiões se mobilizassem para equilibrarem seus territórios, fomentando a geração de emprego e renda, a fim de valorizar e melhorar a qualidade de vida da população. Nesse sentido, para desenvolver essas regiões, faz-se necessária a criação de mecanismos e estratégias que aumentem as potencialidades do território, mediante ações endógenas, articuladas pela sociedade, pelo mercado e Estado.

Buscando desenvolver a região do Vale dos Vinhedos, os produtores visualizaram na indicação geográfica um instrumento capaz de alavancar o desenvolvimento territorial, uma vez que este mecanismo gera desenvolvimento, beneficiando os produtores, consumidores e os produtos locais, por meio da qualificação dos produtos e da garantia de procedência.

Para viabilizar o processo de reconhecimento nessa região, o setor vitivinícola mobilizou-se, estabelecendo parcerias com instituições públicas e privadas, visando agregar valor aos vinhos ali produzidos, bem como desenvolver os demais setores da economia regional, proporcionando uma melhora na qualidade de vida da população local e preservando o seu patrimônio cultural.

Porém, ao contrário do que se pensa o “agregar valor ao produto” não diz respeito somente ao retorno financeiro dos valores investidos. O valor agregado significa muito mais que isso, ele dá a garantia de que os vinhos produzidos no Vale dos Vinhedos passaram por rigorosos testes de qualidade, antes de ser destinado ao consumidor final, gerando assim, a certeza de que tal produto possui características próprias, o que os difere de outros produtos encontrados no mercado, além de dar notoriedade a esses produtos.

Observando esses fatores, conclui-se que o reconhecimento da indicação geográfica colaborou para o desenvolvimento da região, uma vez que os impactos socioeconômicos são visíveis, especialmente no que diz respeito à inserção dos vinhos no mercado interno e no mercado externo.

Com relação ao valor financeiro agregado, pode-se dizer que com a aceitação do reconhecimento geográfico do Vale dos Vinhedos pela União Europeia, aumentou o volume de exportação dos vinhos produzidos nesta região, o que levou à uma elevação dos lucros dos produtores, e que, por via de consequência, acarretou o aumento da produção destinada à exportação.

Apesar do reconhecimento da indicação geográfica do Vale dos Vinhedos ter dado notoriedade aos vinhos produzidos nesta região, não se pode esquecer que esse processo só se deu devido ao investimento em novas tecnologias, o que proporcionou um aumento na produção, mesmo com o regulamento limitando a área produtiva, para assegurar a qualidade na elaboração dos vinhos.

Com o processo de reconhecimento, ocorreu a ampliação do engajamento da comunidade visando o desenvolvimento territorial. Diante disso, percebe-se que a cooperação é o cerne no processo de indicação geográfica, pois, para que o Vale dos Vinhedos conseguisse tal indicação, fez-se necessária uma forte articulação entre as iniciativas públicas e privadas, criando uma rede de cooperação, que contou com a participação de vários segmentos.

Apesar dessas articulações se darem especialmente no setor privado, houve também participação do setor público, especialmente no que diz respeito a atuação da Embrapa Uva e Vinho, uma vez que foi esta que fomentou todo o processo de reconhecimento da indicação geográfica na região.

Com essa pesquisa, constata-se, de um modo geral, que não são somente os produtos de vinhos foram beneficiados com a indicação geográfica, mas sim todos os setores da economia relacionados a área delimitada da região do Vale dos Vinhedos. Nesse sentido, entende-se que o reconhecimento da indicação geográfica do Vale dos Vinhedos auxiliou no fomento do desenvolvimento socioeconômico da região, tendo seu impacto refletido na economia, sob a forma de geração de emprego e renda, e na qualidade de vida da população local. Esse processo se tornou um indutor do desenvolvimento territorial local, visto ter promovido a interação entre o produto, o produtor, o

consumidor e a paisagem da região, agregando outras atividades na cadeia principal, além de manter o homem em seu território.

De um modo geral, afirma-se que a indicação geográfica representa uma estratégia capaz de impulsionar o desenvolvimento territorial, no seu aspecto social, econômico, político e cultural, pois agrega um diferencial ao produto ou serviço, dando notoriedade à região preservando, de forma sustentável, o patrimônio cultural.

Referências

BARQUERO, Antonio Vázquez. **Desenvolvimento endógeno em tempos de globalização**. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística, 2001.

BLUME, Roni. **Explorando os recursos estratégicos do terroir para a vitivinicultura**. 2008. 360 f. Tese (Doutorado em Agronegócio) - Universidade de Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

BOFF, Salete Oro. **Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica**. Passo Fundo: Imed, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 16.254**, de 19 de dezembro de 1923. Crêa a Diretoria Geral da Propriedade Industrial. Disponível em:
<http://denisbarbosa.addr.com/lei16254.htm>. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 9.233**, de 28 de junho de 1884. Promulga a convenção, assignada em Pariz a 20 de Março de 1883, pela qual o Brazil e outros Estados se constituem em União para a protecção da propriedade industrial. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto->

9233-28-junho-1884-543834-publicacaooriginal-54426-pe.html. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 1.005**, de 21 de outubro de 1969. Código de Propriedade Industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1005.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 254**, de 28 de fevereiro de 1967. Código de Propriedade Industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0254.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 7.903**, de 27 de agosto de 1945. Código de Propriedade Industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del7903.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRUCH, Kelly Lissandra. Indicações geográficas para o Brasil: problemas e perspectivas. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OMO, Florisbal de Souza (Org.). **Propriedade intelectual**: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

DALCIN, Maria Stefani. **Vale dos Vinhedos**: história, vinho e vida. Bento Gonçalves: MSD Empreendimentos Culturais; Gráfica Pallotti, 2008.

FALCADE, Ivanira; MANDELLI, Francisco. **Vale dos Vinhedos**: caracterização geográfica da região. Caxias do Sul: EDUCS, 1999.

GURGEL, Viviane Amaral. Aspectos jurídicos da indicação geográfica. In: LAGES, Vinícius; LAGARES, Léa; BRAGA, Chistiano Lima (Org.). **Valorização de produtos com diferencial**

de qualidade e identidade: indicações geográficas e certificações para competitividade nos negócios. Brasília: SEBRAE, 2005.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL – **INPI**. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/indicacao-geografica>. Acesso em: 11 dez. 2021.

KAKUTA, Susana M. (Org.). **Indicações geográficas:** guia de respostas. Porto Alegre: SEBRAE/RS, 2006.

LLORENS, Francisco Albuquerque. **Desenvolvimento econômico local:** caminhos e desafios para a construção de uma nova agenda política. Rio de Janeiro: BNDES, 2001.

LOCATELLI, Liliana. Indicações geográficas e desenvolvimento econômico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

LOCATELLI, Liliana. **Indicações geográficas:** a proteção jurídica sob a perspectiva do desenvolvimento econômico. Curitiba: Juruá, 2007.

LOCATELLI, Liliana. Indicações geográficas: da proteção jurídica ao desenvolvimento econômico. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OMO, Florisbal de Souza. (Org.). **Propriedade intelectual:** gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

MELO, Loiva Maria Ribeiro de. **Vitivinicultura brasileira:** panorama 2009. Disponível em: <http://www.diadecampo.com.br/zpublisher/materias/Materia.asp?id=21329&secao=Agrotemas>. Acesso em: 11 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial** (1883). Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/>. Acesso em: 02 abr. 2021.

PERIN, Zeferino (org.). **Desenvolvimento regional**: um novo paradigma em construção. Erechim: EdiFAPES, 2004.

PROTAS, José Fernando da Silva; CAMARGO, Umberto Almeida; MELO, Loiva, Maria Ribeiro de. **A vitivinicultura brasileira**: realidade e perspectivas. Disponível em: <https://www.alice.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/1052798/1/A_vitiviniculturabrasileira.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2021.

RODRIGUES, Maria Alice Castro; MENEZES, José Carlos Soares de. A proteção legal à indicação geográfica no Brasil. **Revista da ABPI**, n. 48, set/out. 2000.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

THAINES, Aleteia Hummes. **Propriedade intelectual**: O desenvolvimento regional sob a ótica do reconhecimento da indicação geográfica e o case do Vale dos Vinhedos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

THAINES, Aleteia Hummes. Síndemia. *In.*: GRIEBELER, Marcos Paulo. **Dicionário de desenvolvimento regional e temas correlatos**. 2 ed. rev. ampl. Uruguaiana: Ed. Conceito, 2021. [Livro eletrônico].

VALE DOS VINHEDOS. **Aprovale**. Disponível em: <https://www.valedosvinhedos.com.br/sobre>. Acesso em: 11 dez. 2021.

RECONHECIMENTO DA POPULAÇÃO TRANSEXUAL NA PERSPECTIVA DE AXEL HONNETH: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 4275/STF¹⁶⁰

MARCELINO MELEU¹⁶¹
TCHESSICA WEBER¹⁶²

1 Introdução

A consolidação dos direitos fundamentais hodiernos foi resultado da promulgação da Constituição Federal de 1988, haja vista que tal feito representou para comunidade um grande avanço, principalmente por assegurar para todos os sujeitos o direito à isonomia, à liberdade, à segurança e enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito e base da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Contudo, diante da atual pluralidade e complexidade social, se conservam grupos minoritários que se mantêm

¹⁶⁰ Artigo adaptado do trabalho originalmente publicado no volume 17, n. 43, ano 2022, da Revista Direitos Culturais (ISSN 2177-1499). Disponível em: <<https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/1034/492>>

¹⁶¹ Doutor e Pós-Doutor em Direito Público pela UNISINOS-RS. Professor permanente e vice coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional de Blumenau - FURB (Blumenau/SC). Pesquisador e Líder do Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça” certificado junto ao CNPq pela FURB. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9416741172999678>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-2567-7248>. E-mail: mmeleu@furb.br.

¹⁶² Mestranda em Direito na Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça” certificado junto ao CNPq pela FURB. Bolsista CAPES na modalidade Demanda Social. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6060403068933770>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9405-6368>. E-mail: tchessicaw@furb.br.

tolhidos da resguarda dos direitos mais básicos relacionados, precipuamente, com a identidade pessoal e sexual, responsáveis por concretizar a dignidade, seja por meio da busca da felicidade, seja pelo princípio da igualdade, seja pelo direito ao reconhecimento, o que permite que esses segmentos, dentre eles, a população transexual, objeto do presente estudo, se encontre em maior vulnerabilidade social, atingidos pela patologização e omissão legislativa.

Desse modo, torna-se trivial discursos pautados na intolerância e a influência da heteronormatividade, o que faz perpetuar uma lógica binária de sexualidade e gênero, enquanto um resquício sedimentado da cultura. A formação da sociedade brasileira se deve pela construção histórica e cultural dos papéis sociais e relações de poder, amparados em pilares machistas, racistas e homotransfóbicos, estabelecendo como “correto” e de acordo com o “padrão” a identidade condizente com o sexo biológico, qual seja, o homem-heterossexual-masculino e a mulher-heterossexual-feminina, sendo um desvio de conduta todas aquelas expressões da sexualidade e gênero que se diferenciam do “padrão”. Entretanto, levando em consideração o texto constitucional vigente baseado em ideais igualitários e não discriminatórios, torna-se ininteligível a omissão do Poder Legislativo, as atuais atrocidades cometidas contra essa comunidade e, sobretudo, uma afronta à Constituição.

Nessa conjunção, manifesta-se o debate a respeito da Justiça, porquanto nas últimas décadas, tal população tem se constituído com o propósito de implementar seus direitos através das reivindicações, pautas e bandeiras LGBTQIA+, aspirando uma representatividade e o seu reconhecimento na seara das relações afetivas, solidárias ou jurídicas, para propiciar a resguarda dos direitos inerentes à identidade, o que coaduna, singularmente, com o pensamento de Axel Honneth, na perspectiva da Teoria do Reconhecimento.

Logo, para a confecção do presente estudo fora utilizado do método dialético tripartite hegeliano, com auxílio da análise bibliográfica doutrinária, com o intuito de analisar as constantes violações de direitos contra os indivíduos transexuais e a sua luta pelo reconhecimento no direito brasileiro, com fundamento nas três esferas de reconhecimento - amor, solidariedade e direito - de Axel Honneth, como instrumento para a concretização dos seus direitos fundamentais.

Outrossim, visando atingir o objetivo deste artigo, a pesquisa encontra-se dividida em três tópicos principais, delimitados por sua

natureza de abrangência. Inicialmente, se procederá uma breve discussão acerca da transexualidade como uma das formas de expressão da sexualidade humana. Logo na sequência, será realizada uma abordagem atinente a cultura de estigmatização que acomete a população trans, em decorrência das constantes discriminações e preconceitos perpetuados pela sociedade e pelo Estado, enquanto um indício de violação da Teoria do Reconhecimento, de Axel Honneth, nas suas três esferas. Por fim, abordar-se-á a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4275/STF e a sua intrínseca relação com a teoria supracitada, trazendo para análise o debate sobre a Justiça e o reconhecimento, tencionando a ruína das discriminações apoiadas na diferença de gênero e sexualidade.

2 Sexualidade humana: breves noções acerca da transexualidade

A identidade humana é constituída por inúmeros bens, dentre eles, encontra-se a sexualidade que é, com certeza, uma das vertentes mais importantes na sua formação. (CHOERI, 2004) A sexualidade, por sua vez, enquanto uma questão complexa e plurideterminada envolvida em fatores de ordem diversa, é estruturada através de uma dimensão histórica pautada em discursos sociais, culturais e biológicos, influências religiosas, além de prazeres e poderes intrínsecos de cada indivíduo, na medida em que é conceituada como a condição daquilo que tem sexo, que tem vida ou função sexual. (BONFIM, 2015)

Nos primórdios da civilização a sexualidade era expressada sem disfarces ou segredos e, ao longo dos anos, passou a assumir diferentes status. (FOUCAULT, 2017) Contudo, apesar das suas diferentes definições na história, não houveram mudanças socioculturais expressivas, já que ainda hoje a sexualidade encontra-se condicionada por padrões heteronormativos que ditam a heterossexualidade como a sexualidade “correta” e “normal”, marginalizando as orientações sexuais diferentes da heterossexual. (LOURO, 2010) Por conseguinte, os sujeitos, devido as influências sociais e culturais, sentem constantemente a necessidade de se identificar como pertencente ou a psicofísica feminina ou masculina, exclusivamente, abrangendo inclusive, o exercício dos direitos em

sociedade, pela existência de tratamentos dissemelhantes para cada sexo. (CHOERI, 2004)

Nesse sentido, Petry e Meyer (2011) destacam que

A heteronormatividade visa regular e normatizar modos de ser e de viver os desejos corporais e a sexualidade de acordo com o que está socialmente estabelecido para as pessoas, numa perspectiva biologicista e determinista, há duas – e apenas duas – possibilidades de locação das pessoas quanto à anatomia sexual humana, ou seja, feminino/fêmea ou masculino/macho.

Ocorre que, existe uma expressiva distinção atinente a sexualidade e o sexo propriamente dito, tendo em vista que a sexualidade assume um papel mais abrangente que o sexo, englobando as interações sociais e as normas de cunho social e jurídico, enquanto o sexo situa-se conectado ao elemento estritamente biológico, ou mesmo ao ato sexual. Dessa forma, concebe-se a sexualidade como desprendida do sexo, visto que o indivíduo tem a possibilidade de expressá-la de diferentes formas, independente da condição biológica ou morfológica. (CUNHA, 2014) Por essa razão, certos doutrinadores classificam a sexualidade como estratificada, isto é, dividido o termo em subgrupos, em decorrência da sua forma plúrima, haja vista não haver univocidade, mas multiplicidade nas expressões sexuais. Dessarte, pela noção múltipla das expressões da sexualidade humana, pondera-se a necessidade de assegurar o mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade. (FOUCAULT, 2017)

Sendo assim, a sexualidade deve ser compreendida como um agrupamento de manifestações afetivas, emocionais e sexuais, que podem ou não ser coincidentes. (SILVA JUNIOR, 2011) À vista disso, pela influência da diversidade sexual, existem diversas formas de expressar a sexualidade, tendo em vista que os indivíduos têm a possibilidade de se identificar como heterossexuais, homossexuais, bissexuais, transexuais e outras tantas possibilidades, como a assexualidade, pansexualidade, interssexualidade e demissexualidade. (CHOERI, 2004)

Acerta da transexualidade, enquanto uma das formas de expressão da sexualidade humana, objeto do presente estudo, revela a existência de uma incompatibilidade entre o sexo biológico natural da

pessoa com a sua identificação sexual, trazendo uma dificuldade individual de aceitação sobre seu próprio corpo, uma vez que há uma rejeição do fenótipo pessoal. (SAMPAIO; COELHO, 2013) Melhor dizendo, representa uma desconformidade entre o sexo biológico e psíquico, assim, mesmo que esses sujeitos possuam elementos orgânicos bem definidos que são voltados para um dos sexos, o seu psiquismo pertence ao sexo oposto, gerando um sentimento de rejeição e falta de reconhecimento. (SILVA, 2018) Justamente por essa razão que buscam, constantemente, adequar o seu físico com a identidade de gênero almejada, por meio do tratamento hormonal ou pela cirurgia de redesignação sexual. (OLIVEIRA, 2003)

À vista disso, depreende-se que

[...] a maior parte dos portadores de anomalias sexuais, principalmente os transexuais, são indivíduos intranquilos, deprimidos, angustiados, inconformados com sua situação peculiar, anômala. São indivíduos infelizes, e os que não pertencem a uma família economicamente abastada, são marginalizados. São pessoas que não encontram correspondência na parte afetiva, já que se sentem, psiquicamente, como indivíduos de sexo diverso do sexo que morfologicamente possuem, vindo, conseqüentemente, o imenso desejo de trocar de sexo, a fim de possuírem, sob o ponto de vista morfológico, sexo idêntico ao seu sexo psíquico. (SZANIAWSKI, 1998)

É de se ressaltar que até pouco tempo as pessoas que sofriam pela falta de identificação com o sexo do nascimento eram enquadradas como doentes mentais pela Organização Mundial da Saúde, inscrita na CID 10 - F64 e classificada junto aos transtornos sexuais. *In verbis*:

F64 Transtornos da identidade sexual

F64.0 Transexualismo

Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de

submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado. (CENTRO COLABORADOR DA OMS PARA CLASSIFICAÇÃO DE DOENÇAS EM PORTUGUÊS. **Cid-10**)

Todavia, após várias décadas de reivindicações pela comunidade LGBTQIA+, a transexualidade passou a ser considerada como um comportamento sexual, isto é, um transtorno de identidade de gênero, e não mais como uma doença. Com isso, a OMS acabou editando a CID 11, a qual retirou o anterior enquadramento e passou a compreender, a partir de então, a transexualidade como uma incongruência de gênero. Frisa-se que o referido marco histórico foi oficializado em Genebra, no dia 21 de maio de 2019, na 72ª Assembleia Mundial de Saúde da Organização das Nações Unidas (ONU); contudo, passou a ter eficácia apenas a partir do dia 01 de janeiro de 2022. (BRASIL, 2018) Nesse ínterim, torna-se apropriado utilizar a expressão transexualidade ao invés do termo transexualismo, já que o sufixo “*ismo*” denota o sentido de doença. (SILVA, 2018)

Isso posto, em que pese a sociedade conviva em meio a uma cultura exageradamente sedimentada e conservadora, a qual assente como apropriada a simultaneidade entre o aspecto genético e o psicossocial do ser, compatibilizando com a heterossexualidade, não há como confinar a sexualidade a padrão supremo. (DIAS, 2011) À vista disso, torna-se indiscutível o reconhecimento da diversidade, do respeito, do direito à sexualidade e a felicidade, com o propósito de não ablegar uma parcela vulnerável da sociedade e impor padrões que inviabilizam o livre desenvolvimento e evolução do ser humano. (CUNHA, 2014)

2 Da cultura de estigmatização da população trans enquanto violação da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth

Como visto anteriormente, a expressão da naturalidade, ainda hoje, é estabelecida no discurso da heterossexualidade, apoiada no imperativo cultural e social que se apresenta como heterônomo, patriarcal e heterossexista, o que acaba por distanciar os indivíduos que

não recepcionam essa normalidade. (LOURO, 2010) Parte dessa condenação advém da influência das igrejas e seus textos bíblicos, haja vista que desde os primórdios da civilização até os tempos modernos disseminam uma ideia de noção de cura e conversão destes à heterossexualidade. Todavia, o alicerce nessas concepções errôneas e desconformes do contexto atual influenciam na perpetuação da noção de pecado e subversão. (LERNER, 2019)

Devido a estigmatização e patologização, resultado da imoralidade atrelada a comunidade LGBTQIA+ pela cultura, a população transexual, objeto do estudo, perdura à mercê de uma legislação que os tutela, já que o ordenamento jurídico brasileiro pouco protege a identidade humana, se abstendo de outorgar relevância para a proteção sexual e de gênero, o que minimiza o direito à livre identidade de gênero. Nesse sentido, cumpre mencionar que, infelizmente, apenas existe uma regulamentação de salvaguarda da identidade humana de maneira implícita, conectada aos direitos de personalidade, que protegem o nome, a imagem e a integridade. (CHOERI, 2004)

Desse modo, mesmo que os direitos da população LGBTQIA+, pelas últimas notícias e postulados jurídicos, tenham alcançado uma maior visibilidade e tutela, principalmente em decorrência dos movimentos ativistas, ainda é notável, no contexto hodierno, um déficit legislativo, tendo em vista que a atual legislação ignora as reais necessidades dessa comunidade e esquece ou ignora a indispensabilidade de garantir o pleno desenvolvimento da personalidade dos integrantes do corpo social. (DIAS, 2014)

Essa inércia por parte do Legislativo é muito influenciada pela atuação do Congresso Nacional, uma vez que, no exercício da sua função legislativa, alude as convicções heterossexuais da sua bancada evangélica e católica, que sentenciam toda expressão da sexualidade contrária à normalidade capaz de perverter a ordem social binária edificada, possibilitando o alastramento da discriminação fundada exclusivamente na identidade de gênero e orientação sexual pelos contornos da heternormatividade. (CARRARA, 2010) Oportunizando a elaboração de leis facilitadoras de práticas violentas à custa de artifícios que portam a declaração da inocência do agressor. (GONZALEZ, 2020)

Logo, pode-se afirmar que

[...] o Congresso Nacional, agindo com preconceituosa indiferença em relação à comunidade LGBT, tem permitido, em razão de sua inércia, a exposição e a sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo vulnerável a graves ofensas perpetradas contra seus direitos fundamentais, essencialmente caracterizadas por atos de violência física e moral, ameaças, práticas criminosas contra a sua própria vida ou sua dignidade sexual [...] além dos injustos gravames de ordem pessoal, social, profissional e moral que incidem sobre seus direitos básicos, o que constitui arbitrário impedimento ao pleno exercício, por esse grupo vulnerável, da liberdade de projetar sua própria vida e de aspirar à busca da felicidade, em conformidade com sua orientação sexual ou em harmonia com sua identidade de gênero [...]. (BRASIL, 2019).

Por consequência, mesmo que o Brasil apresente uma das legislações que confere uma maior resguarda aos sujeitos (DUARTE, 2010), defendendo uma sociedade garantista, no sentido de acautelar direitos e liberdades fundamentais para todos, sem preconceitos ou discriminações de qualquer natureza (BRASIL, 2019), ainda é patente a necessidade de uma normatização que incentive algum posicionamento a respeito da custódia da identidade de gênero. (BASTOS, 2017)

Levando em consideração a essência da Carta Constitucional vigente, enquanto um mecanismo que exalta a garantia da dignidade da pessoa humana e fomenta uma sociedade pautada em ideais igualitários de respeito à diferença, torna-se inexplicável a omissão hodierna. Existe, inquestionavelmente, uma ausência de reconhecimento para o efetivo exercício dos direitos e garantias fundamentais que asseguram a livre identidade de gênero, o que se constitui como uma manifestação atentatória à dignidade, à integridade e à isonomia, mas representa, sobretudo, um rebaixamento da Constituição Federal (DIAS, 2014), o que coaduna com a Teoria do Reconhecimento, na proposta de Axel Honneth, enquanto uma reformulação da teoria de Hegel, tendo em vista que a mesma passa a estabelecer no âmbito contemporâneo uma crítica fundamental a sociedade no campo do reconhecimento de

identidades, responsáveis pela efetivação de garantias constitucionais. (MELEU; KUHNEN, 2021)

Axel Honneth traça uma nova maneira de pensar a justiça, pois ele a relaciona com o reconhecimento recíproco entre os cidadãos. Isso posto, para o autor, a justiça é revelada através do reconhecimento, que só é obtido pela intersubjetividade, isto é, apenas há o estabelecimento de um reconhecimento interior da própria individualidade e formação da identidade pessoal quando simultaneamente é auferido um reconhecimento e aceitabilidade do outro, sendo esse reconhecimento pautado em três esferas, quais sejam, do amor, do direito e da solidariedade, revelando respectivamente um reconhecimento afetivo, jurídico e social, que se expressam na autoconfiança, autorrespeito e autoestima. Melhor dizendo, reflete um reconhecimento do outro, que tem valor em si, perante a família, direito e sociedade. Nesse sentido, essa interdependência, expressada na razão de ser reconhecido e reconhecer a completude de si no outro, é responsável pela estruturação de relações, nas inserções no cunho social e, consequentemente, pela efetivação da justiça. (HONNETH, 2003).

O reconhecimento afetivo, representado pelo amor, traduz-se na possibilidade de os indivíduos adquirirem confiança em si mesmos nas relações de amizade e amorosas. Para traçar esse pensamento, Honneth buscou beber em Hegel a representação do amor, o qual afirma, que o mesmo, retrata a primeira etapa de reconhecimento recíproco ao entender que a efetivação dos sujeitos se confirma mutuamente na natureza concreta de suas carências, unidos por serem dependentes. Dessa forma, Hegel concebe o amor como a máxima “ser-si-mesmo em um outro”, onde o reconhecimento é alcançado com a ligação afetiva entre as pessoas. Não se tratando, portanto, apenas de relações românticas entre casais. (HONNETH, 2003)

Por outro ponto, o reconhecimento jurídico, esfera do direito, procura identificar o sujeito como um membro da sociedade e, portanto, detentor de direitos. Nesse sentido, importante destacar que para Honneth, nas sociedades modernas, o Direito se torna a expressão de interesses universalizáveis, onde a concessão de direitos subjetivos se desvincula da noção de *status* social, já que os indivíduos apenas têm a prerrogativa de se considerar como detentores de direitos quando há o reconhecimento da detenção de direitos dos outros indivíduos pertencentes ao corpo social. Assim, atribuir para a pessoa o direito significa reconhecê-la como um sujeito autônomo. Em outras palavras,

implica no reconhecimento do outro como membro da comunidade com direitos, isto é, todos como jurídicos, como iguais, para conseguir olhar para si como uma pessoa de direitos. (HONNETH, 2003)

Além das relações amorosas e relações jurídicas, existe um reconhecimento que é social, constituído na esfera da solidariedade, que se traduz em uma “[...] espécie de relação interativa em que os sujeitos tomam interesse reciprocamente por seus modos distintos de vida, já que se estimam entre si de maneira simétrica”. (HONNETH, 2003) Por essa razão, torna-se necessário “[...] além da experiência da dedicação afetiva e do reconhecimento jurídico, de uma estima social que lhes permita referir-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas [...]” (HONNETH, 2003). Isso posto, essa esfera pressupõe a compreensão do sujeito como um ser dotado de habilidades e talentos que podem ser valiosos para a sociedade, sendo o indivíduo valorizado justamente pelas suas particularidades, pelo seu estilo de vida, pelos seus atos, e não como um simples sujeito abstrato de direitos. É a esfera da reputação e do prestígio. Contudo, nas sociedades modernas, não se encontram mais vinculadas ao *status* estamental, pelo contrário, são socialmente compartilhados. (HONNETH, 2003)

À vista disso, o reconhecimento deve ser acessado nas esferas do amor, do direito e solidariedade, de forma concomitante, para um ideal de justiça social, sendo certo que “[...] a primeira etapa fomenta a autoconfiança do indivíduo, a segunda, o autorrespeito e a terceira a autoestima”. (MELEU; KUHNEN, 2021) Logo, o autor julga o reconhecimento como uma maneira de outorgar identidade aos indivíduos, que concede a possibilidade de reconhecimento da identidade enquanto liberdade individual e autonomia. (HONNETH, 2003)

Entretanto, as esferas podem ser analisadas pelo aspecto negativo, quando a integridade do ser humano é submetida a violações e desrespeitos, causados pelo reconhecimento recusado que, por sua vez, revela injustiças que impulsionam e evidenciam os conflitos sociais enfrentados por sujeitos marginalizados ou abandonados por nítidas situações de maus-tratos, negações de direitos ou ainda, ofensas e degradações perante a sociedade, que acabam por estimular de maneira essencial uma luta incansável por reconhecimento. (HONNETH, 2003)

Maus tratos, como a primeira forma de violação, se constitui como um reconhecimento recusado que fere de forma duradoura a confiança que é adquirida a partir do amor, atingindo a esfera íntima do ser, isto é, na sua relação consigo mesmo e na relação com os outros sujeitos na sociedade. Já a privação de direitos ou exclusão social, enquanto segunda forma de desrespeito, fere a expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz, visto que o seu afastamento aflora o sentimento de não pertencimento, com isso, o indivíduo passa a ser apartado de determinados direitos no interior de uma comunidade, o que se constitui como uma limitação violenta da autonomia pessoal, tendo em vista que as interações perdem a natureza de igual valor, distanciando moralmente o pé de igualdade. Por fim, as degradações e ofensas, levam ao rebaixamento, dado que compreende a negação da possibilidade de entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades, capacidades e características, desvalorizando e reduzindo formas de vida, crenças e valores que, por seu turno, afetam o valor social de indivíduos ou grupos. (HONNETH, 2003)

É certo que o ser humano é aquele que é reconhecido. De outro lado, é diretamente o excluído de ser para o outro aquele que não é reconhecido, almejando esse reconhecimento. (NERY, 2014). Isso posto, infere-se que os sujeitos LGBTQIA+, em especial a comunidade transexual, se encontra em uma constante luta, já que são afetados pela ausência de reconhecimento no âmbito pessoal, familiar e pela sociedade e, por essa razão, expostos à mímica de segurança, submetendo-se invariavelmente a discriminações, exclusões, ferimentos e mortes, por existirem e serem quem são (SILVA; BAHIA, 2015). Por conseguinte, constata-se que no que tange as lutas de gênero, os sujeitos são excluídos da capacidade de se reconhecer e de ser reconhecido, justamente pelo fato da existência, para ambos, de um vazio do outro (NERY, 2014). Assim, realça-se que a Teoria do Reconhecimento cobiça, em particular, no encontro com as outras identidades, o respeito nas relações entre os indivíduos e o reconhecimento de políticas de diferença (HONNETH, 2003).

É visível que somente a elaboração de uma legislação não possui o arcabouço suficiente para ultimar com a cultura opressiva para o combate imediato das violências e discriminações (MELEU; KUHNEN, 2021); contudo, é o primeiro passo para um reconhecimento integral de que todos, indistintamente, nas suas

diferenças, são dignos de igual respeito, consideração e proteção (SILVA, 2015), de modo a desconstruir, de maneira gradativa e efetiva, as condutas homofóbicas, bifóbicas, transfóbicas e discriminatórias de gênero que pairam na biocenose (BASTOS, 2017). Destarte, os posicionamentos e interpretações hodiernas, sejam sociais ou jurídicas, que exalam a representatividade de uma busca pelo reconhecimento da população LGBTQIA+, se mostram como um importante mecanismo para a concretização de direitos básicos, posto que acabam por afirmar a necessidade de uma garantia efetiva de condições pessoais e sociais de direitos mínimos e fundamentais, que desnudam a blindagem heteronormativa e conservadora da lei para a promoção e resguarda do bem de todos (ALBERNAZ; KAUSS, 2015).

3 Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.275/STF

Em razão da histórica escassez legislativa quando o assunto se trata da tutela da identidade de gênero, as necessidades da população LGBTQIA+ e as constantes reivindicações sociais em favor das identidades das minorias, o Poder Judiciário vêm assumindo um papel fundamental, tomando a frente de muitas dessas temáticas, avocando uma figura ativa na busca de uma hermenêutica jurídica mais abrangente, (SOUZA, 2013) de modo a garantir efetivamente os direitos e princípios fundamentais, próprios de cada indivíduo, como à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à igualdade, em especial, para aqueles que se expressam no cunho social de forma contrária aos grupos dominantes e conservadores heterossexuais. Isto é, em oposição a cultura sedimentada em discriminações e preconceitos, a qual é guiada por relações odiosas e se constituem como reflexos de pré-conceitos estruturais que foram ganhando força e espaço na sociedade, responsáveis por denegar o direito fundamental à justiça de uma parcela já vulnerável e estigmatizada da população e, portanto, vítimas de uma cultura que nem a todos identifica (ALBERNAZ; KAUSS, 2015).

Nesse sentido, nota-se que essa antecipação do poder jurisdicional, frente à omissão de legalidade se apresenta como uma forma de concretização de direitos LGBTQIA+, posto que se não existisse essa força do judiciário para tomar partido em tais situações,

elas permaneceriam apenas no papel, motivo pelo qual essa nova postura que vem sendo assumida é, sem sombra de dúvida, um importante ganho para a efetivação das condições sociais e pessoais de cada ser humano (ALBERNAZ; KAUSS, 2015). Assim sendo, têm-se como correto que o direito detém o compromisso de sempre acompanhar e se inter-relacionar com as transformações socioculturais, tencionando responder a todas as necessidades humanas. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro tem acondicionado numerosos contornos originários de tempos passados, frustrando a harmonização das aspirações sociais modernas com os preceitos do direito (VECCHIATTI, 2014).

Por isso mesmo que se deve

[...] fazer prevalecer, em toda a sua grandeza moral, a essencial e inalienável dignidade das pessoas, em solene reconhecimento de que, acima da estupidez humana, acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, deverão sempre preponderar os princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito à orientação sexual e à identidade de gênero de cada pessoa que vive sob a égide dos postulados que informam o próprio conceito de República. Aceitar tese diversa significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos formados com base na orientação sexual ou na identidade de gênero, notadamente àquelas pessoas que se expõem, como os integrantes da comunidade LGBT, a uma situação de maior vulnerabilidade.

Dessa maneira, nota-se de extrema relevância e pertinência a análise das decisões que se direcionam para a tutela, proteção e reconhecimento de sujeitos que assumem uma diversa identidade de

gênero, principalmente aos transgêneros, pela ótica dos tribunais brasileiros, a saber, os Tribunais de Justiça (TJ), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), em virtude de que essa representatividade tende a traçar, na esfera social, cultural e jurídica, uma progressividade nos direitos e uma aplicação efetiva às minorias, no sentido de resguardar o livre exercício da sexualidade, sem ingerências ou imposições culturais patriarcais, preservando valores e princípios jurídicos, a fim de asseverar para todos, de maneira indistinta, o direito à identidade, à honra, à privacidade e, sobretudo, à felicidade, correlata à dignidade da pessoa humana, liquidando qualquer terreno de hostilidade e conferindo espaço para a ascensão dos direitos sexuais e de gênero.

A partir disso, torna-se imprescindível uma análise, ao menos breve, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.275/STF, proposta pela Procuradora Geral da República, Déborah Duprat, no ano de 2009, que aspirava a observância e interpretação extensiva dos dispositivos da Lei de Registros Públicos, n.º 6.015, no sentido de reconhecer o direito à identidade de gênero aos transexuais, discutindo justamente a possibilidade de substituição do prenome, bem como de seu sexo, diretamente no registro civil, sem que para isso fosse necessária a realização da cirurgia de transgenitalização. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, haja vista que as decisões que se mostram contrárias à alteração do registro das transexuais violam intimamente os deveres legais, preceitos fundamentais e a ordem jurídica.

Vistos e analisados os autos sob o efeito de repercussão geral, sobreveio a decisão do Supremo Tribunal Federal que garantiu a possibilidade de alteração do prenome e sexo diretamente no registro civil, sem a necessidade de cirurgia de alteração de sexo, em nome do direito à identidade de gênero. Entretanto, a Suprema Corte foi além, possibilitou que a substituição ocorresse mesmo sem qualquer autorização ou decisão judicial. Melhor dizendo, compreendeu que a ausência de reconhecimento da identidade de gênero ou o condicionamento desse reconhecimento à cirurgia acabaria por marginalizar e minimizar as garantias fundamentais de uma comunidade que já vêm sofrendo, no corpo social, os efeitos do padrão imposto socialmente aos indivíduos, negando direitos básicos e

princípios que regem o Estado Democrático de Direito à população transgênero.

Nesse sentido, observa-se que a Corte Superior levou em consideração, principalmente, os princípios constitucionais para traçar os ditames da decisão, tendo por base e como ponto chave o princípio da dignidade da pessoa humana, responsável por desencadear garantias, proteger os direitos de personalidade e romper com paradigmas culturais para a edificação de novos valores, estes, apoiados na liberdade, igualdade e não-discriminação, com o intuito de propiciar o exercício da autonomia individual e a busca da felicidade, concedendo espaço para uma sociedade verdadeiramente democrática ao repudiar qualquer posição ou medida que entrave o exercício da identidade de gênero e orientação sexual, utilizados por muito tempo como limitadores ao ser humano.

Em síntese, através da discussão proporcionada pela ADI, constatou-se que

[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, pois todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e interrelacionados, sendo certo, presente esse contexto, que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa, não devendo ser motivo de discriminação ou abuso. Violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua identidade de gênero traduzem situações que um Estado fundado em bases democráticas não pode tolerar nem admitir. O direito à autodeterminação do próprio gênero, enquanto expressão do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, qualifica-se como poder fundamental da pessoa transgênero, impregnado de natureza constitucional, e traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2018)

Nestas palavras, cumpre mencionar que para os ministros, as liberdades fundamentais emergem sobre o Estado e, por conta disso, não pode ele obstaculizar ou permitir posicionamentos baseados na identidade de gênero ou orientação sexual capazes de limitar o ser humano enquanto pessoa (BRASIL, 2018). Tendo isso em mente, a Corte acaba por interpretar o princípio da liberdade como um preceito não impeditivo do livre exercício da identidade de gênero, no sentido de que os sujeitos não devem ser privados no seu livre arbítrio para decidir e viver a sua própria vida, já que o Estado não possui a prerrogativa de ditar as maneiras de ser ou de viver, até porque, caso isso fosse possível, seria permitido o pleno totalitarismo moral e uma liberdade heteroguiada. Assim, a identidade pessoal deve ser respeitada, por força do princípio supramencionado, pois qualquer postura que negue o reconhecimento jurídico da livre identidade de gênero é manifestamente inconstitucional (VECCHIATTI, 2014).

No que tange ao princípio da igualdade, os ministros realizaram uma interpretação na direção de que ele se encontra associado ao reconhecimento como um componente fundamental do seu conceito, dado que o fato de reconhecer a identidade de gênero alheia está aliada a proteção das diferenças e, com isso, as culturas dominantes perdem espaço para o igual respeito. Até porque, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, todos os indivíduos possuem a prerrogativa de igualdade em direitos e a sua proteção pela lei e todo sistema jurídico e, portanto, fica demonstrada a arbitrariedade quando alguma norma ou estatuto desiguale os sujeitos devido a sua identidade de gênero (BRASIL, 2018).

Já o princípio da dignidade da pessoa humana, que hodiernamente é tão ignorado, em tempos tão conturbados, deve predominar, com o propósito de concretizar o direito à integridade, para que seja possível o exercício do direito de se apresentar à sociedade da maneira como o sujeito, na sua esfera íntima, se vê e como quer ser visto perante a comunidade, pois situação diversa só reforçaria o estigma e patologização que leva inúmeros cidadãos que lutam por seu reconhecimento, à prostituição, à depressão e ao suicídio. É por esse motivo que prevalece a impossibilidade de “[...] impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a plena fruição de direitos fundamentais [...]” (BRASIL, 2018). Isso posto, não pode o procedimento cirúrgico ser requisito para o livre exercício, pelo transgênero, dos direitos fundamentais essenciais à sua identidade.

Em síntese, constata-se que a Suprema Corte, ao se posicionar através da ADI n.º 4.275, remete à ideia de que o Estado detém a incumbência de garantir aos grupos minoritários da sociedade os seus direitos pela observância dos princípios fundamentais, criando mecanismos que inibem a prática de atos discriminatórios atrelados à orientação sexual ou identidade de gênero, para zelar pela dignidade, igualdade e integridade dos sujeitos. À vista disso, torna-se crucial e necessário o reconhecimento da diversidade, do respeito e do direito à sexualidade, tendo em vista que dessa forma se minimiza o padrão heterossexual, binário e patriarcal imposto no âmbito das relações da sociedade, para superar a exclusão, marginalização e estigma pela inclusão das diferentes expressões da sexualidade, conferindo o mínimo para a existência humana, o bem-estar e a felicidade pela chance de ser quem é, ultrapassando qualquer estrutura limitadora do desenvolvimento da identidade pessoal e possibilitando a diminuição da discriminação baseada na diferença (HAHN; AIMI, 2010).

4 Conclusão

O gênero foi e continua sendo alvo da sociedade sexista consolidada. Por conta disso, na contemporaneidade, as diferentes manifestações da sexualidade e identidade de gênero, isto é, aquelas não compatíveis com a normalidade, são atingidas pelos efeitos dos padrões convencionais, que condicionam e aprisionam os sujeitos a uma cultura que considera normal e correto a heterossexualidade, o que faz perpetuar ao longo de gerações uma cultura heteronormativa, enquanto uma resistência social à multiplicidade. Isso acontece pela normatização em se tratar o gênero como sinônimo de sexo, isto é, aplicar ao gênero uma rotulação binária em masculino e feminino, bem como, considerar como um desvio social todos os traços e identidades que fujam do padrão social aceito.

Ocorre que, ao não reconhecer o gênero como um elemento integrante da formação da identidade pessoal, que pode não ser compatível com o sexo biológico, está se reprimindo o livre desenvolvimento da personalidade, realçando a vulnerabilidade da população LGBTQIA+ e, em especial, da população transgênero, objeto do presente estudo, à custa da hegemonia heterossexual que fere, inclusive, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. É negligenciado o

ensinamento que nenhuma das expressões depende de escolhas pessoais, haja vista que não se trata de um ato de vontade ou uma influência a formação da identidade de gênero e sexualidade, muito pelo contrário, ambas são frutos da própria essência do ser, livres de estigma e preconceito. Nesse contexto, averigua-se a eternização do desamparo social e legal dos transexuais, impossibilitando o efetivo reconhecimento da sua identidade de gênero desvinculada ao sexo anatômico, principalmente em decorrência da manutenção do desrespeito, discriminação e preconceito permitidos pelos ditames culturais e históricos, o que demonstra que uma sociedade traçada sobre os pilares da igualdade e respeito mútuo ainda se encontra longínqua quando comparada com a conjuntura social hodierna.

Em uma sociedade onde a diversidade sexual fica muito evidenciada, como o Brasil, verifica-se que o respeito à diferença deve ser o sustentáculo fundamental para que os indivíduos, sobretudo àqueles que se inserem em grupos minoritários, detenham a sua dignidade protegida para uma vida plena e realizada, de modo a abolir qualquer terreno para a manutenção das intolerâncias, diferenças e extremismos. À vista disso, tendo em vista a legislação heteronormativa vigente, que elenca somente preceitos e garantias gerais cabíveis aos transgêneros, observa-se um avanço social e jurídico na contemporaneidade, haja vista as recentes discussões no meio jurídico que colocam em pauta a identidade de gênero, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.275/STF, abordada nessa pesquisa, as quais reforçam o direito fundamental e subjetivo, de todo sujeito, de poder se constituir enquanto ser humano, vivenciando sua identidade de gênero da forma como melhor lhe convém.

Sem embargos, tanto o reconhecimento quanto o respeito à diversidade são elementos estruturantes do livre exercício da identidade sexual, bem como uma importante ferramenta no processo de individuação do sujeito, que possibilita a sua subjetivação e um encontro consigo mesmo. Nessa direção, a partir do reconhecimento, não apenas no âmbito da família e da sociedade, mas também no jurídico, como defende Axel Honneth, ao traçar uma Teoria do Reconhecimento, se possibilita a desconstrução de padrões conservadores e já enraizados no corpo social e, por consequência, a desconstituição de relações odiosas assentadas no gênero e sexualidade, mesmo com a resistência de grupos hegemônicos heterossexuais como

simbologia de poder, seja religioso, social ou político, que acaba acentuando os conflitos atuais.

Destarte, continuar tolerando o sofrimento de quem apenas quer reconhecida sua verdadeira identidade, seja pela ignorância da família, pela omissão do Estado ou não aceitação da sociedade, submetendo a identidade de gênero a preceitos ultrapassados e inadequados, não concorre em nada à construção de uma sociedade que viabiliza a cidadania e que busca a equidade material, ao contrário, só estimula a marginalização e o sofrimento de quem não se curva aos padrões que a sociedade lhe atribuiu. Assim sendo, se a intenção é superar todas as formas de discriminação e exclusão para a formação de uma sociedade mais inclusiva e aquiescente as diferenças, em conclusão parcial, pode-se afirmar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.275/STF, enquanto uma das recentes atuações do Poder Judiciário, representa um grande avanço no reconhecimento da comunidade transexual, como defendido por Honneth, pois esse mecanismo impulsiona a mudança e o estabelecimento de uma sociedade melhor através da solidificação dos direitos e princípios fundamentais, desnudando os traços de tradicionalismo para a efetivação da Justiça e trazendo visibilidade para uma população patologizada pela imposição de uma cultura que nem a todos identifica.

Referências

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; KAUSS, Bruno Silva.

Reconhecimento, igualdade complexa e luta por direitos à população LGBT através das decisões dos tribunais superiores no Brasil.

Revista Psicologia & Política, São Paulo, v. 15, n. 34, p. 547-561, set./dez. 2015. Disponível em:

<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1519-549X2015000300007&lng=pt&nrm=iso>.

BASTOS, Gustavo Grandini; GARCIA, Dantielli Assumpção;

SOUSA, Lucília Maria Abrahão e. A homofobia em discurso: Direitos Humanos em circulação. **Linguagem em (dis)curso**, Tubarão, v. 17, n. 1, p. 11-24, jan./abr. 2017. Disponível em:

<https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1518-76322017000100011&script=sci_abstract&lng=pt>.

BOMFIM, Urbano Félix Pugliese. **O direito como instrumento protetor dos vulnerados na seara das sexualidades**. 2015. p. 331. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**. In: Vade Mecum Saraiva. Colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 27. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **OMS retira transexualidade da lista de doenças e distúrbios mentais**. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/junho/organizacao-mundial-da-saude-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-e-disturbios-mentais>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF**. Distrito Federal: 2019. Voto: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://gphandlahdpffmccakmbngmbjnjjiahp/https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2021. p. 153-154.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.275/DF**. Distrito Federal: 2018. Voto. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.275/DF**. Distrito Federal: 2018. Voto. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.275/DF**. Distrito Federal: 2018. Voto. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&doCID=749297200>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial ADI n.º 4.275/RS**. Distrito Federal: 2009. Procuradora Geral da República: Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgtr/copy_of_pdfs/ADI%204275.pdf/at_download/file>.

CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. In: POCAHY, Fernando (Org.). **Políticas de enfrentamento ao heterossexismo: corpo e prazer**. Porto Alegre: Nuances, 2010. p. 45-60.

CENTRO COLABORADOR DA OMS PARA CLASSIFICAÇÃO DE DOENÇAS EM PORTUGUÊS. **Cid-10**. Disponível em: <http://www2.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm>.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. 2014. p. 515. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo direito. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 247-274.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DUARTE, Adriano Luiz. Lei, justiça e direito: algumas sugestões de leitura da obra de E. P. Thompson. **Revista sociologia e política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 175-186, jun. 2010. Disponível em:

<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-44782010000200011&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: a vontade de saber**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

GONZALEZ, Léia. **Por um feminismo afro-latino americano: ensaios, intervenções e diálogos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

HAHN, Noli Bernardo; AIMI, Volimar. **A Bíblia e a homossexualidade e o direito**. BERTASO, João Martins (Org.). Cidadania e Interculturalidade. Santo Ângelo: Editora Furi, 2010.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel. O eu no nós: reconhecimento como força motriz de grupos. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 15, n. 33, p. 56-80, mai./ago. 2013. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/sociologias/article/view/42432/0>>.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens**. Tradução de Luiza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019.

LOURO, Guacira Lopes. Sexualidades minoritárias e educação: novas políticas?. In: POCAHY, Fernando (Org.). **Políticas de enfrentamento ao heterossexismo: corpo e prazer**. Porto Alegre: Nuances, 2010. p. 148-150.

MELEU, Marcelino; KUHNEN, Priscila Reis. Necropolítica e reificação: contrapontos ao reconhecimento e a concretização da justiça na contemporaneidade. In: DIAS, Feliciano Dias; et al. **Constitucionalismo, democracia e direitos fundamentais**. Blumenau: LAWeducare, 2021. p. 27-45.

NERY, Maria Clara Ramos; LUTZ, Armgard; MORAES, Ana Paula Rosa de. Violência contra a mulher sobre o enfoque da teoria do

reconhecimento de axel honneth: uma reflexão. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO DO MERCOSUL, 16., 2014, Cruz Alta. **Anais**. Cruz Alta: Universidade de Cruz Alta, 2014. Disponível em: <encurtador.com.br/ntENR>.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

PETRY, Analídia Rodolpho; MEYER, Dagmar Elisabeth Estermann. Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa. **Textos & Contextos**, Porto Alegre, v.10, n.1, p. 193-198, 2011.

SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. A transexualidade na atualidade: discurso científico, político e histórias de vida. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL ENLAÇANDO SEXUALIDADES, 3., 2013, Salvador. **Anais**. Salvador: UNEB, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15770>>.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011. p. 97-115.

SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 177-207, maio/ago. 2015. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38641>>.

SILVA, Inajara Piedade da. **A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos**: a redesignação de sexo na sociedade globalizada. Porto Alegre: Sulina, 2018.

SOUZA, Valdelio Assis de. **A função do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito**. 2013. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/24257/a-funcao-do-ativismo-judicial-no-estado-democratico-de-direito>>.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios fundantes. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 113-170.