

A obra Pesquisa Científica em Direito e Democracia reúne diferentes perspectivas e abordagens sobre esse tema, especialmente para a Universidade Federal da Grande Dourados/UFGD, para o Brasil e para o mundo. Dentre as pesquisas que todos terão o deleite de ler, ganha destaque os Direitos Humanos enquanto recurso narrativo para diferentes espectros políticos; os Direitos Humanos como argumento para o retrocesso de Direitos; os Direitos Humanos como instrumento de emancipação; os Direitos Humanos como elemento de fortalecimento democrático; a violação de Direitos Humanos como sistema de erosão democrática, entre outros que com estes dialogam e se interseccionam.

Wellington Henrique Rocha de Lima – Faculdade da Fronteira Oeste (UNIFRON)

PESQUISA CIENTÍFICA EM DIREITO E DEMOCRACIA: o papel dos Direitos Humanos como arma de construção ou de destruição

Arthur Ramos do Nascimento / Mateus Ferrari Luz
(organizadores)



A obra coletiva "Pesquisa Científica em Direito e Democracia: o papel dos Direitos Humanos como arma de construção ou de destruição" é uma realização resultado do esforço conjunto de tantos talentosos autores e autoras, provenientes de diferentes estados e incluindo contribuições valiosas da Espanha. Com o apoio institucional da Universidade Federal da Grande Dourados se faz possível a publicação deste livro que promove o diálogo e a reflexão sobre temas cruciais no âmbito do Direito e dos Direitos Humanos. A obra é um resultado visível de uma constante luta que envolve diversas forças em prol de uma universidade pública, gratuita e de qualidade.

Arthur Ramos do Nascimento e
Mateus Ferrari Luz
(organizadores)

Mestrado em Fronteiras e Direitos
Humanos da Universidade Federal da
Grande Dourados

**PESQUISA CIENTÍFICA
EM DIREITO E DEMOCRACIA:
o papel dos Direitos Humanos como arma
de construção ou de destruição**

Comitê Científico

Andrés Falcone
Alessandro Octaviani
Daniel Arruda Nascimento
Eduardo Saad-Diniz
Francisco Rômulo Monte Ferreira
Isabel Lousada
Jorge Miranda de Almeida
Marcelo Martins Bueno
Miguel Polaino-Orts
Maurício Cardoso
Maria J. Binetti
Michelle Vasconcelos Oliveira do Nascimento
Patricio Sabadini
Rodrigo Santos de Oliveira
Sandra Caponi
Sandro Luiz Bazzanella
Tiago Almeida

Arthur Ramos do Nascimento
Mateus Ferrari Luz
(Organizadores)

**PESQUISA CIENTÍFICA
EM DIREITO E DEMOCRACIA:
o papel dos Direitos Humanos como arma
de construção ou de destruição**

Volume 1

LiberArs
São Paulo – 2024

*Pesquisa científica em direito e democracia:
o papel dos Direitos Humanos como arma de construção ou de destruição*

© 2024, Editora LiberArs Ltda.

Direitos de edição reservados à
Editora LiberArs Ltda

ISBN 978-65-5953-162-2

Editores

Fransmar Costa Lima
Lauro Fabiano de Souza Carvalho

Revisão técnica

Cesar Lima

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação – CIP

P472 Pesquisa científica em Direito e Democracia: o papel dos Direitos Humanos como arma de construção ou de destruição / organizado por Arthur Ramos do Nascimento e Mateus Ferrari Luz - São Paulo, SP : Liber Ars, 2024.
237 p. ; 16cm x 23cm.

Inclui bibliografia e índice.
ISBN: 978-65-162-2

1. Direito. 2. Direitos humanos. 3. Democracia. 4. Direitos fundamentais. I. Nascimento, Arthur Ramos do. II. Luz, Mateus Ferrari. III. Título.

CDD 341.4
CDU 341.4

Todos os direitos reservados. A reprodução, ainda que parcial, por qualquer meio, das páginas que compõem este livro, para uso não individual, mesmo para fins didáticos, sem autorização escrita do editor, é ilícita e constitui uma contrafação danosa à cultura. Foi feito o depósito legal.

Editora LiberArs Ltda
www.liberars.com.br
contato@liberars.com.br

AGRADECIMENTOS

Desenvolver pesquisa nunca é uma atividade simples ou fácil e demanda muito investimento (de tempo, de dinheiro, de energia...) e que nem sempre oferece um reconhecimento proporcional. Especialmente em um país que enxerga na Educação a solução de muitos (ou todos os) males, mas que não apoia de igual forma, desenvolver pesquisas é uma missão inglória e que muitas vezes acaba se mantendo pela dedicação e compromisso dos pesquisadores e das pesquisadoras em acreditar na Ciência. É em reconhecimento desses esforços que este livro foi organizado.

Com imensa alegria expressamos nossos sinceros agradecimentos a todos e todas que tornaram possível a concretização da obra coletiva "Pesquisa Científica em Direito e Democracia: o papel dos Direitos Humanos como arma de construção ou de destruição". Esta realização não seria possível sem o esforço conjunto de tantos talentosos autores e autoras, provenientes de diferentes estados e incluindo contribuições valiosas da Espanha.

Agradecemos especialmente à Universidade Federal da Grande Dourados pelo generoso suporte financeiro, possibilitando a publicação deste livro que promove o diálogo e a reflexão sobre temas cruciais no âmbito do Direito e dos Direitos Humanos. A obra foi financiada com o apoio financeiro da Universidade por meio do Edital PROPP no 12, de 27 de julho de 2023 - Programa de Apoio à Pesquisa da UFGD - UA, e atualizações posteriores, reforçando o compromisso da Universidade (principalmente a pública) com os Direitos Humanos e a Pesquisa.

Cada capítulo desta obra é um testemunho do comprometimento e dedicação dos colaboradores, cujas vozes se entrelaçam para enriquecer o debate acadêmico e promover a compreensão sobre a interseção entre Direito e Democracia. Que este livro sirva como uma fonte de conhecimento e inspiração, e que seu impacto se estenda além das páginas, contribuindo para o avanço da pesquisa científica e para a promoção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

Mais uma vez, nosso profundo agradecimento a todos que tornaram este projeto uma realidade. Desejamos uma excelente leitura.

Cordialmente,

Arthur Ramos do Nascimento e Mateus Ferrari Luz¹.

¹ Os organizadores.

Nada é mais universal e universalizável do que as dificuldades. Cada um achará uma certa consolação no fato de descobrir que grande número das dificuldades imputadas, em especial à sua falta de habilidade ou à sua incompetência, são universalmente partilhadas; e todos irão tirar melhor proveito dos conselhos aparentemente pormenorizados que eu poderei dar.

[...] Quanto mais a gente se expõe, mais possibilidades existem de tirar proveito da discussão e, estou certo, mais benevolentes serão as críticas ou os conselhos (a melhor maneira de "liquidar" os erros e os receios que muitas vezes os ocasionam seria podermos rir-nos deles, todos ao mesmo tempo).

Introdução a um seminário da *École des Hautes Études en Sciences Sociales - EHESS* (outubro de 1987). Bourdieu, Pierre. *O poder simbólico*, p. 18-19.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Prof. Doutor Wellington Henrique Rocha de Lima 11

APRESENTAÇÃO 13

CAPÍTULO 1

EVOLUCIÓN Y EFECTUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL PODER DE UNA IDEA

Gonçal Mayos (UB) 19

CAPÍTULO 2

EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y SUS MISERIAS: PARTITOCRACIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL EN ESPAÑA

Dr. Rafael Castillo Felipe..... 33

CAPÍTULO 3

ACESSO À JUSTIÇA E DECISÃO JUDICIAL: O TEMPO É IGUAL PARA TODOS?

Armin Mathis

Paulo Cerqueira dos Santos Junior Suzy Sousa 53

CAPÍTULO 4

A EROSÃO DA DEMOCRACIA NA FRONTEIRA BRASIL-PARAGUAI: UMA ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA E DA FRAGILIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DO TRÁFICO DE DROGAS ENVOLVENDO ESTRANGEIROS

Arthur Ramos do Nascimento

Mateus Ferrari Luz 67

CAPÍTULO 5

POPULISMO: INIMIGO OU POSSIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS?

Matheus Conde Pires Rubens Beçak..... 85

CAPÍTULO 6 INTEGRAÇÃO REGIONAL E DEMOCRACIA: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE AS CONDICIONALIDADES DEMOCRÁTICAS DA UNIÃO EUROPEIA E DO MERCOSUL Dr. Arthur Banzatto Dra. Déborah Monte	98
CAPÍTULO 7 ANÁLISE DE ANCESTRALIDADE EM ANTROPOLOGIA FORENSE: DO RACISMO CIENTÍFICO À FUNÇÃO GARANTIDORA DE DIREITOS Priscila Lini	119
CAPÍTULO 8 CASO IOANE TEITIOTA E SUA FAMÍLIA: O MARCO INICIAL NA JUDICIALIZAÇÃO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS EM FACE DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS PARA A GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro Thiago Giovani Romero.....	133
CAPÍTULO 9 “NINGUÉM SABE MUITO BEM COMO É ISSO”: OS DESAFIOS DA PERÍCIA ANTROPOLÓGICA EM MATO GROSSO DO SUL Ezequias Freire Milan	155
CAPÍTULO 10 O DIREITO À IDENTIDADE SEXUAL E A CRIMINOLOGIA <i>QUEER</i> COMO FORMA DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS Paula Cristina Santos Pireneus Rafael Bulgakov Klock Rodrigues	170
CAPÍTULO 11 A LEI Nº 14.532/2023 E A LACUNA PENAL DO RACISMO RELIGIOSO: UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA A PARTIR DA TUTELA CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS HUMANOS Fernando de Brito Alves Malcon Jackson Cummings Rafael Altoé.....	182
CAPÍTULO 12 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NAS BÁLCÃS OCIDENTAIS E NO BRASIL: UM PROCESSO DE EXERCÍCIO DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO Breno Casemiro de Mendonça Alvarez Marcelo Ioris Köche Júnior	195

CAPÍTULO 13

DILEMAS DA SEGURANÇA PÚBLICA ENTRE A FRONTEIRA DO BRASIL E PARAGUAI: A IMPORTÂNCIA DA COLABORAÇÃO BILATERAL NO COMBATE À PRÁTICAS DELITIVAS TÍPICAS DE REGIÕES FRONTEIRIÇAS E A VIABILIDADE LEGAL PARA A COOPERAÇÃO

Diosmar Alves da Cruz Junior

Marcelo Ioris Köche Júnior 209

SOBRE OS AUTORES E AUTORAS..... 223

PREFÁCIO

Prof. Doutor Wellington Henrique Rocha de Lima¹

A pesquisa científica que se desenrola em torno do Direito e da Democracia estabelece parâmetros de extrema importância para todas as sociedades contemporâneas, a análise do papel dos Direitos Humanos enquanto arma de construção ou de destruição fomenta uma discussão dificilmente enfrentada pela academia e sobretudo pela sociedade. Desafio este que não impediu os organizadores e pesquisadores da presente obra.

Enquanto pesquisadores, por diversas vezes, nos vemos diante de dilemas sociais quase intransponíveis, nesse sentido compreender como os institutos estão sendo aplicados no dia a dia das sociedades é de extrema relevância para o desenvolvimento econômico, social e sobretudo na busca pela garantia de Direitos Humanos Fundamentais básicos.

A obra Pesquisa Científica em Direito e Democracia reúne diferentes perspectivas e abordagens sobre esse tema, especialmente para a Universidade Federal da Grande Dourados/UFGD, para o Brasil e para o mundo. Dentre as pesquisas que todos terão o deleite de ler, ganha destaque os Direitos Humanos enquanto recurso narrativo para diferentes espectros políticos; os Direitos Humanos como argumento para o retrocesso de Direitos; os Direitos Humanos como instrumento de emancipação; os Direitos Humanos como elemento de fortalecimento democrático; a violação de Direitos Humanos como sistema de erosão democrática, entre outros que com estes dialogam e se interseccionam.

Em tempos de utilização de Direitos Humanos para construção e destruição, a presente obra traz consigo reflexões importantes, mas mais do que isso, traz feixes de luz mesmo que de lâmparina que são lançados nos caminhos dos desgraçados, como disse Ulisses Guimarães ao promulgar a Constituição Federal de 1988.

Pesquisadores locais, regionais, nacionais e internacionais se debruçam para alavancar a pesquisa de institutos muito caros para todos os povos, institutos estes que refletem o nascer de uma grande esperança, de que estes

¹ Dourados/MS, Verão de 2024.

devam ser utilizados para construir pontes, construir moinhos de vento, para fortalecer uma sociedade livre, justa e igualitária.

Uma obra de leitura fácil e prática, que com o esforço dos seus coordenadores e todos os pesquisadores transpõe os muros da academia e chega até as ruas, atingindo o que deveria ser o principal objetivo das pesquisas científicas que é estar aos olhos de todos, sobretudo, dos vulneráveis. Garantir que os Direitos Humanos sejam armas de construção é garantir um futuro de paz.

APRESENTAÇÃO

Como uma obra coletiva, o presente livro está composto por contribuições de diferentes autores e autoras que compartilham por meio de capítulos de livros diversos, suas contribuições de pesquisa sobre Democracia e Direitos Humanos em uma perspectiva inter e transdisciplinar.

A inauguração da obra conta com um capítulo do filósofo e ensaísta catalão Prof. Dr. Gonçal Mayos Solsona, da Universidade de Barcelona, na Espanha, que desenvolve uma relevante reflexão sobre o desenvolvimento e implementação dos direitos humanos, com o capítulo *“EVOLUCIÓN Y EFECTUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL PODER DE UNA IDEA”*. O texto trata do tema dos direitos humanos como uma criação e uma aspiração global da humanidade, que transcende as diferenças e as circunstâncias históricas. Defende-se que os direitos humanos são baseados na ideia de que todos os seres humanos têm o “direito de ter direitos”, e isso implica em uma dignidade humana inalienável. Os argumentos são desenvolvidos através de citações de autores como Mayos, Hunt, Buck-Morss, Bel, James, Arendt, Mate e Polo para sustentar suas ideias. Ele também faz referência à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na Revolução Francesa e à situação dos jacobinos negros no Haiti, indicando exemplos de como os direitos humanos se universalizaram e se democratizaram, mas também critica aqueles que não reconhecem a união entre direitos e humanos, e que se colocam fora da humanidade e da fraternidade humana.

Da Universidade de Múrcia, na Espanha, o Prof. Rafael Castillo Felipe apresenta o capítulo *“EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y SUS MISERIAS: *partitocracia e independencia judicial en España*”*. No texto, o Professor de Direito Processual Penal, analisa a “partitocracia” como elemento de corrosão da democracia e as misérias do *“Consejo General del Poder Judicial”*. O pesquisador descreve algumas consequências derivadas da inserção do *Consejo* na dinâmica partitocrática (gerando desconfiança, desinteresse, ativismo e oportunismo judicial). São interessantes as contribuições do professor Castillo como orientações para uma reforma inadiável.

No capítulo intitulado *“ACESSO À JUSTIÇA E DECISÃO JUDICIAL: o tempo é igual para todos?”*, os autores Suzy Brito Sousa, Armin Mathis e Paulo Cerqueira do Santos Junior desenvolvem reflexões sobre o tema como um desdobramento decorrente da dissertação de mestrado apresentada por Suzy

Brito Sousa, com orientação dos demais autores, ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido, do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da Universidade Federal do Pará. O objetivo da pesquisa consistiu em analisar se, em processos cujas partes litigam em igualdade de condições no sentido jurídico-formal, contudo em situação desigual em relação a vantagens econômicas, há discrepâncias de tempo entre o ajuizamento da ação e um pronunciamento judicial de natureza decisória. Dois obstáculos ao acesso à justiça foram, portanto, considerados: as possibilidades das partes e o tempo processual. Utilizou-se a abordagem jurimétrica, mediante uso de análise de sobrevivência e estatística descritiva. Definiu-se como litigante mais forte a mineradora Vale, cuja atuação no estado do Pará tem gerado conflitos envolvendo diversos atores, cenário que busca no Poder Judiciário a resolução do impasse. A partir da análise de decisões proferidas por juízes de 1º grau em processos cíveis, verificou-se uma diferença de mais de dois anos entre o tempo mediano no qual os juízes estaduais no Pará proferem uma liminar benéfica à Vale e uma liminar desvantajosa para a empresa. Tal dissonância vai de encontro ao ideal de acesso à justiça.

Os organizadores deste livro, Arthur Ramos do Nascimento e Mateus Ferrari Luz, contribuíram com o capítulo “A EROSÃO DA DEMOCRACIA NA FRONTEIRA BRASIL-PARAGUAI: uma análise da criminalização secundária e da fragilização do Poder Judiciário no contexto do tráfico de drogas envolvendo estrangeiros”. O objetivo dos autores é analisar o fenômeno da criminalização secundária dos estrangeiros paraguaios traficantes de drogas, por parte dos magistrados brasileiros que atuam no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, na fronteira com o Paraguai. Para isso, utilizaram uma metodologia dedutiva, com revisão bibliográfica e documental, feita através de abordagens na Sociologia (etiquetamento social), na Criminologia e no Direito. A hipótese central é que os magistrados tendem a criminalizar secundariamente os paraguaios traficantes de forma mais severa e estigmatizante do que os brasileiros envolvidos na mesma atividade ilícita (tratamento não isonômico), devido às diferenças de classe, nacionalidade, etnia e raça entre os atores que julgam e os que são julgados. As conclusões parciais apontam que a distância social entre os agentes processuais pode gerar preconceitos, estereótipos e discriminações por parte dos magistrados, que percebem os estrangeiros como criminosos perigosos, que ameaçam a ordem pública e devem ser punidos com rigor. Pretende-se contribuir com o debate sobre o enfraquecimento gradual e contínuo da Democracia, por meio da vulnerabilização de uma das suas Instituições Fundamentais: o Poder Judiciário. Entende-se que essa regressão é de difícil percepção, pois, diferentemente do que se pensa, a Democracia não está em risco somente com rupturas institucionais.

Debatendo temas democráticos, Rubens Beçak e Matheus Conde Pires desenvolvem o capítulo “POPULISMO: inimigo ou possibilidade dos direitos humanos?” por meio do qual apresentam que o populismo é tradicionalmente abordado como um inimigo da democracia e dos direitos humanos. Os debates de 2016 na *London School of Economics*, em razão do Dia Internacional dos Direitos Humanos, não foram diferentes. A partir destes embates, pretende-se responder a seguinte questão: o populismo é intrinsecamente antagônico aos direitos humanos? Por meio da revisão bibliográfica de textos acadêmicos atinentes à temática e da abordagem hipotético-dedutiva, demonstrou-se um ponto cego na perspectiva da dominante do direito internacional em relação ao populismo, de modo que combater o populismo, pode ser encarado como combater a própria democracia. Para tanto, em um primeiro momento, buscou-se explorar a perspectiva apresentada na *London School of Economics*, assim como alguns outros textos relacionados ao debate, demonstrando a percepção do populismo como uma ameaça. Posteriormente, reconstruiu-se o plano de fundo teórico no qual essa visão tradicional se fundamenta. Por fim, foi possível demonstrar um ponto cego desta perspectiva, por meio da aproximação do debate com as contribuições pós-estruturalistas de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe. Sendo assim, em que pese tal fenômeno possa se apresentar em determinadas conjunturas como um opositor aos direitos humanos, este também é o caminho para se propor uma sociedade radicalmente democrática.

No capítulo “INTEGRAÇÃO REGIONAL E DEMOCRACIA: um estudo comparativo entre as condicionalidades democráticas da União Europeia e do Mercosul”, os autores Déborah Monte e Arthur Banzatto comparam as condicionalidades democráticas da União Europeia e do Mercosul, destacando suas similaridades e diferenças. A estratégia de comparação é longitudinal e transversal, mostrando como tais instituições variam entre si ao longo do tempo. Os achados apontam que a maior similaridade diz respeito à lógica de oferta e demanda por instituições na integração regional. Em ambos os casos, a condicionalidade democrática foi incorporada como resposta às demandas por uma instituição de proteção e promoção da democracia nestas regiões. No entanto, o tipo das demandas varia: na União Europeia a demanda veio do interesse de novos Estados a participarem do bloco, ao passo que no Mercosul, a demanda é pela proteção do regime democrático em casos de golpes ou ameaças de rupturas da ordem democrática. A investigação expõe também os desafios e incongruências de compatibilizar democracia e integração regional através das condicionalidades democráticas.

Adiante, debruça-se sobre o capítulo “ANÁLISE DE ANCESTRALIDADE EM ANTROPOLOGIA FORENSE: Do racismo científico à função garantidora de direitos”. A Professora e Antropóloga Forense Priscila Lini apresenta uma importante reflexão sobre como a análise de ancestralidade é um dos

pontos mais sensíveis da Antropologia Forense, uma vez que as diferenças encontradas nos materiais bioantropológicos são extremamente sutis e altamente variáveis em razão da miscigenação que caracteriza a população brasileira. A considerar que, nos primeiros tempos da antropologia física, a análise de ancestralidade - até então considerada como 'raça' - estava imersa em preconceitos e racismo científico, este é um dos pontos de mensuração mais complexos para a avaliação de ossos humanos, que deve ser realizado de modo ético, criterioso e totalmente desvinculado de discursos de superioridade ou inferioridade de um perfil em relação a outro(s). A partir do chamado giro forense a análise de ancestralidade recebe um novo significado, podendo ser aplicada para a efetivação de direitos humanos fundamentais, como a dignidade humana, a garantia de territórios e o direito ao sepultamento digno, respeitando-se os familiares e o grupo de pertencimento neste processo. As reivindicações de restos mortais realizadas por povos indígenas a partir dos anos 1980, as comissões de identificação e reparação de vítimas e familiares de desaparecidos políticos das ditaduras nos países sul-americanos, a repatriação e sequente inumação respeitosa demandada pelos descendentes de pessoas escravizadas originárias da África - são movimentos que em grande parte contribuíram para ressignificar a análise de ancestralidade na seara da Antropologia Forense. Assim, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, busca-se realizar um estudo sobre a nova compreensão que o tema recebe na contemporaneidade, a partir de artigos, teses e escritos recentes produzidos por pesquisadores brasileiros e estrangeiros.

A obra prossegue com o capítulo "CASO IOANE TEITIOTA E SUA FAMÍLIA: o marco inicial na judicialização dos refugiados ambientais em face das mudanças climáticas para a garantia de direitos humanos", onde os autores Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro e Thiago Giovani Romero buscam analisar o caso de Ioane Teitiota e sua família, habitantes de Kiribati, que buscaram refúgio devido às mudanças climáticas. O objetivo é examinar a proteção internacional dos direitos humanos para refugiados ambientais, enquanto o objetivo específico é traçar uma análise das decisões do Tribunal de Apelação da Nova Zelândia e do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre a temática. Logo, o problema abordado repousa na lacuna da legislação internacional para a proteção dos refugiados ambientais, conhecidos na atual literatura, como deslocados ambientais e/ou climáticos. Os autores optaram por utilizar o método indutivo; acompanhado da análise do caso, através das decisões, e da pesquisa doutrinária em direito internacional dos direitos humanos.

Em "NINGUÉM SABE MUITO BEM COMO É ISSO": Os desafios da Perícia Antropológica em Mato Grosso do Sul, o Antropólogo e Professor Ezequias Freire Milan apresenta seu capítulo tendo como foco as experiências que compuseram cinco trabalhos periciais antropológicos em contendas jurídicas no

Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, onde figuram indígenas Guarani-Kaiowá. O artigo discute sobre os desafios possíveis de serem vivenciados pelos profissionais que se colocam a tal ofício. Utilizando-se do método cartográfico, o trabalho também visa expor parte das violações de direitos que se fazem dentro dos próprios mecanismos biopolíticos de cuidado e controle estatal, tanto por meio do judiciário quanto de agentes de saúde.

Os nobres pesquisadores Rafael Bulgakov Klock Rodrigues e Paula Cristina Santos Pireneus apresentam o capítulo “O DIREITO À IDENTIDADE SEXUAL E A CRIMINOLOGIA *QUEER* COMO FORMA DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS”. Partindo da pluralidade que a sexualidade humana exhibe, os autores demonstram como é necessária uma maior tutela do Direito, para que esta tenha sua livre expressão. Assim, a presente pesquisa visa, de um lado, identificar e analisar quais dos direitos da personalidade, dentro do direito civil, compõem o direito à identidade sexual, e como estes se expressam, e, de outro, expor os pressupostos gerais da Teoria *Queer*, e como esta gerou a Criminologia *Queer*, e enfim, encontrar o ponto de intersecção entre a primeira e a segunda temática. O método utilizado foi o bibliográfico, através de obras essenciais e artigos científicos sobre o tema. Da análise da bibliografia, entendeu-se que os direitos da personalidade estão em crescimento e, conseqüentemente, o direito à identidade sexual também. Dessa maneira, estes devem se adequar às necessidades do momento vivido, com o fito de ampliá-los, nunca os diminuir. Em relação à teoria e criminologia *Queer*, concluiu-se que mesmo essas sendo recentes, já podem ter impactado os direitos da personalidade, que devem continuar sendo estudados, e se possível com mais intensidade.

No capítulo seguinte, Malcon Jackson Cummings, Rafael Altoé e Fernando de Brito Alves somam ricamente com o livro, apresentando o texto intitulado “A LEI Nº 14.532/2023 E A LACUNA PENAL DO RACISMO RELIGIOSO: uma leitura contemporânea a partir da tutela contramajoritária dos Direitos Humanos”. Os autores tratam do tema racismo religioso no Brasil, que é pouco desenvolvido pela literatura nacional. Eles defendem que a liberdade religiosa deve ser protegida pela criminalização do racismo religioso, que é uma forma de discriminação contra minorias religiosas. Fazem críticas ao uso dos direitos humanos para justificar o racismo religioso (como se fosse uma questão de crença), analisando a legislação brasileira sobre o assunto, destacando a Lei Caó, que trata da discriminação racial, e a Lei 14.532/2023, que reconhece a injúria racial como modalidade de racismo. O texto aponta que há uma lacuna na proteção da injúria religiosa, a qual não é tratada como racismo, mas como um crime comum. Os autores apresentam dados que mostram o aumento de injúrias por motivos religiosos no país, e propõe uma revisão da normatividade nacional. O capítulo é dividido em duas

partes: a primeira aborda a proteção de minorias como um princípio dos direitos humanos, e a segunda analisa o impacto da Lei 14.532/2023 no tema do racismo religioso, através do emprego de uma metodologia amparada na revisão bibliográfica e na análise da legislação.

Em a “CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NAS BÁLCÃS OCIDENTAIS E NO BRASIL: um processo de exercício do direito penal simbólico”, os autores Breno Casemiro de Mendonça Alvarez e Marcelo Ioris Köche Júnior apresentam uma perspectiva sobre a criminalização da homofobia, comparando com a experiência dos *Bálcãs Ocidentais*, região que já possui penalidades próprias para esse tipo de crime com a perspectiva brasileira, e o atual apoio do poder legislativo que a causa tem ganhado. Ademais, com a comparação citada, iniciar-se-á na discussão sobre o poder simbólico do direito penal, e qual real eficiência da criminalização de crimes de ódio como a homotransfobia.

No capítulo “DILEMAS DA SEGURANÇA PÚBLICA ENTRE A FRONTEIRA DO BRASIL E PARAGUAI: a importância da colaboração bilateral no combate às práticas delitivas típicas de regiões fronteiriças e a viabilidade legal para a cooperação”, os autores Diosmar Alves da Cruz Junior e Marcelo Ioris Köche Júnior objetivam analisar o contexto fronteiriço entre o Brasil e Paraguai e seus desdobramentos no âmbito da segurança pública. Nesse sentido, procuramos identificar crimes típicos de fronteira e demonstrar como a colaboração bilateral mitigaria os efeitos da crescente violência. Assim, o estudo se deu por pesquisas bibliográficas e por análise de documentos públicos conexos ao tema proposto. Por fim, a relevância da temática é externada quando se observa os índices de criminalidade nessas regiões e os efeitos positivos que a colaboração bilateral proporcionaria.

Desejamos a todos e todas que as reflexões contidas em cada capítulo de livro sejam de valia para novas pesquisas e (des)construções de visões de mundo sobre a Democracia e os Direitos Humanos.

CAPÍTULO 1

EVOLUCIÓN Y EFECTUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL PODER DE UNA IDEA

Gonçal Mayos (UB)

Sumario: 1. Seducción performativa de la idea 'derechos humanos'. 2. Esa idea se ha realizado compleja, conflictiva y localmente. 3. Antecedentes grecolatinos. 4. Revolución Inglesa y la Bill of Rights. 5. Independencia de los Estados Unidos. 6. Contradicciones de los *derechos del hombre y del ciudadano*. 7. Socialismo real y derechos sociales. 8. La ONU y las circunstancias tras la declaración de 1948. 9. ¿hay metaderechos o hiper-bienes que estructuran los derechos humanos?. 10. Conclusión. Referencias.

1. SEDUCCIÓN PERFORMATIVA DE LA IDEA 'DERECHOS HUMANOS'

Así como la humanidad es una especie global que ha conquistado prácticamente todos los distintos entornos terrestres y continúa siendo una misma especie (Mayos, 2012), también los derechos humanos son una creación global. Se respeten o lamentablemente sean 'papel mojado', son derechos que acompañan el ser humano allí donde se encuentre y tienden a superar sus diferencias circunstanciales. De hecho la aspiración a establecer unos derechos humanos es de las más universales, ambiciosas, globales y tiene un claro efecto performativo (Hunt, 2010), pues excita tanto la imaginación de su realización como la 'santa indignación' en respuesta a cuando son pisoteados.

Con la hiperconexión digital en la actual turboglobalización, han tenido un gran salto en su universalización, por un efecto emulativo que ya sintieron los 'jacobinos negros' de Haití (Buck-Morss, 2005; Bel, 2010; James, 2010) poco después de la *Declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano* en la Revolución francesa. A pesar de las dificultades y los vacíos, que no desconocemos, es significativo que se haya universalizado y democratizado tanto el anhelo de unos 'derechos humanos' desde las primeras declaraciones en el último tercio del siglo XVIII. Ello contrasta con otras emergencias políticas e ideológicas también muy importantes que no parecen gozar del impulso universalizador y democratizador de unos derechos aplicables por el simple hecho de ser humano.

Parece pues que hay algo muy significativo a favor de la bella e impresionante idea de que los miembros de la especie humana se reconocen mutua y recíprocamente 'el derecho a tener derechos' -en fórmula afortunada de Hannah Arendt (Arendt, 1974; Mate, 2010; Polo, 2014)-. A pesar de que durante la I Guerra Mundial o entreguerras no fuera así, es algo profundamente esencial que la humanidad vaya caminando hacia a reconocer casi unánimemente el poder de la unión entre la idea 'derecho a tener derechos' con el hecho de compartir humanidad. Eso último es algo biológico y, a la vez, 'nomológico' pues remite a una 'dignidad humana' inalienable, para cualquier otro humano. Con lo cual, quien no reconoce esa decisiva unión entre derechos y humanos, se coloca por su mismo acto negador fuera de la humanidad, de la fraternidad humana.

2. ESA IDEA SE HA REALIZADO COMPLEJA, CONFLICTIVA Y LOCALMENTE

Ahora bien, una vez hemos reconocido el poder performativo de la idea 'en sí misma' de los derechos humanos, debemos destacar también la importancia de analizar su desarrollo históricamente concreto. Pues lamentablemente, se tiende a obviar la complejidad, el agonismo y la concreción histórico-política que subyacen a los conflictivos, circunstanciales y concretos avances efectivos en los derechos humanos en distintos acontecimientos históricos por parte de distintas poblaciones y en regiones muy diversas de la Tierra (Mayos, 2012 y 2013).

Pues, aunque pueda parecer paradójal, la universalidad de los derechos humanos avanza y se consolida efectivamente a través de muchos concretos eventos conflictivos en circunstancias históricas, políticas, sociales y geográficas perfectamente distinguibles para cualquier analista. El sueño global y el anhelo compartido de que los humanos deben tener derechos se ha ido realizando a través de luchas locales, situadas y con circunstancias muy específicas (Dias y Mayos, 2018). Como si se tratara de una muy larga, ardua e incluso peligrosa carrera de relevos, al final gana la humanidad, pero cada uno de los relevos ha sido corrido esforzadamente y luchado con grave riesgo por partes concretas, localizadas, marcadas por las circunstancias y... mortales de la humanidad.

Por tanto, después de haber resaltado el aspecto unificador de una misma carrera global de relevos en favor de los derechos humanos, vamos a pasar a analizar algunos de esos relevos históricamente más significativos. Buscamos precisar su sentido específico dentro de la carrera conjunta aplicando esa máxima tan actual de: 'piensa globalmente, actúa localmente' y es que -a diferencia de Dios- la humanidad no ha descubierto todavía la forma de actuar directamente en lo global y universal, como sí en cambio va aprendiendo a pensar de esa forma.

Es por ello y ante el peligro de, que, sintiendo la imposibilidad de actuar ubicuamente, se dejará de intervenir directa y localmente, se enfatiza la idea de que es posible pensar de forma global, pero sabiendo y aceptando que toda actuación tiene que ser local ¡Y que merece la pena esa actuación! Veremos que uno de los mejores ejemplos de ello es precisamente la historia de las luchas en favor de los derechos humanos.

Recordemos que ya el anciano Immanuel Kant se admiraba de que muchos fenómenos se desarrollan 'como si' ('als ob' en alemán) y de que los juicios teleológicos naturales sugieren la superación de la distinción entre juicios constatativos y performativos, naturaleza y libertad, y intentan comprender resultados llevados a cabo por agentes históricos concretos al cual sabemos que estos no podían aspirar conscientemente. En esa dirección, Hegel usa el término 'portadores de la razón' -por ejemplo Napoleón Bonaparte- para referirse a aquellos que, aún actuando por y para sí mismos dentro de una concreción material completamente particular, terminan realizando la tarea fijada por 'la razón en la historia' y el espíritu universal o Weltgeist (Mayos, 2014).

Por estas razones, vamos a destacar en la carrera infinita en favor de los derechos humanos algunos relevos concretos que merecen ser considerados en su singularidad particular, pero, también, en su significación histórica general. Así, mostraremos que el pretendido monopolio europeo y occidental de los derechos humanos (con su correspondiente etnicismo) es bastante menor de lo que dice el tópico más extendido. Indicaremos muy concisamente algunos de los momentos históricos clave y el muy diverso contexto sociopolítico que los hizo posibles.

Así mostraremos la complejidad social, ideológica, geográfica, histórica, política y disciplinar que hay tras los derechos humanos (pues implica el derecho, la macrofilosofía, la religión, las ciencias, etc.), para así poder entenderlos y revitalizarlos como proyecto colectivo de la humanidad. ¿Quién sabe si -con el tiempo- se podrá aspirar a algo así como un Estado universal de la humanidad, un verdadero *nomos* para toda la Tierra e incluso de un judiciario para la humanidad con sus correspondientes Tribunal Supremo Internacional o Tribunal Constitucional Internacional.

3. ANTECEDENTES GRECO-LATINOS

La construcción conjunta de los derechos humanos tiene antecedentes clásicos. No tenemos tiempo para trazar exhaustivamente esa historia, pero sin duda debería destacar, por ejemplo, la filosofía estoica helenista impulsó la idea de que la humanidad y sus derechos deberían ser universalizables más allá de etnias, lenguas o países. Así desde la filosofía se tendía a superar la dicotomía profundamente enraizada en la Grecia clásica entre los

pueblos que hablaban griego y los que no, aquellos llamados "bárbaros" por la onomatopeya de un balbucear "ba-ba-ba" que les parecía incomprensible.

Ahora bien, la filosofía fue tan solo uno de los intereses epistemológicos clave que han intervenido, pues también lo hizo el derecho de la antigua Roma. Fue un antecedente clave por extender la ciudadanía con reconocimiento jurídico más allá de la ciudad-estado de las 7 colinas y de los patricios o padres de aquella reducida patria inicial. Una nueva noción de imperio, que va más allá de la idea de dominio, comporta el reconocimiento de ciudadanía para una parte creciente de la población, si bien en ningún caso de forma verdaderamente universal. Como vemos, no se trata tan solo de un impulso filosófico, sino que penetra profundamente en el *nomos*, en el derecho y en las instituciones políticas.

Un tercer gran antecedente que debería incluir sin duda lo representó la religión cristiana (K. Salgado, 2011), al impulsar el reconocimiento universal de la dignidad humana incluso más allá de las leyes promulgadas. Por eso el adjetivo (luego sustantivado) "católico" con el sentido de "general" o "universal" fue utilizado para ese cristianismo que propugnaba la universalización del reconocimiento de la dignidad humana. Destacamos que el paso decisivo se realiza en la ciudad de Oriente Medio, Nicea (325 d.C.) y que, así, la sanción religiosa profundizaba impulsos filosófico-jurídicos, reuniendo los saberes más poderosos y significativos del mundo antiguo.

También debería analizar detalladamente la elaboración conceptual y axiológica realizada por la escolástica o de las distintas órdenes religiosas tardomedievales. Como muchas aportaciones grecolatinas, fue condición de posibilidad de las primeras declaraciones formales de los derechos humanos. Pues no sólo lo global avanza a través de lo local (Dias y Mayos, 2018), sino que lo explícito y consciente suele ser también hijo de aportaciones implícitas y en gran medida inconscientes. Y, como veremos, los bloqueos locales surgidos en contra de la efectuación de los derechos se repiten tan generalizadamente que también indican la presencia de una resistencia en su contra calificable también de global.

4. REVOLUCIÓN INGLESA Y LA BILL OF RIGHTS

Hay que destacar la explicación plenamente consciente ya que se formula en la Bill of Rights inglesa de 1689. Como en otras ocasiones históricas, se lleva a cabo en un contexto revolucionario o –al menos- cerrando muchas de las heridas de la pugna entre el parlamento (como representante de importantes sectores sociales) y la monarquía, cuyo absolutismo es substituido por un reinado constitucional. A pesar de que el mundo anglosajón no optó por una constitución con todas las formalidades, consiguió que los derechos

civiles fueran reconocidos explícitamente como tales y se convirtieran en limitaciones jurídico-políticas a todo absolutismo.

Pero también aquí, fue una efectuación ampliada de muchos antecedentes de Cartas Magnas y anticiparon el reconocimiento explícito de los derechos fundamentales que fijaron las posteriores constituciones de la modernidad. El salto de legitimidad es claro pues, entonces, los derechos civiles dejaron de ser mera tolerancia o concesión real para con sus súbditos, pasando a ser patrimonio ganado por y para los ciudadanos, muchas veces a través de sus representantes reunidos en el parlamento y de las victorias del ejército levantado por éste. Recordemos que la ley de 1689 difícilmente habría sido posible sin una guerra, la dictadura del Lord protector de la Commonwealth of England Oliver Cromwell y -lamentablemente- la decapitación decretada del rey depuesto Carlos I.

Estamos por tanto en un contexto revolucionario que incluyó un grave conflicto militar y un regicidio, pero que sitúa el parlamento moderno en el eje de la efectuación de algunos de los primeros derechos humanos. Hay que destacar que, en la actualidad, integramos casi todos aquellos primeros derechos reconocidos en lo que llamamos la primera generación de derechos humanos y muchas veces se asoció a logros básicamente burgueses y liberales. Significativamente, que tengamos de hablar de distintas generaciones de derechos y adjetivarlos (civiles, liberales, sociales, etc.) muestra la complejidad política, social, jurídica, histórica y macrofilosófica de la construcción de los derechos humanos.

A pesar de que, entonces, se formularon en esencial diálogo con el iusnaturalismo y el derecho de gentes que es anticipo del actual derecho internacional, Lynn Hunt (2010) muestra que todavía no se hablaba de derechos para el conjunto de la humanidad, sino específicamente para los ingleses. Son éstos concretamente lo que en ese momento dejan de ser súbditos para asumir la dignidad de ciudadanos. Ahora bien, también había en marcha en aquellos momentos revolucionarios una protouniversalidad de tipo religioso-cívico que aspiraba ya a su generalización. Ahora bien y como veremos, ésta tuvo que efectuarse compleja, conflictivamente y no solo con la extensión de la empatía humana que tanto destaca Lynn Hunt.

5. INDEPENDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Otro salto a todos niveles y a destacar es la declaración de derechos humanos vinculada a la Independencia de los Estados Unidos de 1776. Claramente supera el ámbito europeo e instala profundamente la creación de los derechos humanos en América, el llamado 'nuevo mundo', y superando el co-

lonialismo. Es importante insistir aquí en que el contexto también es revolucionario, pero superando dificultades como los primeros procesos de independencia postcoloniales, y mostrando la efectiva ambición universalista del proyecto de los derechos humanos que se proyectan más allá de Europa y aspiran a generalizarse para toda la humanidad, incluyendo la sometida al colonialismo y a cualquier tipo de tiranía.

Pues, como apunta el Preámbulo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos: que “para garantizar estos derechos [civiles y humanos], se instituyen entre los hombres gobiernos; que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla, o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios”.

Como vemos, el problema ya no era tan solo una deslegitimada monarquía con actitudes absolutistas, sino cualquier gobierno tiránico y –especialmente- una lejana metrópoli colonial que no quería reconocer derechos civiles básicos ni que todo impuesto, decreto o ley debe ir vinculado a una representación política que los negocie, legisle y administre.

Destacamos que las trece excolonias atlánticas americanas fueron las primeras en reconocer (también en el Preámbulo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos) a la dignidad humana como condición de los derechos humanos considerando verdades evidentes por sí mismas que: “todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad.”.

Aunque fueron ellos los que actuaron localmente, podemos pensar con ellos de forma global que la Declaración americana de 1776 representó un salto decisivo en la universalización de los derechos humanos. Si bien, por lo que representa a su aplicación efectiva y generalizada, son muchas las explicitaciones de derechos que lamentable y reiteradamente continúan siendo incumplidas en muchos países del mundo y para muchas minorías sociales.

Al respecto, hay que recordar que –con una profunda contradicción nacida de las paradojas sociales de la época- la esclavitud y el derecho a no ser esclavizado fueron obviados en aquella Declaración por falta de consenso político. Además, la primera ley de abolición de la esclavitud en 1780 llegó a remolque de la guerra de independencia en contra de la monarquía británica y que fue reiteradamente vulnerada como sucedió con la ley de 1789 (y muchas otras posteriores) que reconocía el derecho de los indios a sus tierras ancestrales.

En las potencias coloniales europeas e incluso en las primeras independencias bajo liderazgo de elites criollas, muchas leyes parecidas fueron sistemáticamente vulneradas o inaplicadas dando lugar incluso a Estados duales con discriminaciones sistemáticas de las poblaciones minorizadas o de las colonias.

6. CONTRADICCIONES DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

Otro significativo salto, pero tampoco perfecto, se produce con la Declaración de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 en los inicios de la Revolución francesa. Ahora bien, a pesar de llevar a cabo destacables esfuerzos para universalizar “los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”, en muchos aspectos es una declaración limitada a pensar más bien los del ciudadano masculino, europeo y con otras reducciones que la apartan de la universalidad a la que aspiraba.

Así, excluyó rotundamente a la mitad femenina del género humano como demuestra el ajusticiamiento de Olympia de Gouges, la prohibición de su asociación de mujeres revolucionarias y la condena de su *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, la cual básicamente conjugaba en femenino aquella declaración. Su ejecución y juicio sumarísimo pone de manifiesto las contradicciones, límites variables y altos costes humanos que comporta habitualmente cada paso significativo en la construcción efectiva de los derechos humanos.

Pues, los avances se producían dentro y como aprovechando los más profundos conflictos sociopolíticos de cada época, que siempre suelen darse con énfasis diferentes, amenazados por una cruenta represión y bajo un complejísimo e inesperado debate transdisciplinar donde se mezclan inseparablemente lo filosófico, lo jurídico, lo político, lo religioso, lo ético, lo ideológico, etc. Esa explosiva conjunción, que siempre choca frontalmente con las mentalidades tradicionales, resulta muy difícilmente manejable y, por tanto, hace difícilmente previsible la reacción concreta por parte de los poderes, cuando son ‘sorprendidos’ por la capacidad anticipativa de muchos defensores de nuevos derechos humanos, logrando formular algunos que casi nunca antes habían sido planteados.

Como demuestran aún hoy los debates sobre la aceptación o no de nuevas generaciones de derechos humanos, cada salto siempre ha convivido con el peligro de que la sorpresa provocada en los poderosos mutara en odio aterroizado y este en la represión más brutal. La historia nos demuestra que cada nuevo derecho humano ha sido recibido al principio con estupor y menosprecio, pero que estos fácilmente se convirtieron en brutales ataques en contra de sus propugnadores. Siendo solo más tarde, con la evolución de la sociedad -en gran parte impulsada performativamente por esa misma formulación- llevó a

que el nuevo derecho fuera aceptado, poco a poco, por más población hasta convertir su idea en algo aceptable e incluso hegemónico y ya no conflictivo.

A un nivel más amplio e ideológico, encontramos un buen ejemplo de lo imprevisible de procesos históricos abiertos en como la Revolución francesa, fue devorando a sus propios hijos revolucionarios cuando entraban en conflicto entre sí. Las víctimas se cebaban mortalmente en las diversas facciones: girondinos, cesaristas napoleónicos, jacobinos, hebertistas e incluso las emergentes ideologías ya socializantes, pero también antirrevolucionarios como los tradicionalistas o los partidarios de distintas perspectivas del *ancien régime*.

Por eso, Joseph Sieyès que participó de manera significativa en las distintas etapas de la revolución, incluso siendo clave para la imposición de Napoleón, reconoció con su ironía habitual que su principal y sorprendente logro durante ese proceso fue 'haber sobrevivido'. Sieyès se fascinó con la doctrina kantiana sobre la revolución (simplificando: oponerse al derramamiento de sangre, pero reconocer la legitimidad de la revolución e, incluso, el entusiasmo que despierta en los espectadores neutrales) y era relativamente moderado como podemos ver en su sintética respuesta a la pregunta que titula su famoso panfleto *Qu'est-ce que le tiers état?:* lo quiere ser "Todo. ¿Qué ha sido hasta ahora en el orden político? Nada. ¿Qué es lo que desea? Ser algo".

Sieyès es un posibilista pragmático que aspira a realizar lo máximo posible, pero reconociendo verdades como que: el pueblo llano es lo más parecido al todo social o 'pueblo', y que durante milenios prácticamente no ha tenido nada de poder político, siendo excluido como un mero 'convidado de piedra' o, aún peor, siendo objeto de burda manipulación. Similarmente, podemos decir que los derechos humanos lo quieren ser todo (pues nada debe importar más a la humanidad que los derechos humanos), lamentablemente hasta hace muy poco no han sido nada efectivo y, a lo largo de muchas etapas y conflictos, intentan ser en cada momento lo más posible. Con nuestro breve repaso histórico, intentamos mostrarlo.

7. SOCIALISMO REAL Y DERECHOS SOCIALES

Otro salto muy importante, que amplía la tradición comentada y -a la vez- la supera críticamente, se produce con las revoluciones Mexicana (destacamos la constitución de 1917), Bolchevique en Rusia de 1917 o China de 1947. Más allá, por ejemplo, de la muy progresista -pero débil- constitución de Weimar, se continúan amplificando profundamente los escenarios geográficos, sociales e ideológicos de los agentes constructores de los derechos humanos. En el contexto de las grandes revoluciones socialistas de masas se da menos im-

portancia a su efectiva constitucionalización -pues se asocian a procesos burgueses- pero, en cambio, se introducen con fuerza otras generaciones de derechos colectivos, más materialistas y de redistribución de la riqueza.

En principio, se presupone que esos derechos 'sociales' van más allá las generaciones anteriores de derechos civiles, si bien esa pretendida 'superación' no era suficientemente efectiva-. Además, también aquí aparecieron nuevas contradicciones internas pues, por ejemplo, la propiedad colectiva de los medios de producción y un derecho al trabajo casi universal limitaron en la práctica el ejercicio efectivo del derecho también social de huelga. Resulta paradójico que las huelgas más amplias y relevantes para la extensión de muchos derechos laborales y sociales se llevaron a cabo (sin duda en deplorables situaciones) en países de 'capitalismo real', cuando muchos de esos derechos tampoco eran efectivos en los países de 'socialismo real'.

Evidentemente no podemos profundizar aquí en las causas, pero, aunque algunas veces la situación era allí menos penosa, en otras ocasiones no se reclamaron otros derechos sociales por falta de libertad. Hay ejemplos claros de como -en los dos bloques, sin excepción- los derechos tanto civiles como sociales dejaban mucho que desear y tenían que vencer grandes dificultades para efectuarse. Por todo lo que llevamos diciendo, hay que concluir que la historia detallada de los derechos humanos debe evitar las perspectivas hagiográficas e ideologizadas para mostrar -como hemos ido apuntando en este artículo- las dificultades, contradicciones y represiones que deben superar.

8. LA ONU Y LAS CIRCUNSTANCIAS TRAS LA DECLARACIÓN DE 1948

La primera gran Declaración de verdadero alcance internacional (aunque también de muy limitada efectación) la lleva a cabo la Organización de Naciones Unidas en 1948. Fue ya en plena turboglobalización (Mayos, 2012) posterior a las 2 guerras mundiales, que se llevó a cabo un muy relevante salto universalizador pues ahora ya se trataba de una construcción conjunta donde intervinieron agentes de muchos países y como una declaración que se dirigía también a la población de cualquier otro país presente o futuro.

Pero, aún así, también fue su contexto enlazaba con las luchas concretas en cada país y otras circunstancias político-sociales. Pues, también en 1948, la tarea colectiva humana de construir los derechos humanos adquiere un nuevo sentido para evitar -claramente- la reiteración de las dos guerras mundiales, de las terribles barbaries paneuropeas de entreguerras como el holocausto y el gulag, y de la entonces incipiente pero obsesiva 'Guerra fría' que, fácilmente, podía haber sido una guerra nuclear capaz de destruir la humanidad misma.

Conceptualmente, se explicita no sólo la universalidad e inviolabilidad de la dignidad humana sino -vinculada con ésta- del derecho básico “a tener derechos”. Notemos que ya no se trata tan solo de reconocer unos derechos fundamentales a ciertos ciudadanos ‘patrios’, ahora se trata de generalizarlos y efectivizarlos democráticamente partiendo del derecho universal de todo humano a tener derechos... y ¡los mismos derechos! O equivalentes, pues se trata de evitar que la posible formulación etnocéntrica de los derechos humanos o las diferencias culturales puedan restar el acceso de algunos grupos a ciertos derechos. Por eso, en la lucha por su efectucción, la gran cuestión pasa a ser por qué a ciertas poblaciones se les niega efectivamente el “derecho a tener derechos”.

9. ¿HAY METADERECHOS O HIPER-BIENES QUE ESTRUCTURAN LOS DERECHOS HUMANOS?

En tal caso, la reivindicación y aspiración para revertir esa exclusión queda explícitamente legitimada en todos los casos, pues los derechos humanos se han convertido en la actualización contemporánea de la necesidad de construir lo que llamamos un metaderecho o un hiperbien (en término de Charles Taylor, 2006; Sabio, 2014; Mayos 2014b) que sea necesario, universal, que estructure las distintas generaciones de derechos y que dé sentido a la humanidad en su conjunto (lo que Kant llamó un enfoque ‘cosmopolita’).

Ese metaderecho que todavía se tiene que definir plenamente y que debería incluir a todas las generaciones de derechos tiene a nuestro juicio distintos candidatos destacados. Tradicionalmente se ha considerado que la dignidad humana como el metaderecho que integra y al que remiten todos los derechos fundamentales o humanos. Claramente esta es la idea subyacente en la excelente tesis doctoral de Diva J. Coelho (2017).

Ahora bien, a nuestro juicio, en las últimas décadas también aspiran a ese papel unificador y sistematizador: el reconocimiento (Fraser y Honneth, 2018; Mayos, 2015), ‘el derecho a tener derechos’ (Arendt, 1974) e, incluso, consideramos un importante candidato a hiperbien el derecho al proyecto de vida (formulado por Carlos Fernández Sessarego y estudiado detalladamente por la excelente tesis doctoral de Bruno Oliveira, 2023).

Creemos que la búsqueda de ese o esos metaderechos humanos que estructurarían la totalidad de las distintas generaciones y derechos particulares es una de las tareas conceptuales más importantes de nuestro tiempo. Pues daría a los derechos humanos una perspectiva mucho más inmanente a los seres vivos que la tradicional transcendente de las religiones monoteístas y del libro; las cuales también buscaron explicitar ese hiperbien que daría el sentido último.

En esa línea, tanto la interpretación como el impacto de la Declaración de 1948 van evolucionando. Pues, a partir de los años 1970, los derechos humanos

devienen una *koyné* mínima y cada vez más aceptada generalizadamente. También es cierto que, paralelamente, se los “domestica” olvidando su vinculación con las luchas político-sociales bajo las que se crearon, explicitaron y se consiguieron. Además, el proceso de creación colectivo e interdisciplinar continúa hoy con la aparición de nuevas generaciones de derechos humanos, que abren nuevas politizaciones y responden a conflictividades a veces obviadas.

Entre ellas, apuntamos los nuevos derechos en torno al reconocimiento de la diferencia, los vinculados a las generaciones futuras, los que se quieren aplicar a animales no humanos (como p. e. los grandes primates) o al medio ambiente o a la diversidad de las especies. En estos últimos casos ¿se puede ir más allá del derecho de los humanos a un medio ambiente adecuado y a la riqueza y protección ecológica para -superando el antropocentrismo y el especismo- reconocer a lo existente su derecho al *conatus* (según el sentido de Spinoza), es decir a continuar existiendo en algún grado.

Por otra parte, seres hoy no existentes como nuestros futuros bisnietos ¿tienen derecho a tener derechos? ¿tienen derecho a tener similares posibilidades y dificultades que hemos tenido las generaciones anteriores? ¿Es legítimo negarles radicalmente el existir o degradarlo a condiciones claramente inhumanas? Evidentemente son cuestiones tan vitales como polémicas y ante las cuales el egoísmo -pero tampoco la ingenuidad- no son la mejor solución.

10. CONCLUSIÓN

Como vemos, la construcción histórica de los derechos humanos continúa hoy en día con gran impulso y notable conflictividad. En muchos aspectos no está demasiado lejos de lo que hemos destacado en las anteriores fases histórico-geográficas y contextos político-ideológico-sociales. Pues, tras su aparente abstracción y monoliticismo, los derechos humanos son un proceso colectivo poliédrico que solo puede ser analizado y asumido interdisciplinariamente, en un mundo cada vez más turboglobalizado, atendiendo macrofilosóficamente al derecho, a la religión, a la ética, a la ciencia, a la historia, a la cultura, a las ideologías, a la geopolítica, etc.

Es, además, un proceso revolucionario que ha culminado muchas de las más profundas aspiraciones de la humanidad a partir de las circunstancias concretas vividas en muchos países y contextos diferentes, pero que continúa apelándonos e impulsándonos a nuevas politizaciones, hasta hace poco casi impensables.

La historia de los derechos humanos nos recuerda que el derecho suele construirse después de constatar que ni la fuerza ni la violencia pueden bloquear por siempre los anhelos humanos. Por eso, a pesar de que suele ser hijo del conflicto, el derecho levanta un espacio mucho más pacífico y limita el ejercicio de la injusticia. Así ha sucedido con la lenta y conflictiva efectuación de los Derechos Humanos, que continúa abierta hoy en un horizonte en el cual no se vislumbra un

fin claro. En todo caso, estamos aprendiendo que representa un proceso global que implica a toda la humanidad y que es mucho mejor para todos que evitemos recaer en la violencia, sustituyéndola por vías jurídicas pacíficas.

Es indiscutible el poder performativo de las declaraciones e ideas de los derechos humanos. Lo que un día se enunció como un sueño casi imposible, luego fue efectuado por gente muy diferente en lugares muy lejanos. Por tanto, son muestra fidedigna de que, aún naciendo de circunstancias muy concretas y locales, apelan a la humanidad en conjunto. Por eso, confirman ideas presentes y que superaban sus propios déficits y errores en el cristianismo más universalista a pesar de su dogmatismo, en el iusnaturalismo que pretendía pensar en 'gentes' que ni conocía, en la ilustración que apelaba a un cosmopolitismo muy eurocéntrico, en las 'Epistemes del Sur' que también reclaman sumarse críticamente y ser reconocidos en ese proyecto de humanidad.

En todos los casos, la humanidad ha entrado en una poderosa carrera de relevos que siempre consigue ir más allá de las fórmulas, inevitablemente concretas y circunstanciales, por ambiciosísimas que sean. Con el tiempo, la humanidad consigue dar formas cada vez más potentes, inclusivas y generales a ideas tan básicas como, por ejemplo, una organización que reúna a todas las naciones, una paz efectiva y garantizada, la eliminación de la injusticia sobre la base del 'derecho a tener derechos', etc. ¡Hasta donde nos llevará esa carrera de relevos en que se siente inscrita la humanidad!

REFERENCIAS

ACEMOGLU, Daron. "Raíz histórica. Un enfoque histórico de la función de las instituciones en el desarrollo económico", *Finanzas & Desarrollo*, junio,, p. 27-302003.

ARENDDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus, 1974.

BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Barcelona: Paidós. 2005

BEL, Rolando. "El proceso de independencia haitiana (1789-1820)", *Anuario del Centro de Estudios Históricos "Prof. Carlos S. A. Segreti"*. Córdoba (Argentina), año 10, n° 10, p. 53-722010,.

BUCK-MORSS, Susan. *Hegel y Haití*, Buenos Aires, Norma, 2005.

CIPOLLA, Carlo M. *Educación y desarrollo en occidente*, Barcelona: Ariel, 1970.

COELHO, Diva J. S. *A ideia de dignidade entre o Ocidente e as culturas de modernidade recente: Uma Macro-comparação da Compreensão do Direito à Dignidade nos Países do BRICS*, Universitat de Barcelona, tesis doctoral dirigida por G. Mayos. 2017.

DIAMOND, J. (2006): *Armas, gérmenes y acero*. Debate, Barcelona.

DIAS, André Luiz F.; MAYOS Gonçal (eds.). *Violaciones de derechos humanos, poder y estado*, Brasil: Editora Paco. 2018

FRASER, N., & HONNETH, A.. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Madrid: Morata. 2018

FUKUYAMA, Francis. *La construcción del Estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Barcelona: Ediciones B, 2004.

GELLNER, E. *El arado, la espada y lo libro. La estructura de la historia humana*. Península, Barcelona, 1994

GIDDENS, Anthony et al. *Las Consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*. Barcelona: Anthropos, 1996.

GREENFELD, Liah. *Nacionalismo. Cinco vías hacia la modernidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

HALL, John A. *Poderes y libertades. Las causas y consecuencias del auge de occidente*. Barcelona: Península, 1988.

HIRSCHMAN, Albert O. *Las pasiones y los intereses*. Argumentos políticos a favor del capitalismo previos a su triunfo. Barcelona: Península, 1999.

HONNETH, Axel. *Crítica del agravio moral. Patologías de la sociedad contemporánea*, Buenos Aires: FCE, 2009.

HORTA, Jose Luiz B. "La Era de la Justicia. Derecho, Estado y límites a la emancipación humana, a partir del contexto brasileño". *Astrolabio: Revista Internacional de Filosofía*, v. 11 p. 75-85, 2010.

HUNT, Lynn. *La invención de los derechos humanos*. Tusquets: Barcelona, 2010 (traducción. *Inventing Human Rights: a history*, New York: W.W. Norton, 2007).

HUNTINGTON, Samuel P. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Barcelona: Paidós, 2005.

JAMES, Cyril L. R. (2010) *Los jacobinos negros. y la Revolución de Haití*. La Habana: Fondo Editorial Casa de las Américas, 1938.

LLOBERA, Josep R. *El dios de la modernidad. El desarrollo del nacionalismo en Europa occidental*. Barcelona: Anagrama, 1996.

MANN, Michael. *El lado oscuro de la democracia. Un estudio sobre la limpieza étnica*, València: Univ. València, 2009.

MANN, Michael. *Las fuentes del poder social. El desarrollo de las clases y los Estados nacionales 1760-1914*. Volumen II, Madrid: Alianza, 1997.

MANN, Michael. *Las fuentes del poder social. Una historia del poder desde los comienzos hasta 1760 d.C*. Volumen I, Madrid: Alianza, 1991.

MARKS, R.B. *Los orígenes del mundo moderno. Una nueva visión*. Crítica, Barcelona, 2007.

MATE, Reyes. "Hannah Arendt y los derechos humanos", *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura* (ISSN: 0210-1963) CLXXXVI, 742, p. 241-243, marzo-abril, 2010.

MAYOS, Gonçal. "Filosofía de la Historia" en *Guía Comares de Hegel*, Gabriel Amengual (Ed.). Granada: Editorial Comares, 2015

MAYOS, Gonçal. "AUTENTICIDAD, HIPERBIEN" en el blog *Gonçal Mayos*, 2014b. Disponible en: <https://goncalmayosollsona.blogspot.com/2014/12/autenticidad-hiperbien.html>, Consultado 5-11-2023.

MAYOS, Gonçal. "Cognitariado es precariado. El cambio en la sociedad del conocimiento turboglobalizada", *Cooperación y cambio social en el siglo XXI*. Eds. Gonzalo de Castro y Begoña Román. Barcelona: Intervida, p. 143-157, 2013.

MAYOS, Gonçal. "Para una macrofilosofía". *Macrofilosofía de la Modernidad*, Gonçal Mayos. Rota: dLibro, p. 9-16, 2012b.

MAYOS, Gonçal. Hegel. Dialéctica entre conflicto y razón. Barcelona: Linkgua, 2014a.

MAYOS, Gonçal. *Macrofilosofía de la globalización y del pensamiento único. Un macroanálisis para 'empoderamiento'*. Madrid: Editorial Académica Española, 2012a.

MCNEIL, William Hardy; McNeil, John, Robert. *Las redes humanas. Una historia global del mundo*. Barcelona: Crítica, 2004.

MCNEIL, William. *La búsqueda del poder. Tecnología, fuerzas armadas y sociedad desde el 1000 d.C.* Madrid: Siglo XXI, 2008.

MEZZADRA, Sandro. *Estudios poscoloniales. Ensayos fundamentales*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2008.

OLIVEIRA, Bruno A. S. (2023) *DIREITO AO PROJETO DE VIDA Macrofilosofia da Liberdade*, Universitat de Barcelona, tesis doctoral dirigida por G. Mayos.

POLO MAYA, Belén. *El «derecho a tener derechos» según Hannah Arendt*. Memoria del Treball de Final de Grau Estudis de Grau de Filosofia (Facultat de Filosofia i Lletres), Universitat de les Illes Balears. Illes Balears: 2014.

SABIO ESQUÍROZ, Maria Pilar. *La ética de la autenticidad en el nuevo marco cultural: pensando a Taylor*, Tesis Doctorals - Departament Història de la Filosofia, Estètica i Filosofia de la Cultura, Universitat de Barcelona (tesis doctoral dirigida por G. Mayos), 2014.

SALGADO, Karine. *A filosofia da dignidade humana - porque a essência não chegou ao conceito*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 1. 188p, 2011.

SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Buenos Aires: Katz, 2010.

SEN, Amartya. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

TAYLOR, Charles (2006). *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*, Barcelona: Paidós.

VIDAL, Gore. *La invención de una nación. Washington, Adams y Jefferson*. Barcelona: Anagrama, 2004.
WALLERSTEIN, Immanuel. *El Moderno sistema mundial en 4 volúmenes: (1979)*. Vol. I La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI (1974). (1984) vol. II. El mercantilismo y la consolidación de la economía-mundo europea, 1600-1750. (1998) vol. III. La segunda era de gran expansión de la economía-mundo capitalista, 1730-1850. (2011) vol IV: Centrist Liberalism Triumphant, 1789-1914, California, University of California Press.

CAPÍTULO 2

EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y SUS MISERIAS: PARTITOCRACIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL EN ESPAÑA^{1*}

Dr. Rafael Castillo Felipe²

Sumario. 1. Introducción. 2. La partitocracia como elemento de corrosión. 3. Las miserias del Consejo General del Poder Judicial. 4. Algunas consecuencias derivadas de la inserción del CGPJ en la dinámica partitocrática: desconfianza, desafección, activismo y oportunismo judicial. 5. Lineamientos para una reforma inaplazable. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la independencia judicial, aun siendo clásico, requiere de permanente atención: cuando aquella está ausente, se indaga sobre la necesidad y formas de procurarla, mientras que cuando está presente –aunque sea sólo formalmente– se buscan fórmulas para evitar que los agentes que pueden incidir sobre ella –singularmente los restantes poderes del Estado– la laminen o erosionen.

La presente contribución se centrará en el Poder Judicial español y utilizará la segunda perspectiva enunciada, es decir, la del refuerzo de la independencia judicial externa o institucional en tiempos de una fuerte polarización política. Este planteamiento se construye sobre una premisa relevante, cual es que pueden existir desincronizaciones entre la vertiente externa e interna de la independencia judicial. Así las cosas, mientras que la segunda existe hoy día en el ordenamiento jurídico español –hecho que, pese a su notoriedad, debe recordarse, sobre todo teniendo en cuenta la negación de la

^{1*} El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención» (PID2022-139585OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Gobierno de España), y en el marco de la Cátedra Jean Monet «The Transformative European Union Law Power» (Project: 101047458 — TEULP — ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH).

² Universidad de Murcia

misma que, con fines partidistas, vienen realizando fuerzas políticas nacionalistas catalanas y vascas– la segunda puede verse comprometida la fisionomía gubernativa del Poder Judicial.

En consecuencia, el enfoque anunciado impone considerar, a priori, cuáles son los peligros que acechan al Poder Judicial y cuáles los resquicios normativos que impiden neutralizar el riesgo y, por ende, aconsejan el refuerzo de aquella³. Siendo diversos los unos y los otros, me centraré en uno muy concreto: la conjunción de un sistema partitocrático desbocado con las fugas o defectos que presenta la regulación del órgano encargado de velar por la independencia judicial en España.

2. LA PARTITOCRACIA COMO ELEMENTO DE CORROSIÓN

La Constitución Española de 1978 –en adelante, CE– reconoce que los partidos políticos son instrumentos fundamentales para hacer efectiva la participación política (art. 6 CE). La canalización de las diversas ideologías y sentires políticos a través de estas asociaciones –no otra es su naturaleza jurídica– hace que nuestro régimen político pueda calificarse de “democracia de partidos”, noción que se contrapone a la de “Estado de partidos”⁴. La diferencia entre una y otra calificación obedece al hecho de que, en la democracia de partidos, existen ciertos ámbitos de la organización estatal que están excluidos de la acción de estas organizaciones, tales como la Corona, las fuerzas armadas o el Poder Judicial⁵.

Aunque desde un prisma abstracto esta es la idea que puede extraerse de una contemplación holística de la CE, lo cierto es que la realidad dista del deber ser, de modo que los partidos no renuncian a colonizar todo espacio estatal que, directa o indirectamente, esté a su alcance. La influencia en el Poder Judicial y en la jurisdicción constitucional –en España, separada de aquéllas, pues, un deseo no confesable de estas organizaciones, máxime si como

³ No defendemos con esto, como han hecho algunos autores, que puedan fijarse gradaciones en la independencia judicial y menos aún que puedan realizarse operaciones de taxonomía en esta materia. No obstante, sí consideramos que estando legalmente garantizada aquella, el régimen en cuestión puede ofrecer puntos susceptibles de mejora, al igual que un muro de contención que presenta un pequeño defecto puede seguir desempeñando su función, aunque precise de pequeñas reparaciones. Sobre esta cuestión, vid. TARUFFO, M., «Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces», en AA.VV., *La independencia judicial: un constante asedio*, NIEVA FENOLL, J.; OTEIZA, E. (dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 13-22, para quien la puesta en práctica de la independencia judicial «en diversos modos y grados parciales, equivale en realidad a su falta de aplicación». En abstracto esta idea es compartida por GASCÓN INCHAUSTI, F. y SÁNCHEZ LÓPEZ, B., «Independencia judicial y formación de los jueces: un vínculo difuso», en AA.VV., *La independencia judicial: un constante asedio*, cit., pp. 73-95, vid. p. 85, si bien resaltan, con una visión no exenta de realismo, que existen factores que coadyuvan a reforzar o disminuir la independencia judicial, en tanto que noción que se construye a través de una suma de variables positivas o negativas.

⁴ Vid. GARCÍA MORILLO, J. «Los derechos políticos: el derecho de reunión, el derecho de asociación» en LÓPEZ GUERRA, L., et al., *Derecho Constitucional*, Vol. I, 10ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 287.

⁵ *Ibidem*, p. 287.

siempre ha sucedido los integrantes de los partidos se ven inmersos en causas judiciales de diferente signo. Como veremos, dicha influencia no aspira a materializarse mediante órdenes directas a los tribunales decisores, sino a través de expresiones más sutiles vehiculadas a través de la ideología, las aspiraciones de los jueces llamados a decidir y el manejo por los propios partidos de los restantes poderes estatales.

La constatación empírica –entendiendo ahora por esta la que deriva de la observación atenta de la realidad y no de las encuestas– del funcionamiento de los partidos políticos permite entender también cuál es la lógica que aplican cuando colonizan una institución. Así las cosas, estas agrupaciones se caracterizan hoy día por la imposición del pensamiento único –triste señal de madurez de cualquier partido– y por la subordinación de todos sus integrantes a los designios del líder –o grupo de ellos–. Cualquier atisbo de pensamiento individual al margen de las consignas prefabricadas por el aparato del propio partido es visto como una amenaza potencial y lo único que se espera de sus integrantes es que se mantengan fieles a la organización; o lo que es lo mismo, que salvaguarden siempre el interés del partido, incluso cuando este diverge del interés general. Esta fidelidad se premia, a su vez, con cargos en la Administración –*rectius*, en las distintas administraciones– o, en su caso, en el Poder legislativo; su ausencia, en cambio, se castiga con la expulsión del *cursus honorum*⁶. En consecuencia, alrededor de los partidos se teje toda una red clientelar, basada en el binomio obediencia-promoción, que ha convertido la política en una salida profesional en sí misma, alejándola de la idea de contribución altruista y temporal al interés general⁷.

Expuesto lo anterior, se entiende sin dificultad que esperará el partido político de los jueces que entablen relaciones con él. Puesto que dicha relación nunca puede ser de afiliación o militancia, por cuanto el art. 127 CE prohíbe expresamente a los jueces en activo que pertenezcan a partidos políticos, estos instrumentarán sus relaciones con el Poder Judicial a través de otras vías: por un lado, los partidos políticos, pueden incidir en este a través de los espacios de poder que ya controlan y, concretamente, a través de los poderes legislativo y ejecutivo. La existencia de separación de poderes no evita esta influencia desde el momento en que se reconocen al Ejecutivo y al Legislativo funciones en la

⁶ Tal y como señaló NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 24: «Los gobernantes –desde el Presidente del Gobierno hasta el último ordenanza interino municipal– tienen que trabajar ciertamente para el Estado, el interés público (como se cuenta en los libros y se proclama en todos los discursos), pero no menos cierto es que también y en primer lugar deben atender los intereses del partido, aunque sólo sea porque si descuidan los del partido se quedan sin cargo y sin pan, bien porque el partido los cesa o porque pierde las elecciones siguientes y han de ceder el puesto al partido contrario».

⁷ Con claridad ha indicado NIETO GARCÍA, A., *Corrupción política...*, cit., p. 23, que «la versión moderna del viejo caciquismo es la partitocracia». En la misma línea y con cita de FERRAJOLI, recuerda MARTÍNEZ MORÁN, N., *Ética y deontología públicas*, 2ª ed., Universitas, Madrid, 2018, p. 320, que la partitocracia ha sustituido a la democracia auténtica y los partidos políticos se han convertido en “empresa-partido” y “empresa-gobierno”.

elección del órgano de gobierno del Poder Judicial, el Consejo General del Poder Judicial –en lo sucesivo, CGPJ–. Por tanto, y conforme a la mentalidad partitocrática expuesta, el magistrado aupado a este órgano por la mera voluntad del partido será visto como un amigo y adquirirá la condición de deudor de aquel –al menos para los integrantes de la fuerza política en cuestión– de aquel. Por el contrario, las fuerzas políticas que no hayan apoyado la elevación de un miembro del CGPJ percibirán a este como un enemigo⁸.

Por otro lado, los partidos políticos pueden entrar en contacto directo con los propios jueces en actividades de docencia e investigación organizadas por aquellos o por sus fundaciones o asociaciones dependientes⁹. Y si bien es cierto es que la mera participación en un foro de este tipo no debería convertir a los integrantes del Poder Judicial en sospechosos de connivencia política, también lo es que la visita asidua a los mismos puede acabar provocando si no una alineación del juez concreto con el partido, sí una apariencia de esta –siempre y cuando este no haya desvelado una ideología en sentido contrario; y, desde luego, si se ha visto forzado a tal revelación es que la apariencia de alineación existía –.

Igualmente, desde la óptica del juez su contacto con las fuerzas políticas puede generar una expectativa de promoción a los cargos que estas tienen capacidad de proveer a través del Legislativo y el Ejecutivo –singularmente, el CGPJ–, o bien a aquellos que dependen de otros magistrados previamente encumbrados por las fuerzas políticas –v. gr., Presidente de Audiencia Provincial, Presidente del Tribunal Superior de Justicia, Presidente de la Audiencia Nacional y Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo–. La expectativa de ascenso y promoción que no está objetivamente anudada a los méritos jurídicos de cada magistrado es, sin duda, un problema grave de la independencia judicial tanto en la vertiente externa como interna¹⁰.

Por supuesto, caben otras formas de contacto directo de los jueces con los partidos, algunas de ellas ilegales por incompatibles con su actividad jurisdiccional, como el asesoramiento a dichas organizaciones, pero no me detendré ahora en ellas.

⁸ Para un tratamiento *in extenso* de la figura del juez-político, que, en nuestra opinión constituye la antesala del político-juez, vid., por todos, NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno judicial*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 85 y ss., 144 y ss., y 237 y ss.

⁹ Estas actividades son compatibles con el ejercicio de la función judicial por mor de lo establecido en el art. 389 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁰ Al respecto, y junto al trabajo citado en la nota anterior, cfr. NIEVA FENOLL, J., «Trasfondo psicológico de la independencia judicial», en AA.VV., *La independencia judicial: un constante asedio*, NIEVA FENOLL, J.; OTEIZA, E. (dirs.), Marcial Pons, Madrid, pp. 23-37, ha destacado que se trata de uno de los factores psicológicos que puede llegar a condicionar la sentencia. Desde la vertiente externa analiza el tema GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. «Nombrar como manifestación del Poder del Consejo: discrecionalidad e independencia del juez», en AA.VV., *Independencia judicial y Estado constitucional. El gobierno judicial*, AGUILAR DE LUQUE (ed.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 69-100.

Por último, los contactos de los partidos –indirectos o directos– con el Poder Judicial facilitan la capitalización en términos políticos de los pronunciamientos judiciales. De este modo, el partido amplifica o reduce los efectos políticos de las resoluciones que afectan a sus rivales o a sí mismo apelando a la cercanía de los magistrados que las han dictado con los partidos de la oposición. En consecuencia, según la lógica partidocrática, cuando se dicta una sentencia desfavorable para un partido el problema no es que este haya incumplido la ley –el partido nunca falla–, sino que intencionadamente esta se ha interpretado para perjudicar deliberadamente a la fuerza política implicada en el litigio¹¹. Con ello se extrae la crítica de las resoluciones judiciales del campo técnico y se introduce en la dialéctica maniquea de la política, marcada por los eslóganes simplistas, los discursos carentes del más mínimo decoro intelectual y por supuesto huérfanos de cualquier rigor técnico que permita explicar por qué motivo una resolución se ajusta o no a Derecho. Esta forma de proceder supone la negación misma de la independencia judicial, puesto que la idea que subyace en ella es que el Poder Judicial no actúa sometido al imperio de la ley, sino a las ideologías políticas contrarias que lo colonizan y, por tanto, si es susceptible de colonización, debe ser el partido propio el que se haga con él. Comienzan entonces las embestidas del Poder legislativo y ejecutivo sobre el judicial con el fin de ahondar en el descrédito de este.

En definitiva, estamos en condiciones de afirmar que la partidocracia, que no se resiste a proyectar sus formas, modo y dialéctica sobre el Poder Judicial, constituye un severo elemento de corrosión de la independencia judicial en su vertiente externa.

3. LAS MISERIAS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Allí donde más delgada es la línea de contacto del Poder Judicial con el resto de los poderes es donde la independencia judicial se torna más dúctil. Esta confluencia se da, en algunos sistemas de *civil law*, en los altos consejos de la magistratura u órganos de gobierno de los jueces, en cuya designación participan el Legislativo y el Ejecutivo o uno de ellos. Por supuesto, el fenómeno no es privativo de este modelo, pero interesa recalcarlo porque existe algo de paradójico en que estos órganos, pensados como dique de contención de los restantes poderes, se conformen con intervención de las fuerzas a las

¹¹ En mi opinión, una sentencia resulta relevante para un partido político porque él como persona jurídica o alguno de sus miembros es parte en el proceso del que trae causa, porque la misma aplica leyes promovidas por el grupo parlamentario que representa a los electores del partido, o bien porque anula decisiones administrativas adoptadas por sus integrantes.

que se aspira a contener¹². Por tanto, su función primordial es velar por la salvaguarda de la independencia judicial y con tal finalidad se les atribuyen importantes funciones en materia de nombramientos, ascensos, ejercicio de la potestad disciplinaria y, en definitiva, cualquier cuestión que se presente íntimamente ligada con el estatuto jurídico del personal jurisdicente.

Las bondades de este modelo en el plano teórico se han evaporado en la esfera práctica, pues, de una parte, parece que estos órganos no han funcionado de manera neutra y han tratado de aumentar sus cuotas de autonomía, incluso más allá de lo necesario para el desempeño de sus funciones, hasta provocar algunas interferencias en las funciones del Legislativo y el Ejecutivo. De otra parte, cuanto mayores han sido las atribuciones de los consejos más suculentos se han tornado para el resto de los poderes estatales y, singularmente, para los partidos políticos que constituyen el alimento de estos¹³.

Partiendo de estas notas generales examinemos ahora qué ha sucedido con el CGPJ español, cuál es su situación actual y en qué medida la influencia de los partidos políticos ha condicionado el funcionamiento normal de este órgano de garantía.

La CE, dejando atrás la experiencia del régimen precedente, instauró el autogobierno de los jueces mediante la creación del CGPJ¹⁴. Este órgano de garantía está inspirado en el *Consiglio Superiore della Magistratura*, previsto en los arts. 104 y 105 de la *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947, y al igual que su homólogo transalpino, presenta una composición mixta; esto es, conviven en él tanto magistrados profesionales como juristas de reconocido prestigio ajenos a la función judicial¹⁵. Por lo que a continuación se anotará resulta pertinente transcribir el tenor literal del art. 122.3 CE:

El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un periodo de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas

¹² Una panorámica en clave comparada sobre la diversidad de modelos existentes Europa puede verse en: COUNCIL OF EUROPE, *Comparative Overview on Judicial Councils in Europe* [DG I-DCJ (2022) 1], disponible en: https://www.venice.coe.int/files/overview_JC_Europe_en.pdf, consultado por última vez el 19 de diciembre de 2023.

¹³ Seguimos en este punto las atinadas observaciones de BUSTOS GISBERT, R., *Independencia judicial e integración europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 370, que destaca que «tras la generalización de los consejos judiciales existía una visión ingenua (muy extendida entre jueces europeos como se desprende de sus textos) en virtud de la cual el gobierno del poder judicial es puramente técnico y apolítico».

¹⁴ Una síntesis de las injerencias del ejecutivo en la independencia judicial durante la dictadura franquista puede verse en GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho procesal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 60-61. Indica AGUILAR DE LUQUE, L., «Continuidad y reforma en el régimen jurídico del Consejo General del Poder Judicial» en AA.VV., *Independencia judicial y Estado Constitucional...*, cit., pp. 11-26, vid. p. 12, nota al pie núm. 3, que en las etapas anteriores a la dictadura no existen precedentes sólidos de una institución de autogobierno judicial. Por su parte, NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno judicial*, cit., pp. 148-149, cita como manifestaciones de autogobierno la Junta Organizadora del Poder Judicial de 1923 y el Consejo Judicial de 1952, ambos instaurados en sendos periodos de dictadura.

¹⁵ Sobre la influencia anotada en texto, vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «La independencia judicial y los altos tribunales», en AA.VV., *La independencia judicial: un constante asedio*, cit., pp. 165-184, especialmente pp. 173-177.

las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión.

Para el lector no familiarizado con el devenir el órgano de autogobierno de los jueces españoles, el precepto quizás invite a concluir que cada una de las cámaras del legislativo debe escoger a cuatro miembros, mientras que los doce restantes serán elegidos por el personal jurisdicente. Pues bien, nada más lejos de la realidad: desde la promulgación de la CE los jueces y magistrados han escogido a sus doce pares en el CGPJ tan sólo en una ocasión. En concreto, bajo el régimen que instauró la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, que preveía que la elección de los vocales de designación judicial se produjese mediante voto directo e individual, en circunscripción única, de todos los integrantes de la carrera judicial¹⁶.

Como quiera que el sistema previsto por la norma antedicha se armó con excesiva premura, no se aseguró la representación de todas las corrientes ideológicas existentes en la magistratura, lo que arrojó una composición del CGPJ enteramente conservadora, que entabló diversos enfrentamientos con el Ejecutivo, dirigido entonces por el Partido Socialista Obrero Español –a partir de ahora PSOE–¹⁷. Posteriormente, este mismo partido aprovechó una enmienda durante la tramitación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial –en adelante LOPJ– para configurar un nuevo régimen de elección, en virtud del cual se atribuyó al Congreso y al Senado la selección de los doce vocales de procedencia judicial. De este modo las cámaras legislativas pasaron a escoger la totalidad de los miembros del CGPJ, todo ello con el beneplácito del Tribunal Constitucional –en lo sucesivo, TC–, que declaró que la reforma se ajustaba a la CE en su sentencia núm. 108/1986, de 29 de julio¹⁸.

El análisis pormenorizado de esta resolución resulta inviable por cuestiones de extensión de este trabajo. Baste señalar que el contenido de la misma fue y es muy discutible, sobre todo porque, además de negar el carácter de órgano de autogobierno del CGPJ, el máximo intérprete de la CE atisbó

¹⁶ Los arts. duodécimo y decimotercero de esta norma pueden consultarse en el Boletín Oficial del Estado –BOE– [en línea] núm. 11, de 12 de enero de 1980, pp. 837-842, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-720>, consultado por última vez el 2 de diciembre de 2023.

¹⁷ Sobre las vicisitudes de la regulación primigenia del CGPJ, puede acudir a NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno judicial*, cit., pp.149 y ss. AGUILAR DE LUQUE, L., «Continuidad y reforma en el régimen jurídico del Consejo General del Poder Judicial», cit., pp. 14 y ss.; ELVIRA PERALES, A., «Composición y elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial» en AA.VV., *Independencia Judicial y Estado Constitucional...*, cit., pp. 27-50, especialmente 27 y ss.; GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho procesal...*, cit., p. 65.

¹⁸ La resolución cuenta con el siguiente identificador: ECLI:ES:TC: 1986:108 y puede consultarse en la web del Tribunal: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/671>, consultado por última vez el 19 de diciembre de 2023.

y advirtió el peligro de politización que conllevaba la designación por las cámaras de la totalidad de los integrantes de aquel órgano¹⁹. De hecho, la sentencia sugería que el juicio sobre la adecuación de la norma a la CE debía ser otro si se probaba que el sistema conducía a dicho resultado. Conclusión del todo punto censurable, en la medida en que desplazó el juicio de constitucionalidad del plano jurídico al fáctico, es decir, no se ciñó a la adecuación de la disposición cuestionada al contenido de la norma fundamental, sino que declaró la constitucionalidad sobre la base de un resultado no constatable en ese momento. Ello supone tanto como admitir, *ab initio* y en abstracto, la validez de las de normas que agrieten el órgano encargado de velar por la independencia judicial, pues, aunque sea notoria la probabilidad de colonización partitocrática, cuando se materialice el resultado ya habrá pasado el plazo para impugnar la disposición o, si esta se impugnó, la cosa juzgada impedirá un nuevo recurso frente a ella –salvo que se adopte la suspensión de la disposición como medida cautelar, algo que no parece probable, ya que al anudar la constitucionalidad de una norma a su efecto práctico parece que entonces no concurrirá el *fumus boni iuris*–.

Ulteriores reformas del art. 112 LOPJ han tratado de suavizar el planteamiento introducido en 1985. En primer término, la Ley Orgánica 2/2001, de 21 de junio, procuró a los jueces un cierto protagonismo en la elección de los vocales de procedencia judicial al encomendarles la propuesta de los candidatos elegibles por las Cortes²⁰. A tal fin debía elaborarse una lista de treinta y seis candidatos –el triple de los elegibles– en la que figurarían los nombres propuestos por las asociaciones judiciales y, en su caso, aquellos jueces no afiliados a estas que hubieran obtenido un respaldo del dos por ciento de los miembros de la carrera judicial en servicio activo. Los puestos en la lista se repartían en función del número de afiliados de cada asociación judicial y del número de jueces no afiliados a asociación alguna. Como se desprende del esbozo de las notas de este régimen, lo que hizo esta reforma fue potenciar el

¹⁹ Vid. el fundamento jurídico décimo de la STC 108/1986, de 29 de julio, donde se señalaba: «Sin entrar en consideraciones sobre el lugar que ocupan las Cortes en un sistema parlamentario y sin negar que el sistema elegido por la LOPJ ofrezca sus riesgos (...) debe advertirse que esos riesgos no son consecuencia obligada del sistema. En efecto, para que la argumentación de los recurrentes tuviese un peso decisivo sería necesario que la propuesta por las Cámaras de los veinte Vocales del Consejo convirtiese a éstos en delegados o comisionados del Congreso y del Senado, con toda la carga política que esta situación comportaría. Pero, en último término, la posición de los integrantes de un órgano no tiene por qué depender de manera ineludible de quienes sean los encargados de su designación, sino que deriva de la situación que les otorgue el ordenamiento jurídico. En el caso del Consejo, todos sus Vocales, incluidos los que forzosamente han de ser propuestos por las Cámaras y los que lo sean por cualquier otro mecanismo, no están vinculados al órgano proponente, como lo demuestra la prohibición del mandato imperativo (art. 119.2 de la LOPJ) y la fijación de un plazo determinado de mandato (cinco años), que no coincide con el de las Cámaras y durante los cuales no pueden ser removidos más que en los casos taxativamente determinados en la Ley Orgánica (art. 119.2 citada)»

²⁰ El título completo de la norma era Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Vid. BOE, núm. 155, de 29 de junio de 2001, pp. 23174-23176, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-12535>, consultado por última vez el 19 de diciembre de 2023.

papel de las asociaciones judiciales tanto por el hecho de que se les garantizaba una cuota en la selección de los candidatos como por la dificultad que implicaba para los jueces no asociados la obtención de los avales necesarios para poder presentar su candidatura.

En segundo lugar, la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio –en adelante, LO 4/2013– volvió a modificar el régimen de elección de los vocales de procedencia judicial, esta vez garantizando en mayor medida la concurrencia de jueces no pertenecientes a las asociaciones judiciales en el procedimiento de designación²¹. En este régimen, actualmente vigente, vocales del CGPJ siguen siendo elegidos por las Cortes, si bien, para presentar su candidatura, necesitan contar con el respaldo de una asociación judicial o con veinticinco avales de miembros en activo de la carrera judicial. Cabe decir que la LO 4/2013 se separó de una propuesta mucho más ambiciosa que, desde el año 2011, había sido elaborada por un grupo de especialistas y, aunque pueda verse en ella una tímida mejora respecto al régimen precedente, lo cierto es que, desde el punto de vista de la independencia externa del CGPJ, ofrece algunos peligros notables que van más allá del sistema de provisión de puesto –v. gr., la posibilidad de que los vocales no pertenecientes a la Comisión permanente compatibilicen el cargo con sus ocupaciones habituales–²².

La panorámica de los vaivenes en la regulación del órgano de autogobierno de los jueces español permite inferir cuál ha sido en la práctica el resultado de las reformas expuestas: la politización sin paliativos del CGPJ derivada de la imposición de la lógica partidocrática. Las diversas regulaciones sólo han servido para facilitar el acercamiento de los partidos a los jueces y magistrados, primero a través del cortejo personal a los candidatos y luego mediante la aproximación a las asociaciones judiciales para lograr su alineación con los intereses de los partidos²³.

De esta suerte, los partidos políticos identifican los perfiles que les interesan a través de la cercanía con las asociaciones y con los propios candidatos. Cuando cada partido dispone de sus nombres de confianza, las formaciones políticas negocian entre sí –*rectius*, a través de las delegaciones del partido que constituyen los grupos parlamentarios– y, previo reparto de los puestos disponibles, cada uno de los grupos se compromete a apoyar a los candidatos del contrario. En consecuencia, la elección –tanto la de los vocales judiciales como

²¹ El título completo de la norma es Ley Orgánica 4/2013, de 29 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Vid. BOE [en línea] núm. 155, de 29 de junio, de 2013, pp. 48734-48766, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-7061>, consultado por última vez el 19 de diciembre de 2023.

²² Sobre la cuestión puede acudirse de nuevo a AGUILAR DE LUQUE, L., «Continuidad y reforma en el régimen jurídico del Consejo...», cit., pp. 24-26; ELVIRA PERALES, A., «Composición y elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial...», cit., pp. 31 y ss.

²³ ELVIRA PERALES, A., «Composición y elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial...», cit., p. 30

la del turno de juristas de reconocido prestigio– consiste en un regateo político presidido por la mecánica del trueque, que, en general, resulta difícilmente compatible con la altura de miras que requieren las decisiones de Estado.

La operativa descrita es la que han asumido y ejecutado sin ningún tipo de pudor los dos partidos mayoritarios de España –Partido Popular y PSOE– durante años, hasta que la fragmentación política y la estrategia de los cordones sanitarios ha desembocado en una inhabilidad crónica para alcanzar la mayoría de 3/5 que el art. 122 CE exige para la elección. Descendiendo un poco más, la falta de consenso se ha debido, de una parte, al deseo de unos de utilizar la renovación como moneda de cambio o palanca en la negociación política, así como al deseo de mantener el *estatus quo* de mayorías que favorecerían al partido; y de otra, al ansia indisimulada de los otros de colocar en el órgano a sujetos totalmente alienados con el partido –práctica probable habida cuenta del obsceno grado de nepotismo que han alcanzado los nombramiento que dependen de las fuerzas políticas en los últimos tiempos–.

El colofón a este sistema supuestamente preñado de legitimación democrática es que el órgano de autogobierno de los jueces debería haberse renovado en 2018 y todavía no se ha alcanzado el acuerdo necesario para articular la elección. Esto conduce a confirmar la conclusión adelantada *supra*, que, por lo demás, resulta evidente a ojos de cualquiera que no esté alienado con una fuerza política, cual es que si la falta de acuerdo entre los actores políticos impide la renovación del CGPJ estamos ante un órgano absolutamente politizado, pues los tiempos y criterios que las Cámaras consideran para la elección efectiva de los candidatos son los de los partidos –*rectius*, los de los grupos parlamentarios– y no los que marca la CE o imponen las necesidades de la justicia.

Quizás exista quien desde la ingenuidad sostenga que la conclusión anterior es errónea porque una vez seleccionados los vocales actúan con independencia. Mas esta es otra falacia, no sólo por la expectativa que tenga el partido político en cuestión sobre el comportamiento futuro del sujeto que ha recibido su apoyo, que, en teoría, bien podría verse defraudada sin consecuencias adversas para el electo, sino por lo que los propios vocales puedan esperar del partido en el futuro; y aquí está la clave: el buen comportamiento en el seno del CGPJ se premia, a su vez, con el ascenso a otros cargos cuya elección depende, de nuevo, de los partidos políticos –TC, Consejo de Estado, Ministerios, etc.–. Especialmente llamativa resulta, en este sentido, la situación del TC, que cuenta con un buen número de magistrados que han formado parte del CGPJ antes de entrar en este exclusivo –y también politizado– órgano constitucional²⁴. Por

²⁴ Actualmente de los once magistrados que conforman el TC –existe una plaza sin cubrir de las doce disponibles–, cinco han formado parte del CGPJ. Uno de estos cinco fue también Ministro de Justicia. Una sexta ha sido directora general de un Ministerio y los restantes han desempeñado cargos gubernativos judiciales –es decir, en su mayoría escogidos por el CGPJ– o de designación política. En este sentido, el actual

tanto, los vocales del CGPJ están sujetos a influencias psicológicas análogas a las que sufren los propios jueces y magistrados respecto del CGPJ.

Precisamente las potestades del CGPJ en materia de nombramientos de jueces constitucionales, cargos judiciales y nombramiento de magistrados del Tribunal Supremo evidencian por qué este órgano resulta tan atractivo para los partidos políticos. Al respecto, nótese que, en España, los procesos judiciales que pueden causar un mayor daño reputacional a los partidos políticos, esto es, aquellos en los que se ventila la eventual responsabilidad penal de los altos cargos del Estado ocupados por sus miembros, se ventilan ante el TS por mor del desmesurado número de aforamientos existentes²⁵.

Hasta tal punto preocupa a los partidos políticos la potestad de nombrar del CGPJ, que, ante su falta de renovación a consecuencia del bloqueo político, el poder legislativo reformó la LOPJ para suprimir esta potestad mientras el órgano que nos ocupa esté en funciones (art. 570 bis LOPJ)²⁶.

El TC, de nuevo con una argumentación bastante discutible que bebe del fangoso planteamiento de la STC núm. 108/1986, de 29 de julio, ha declarado la constitucionalidad de la norma²⁷. La *ratio decidendi* de la sentencia radica, en síntesis, en la posibilidad del legislador orgánico de configurar –ante la falta de previsión constitucional expresa– un estatuto jurídico específico del CGPJ para una situación anómala, cual es que la renovación del órgano no se haya producido en el plazo de cinco años fijado por la CE. Adelanto que la resolución cuenta con un voto particular bien fundado que, en mi opinión, recoge la práctica totalidad de los reparos que suscita la argumentación de la mayoría del Tribunal, por lo que únicamente resaltaré algunos puntos de especial interés.

Así las cosas, la sentencia aplica, sin matiz alguno, la lógica de los órganos constitucionales de corte político al CGPJ, lo que lleva al Tribunal a trazar unos paralelismos con el estatuto jurídico del Gobierno y de las Cortes Generales que son erróneos, ya que entiende el TC que la limitación de cometidos es consustancial a cualquier órgano en funciones –esto es, pendiente de una renovación de sus integrantes–²⁸. Este paralelismo evidencia precisamente que la posibilidad de ejercicio pleno de algunas competencias que el

Presidente del TC fue también Fiscal General del Estado. No prejuzgo aquí la valía técnica de los magistrados, pues la mayoría son excelentes juristas, pero la lectura de los currículums disponibles en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/composicion/paginas/magistrados-detalle.aspx?ListItemId=98> [consultado por última vez] permite corroborar lo que afirmamos *supra*.

²⁵ Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «La independencia judicial y los altos tribunales», cit., pp. 182-183.

²⁶ Vid. La LO 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones, promovida por los Grupos Parlamentarios Socialista, Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4907, consultado por última vez el 19 de diciembre de 2023. La norma provocó, asimismo, que el CGPJ no pudiera cumplir con el encargo de escoger dos magistrados del TC que le atribuye el art. 159 de la CE. Circunstancia que motivó una ulterior reforma para posibilitar exclusivamente la renovación del TC.

²⁷ Vid. La STC núm. 126/2023, de 2 de octubre [ECLI:ES:TC:2023:128].

²⁸ En puridad las Cortes Generales siguen actuando a través de la figura de la Diputación Permanente (art. 78 CE), mientras que el Gobierno sí que queda en funciones *ex art.* 101 CE.

CGPJ tiene constitucionalmente encomendada queda subordinada a los vaivenes del ciclo político. La consecuencia, por tanto, es que la incapacidad –o falta de oportunidad– para alcanzar acuerdos de los partidos genera un órgano capitidismado al que se amputan potestades constitucionalmente garantizadas –entre ellas la de nombrar, por mor de lo dispuesto en el art. 122 CE–. Téngase en cuenta que la potestad de proveer ciertas plazas de las que dispone el CGPJ, singularmente las del magistrado del Tribunal Supremo, condiciona directamente la capacidad y tiempo de respuesta de los órganos jurisdiccionales. De este modo, mientras los periodos de paralización o reducción de la actividad del Legislativo y del Ejecutivo son inherentes a la dinámica del ciclo democrático, el poder judicial no puede –o no debe– quedar en suspenso ni verse obstaculizado por el tacticismo y los tiempos de la política. Es más, imaginemos que un CGPJ en funciones tuviera que hacer frente a una situación de calamidad colectiva que afectase a todos los magistrados de una Sala del TS ¿No es evidente que entonces quedaría paralizada la impartición de justicia en la Sala en cuestión? ¿Admitiríamos entonces que la potestad jurisdiccional quedase suprimida por mero capricho político?

Fuera del terreno de la hipótesis, la gran cantidad de vacantes pendientes de proveer en el TS evidencia la situación de grave urgencia –deliberadamente ignorada por los políticos– a la que aboca la paralización de los nombramientos. Sin duda, y sin perjuicio de que los magistrados resulten perjudicados por la coyuntura, las grandes víctimas son los ciudadanos que tienen que sufrir, por un lado, la dilación en la resolución de sus recursos y, por otro, la restricción en el acceso a los mismos, ya que, para aplacar a los saturados y hastiados magistrados, los partidos políticos –*rectius* el Gobierno o en su caso los grupos parlamentarios– les permiten preparar las reformas de las normas procesales que regulan el acceso a casación²⁹. Por supuesto, ni que decir tiene que cuando esto sucede los magistrados no dibujan las normas pensando en el justiciable o en la coherencia del ordenamiento jurídico, sino en la disminución de su propia carga de trabajo.

En algunos puntos, la argumentación principal que utiliza la STC núm. 126/2023, de 2 de octubre, para amparar la lobotomía del CGPJ resulta ingenua y aparece totalmente desconectada del actual contexto político-social, tal y como sucede cuando se afirma que la imposibilidad del CGPJ en funciones de realizar nombramientos constituye un estímulo para que las Cámaras reaccionen y procedan a la renovación de este órgano. Si bien, una mirada desde la lógica partitocrática permite concluir también lo contrario, es decir,

²⁹ Así ha sucedido con la reforma operada por el RD 5/2023, de 28 de junio –cuyo título completo no transcribiré para ahorrar sufrimiento al lector– que se ha realizado prescindiendo por completo de los sugerentes puntos de vista que podrían haber proporcionado los expertos de la academia y otros profesionales jurídicos que interactúan a diario con el sistema, como los abogados.

que cuando le interese a las Cámaras éstas podrán no renovar el órgano para que no realice nombramientos.

En este sentido, el art. 568 LOPJ ordena a los presidentes del Congreso y del Senado que adopten las medidas necesarias para renovar el CGPJ en plazo. Sin embargo, también estas autoridades operan a favor de los respectivos partidos y, si es menester, hacen caso omiso del deber reseñado con la tranquilidad del que sabe que su comportamiento no es sancionable ni se le exigirá responsabilidad política por ello³⁰. La atención a este punto es fundamental, por cuanto la STC núm. 126/2023, de 2 de octubre, considera justificado el diseño del régimen jurídico del CGPJ en funciones precisamente porque la no renovación en plazo es una situación anómala, pero obsérvese que dicha situación anómala la provocan precisamente las mismas Cámaras. De ahí que resulte kafkiano que como reacción al incumplimiento de sus propios deberes el legislativo trepane las facultades del CGPJ en lugar de autoimponerse a sí mismo medidas que eviten la producción de la anomalía.

En definitiva, en mi opinión, la reducción de las atribuciones del CGPJ no resulta constitucionalmente compatible con la admisibilidad de situaciones de bloqueo en la renovación, por lo que o se acepta una posibilidad o la otra. Por consiguiente, si se acepta la existencia de situaciones de bloqueo en la renovación habrá que garantizar que el CGPJ pueda seguir realizando sus funciones con normalidad cuando estas se produzcan para evitar que el limbo en que queda este afecte al ejercicio de la potestad jurisdiccional –especialmente del TS–; por el contrario, si se garantiza que la elección se produzca con agilidad y en plazo la medida quizás podría tener encaje al entender que no pone en jaque el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

El asunto de la pasividad de las cámaras en el impulso del procedimiento de renovación de los vocales del CGPJ ha llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante, TEDH– en el asunto *Lorenzo Bragado y otros vs. España*³¹. La sentencia estima la demanda de varios miembros de la Asociación judicial Francisco de Victoria que, tras postularse para las vocalías, vieron interrumpido el procedimiento de elección, hasta el punto de que este ni siquiera llegó a su término con las preceptivas votaciones en las Cámaras. Ciertamente, la *ratio decidendi* del pronunciamiento reside en la interpretación excesivamente rigorista que el TC había utilizado para inadmitir por temporáneos los recursos de amparo previamente deducidos por los candidatos y por ello estima vulnerado el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales –en

³⁰ En este sentido, repárese en que los presidentes del Congreso y del Senado que quiera respetar el mandato legal han de adoptar un papel especialmente activo en el resto de los órganos directivos de las Cámaras, concretamente en la Mesa y en la Junta de Portavoces.

³¹ Vid. STEDH de 22 de junio de 2023, *Lorenzo Bragado y otros vs. España*, núm. recursos 53193/21, 53707/21, 53848/21, 54582/21, 54703/21 y 54731/21. Puede accederse a la resolución a través del buscador de jurisprudencia del Tribunal: <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>, consultado por última vez el 19 de diciembre de 2023.

lo sucesivo, CEDH-. No obstante, el Tribunal de Estrasburgo recopila valiosas referencias a la independencia judicial y reconoce que podía inferirse de la legislación interna la existencia de un derecho subjetivo civil de los candidatos a que la elección se resolviese en los tiempos previstos al efecto, sin perjuicio de que cuál fuese el resultado³². La cuestión de la naturaleza del derecho cuya tutela había sido denegada por los tribunales es relevante, puesto que el Gobierno de España había sostenido la inaplicabilidad del convenio por tratarse de una cuestión política que quedaba extramuros de la protección que brinda a los derechos civiles el art. 6.1 CEDH; en otras palabras: se buscaba sin pudor que el TEDH refrendase que, en España, la cuestión de la elección del órgano constitucional encargado de velar por la independencia judicial es una cuestión política más y, por consiguiente, aquel puede entrar en una situación de catalepsia a resultas del juego de esta; lo que vale tanto como admitir –al menos con el régimen actual– que nuestros políticos consideran, con refrendo del TC, que la relación entre el Gobierno y las Cámaras, de un lado, y el CGPJ, de otro, es una relación vertical o de subordinación y no una relación horizontal que admite una modesta intervención de aquellas en la composición del órgano, como parece desprenderse de la CE.

Sea como sea, la argumentación principal de la STEDH *Lorenzo Bragado y otros*, su voto concurrente y su voto disidente coinciden en un aspecto esencial, cual es la preocupante situación desde el punto de vista de la independencia judicial de la que traía causa el asunto sometido a consideración del Tribunal³³.

4. CONSECUENCIAS PARA LA INDEPENDENCIA JUDICIAL DERIVADAS DE LA INSERCIÓN DEL CGPJ EN LA DINÁMICA PARTITOCRÁTICA: DESCONFIANZA, DESAFECCIÓN, ACTIVISMO Y OPORTUNISMO JUDICIAL

Expuesta la lastimosa situación del CGPJ, podemos destacar algunas consecuencias singulares de la penetración de la lógica partitocrática en el andamiaje judicial. Consideradas en su conjunto, como si de un mosaico se

³² Vid. parágrafo 108 de la STEDH de 22 de junio de 2023, *Lorenzo Bragado y otros vs. España*: STEDH de 22 de junio de 2023, *Lorenzo Bragado y otros vs. España* STEDH de 22 de junio de 2023, *Lorenzo Bragado y otros vs. España*: «The Court concludes that in the particular circumstances of the case the applicants, who were all included in the final list of candidates from which twelve judicial members of the GCJ were to be selected by Parliament, had a “right”, which was recognized under national law at least on arguable grounds, to participate in a procedure for membership of the GCJ and to have their candidacies examined by Parliament in a timely manner according to domestic law». Sin perjuicio de la argumentación principal, no puede dejar de anotarse que la resolución cuenta con un voto disidente emitido conjuntamente por los jueces Ranzoni, Guyomar y Gnatovskyy, en el que se defiende que el TEDH había ido demasiado lejos en la interpretación de las normas internacionales españolas asumiendo un papel que no le correspondía.

³³ De hecho, la sentencia, en sus párrafos 60 y ss., se hace eco de diversos informes y documentos emitidos tanto por entidades del Consejo de Europa, tales como la Comisión de Venecia, el GRECO –*Group of States against Corruption*–, como en el marco de la Unión Europea, de los que se desprende la necesidad de modificar el actual método de selección y permitir que sean los jueces, y no los políticos, quienes escojan a los vocales de procedencia judicial.

tratase, conducen a la conclusión de que existe una afectación de la independencia judicial externa.

La primera de ellas es la desconfianza de los ciudadanos respecto del Poder Judicial. En efecto, el sometimiento a las tensiones y a la mecánica de la política del máximo órgano de autogobierno de los jueces proyecta sobre la sociedad la imagen de que éste depende de los políticos. Contribuye a alimentar esta imagen, externamente, la impudicia y sentido institucional de los partidos –*rectius*, de los grupos parlamentarios– durante el procedimiento de renovación –o durante la obstaculización de mismo–, mientras que, internamente, el CGPJ ayuda mediante su autólisis en la toma de decisiones. Se da la circunstancia de que muchos ciudadanos no distinguen el aspecto gubernativo del Poder Judicial del ejercicio de la potestad jurisdiccional que se materializa con el dictado de cada sentencia, por lo que la contemplación de los lances políticos que se suscitan con ocasión de la provisión de las vocalías del CGPJ les lleva a proyectar sobre todos los jueces y tribunales las sospechas de contaminación partidista que inocular el juego parlamentario desplegado para la elección de aquellas. Si, asimismo, los ciudadanos consideran las funciones electivas de las que dispone el CGPJ, acaban concluyendo que la lógica de los ascensos en el seno de la carrera judicial es la misma que la de la política. El daño definitivo a la justicia se causa cuando estos mismos ciudadanos entablan procesos contra las administraciones o contra individuos con perfil político, pues entonces cualquier sentencia desfavorable para el demandante obedecerá, a su juicio, a una razón de conexión o favorecimiento político y no a una decisión técnica fundada en derecho³⁴.

De la misma manera, los partidos aprovechan en su propio beneficio la desconfianza en el poder judicial que ellos mismos siembran, achacando las sentencias que les perjudican a la presencia de magistrados de signo contrario en los tribunales. Es más, la puesta en tela de juicio de la independencia judicial se utiliza hoy día no sólo de modo reactivo –esto es, una vez dictada de la sentencia desfavorable para el partido– sino también de forma preventiva, es decir, antes de que exista un pronunciamiento o incluso un proceso. Este último tipo de ataque se ha mostrado especialmente útil cuando el poder ejecutivo pretende adoptar resoluciones de dudosa legalidad o manifiestamente ilegales que seguramente serán anuladas posteriormente en sede judicial.

Finalmente, la desconfianza generada por los efluvios de la política en la justicia permite también a los partidos utilizar el propio proceso judicial de manera torticera, singularmente el proceso penal. Así las cosas, en España, los partidos y algunas asociaciones ligadas a estos no dudan en interponer querellas

³⁴ Para las relaciones entre Estado de Derecho e independencia judicial, acúdase a CRAIG, P. «Definición y conceptualización del Estado de Derecho. La importancia de la independencia judicial», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 50, 2022, pp. 165-184, vid., especialmente, pp. 180-181.

manifiestamente infundadas ejercitando nuestra característica la acción popular (art. 125 CE). Se trata de “querellas de titular” que buscan únicamente el eco mediático y cuya desestimación se atribuye siempre no al carácter torticero de la acción, sino a la sombra de los adversarios políticos en el tribunal decisor.

Íntimamente ligada con la confianza encontramos, en segundo lugar, la cuestión de la desafección de los ciudadanos con el Poder judicial. Entendemos aquí por desafección la falta de estima o interés por conocer la organización de este poder, su cometido, sus taras y sus tímidas mejoras. Quizás haya quien argumente que, a diferencia de lo que sucede con el resto de los poderes del Estado, el ciudadano no debe estar afecto ni desafecto al Poder Judicial, sino sólo acudir a los tribunales cuando toque. Mas habrá que convenir que si la idea de independencia judicial externa se basa en la proyección hacia el exterior de un entero sistema judicial, no estará de más que quienes están sujetos a dicho poder tomen conciencia de sus rudimentos y aspectos básicos. De ahí que este interés por saber qué sucede y cómo sucede en el Poder Judicial sea una forma de reforzar la confianza en el Estado de Derecho; y no solamente porque dicho Estado de Derecho nos venga dado por mero automatismo, sino porque los ciudadanos alcancen por sí mismos la convicción de que es la mejor forma de articular la organización social³⁵.

Por ende, si los ciudadanos consideran que operan en el poder judicial las mismas lógicas que en el resto de los poderes, la desafección o desinterés será inevitable, lo que, a su vez, hará a aquél más vulnerable a los ataques de los partidos políticos que tratan de sembrar dudas sobre no ya sobre la independencia judicial en su vertiente externa, sino sobre la imparcialidad individual de los magistrados que juzgan las causas.

La tercera y última consecuencia a la que haremos mención es el fomento del activismo judicial y de lo que denominaré “oportunismo judicial”. En relación con el primero, repárese en que si los jueces perciben que los partidos políticos son los que controlan el CGPJ y este órgano es incapaz de cumplir sus cometidos básicos, singularmente, el de velar por la independencia judicial,

³⁵ Sobre la independencia judicial como elemento caracterizador del Estado de Derecho vid., de nuevo, CRAIG, P. «Definición y conceptualización del Estado de Derecho...», cit.; En doctrina española, GÓMEZ COLOMER, J. L., «Independencia judicial y diseño político del Estado» en AA.VV., *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tanto*, GÓMEZ COLOMER, J.; BARONA VILAR, S. CALDERÓN CUADRADO, M. P. (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 339-362; Sobre las relaciones entre el elemento cultural de cada país y la independencia judicial, resulta interesante el planteamiento que se localiza en GUTMANN J.; VOIGT, S. «Judicial Independence in the EU: a puzzle», *European Journal of Law and Economics*, Vol. 49, 2020, pp. 83-100, donde los autores indican que en los países donde existe una mayor individualismo y un grado importante de confianza en las instituciones disminuye la importancia de las reformas legales que tienden a incrementar la independencia judicial, es decir, tienen un efecto muy limitado. Si bien, en lo que aquí interesa, el estudio, construido sobre indicadores del *EU Justice Scoreboard* no atiende al elemento del nivel de intervención del ejecutivo en la provisión de puestos en el órgano de autogobierno de los jueces, en caso de que este exista.

existirá un mayor riesgo de que ellos fueren las normas para garantizar su idea propia de Estado de Derecho e incluso de independencia judicial³⁶.

Ahora bien, debe distinguirse este escenario, que, para poder calificarse como activismo, necesitaría de la transgresión los límites del propio sistema normativo, de la defensa individual de la independencia judicial que cada juez pueda articular fundadamente dentro de los límites legales y través de los mecanismos procesales brindados por el ordenamiento. Singularmente, pensamos en el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), cuya jurisprudencia se ha revelado como un baluarte de la protección del Estado de Derecho³⁷.

En lo que atañe al “oportunismo judicial”, considero que este se da cuando los jueces intencionadamente acompañan los tiempos de las decisiones judiciales al momento político. No se trata, por ende, de que haya una resolución que exceda los límites de la ley –asumiendo que estos puedan inferirse en el caso concreto con cierta claridad–, sino que el momento del pronunciamiento jurisdiccional se selecciona conscientemente buscando la generación o ampliación de los efectos políticos de la resolución. Ciertamente, se trata de un fenómeno que podría darse incluso donde la separación del poder judicial con los restantes poderes fuera absoluta o totalmente pura. Sin embargo, en lo que ahora es pertinente destacar, considero que, si los partidos ejercen un nivel de presión tal sobre el poder judicial que haga peligrar la independencia judicial externa, este riesgo se incrementa³⁸.

5. LINEAMENTOS PARA UNA REFORMA INAPLAZABLE

A la luz del examen de la situación del CGPJ, cabe colegir que el primer paso para procurar la independencia judicial externa es reducir el espacio de la política en la constitución del órgano encargado de velar por la independencia

³⁶ La noción de «activismo judicial» que manejamos parte de las precisas observaciones de ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Siete tesis sobre el activismo judicial», *Grand Place: pensamiento y cultura* [en línea], núm. 10, 2018, pp. 39-47, disponible en: <https://goo.su/W1fVAUi>, consulta por última vez el 19 de diciembre de 2023.

³⁷ No sin cierta polémica derivada del cuestionamiento de la competencia material de la Unión Europea para incidir en las cuestiones relativas a la organización jurisdiccional y al Estado de Derecho de los Estados miembros. El lector interesado en esta materia puede consultar, MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *El Estado de Derecho en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2021, *passim*; BUSTOS GISBERT, R., *Independencia judicial e integración europea*, cit., *passim*.

³⁸ Soy consciente de que la anotación anterior abre la vía a plantearse diversas cuestiones que exceden del objeto de este trabajo. Pienso ahora en dos que podrían abrir una senda para investigaciones ulteriores: en primer término, si la elección del momento para dictar una resolución que se tendrá consecuencias políticas puede acabar condicionando el contenido de esta, lo que obligaría a examinar el tema desde la perspectiva de la imparcialidad judicial; en segundo lugar, –y esto a priori parece dudoso– si sería compatible con la independencia judicial un sistema que tratase de evitar que los tiempos judiciales se solapen con los de la política; y, en su caso, cuáles serían las medidas idóneas y admisibles para lograr tal objetivo.

judicial, así como en su toma de decisiones en materia de nombramientos –el segundo, sería proveerle de mecanismos eficaces que le permitan cumplir tal misión, pero el examen de esta cuestión excede de nuestro objeto de análisis–.

De esta suerte, urge, en primer término, que se modifique el régimen de elección de los doce vocales de procedencia judicial con el fin de permitir que estos sean escogidos por los propios jueces. No era uno de los objetivos nuestro estudio la identificación de los perfiles concretos del sistema a instaurar, pero, como hemos tenido oportunidad de advertir, existen propuestas de alto nivel técnico que bien podrían retomarse. Ni que decir tiene deben articularse medidas para que se cumplan los plazos para ventilar el procedimiento, sin que sea posible su paralización. Dichas medidas deberían pasar por sancionar la pasividad de quienes tienen encargado el impulso del mismo.

En segundo lugar, la discrecionalidad reglada de la que goza el CGPJ en la provisión de ciertos puestos gubernativos debe eliminarse, lo que hará menos atractivo el máximo órgano de gobierno de los jueces a los partidos políticos y limitará el juego que entablan con ellos algunas asociaciones judiciales. La solución en este caso pasaría porque estos puestos se provean atendiendo al orden que los magistrados ocupen en el escalafón. Así las cosas, y puesto que indudablemente la asunción de las presidencias de Audiencias y de los Tribunales Superiores de Justicia requiere de ciertas habilidades de gestión y gubernativas, no estaría de más que todos los jueces y magistrados reciban formación en materias de gestión durante su etapa de formación en la Escuela judicial, en cuanto que competencia transversal que puede resultar muy útil a otros efectos.

Eliminada la discrecionalidad reglada en cargos con importantes funciones en la actividad gubernativa de los tribunales, debería hacerse lo mismo con la selección de los magistrados del TS –tarea que, como hemos anotado, compete también al CGPJ–. Y si bien es cierto que se ha avanzado en esta materia, lo cierto es que este órgano sigue teniendo un amplio margen de manobra, en tanto establece los méritos a considerar para el ascenso y la ponderación de los mismos³⁹. En este sentido, sería conveniente que el procedimiento de selección se articulase en torno a una serie de pruebas públicas de carácter oral. Extremo que sólo se cumple hoy día respecto de los juristas de prestigio no procedentes de la carrera judicial que pretenden acceder al alto Tribunal –el denominado “quinto turno”–.

Asimismo, debería garantizarse que, al margen de las exposiciones de perfil de los candidatos, existiesen ejercicios de carácter técnico, pues, pese a

³⁹ Para un estudio de la evolución de los límites de la discrecionalidad en materia de nombramientos hasta el año 2016, acúdase a GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. «Nombrar como manifestación del poder del Consejo...», cit.; para una valoración de la reforma operada por la LO 4/2018 respecto del panorama precedente, vid. CABELOS ESPÍERREZ, M. A., «La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reformulación», *Revista Española de Derecho Constitucional* [en línea], núm. 118, 2020, pp. 13-44, disponible en: <https://acortar.link/H37kYG>, consultado por última vez el 19 de diciembre de 2023.

que en el procedimiento actual reglado por el Reglamento 1/2010 del CGPJ, de 25 de febrero, permite considerar las «resoluciones de relevancia jurídica y elevada calidad técnica» dictadas por el candidato, no parece que ello sea suficiente. Ciertamente, por mor de lo dispuesto en el art. 344 LOPJ, dos de cada cuatro plazas que se reservan en el TS a los miembros de la carrera judicial se proveen entre especialistas. No obstante, no acabamos de ver cuál es el óbice que impide que estos candidatos desplieguen su conocimiento especializado en una prueba específica que tome en cuenta las habilidades que deberían exigirse a un magistrado del TS; principalmente, la capacidad de esos candidatos para contribuir al desarrollo de la jurisprudencia –capacidad que es erróneo presuponer a cualquier sujeto especializado en un curso de la Escuela Judicial–.

Por último, resultaría fundamental que la prueba se realizase ante una comisión de evaluación *ad hoc* integrada en su mayor parte por el Presidente y algunos vocales del CGPJ, pero también por magistrados del TS determinados por sorteo y, en menor número, juristas de reconocido prestigio –sintagma que sabemos ha sido corrompido también por los partidos políticos–. Cómo podría concretarse quien son estos es cuestión que no podemos resolver ahora, pero valga la propuesta de que se seleccionasen, por sorteo, entre Catedráticos de Universidad con más de veinte años de servicio en activo en sus respectivas disciplinas.

REFERENCIAS

AGUILAR DE LUQUE, L., «Continuidad y reforma en el régimen jurídico del Consejo General del Poder Judicial» en AA.VV., *Independencia judicial y Estado constitucional. El gobierno judicial*, AGUILAR DE LUQUE (ed.), Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 11-26, 2016.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «La independencia judicial y los altos tribunales», en AA.VV., *La independencia judicial: un constante asedio*, NIEVA FENOLL, J.; OTEIZA, E. (dirs.), Marcial Pons, Madrid, p. 165-184, 2019.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Siete tesis sobre el activismo judicial», *Grand Place: pensamiento y cultura* [en línea], n. 10, p. 39-47, 2018. Disponible en: <https://goo.su/W1fVAUi>, consulta por última vez el 19 de diciembre de 2023.

BUSTOS GISBERT, R., *Independencia judicial e integración europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., «La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reformulación», *Revista Española de Derecho Constitucional* [en línea], n. 118, p. 13-44, 2020. Disponible en: <https://acortar.link/H37kYG>, consultado por última vez el 19 de diciembre de 2023.

COUNCIL OF EUROPE, *Comparative Overview on Judicial Councils in Europe* [DG I-DC] (2022) 1], disponible en: https://www.venice.coe.int/files/overview_JC_Europe_en.pdf, consultado por última vez el 19 de diciembre de 2023.

CRAIG, P. «Definición y conceptualización del Estado de Derecho. La importancia de la independencia judicial», *Teoría y realidad constitucional*, n. 50, p. 165-184, 2022.

ELVIRA PERALES, A., «Composición y elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial»

en AA.VV., *Independencia judicial y Estado constitucional. El gobierno judicial*, AGUILAR DE LUQUE (ed.), Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 27-50, 2016.

GARCÍA MORILLO, J. «Los derechos políticos: el derecho de reunión, el derecho de asociación» en LÓPEZ GUERRA, L., *et al.*, *Derecho Constitucional*, Vol. I, 10ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

GASCÓN INCHAUSTI, F. y SÁNCHEZ LÓPEZ, B., «Independencia judicial y formación de los jueces: un vínculo difuso», en AA.VV., *La independencia judicial: un constante asedio*, NIEVA FENOLL, J.; OTEIZA, E. (dirs.), Marcial Pons, Madrid, p. 73-95, 2019.

GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho procesal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

GÓMEZ COLOMER, J. L., «Independencia judicial y diseño político del Estado» en AA.VV., *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tanto*, GÓMEZ COLOMER, J.; BARONA VILAR, S. CALDERÓN CUADRADO, M. P. (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 339-362, 2012.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. «Nombrar como manifestación del Poder del Consejo: discrecionalidad e independencia del juez», en AA.VV., *Independencia judicial y Estado constitucional. El gobierno judicial*, AGUILAR DE LUQUE (ed.), Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 69-100, 2016.

GUTMANN J.; VOIGT, S. «Judicial Independence in the EU: a puzzle», *European Journal of Law and Economics*, Vol. 49, p. 83-100, 2020.

MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *El Estado de Derecho en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

MARTÍNEZ MORÁN, N., *Ética y deontología públicas*, 2ª ed., Universitas, Madrid, 2018.

NIETO GARCÍA, A. *El desgobierno judicial*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.

NIEVA FENOLL, J., «Trasfondo psicológico de la independencia judicial», en AA.VV., *La independencia judicial: un constante asedio*, NIEVA FENOLL, J.; OTEIZA, E. (dirs.), Marcial Pons, Madrid, p. 23-37, 2019.

TARUFFO, M., «Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces», en AA.VV., *La independencia judicial: un constante asedio*, NIEVA FENOLL, J.; OTEIZA, E. (dirs.), Marcial Pons, Madrid, p. 13-22, 2019.

CAPÍTULO 3

ACESSO À JUSTIÇA E DECISÃO JUDICIAL: O TEMPO É IGUAL PARA TODOS?

Armin Mathis
Paulo Cerqueira dos Santos Junior
Suzy Sousa

Sumário: 1. Introdução. 2. Acesso à Justiça: o tempo é igual para todos? 2.1. Os litigantes. 2.2. Processo de obtenção e análise descritiva dos dados. 2.3. Estimação da curva de sobrevivência via Kaplan-Meier. 3. Conclusões. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, a expressão “justiça” passou a ser vista sob um viés axiológico, e o acesso à justiça passou a significar o acesso a uma ordem de valores fundamentais para a humanidade (Gonçalves, 2014). O entendimento de acesso à justiça como a garantia de “acesso a uma ordem jurídica justa” conferiu e ressaltou finalidades sociais e políticas à jurisdição, além das jurídicas (Watanabe, 1988; Cichocki Neto, 2008; Gonçalves, 2014).

A partir dessa perspectiva de acesso a uma ordem jurídica justa — e não apenas simples acesso à “máquina” judiciária —, surge a necessidade de prestar uma adequada tutela jurisdicional, isto é, conferir a cada um o mesmo resultado que o direito substancial lhe daria caso suas normas fossem espontaneamente observadas. Assim, passa a ser dever do Estado assegurar a todos que sejam titulares de uma posição jurídica de vantagem, em relação ao direito material, a possibilidade de obter, por meio do devido processo em direito (provido de garantias processuais, tais como contraditório, ampla defesa, produção de provas, fundamentação das decisões, etc.), uma tutela jurídica efetiva, tempestiva e eficaz (Canotilho, 2003; Souza, 2013; Gonçalves, 2014), atentando para o resultado da demanda e para as desigualdades entre os litigantes. Nas palavras de Souza (2013, p. 26), se “é indispensável a porta de entrada, necessário igualmente é que exista a porta de saída”.

No Brasil, a promulgação da atual Constituição Federal (CRFB/1988) constituiu um importante marco na afirmação destes direitos, razão pela qual, tanto pelo seu processo de construção quanto pelos seus avanços no campo dos direitos humanos, é considerada a Constituição Cidadã (Silva, 2011). O princípio da proteção judiciária, previsto no texto constitucional, no art. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII, abarca diversas garantias: da independência e imparcialidade do juiz ao juiz natural ou constitucional, a do direito de ação de defesa e a garantia de uma duração razoável do processo (Silva, 2011).

No entanto, a proteção judiciária e o acesso ao sistema jurídico, embora tenham sido reconhecidos como de suma importância entre os novos direitos individuais e sociais, ainda não podem ser considerados efetivos. Para Watanabe:

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e, sim, o de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (1988, p. 128).

Por certo, o acesso à ordem jurídica justa enfrenta alguns obstáculos, dentre os quais Cappelletti e Garth (1998) destacam: (1) o custo do litígio, em geral, das pequenas causas, e do tempo; (2) as diferenças de poder dos litigantes, isto é, a situação econômica, a eficiência para reconhecer ou fazer valer uma demanda ou uma ofensa — os *one shot litigants* vs. os *repeat players* —; (3) os problemas especiais dos interesses coletivos ou difusos.

São denominados *repeat players*, ou litigantes habituais, organizações ou demandantes comerciais com experiência regular do sistema judiciário, capazes de posicioná-lo estrategicamente, sobretudo em face dos *one shot litigants*, ou litigantes ocasionais, invariavelmente consumidores individuais com pouca ou nenhuma experiência regular da justiça e dos serviços jurídicos (Galanter, 2018). Nesse cenário, os litigantes ocasionais estão em clara desvantagem, pois lhes falta “competência legal”, que é mais do que o mero controle dos recursos econômicos, mas é também a habilidade de aplicar compreensão estratégica de modo a administrar o sistema judiciário para assegurar vantagens de longo prazo (Cappelletti; Garth, 1998).

Por outro lado, os litigantes habituais possuem diversas vantagens, dentre as quais Galanter (2018) destaca: (1) têm maior experiência com o Direito lhes possibilita melhor planejamento do litígio; (2) têm economia de escala, porque tem mais casos; (3) têm oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; (4) podem dissolver os riscos da demanda por maior número de casos, e (5) podem testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.

Além de Cappelletti e Garth (1998), teóricos como Sandel (2014) consideram que diferenças socioeconômicas entre litigantes em um processo judicial revelam o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a Corte, não correspondendo aos princípios de conduta social tendentes a realizar a Justiça.

Feitas tais considerações, o objetivo da presente pesquisa consistiu em analisar se, em processos cujas partes litigam em igualdade de condições no sentido jurídico-formal, contudo em situação desigual em relação a vantagens econômicas, há discrepâncias de tempo entre o ajuizamento da ação e um pronunciamento judicial de natureza decisória. Dois obstáculos ao acesso à justiça foram, portanto, considerados: as possibilidades das partes e o tempo processual.

Para alcançar o objetivo proposto, optou-se por definir o litigante mais forte: a mineradora Vale S.A. O recorte espacial escolhido foi o estado do Pará, onde a atuação da Vale tem gerado múltiplas disputas em razão das atividades de mineração realizadas pela empresa. A investigação teve por objeto as decisões judiciais em processos cíveis proferidas por juízes de 1º grau do Tribunal de Justiça do Estado (TJPA).

A pesquisa utilizou abordagem quantitativa, mediante análise de sobrevivência para estudar os dados relacionados ao tempo, além de estatística descritiva para sintetizar os dados obtidos, permitindo que se tenha uma visão global destes.

2. ACESSO À JUSTIÇA: O TEMPO É IGUAL PARA TODOS?

Com as reformas advindas do *welfare state*, o direito ao acesso efetivo à justiça recebe atenção à medida que estas reformas instrumentalizam os indivíduos de novos direitos substantivos e o acesso à justiça passa a ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico igualitário, que busque garantir efetivamente os direitos de todos (Tavares, 2018).

A partir da perspectiva da consagração dos valores defendidos pelo Estado Democrático de Direito, a jurisdição assume o caráter de efetivação da igualdade material e dos valores políticos, econômicos e sociais. Essa nova visão confere três planos de atuação da função jurisdicional: jurídico, social e político (Moralles, 2006).

O primeiro escopo da jurisdição, qual seja, o jurídico, por muito tempo foi considerado a única finalidade da atuação jurisdicional do Estado, uma vez que, ao aplicar a lei ao caso concreto, o Estado, por meio da substituição da vontade das partes e da atuação de órgãos públicos imparciais, afirma a existência da lei, pacifica com justiça e impõe sua autoridade. Ao resolver os conflitos por intermédio da prestação jurisdicional, a partir do plano social da jurisdição, o Estado realiza seu principal objetivo, que é a paz social; por sua

vez, a imperatividade das decisões proferidas representa o seu escopo político (Moralles, 2006; Gonçalves, 2014).

Contudo, não é raro que se enfrentem em um embate judicial, de um lado, organizações com elevado poder econômico, político, organizacional e informações privilegiadas e, de outro, pessoas físicas ou jurídicas de escassos recursos econômicos e pouca ou nenhuma capacidade jurídica pessoal. Do ponto de vista da igualdade material, um embate nestas condições pode ser comparado a um duelo entre Davi e Goliás (Gonçalves, 2014).

Em tais condições, admite-se que grandes empresas e organizações estão em vantagem ano embate judicial em face de litigantes ocasionais, uma vez que é mais simples mobilizar as empresas a tirarem vantagens de seus direitos, o que muitas vezes se dá exatamente contra pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema (Cappelletti; Garth, 1998).

Da mesma forma, o tempo envolvido para a obtenção de uma tutela jurisdicional, sobretudo para a solução do litígio, consiste em barreira para o acesso à justiça e merece atenção, visto que o acesso à ordem jurídica justa implica uma proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada (Canotilho, 2003; Souza, 2013; Gonçalves, 2014). Outrossim, a morosidade processual está diretamente ligada à barreira socioeconômica e traz maiores desvantagens para os mais pobres, que, com frequência, precisam esperar dois anos ou mais por uma decisão exequível. Tal demora aumenta os custos para as partes e pressiona ou induz os economicamente hipossuficientes a abandonar suas causas ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito (Cappelletti; Garth, 1998).

Fontainha (2009, p. 49) afirma que, em todos os processos contenciosos, ao menos um litigante não tem interesse no andamento da lide e se beneficia da morosidade dos julgadores. Além disso, a possibilidade financeira de contar com o patrocínio processual de grandes escritórios de advocacia contribui para que se prolongue indefinidamente o tempo transcorrido entre a protocolização da petição inicial e a satisfação efetiva do litígio, já que muitos advogados organizam e rentabilizam a sua atividade com base na demora dos processos (Santos, 2003).

No Brasil, a morosidade do judiciário é vista como incentivo a grupos de interesses que visam apenas explorar a lentidão do sistema para adiar o cumprimento de uma decisão, por meio da possibilidade de recurso a diversas instâncias superiores (Ferrante; Yeung, 2012).

Nesse cenário, é notório que a intempestividade na prestação de tutela jurisdicional causa grandes prejuízos, sobretudo para a parte hipossuficiente, afastando o cidadão de seu direito e, conseqüentemente, impedindo o acesso à justiça. O uso desses mecanismos de pressão evidencia um jogo de poder em nível econômico, social e cultural, no qual o poder do capital prevalece e constitui terrível fator de injustiça social (Mattos, 2009; Tavares, 2018).

2.1. Os litigantes

Para o presente estudo, optou-se por definir o litigante mais forte: a mineradora Vale. S.A. A empresa Vale do Rio Doce foi criada em 1942 por meio do Decreto-Lei n. 4.352/1942, o qual encampou a Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. e a Companhia Itabira de Mineração S.A (Brasil, 1942). Tratava-se de empresa estatal até 1997, ano em que foi privatizada, sendo adquirida ao preço mínimo de USD 3,338 bilhões por um consórcio liderado pela Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) (Dias, 2016).

Atualmente, a Vale S.A. é uma das principais produtoras mundiais de minério de ferro e de níquel, dedicando-se, ainda, à produção e à venda de pelotas de minério de ferro, níquel, cobre, metais do grupo da platina (PGM), ouro, prata e cobalto como subprodutos de níquel e cobre, além de possuir investimentos em negócios de energia elétrica e aço (Vale, 2022a).

Presente nos cinco continentes, a mineradora possui sistemas de logística que incluem ferrovias, terminais marítimos e portos integrados às suas operações. Em 2022, a Vale gerou um lucro líquido atribuído das operações continuadas no valor de US\$ 16,8 bilhões em 2022. (Vale, 2022a).

Dentro da Amazônia Brasileira, a Vale se constituiu em uma organização econômica importante nos últimos trinta anos devido à atividade de mineração, diante da sua crescente importância econômica para o país e para a região de estudo (Faustino; Furtado, 2013; Dias, 2016). No estado do Pará, a Vale atua principalmente na Região de Carajás, onde estão localizados seus projetos de exploração mineral e onde começa a Estrada de Ferro Carajás (EFC) (Dias, 2016).

Não raro, conflitos envolvendo a mineradora em razão de sua atuação são levados ao Poder Judiciário a fim de obter a resolução do impasse. A Vale reconhece estar envolvida em inúmeras disputas e ações judiciais, incluindo processos cíveis, administrativos, tributários, previdenciários e trabalhistas. No final do ano de 2022, a provisão para litígios da empresa Vale e suas subsidiárias foi no aporte de R\$ 551 milhões. Para processos não provisionados, dentre os quais a mineradora destaca as ações civis públicas movidas por associações representativas das comunidades indígenas Kayapó e Xikrin, que buscam a suspensão das licenças ambientais dos empreendimentos de Onça Puma (níquel), Salobo (cobre) e S11D (minério de ferro), todos no estado do Pará, o passivo contingente no final de 2022 foi de R\$ 6.625 milhões (Vale, 2022b).

De 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2022, a Vale realizou depósitos judiciais tributários, cíveis, trabalhistas e ambientais no montante de R\$ 6.338 milhões, além de contratar R\$ 12 bilhões de garantias para processos judiciais como alternativa aos depósitos judiciais, demonstrando seu grande poderio econômico para enfrentar as batalhas perante os tribunais. (Vale, 2022b).

Para compor o estudo, foram selecionados casos em que a Vale S/A, considerada a parte mais forte da relação processual, litiga contra pessoa física, grupo de pessoas físicas, associação, cooperativa, Microempreendedor Individual (MEI), Microempresa (ME) ou Pequena Empresa (PE), consideradas a parte mais fraca no processo.

O processo de levantamento dos dados e os resultados estão expostos a seguir.

2.2. Processo de obtenção e análise descritiva dos dados.

O objeto da presente pesquisa consistiu em decisões interlocutórias e sentenças proferidas em ações cíveis por juízes de primeira instância das comarcas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA). O material empírico foi coletado do sítio eletrônico do TJPA, especificamente no link disponível para consulta pública (Pará, [2022]).

Considerando que, à época da coleta dos dados, não havia padronização da nomenclatura das partes no momento em que as ações eram cadastradas no sistema, a investigação foi realizada utilizando razões sociais, nome fantasia, nomes abreviados, siglas e combinações de nomes e nomes e siglas, dos quais foram obtidos resultados para as seguintes buscas: “C V R D - COMPANHIA VALE DO RIO DOCE”, “CIA VALE DO RIO DOCE CVRD – CVRD”, “COMPANHIA VALE DO RIO DOCE”, “COMPANHIA VALE DO RIO DOCE – CVRD”, “COMPANHIA VALE DO RIO DOCE CVRD”, “COMPANHIA VALE DO RIO DOCE S/A”, “COMPANHIA VALE DO RIO DOCE VALE”, “VALE S.A”, “VALE S/A”, “VALE S/A - UNIDADE OPERACIONAL ONCA PUMA” e “VALE.S.A”.

Foram excluídas as ações em que a Vale litiga em face da Fazenda Pública, bem como os casos em que o Estado constitua uma das partes do processo. Desse modo, não entraram na amostra processos nos quais são parte o Estado, os municípios, as prefeituras e as autarquias. Também foram excluídas ações em que o Ministério Público seja parte. De forma mais específica, nenhuma ação cujo conteúdo se refira à dívida pública, execução fiscal ou tributária, bem como demandas propostas pelo Ministério Público, foram incluídas no estudo. Tais exclusões se justificam em razão de esses litigantes poderem ser classificados como *repeat players* (litigantes habituais).

Também foram excluídos os processos cujas sentenças foram terminativas com extinção do feito sem resolução do mérito, incluindo aquelas em que a Vale foi declarada parte ilegítima para figurar na ação, além de sentenças homologatórias de acordo. Estas exclusões justificam-se em virtude de que, nessas situações, o juiz não decide se assiste razão ou não à pretensão levada à Corte. De igual modo, foram excluídos os processos e/ou as decisões judiciais que versavam sobre matéria meramente processual, pois não analisam o direito material envolvido na lide.

Em processos com mais de um pronunciamento judicial de natureza decisória, todas as decisões foram analisadas e incluídas no banco de dados. Desse modo, chegou-se a um total de 164 (cento e sessenta e quatro) decisões judiciais que satisfizeram as condições propostas para formar o estudo. As petições deferidas, quer seja total ou parcialmente, foram consideradas como decisão favorável à parte que as requereu.

Utilizou-se a seguinte distinção para análise das decisões: a) Liminar: nessa categoria, foram incluídas as decisões judiciais proferidas em sede de cognição sumária, antes da decisão definitiva (sentença), seja sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, seja sob a vigência do novo Código de Processo Civil de 2015. Sendo assim, fazem parte dessa categoria tutelas cautelares, tutela antecipada de urgência, tutela de evidência, tutela de urgência incidente, enfim, todas as medidas cautelares, de natureza conservativa, ou os provimentos que antecipam provisoriamente resultados materiais, em parte ou no todo, do direito disputado, e b) Sentença: decisão por meio da qual o juiz, após cognição exauriente, regula definitivamente a questão discutida, pondo fim à fase cognitiva no procedimento comum.

Ao analisar o pronunciamento dos juízes locais, verificou-se que 69,5% (114) foram decisões favoráveis à Vale S/A e 30,5% (50) foram decisões desfavoráveis a esta. O teste Qui-quadrado realizado ($\chi^2 = 24,976$; p-valor < 0,00) demonstrou que existe diferença estatisticamente significativa entre as proporções de decisões favoráveis e desfavoráveis à mineradora, a um nível de significância de 5%. Em outras palavras, a frequência observada de decisões favoráveis à empresa diverge da frequência esperada.

Quando observadas somente as liminares, 77,9% das decisões foram benéficas ao grande litigante. Nas sentenças, por sua vez, a Vale S/A obteve êxito em 55,0% das decisões. Ademais, o resultado do teste Qui-quadrado obtido demonstrou que há correlação entre a decisão proferida (se favorável ou não à Vale S/A) e o tipo de decisão (liminar ou sentença). Os resultados estão expostos na Tabela 1.

Tabela 1: Resultado favorável à Vale nas decisões judiciais analisadas, distribuídas de acordo com o tipo de decisão

Tipo de decisão	A decisão foi favorável à Vale?		Total
	Não	Sim	
Liminar	23 (22,1%)	81 (77,9%)	104 (100,0%)
Sentença	27 (45,0%)	33 (55,0%)	60 (100,0%)

$\chi^2 = 8,354$; p-valor = 0,004 (com correção de Yates para tabelas 2x2).

Fonte: Elaboração própria, com dados extraídos do sítio eletrônico do TJPA.

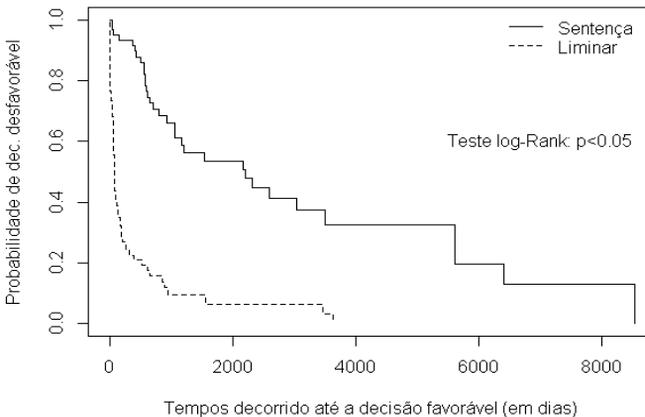
2.3. Estimacão da curva de sobrevivência via Kaplan-Meier

A fim de verificar o tempo decorrido até uma decisão favorável à Vale, aplicou-se a análise de sobrevivência. Considera-se, para esta pesquisa, que o termo “sobreviver” está relacionado ao tempo do processo enquanto não há uma decisão benéfica à mineradora. Os dados censurados, por sua vez, são aqueles relacionados aos processos com decisão desfavorável à empresa e, portanto, favorável à parte hipossuficiente.

Para formalizar a hipótese de diferença nos tempos, aplicou-se o teste *log-rank*, que compara duas curvas de sobrevivência sob a hipótese nula de que a incidência do evento em cada estrato é igual. O resultado obtido teve *p-valor* < 0,05 — portanto, a diferença entre as duas categorias é estatisticamente significativa.

A Figura 1 traz a funo de sobrevivência dos processos que compõem a pesquisa, estratificados de acordo com a variável “tipo de decisão”, quando a decisão  favorável à Vale. Como esperado, das características processuais relacionadas a cada decisão, verifica-se que a funo de sobrevivência relacionada às sentenças forma uma escada mais extensa que decai lentamente ao longo do tempo, enquanto a funo de sobrevivência das decisões liminares é bastante íngreme e, por conseguinte, relacionada a um período de tempo mais curto até a decisão favorável à Vale.

Figura 1:
Funo de sobrevivência dos processos judiciais envolvendo a Vale,
estratificada de acordo com o tipo de decisão para decisões favoráveis.



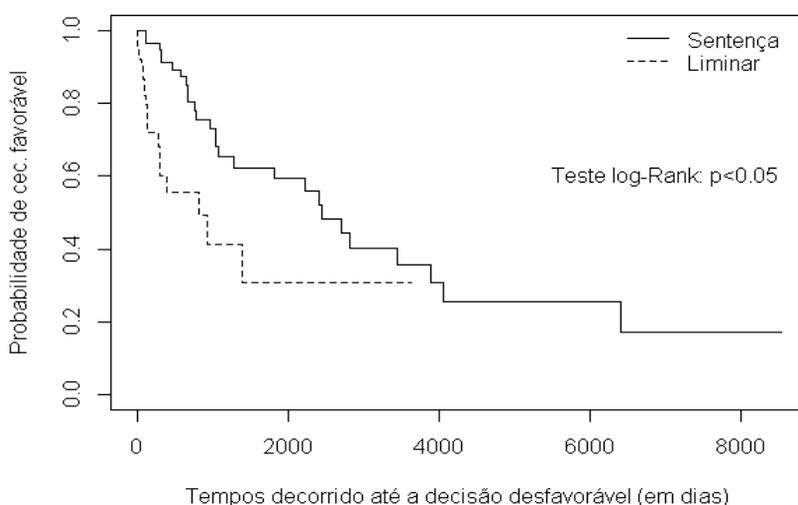
Fonte: Elaborao própria, com dados extraídos do sítio eletrônico do TJPA.

A partir das estimativas de Kaplan-Meier, verificou-se que o tempo mediano entre o ajuizamento da ao e uma decisão liminar favorável à Vale  de 84 dias (ou 2 meses e 23 dias). Por outro lado, foi observado um tempo

mediano de 2.212 dias (ou 6 anos e 21 dias) para que a mineradora obtenha uma sentença que lhe seja favorável.

A Figura 2 apresenta a função de sobrevivência dos processos que compõem a pesquisa, estratificados de acordo com a variável “tipo de decisão”, todavia com a análise complementar, isto é, quando o evento de interesse é uma decisão desfavorável à Vale. Nesse caso, as estimativas de Kaplan-Meier indicaram que o tempo mediano entre o ajuizamento da ação e uma decisão liminar desfavorável à Vale é de 826 dias (ou 2 anos, 3 meses e 4 dias). Já o tempo mediano para uma sentença desfavorável à mineradora é de 2.443 dias (ou 6 anos, 8 meses e 8 dias).

Figura 2:
Função de sobrevivência dos processos judiciais envolvendo a Vale, estratificada de acordo com o tipo de decisão para decisões desfavoráveis.



Fonte: Elaboração própria, com dados extraídos do sítio eletrônico do TJPA.

Os resultados empíricos demonstram a dissonância entre o tempo para prolação das decisões e o acesso à justiça como acesso à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Como visto, o tempo mediano entre o ajuizamento da ação e uma decisão liminar favorável à Vale é de 84 dias (ou 2 meses e 23 dias), enquanto o tempo mediano até uma liminar desfavorável à mineradora é de 826 dias (ou 2 anos, 3 meses e 4 dias). Há, portanto, uma diferença de mais de dois anos entre o tempo mediano no qual os juízes estaduais no Pará proferem uma liminar benéfica à Vale e uma liminar desvantajosa para a empresa.

3. CONCLUSÕES

As decisões judiciais que compuseram a pesquisa se deram em ações nas quais subsiste, dentro do processo, uma simetria entre autor e réu, predominando a ideia de isonomia entre as partes e a paridade de armas. Impera, nessas decisões, a premissa da igualdade de condições no sentido jurídico-formal, isto é, a igualdade frente ao ordenamento jurídico. Contudo, existe nítida superioridade da empresa de mineração Vale em relação ao litigante contrário.

Na busca pela prestação jurisdicional, a Vale possui diversas vantagens, segundo os conceitos de Cappelletti e Garth (1998). A primeira, sem dúvida, é a superioridade econômica. A mineradora possui recursos financeiros consideráveis a serem utilizados em ações judiciais, o que a coloca em um ponto de partida obviamente vantajoso ao propor ou defender demandas, podendo pagar para litigar, sejam as custas judiciais, seja a representação de grandes escritórios de advocacia, além de suportar a demora do processo. Basta verificar que, apenas para litígios cíveis, como os estudados na presente pesquisa, a provisão da mineradora e suas subsidiárias foi no aporte de US\$ 131 milhões no final do ano de 2017, demonstrando seu grande poderio econômico para custear o andamento da lide.

A Vale é uma litigante habitual. Por ser parte em diversas ações judiciais, a mineradora apresenta experiência regular do sistema judiciário, o que lhe confere competência legal e capacidade para agir estrategicamente e administrar o sistema judiciário para lhe assegurar vantagens. Tais vantagens econômicas, políticas e organizacionais colocam a Vale em um ponto de partida favorável em um embate judicial contra pessoas físicas ou jurídicas detentoras de insignificantes recursos econômicos e informações, quando comparadas àquela grande corporação.

Os resultados empíricos obtidos no presente estudo demonstraram a dissonância entre o tempo para prolação das decisões e o acesso à justiça como acesso à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Como visto, o tempo mediano entre o ajuizamento da ação e uma decisão liminar favorável à Vale é de 84 dias (ou 2 meses e 23 dias), enquanto o tempo mediano até uma liminar desfavorável à mineradora é de 826 dias (ou 2 anos, 3 meses e 4 dias). Foi verificada, portanto, uma diferença de mais de dois anos entre o tempo mediano no qual os juízes estaduais no Pará proferem uma liminar benéfica à Vale e uma liminar desvantajosa para a empresa.

Essa disparidade temporal pode ser explicada, em parte, pela atuação dos advogados da parte mais forte. Ao ajuizarem ações que envolvam grande valor financeiro, causas consideradas de maior importância e relevância, é rotineiro que grandes escritórios de advocacia designem advogados para “despachar com o juiz”, termo comumente utilizado na práxis forense para a ação

de falar pessoalmente com o magistrado a respeito de uma causa ou pedido que caberá a este apreciar. Os advogados utilizam a prerrogativa de falar pessoalmente ao magistrado para enfatizar os fatos e requerimentos, na tentativa de aumentar as chances de ter seus pedidos acolhidos pelo juiz, sobretudo em pedidos urgentes (liminares e antecipação de tutela).

Verificou-se, ainda, uma diferença de mais de 8 meses entre o tempo mediano entre o ajuizamento da ação e uma sentença favorável à mineradora (2.212 dias, ou 6 anos e 21 dias) e o tempo mediano até uma sentença desfavorável (2.443 dias, ou 6 anos, 8 meses e 8 dias).

Não se olvida, ainda, que a morosidade judicial pode ser utilizada pela Vale para barganhar acordos em valores inferiores ao que efetivamente seria justo, mormente com aqueles que têm menos recursos e maior necessidade de receber o que lhes é devido — sobretudo em litígios cíveis que envolvem patrimônio, como são a maior parte dos casos contemplados nesta pesquisa: ações envolvendo posse de bens, ações indenizatórias e ações de cobrança. Todas, assim, envolvem um bem ou capital; quanto mais a parte hipossuficiente carece desses valores ou bens, mais vulnerável se torna a ceder às propostas hostis e a se submeter a acordos arbitrários.

Há, ainda, a litigiosidade contida, gerada pelo descrédito institucional, que faz com que muitos jurisdicionados desistam de buscar a proteção de seus direitos perante o Poder Judiciário. Nesse cenário, o acesso à justiça acaba sendo a variável menos importante; o que importa é a perspectiva do ganho em escala para se tomar a decisão de manter ou não o processo “vivo”, isto é, enquanto “permanecer” no judiciário for mais rentável para a Vale, dificilmente haverá solução para o conflito em tempo razoável, contradizendo o ideal de acesso à justiça com a prestação de uma tutela adequada, eficaz e tempestiva.

É certo que a simetria perfeita de armas entre os litigantes não é de todo atingível, sobretudo em cenários com alta discrepância material entre estes. Contudo, o andamento dos processos nos quais a Vale está inserida, na sua conformação atual, materializa oportunidades para que a mineradora faça uso não apenas da sua superioridade em termos econômicos e de competência legal, mas que também utilize as deficiências estatais para auferir vantagens em detrimento de litigantes com inferior arsenal financeiro, organizacional e influência política.

Sob essa perspectiva, há contribuição do Estado-juiz ao cancelar os interesses de determinados grupos econômicos por meio de decisões judiciais tardias, em um verdadeiro “desacesso à justiça”, visto que sua atuação afronta umbilicalmente a efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988) e prejudica a efetividade dos demais direitos fundamentais.

De maneira paradoxal, adotou-se, no Brasil, o modelo de Estado Democrático de Direito, mas vive-se uma época repleta de valores não superados defendidos pelo liberalismo. O Estado se põe a assegurar tão-somente o acesso ao Estado-juiz competente, sem compromisso com o aspecto qualitativo da prestação da tutela jurisdicional, garantindo o mero acesso aos órgãos judiciários, sem, contudo, prestar uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. As consequências decorrentes dessa extemporaneidade afetam principalmente as camadas economicamente desfavorecidas, conforme já asseverado, contribuindo para aumentar a desigualdade material existente entre as partes e no seio social de maneira mais abrangente.

Em pouco contribui para construção do acesso à ordem jurídica justa a existência de um enorme arcabouço jurídico, capaz de alcançar amplamente os direitos materiais, na ausência do exercício dos direitos substanciais por todas as camadas sociais, de forma equitativa. O tempo mediano que se espera até a prolação de uma sentença, decisão frequentemente recorrível, o que prolonga ainda mais a disputa, comprova que poucos conseguem “sair” do judiciário dentro de um tempo razoável. Por sua vez, aqueles com melhores condições no conflito, como é o caso da Vale, fazem uso das “saídas de emergência”, representadas pelas decisões liminares, para obter vantagens.

O Estado Democrático de Direito trouxe consigo o ideal de acesso à justiça como a garantia de “acesso a uma ordem jurídica justa”, sendo dever do Estado a garantia da prestação de uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, atentando para o resultado da demanda e também para as desigualdades existentes entre partes, mediante um processo capaz de resolver o conflito de interesses colocado sob o exame do judiciário. Esse ideal não se coaduna com a utilização do sistema judiciário como instrumento nas mãos de grandes empresas, como a Vale, que subvertem a justiça, prevalecendo-se de sua superioridade em armas e de um melhor ponto de partida, sobretudo em detrimento dos direitos dos mais fracos, com a convicção de que é possível manipular a ordem jurídica para obter vantagens permanentes ou, pelo menos, postergar suas obrigações.

À vista disso, ao avocar para si a prerrogativa de exercer o seu poder para, quase com exclusividade, tentar solucionar ou extirpar litígios surgidos no seio social, o Estado Democrático de Direito, por meio do Poder Judiciário, não pode presumir que, garantindo o mero acesso aos órgãos judiciários, isentar-se-á da responsabilidade de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, conforme preceitua o mandamento constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4078>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.352, de 1º de junho de 1942**. Encampa as Companhias Brasileiras de Mineração e Siderurgia S.A. e Itabira de Mineração S.A. e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4352-1-junho-1942-414669-republicacao-68227-pe.html>. Acesso em: 15 dez. 2023.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2008.
- DIAS, Priscila Tamara Menezes. **Movimentos sociais em área de mineração na Amazônia Brasileira**: ressonâncias e dissensos na proposição de um modelo de desenvolvimento alternativo. 2016. 239 f. Tese (Doutorado em Ciência do Desenvolvimento Socioambiental) — Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7788>. Acesso em: 19 de maio de 2022.
- FAUSTINO, Cristiane; FURTADO, Fabrina. A Vale e o estado: injustiças ambientais e violação de direitos. **Revista Não Vale**: duplicação do lucro privado e dos impactos coletivos, Açailândia, n. 2, p. 43–55, 2013.
- FERRANTE, Marcelo Paiva Gomes; YEUNG, Luciana Luk-Tai. Tendências de decisões do TJSP sobre quebras de contratos privados. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, n. 1, p. 148–169, 2012. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3%20EALR%20148>. Acesso em: 19 de maio de 2022.
- FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à justiça**: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**: especulações sobre os limites da transformação no Direito. Tradução de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/25816>. Acesso em: 15 dez. 2023.
- GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais multiportas**. Curitiba: Juruá, 2014.
- MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça**: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009.
- MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e o princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado. **Consulta Processual**. Belém, PA: TJPA, [2022]. Disponível em: <https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessoportals/consulta/principal?detalhada=true>. Acesso em: 19 de maio de 2022.
- SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2013. *E-book* (370 p.)

TAVARES, Luiz Claudio Assis. **Poder Judiciário: reforma e política de acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2018.

VALE. **Demonstrações Financeiras 2022**. Rio de Janeiro: Vale, 2022b. Disponível em: <https://www.vale.com/pt/comunicados-resultados-apresentacoes-e-relatorios>. Acesso em: 14 set. 2023.

VALE. **Relato Integrado 2022**. Rio de Janeiro: Vale, 2022a. Disponível em: <https://www.vale.com/pt/web/esg/reportes-de-sustentabilidade>. Acesso em: 14 set. 2023.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini;

DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CAPÍTULO 4

A EROSÃO DA DEMOCRACIA NA FRONTEIRA BRASIL-PARAGUAI: UMA ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA E DA FRAGILIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DO TRÁFICO DE DROGAS ENVOLVENDO ESTRANGEIROS

Arthur Ramos do Nascimento
Mateus Ferrari Luz

Sumário: 1. Introdução. 2. A criminalização secundária praticada pelo Judiciário sul-mato-grossense aos paraguaios traficantes. 3. (Des)Qualificação jurisdicional resulta em erosão democrática gradual? 4. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tráfico de drogas é um dos crimes mais reprimidos no mundo e que no Brasil recebe uma atenção diferenciada em decorrência de sua vasta linha fronteiriça com 10 dos 12 países da América do Sul. Em muitos casos, é considerado um delito de caráter transnacional que envolve a produção, o transporte, a comercialização e o consumo de substâncias ilícitas em diferentes países. Nesse contexto, o Brasil se destaca como um dos principais mercados consumidores de drogas na América do Sul, bem como uma rota estratégica para o escoamento da produção de cocaína e maconha proveniente de países vizinhos, como a Bolívia, o Peru e o Paraguai¹ (UNODC, 2021). Essa dinâmica

¹ O Paraguai, em especial, é o maior produtor e exportador de maconha da região, sendo responsável por cerca de 80% da oferta dessa droga no Brasil (SENAD, 2019). Além disso, o Paraguai é um ponto de passagem para a cocaína que vem da Bolívia e do Peru em direção ao Brasil e à Europa.

do tráfico de drogas na fronteira entre os dois países gera uma série de problemas sociais, econômicos, políticos e jurídicos, que afetam tanto os paraguaios quanto os brasileiros envolvidos nessa atividade ilícita.

Um desses problemas diz respeito à forma como os estrangeiros paraguaios traficantes de drogas são tratados pelo sistema penal brasileiro, especialmente pelos magistrados que julgam os seus casos com base na criminalização secundária, entendida como o processo pelo qual determinados sujeitos são identificados, acusados, julgados e condenados pelo Estado por sua participação no tráfico. Nesta pesquisa, a pergunta que orienta a investigação pode ser sistematizada na seguinte questão: em que medida a criminalização secundária pode ser reconhecida como um fator de erosão democrática sob a perspectiva da democracia substantiva? Para responder a essa questão é necessário compreender quem são os magistrados brasileiros que exercem essa função jurisdicional, qual é a sua origem social, econômica, cultural e educacional, quais são os seus valores, crenças e interesses, e como eles se relacionam com os estrangeiros.

A hipótese central desta pesquisa é que os magistrados brasileiros que atuam na fronteira com o Paraguai tendem a criminalizar secundariamente os estrangeiros traficantes de forma mais severa e estigmatizante do que os brasileiros envolvidos na mesma atividade ilícita. Isso se deve, muito, ao fato de que esses magistrados fazem parte de uma *alta classe social*, de uma “nobreza togada” que ocupa espaços de poder desde a sua formação escolar (Bourdieu, 2008, p. 40), que se distingue socialmente dos paraguaios traficantes por sua posição econômica privilegiada², por sua formação acadêmica elitizada, por sua garantia vitalícia no cargo público³ e por sua proximidade com as elites políticas e econômicas locais⁴, o que de certa forma se afunila na manutenção de estereótipos contra esse tipo criminal.

² Atualmente, o nível de desemprego no Brasil atinge 9,4 milhões de pessoas (Brasil, IBGE, 2023) e o brasileiro que consegue escapar desse número recebe uma média salarial mensal de R\$2.787,00. Valor muito distinto dos salários que recebem os magistrados. Dados do CNJ apontam que os salários pagos aos magistrados sul-matogrossenses, por exemplo, são de R\$27.363,98 para o cargo de Juiz Substituto do TJMS, que é o cargo inicial da carreira. Em comparação a média salarial da população, há uma diferença remuneratória praticamente dez vezes maior recebida pelo magistrado, ao qual também lhe é garantido o direito de receber esse salário de forma vitalícia e sem nunca ter as preocupações resultantes do desemprego. Deve-se considerar, ainda, que o magistrado contemporâneo tem como penalidade máxima por descumprimento dos deveres legais e éticos a aposentadoria compulsória, onde há o seu afastamento funcional, mas com rendimentos proporcionais ao tempo de serviço e que superam facilmente os R\$30.000,00 mensais (Mendonça, 2022).

³ Em um resgate histórico, o art. 153 da Constituição Brasileira de 1824 já previa que os juizes seriam “perpétuos”, indicando uma duração *vitalícia* no cargo. Portanto, pode-se inferir que a partir do Brasil Império houve o início da acumulação dos capitais herdados pela magistratura contemporânea, que passaram a ser adquiridos desde a perpetuação dessa *garantia vitalícia*. Quanto a esses capitais, o mais evidente deles é o capital simbólico originário do título de formação superior (o diploma de uma faculdade de Direito de alta classe), reflexo das instituições de ensino superior de elite fundadas no século XIX e que, atualmente, conferem a seus egressos um acesso privilegiado na esfera judicial (Almeida, 2010).

⁴ Essa afirmação pode ser bem-conceituada pela “[S]imples análise dos altos salários, dos privilégios acumulados e da posição de elite econômica é suficiente para concluir que os magistrados brasileiros partilham

Portanto, o objetivo geral⁵ é contribuir para o debate acadêmico e social sobre o tráfico de drogas no Mato Grosso do Sul e na fronteira entre o Brasil e o Paraguai, compreendendo mais detalhes sobre o papel da magistratura brasileira na administração da justiça criminal nesse contexto. De forma mais específica, esses objetivos compreendem: a) examinar o processo de criminalização secundária dos estrangeiros paraguaios traficantes por parte dos magistrados brasileiros, considerando os critérios de seleção, acusação, julgamento e condenação desses sujeitos, e; b) identificar alguns dos fatores que influenciam a criminalização secundária dos estrangeiros, tais como as relações de classe, de nacionalidade, de etnia e de gênero entre os magistrados brasileiros e os paraguaios traficantes.

O texto está estruturado em duas partes, além desta introdução e das conclusões finais. A primeira parte analisa o fenômeno da criminalização secundária dos estrangeiros por parte dos magistrados que têm competência jurisdicional no estado de Mato Grosso do Sul, considerando os aspectos jurídicos, sociais e culturais envolvidos nesse processo; aborda, ainda, o conceito de *aristocracia jurídica*, que expressa a ideia de que a magistratura brasileira se constitui como um grupo especial, distinto e superior aos demais segmentos sociais, dotado de um *habitus*⁶ próprio que orienta as suas práticas e representações e, tece observações sobre a ideologia da “defesa social” na aplicação de penas incompatíveis com a hipossuficiência dos réus estrangeiros.

A investigação prossegue para uma segunda parte, onde busca-se contribuir para a discussão a respeito da erosão gradual e progressiva da Democracia, através da fragilização de um dos seus poderes constituídos: o Poder Judiciário. Considera-se que esse retrocesso é de difícil identificação, pois, ao contrário da crença comum, a Democracia não é ameaçada apenas com golpes contundentes de Estado.

A complexidade da Democracia e dos momentos de retrocesso não se expressam com clareza em todos os atos que contribuem para esse processo

dos mesmos espaços de socialização das elites do poder, tanto do poder econômico quanto do político. A questão consiste em se reconhecer que as excepcionais circunstâncias econômicas de um juiz brasileiro influem decisivamente para a construção de um *habitus* com profundas interseções com aqueles das demais elites do poder. Afinal, eles passam a dividir os mesmos espaços sociais e políticos das classes mais ricas e, em consequência, tendem a assumir compreensões de mundo e interesses econômicos semelhantes e tendencialmente conservadores da ordem estabelecida (Ramos, Castro, 2019, p. 21).

⁵ Esta pesquisa é parte de uma investigação maior, em desenvolvimento na Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), onde analisa-se a fundamentação das sentenças judiciais aos paraguaios presos pelo crime de tráfico de drogas viola direitos humanos em perspectivas como nacionais são tratados nas mesmas circunstâncias (violação da isonomia); (ii) a norma jurídica e a jurisprudência são elementos de composição do quadro de violação para estrangeiros; (iii) o comportamento judicial está ligado ao potencial de violação de direitos humanos no processo penal.

⁶ Esse é um conceito trabalhado pelo sociólogo Pierre Bourdieu, e se refere ao sistema de disposições práticas que orientam as ações e as representações dos agentes sociais (como os magistrados, por exemplo). O *habitus* é resultado da interação entre o indivíduo e o meio social, e é ao mesmo tempo estruturante e estruturado (Bourdieu, 2008). Se baseia na experiência cotidiana, e não é uma essência fixa e imutável, mas sim uma construção dinâmica e histórica que se adapta às mudanças sociais, através de uma rede de significados que varia de acordo com o campo social em que o indivíduo está inserido (os tribunais, como exemplo de campo).

de erosão, o que demanda investigar como a criminalização secundária (Criminologia) se apresenta como elemento de fragilização democrática. Essa conjuntura nega garantias processuais a grupos marginalizados (como aos paraguaios), é de difícil visualização àqueles fora do universo técnico-jurídico (sentenças), e apresenta controvérsias quanto ao cumprimento dos mandamentos constitucionais (liberdade e isonomia na aplicação da lei), norma máxima no constitucionalismo.

2. A CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA PRATICADA PELO JUDICIÁRIO SUL-MATO-GROSSENSE AOS PARAGUAIOS TRAFICANTES

Pretende-se examinar o fenômeno da criminalização secundária dos estrangeiros paraguaios traficantes de drogas por parte dos magistrados que têm competência jurisdicional no estado de Mato Grosso do Sul. Para isso, inicialmente é necessário definir o conceito de criminalização secundária, bem como contextualizar o problema do tráfico de drogas na região fronteira entre os dois países. Com isso, serão discutidos alguns fatores que podem influenciar a forma como os magistrados julgam esses casos, tais como as relações de classe, de nacionalidade, de etnia e de gênero entre eles e os réus.

Segundo Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, p. 43), quando as agências policiais identificam, investigam e prendem alguém que supostamente cometeu um crime previamente definido, elas estão realizando a criminalização secundária sobre essa pessoa concreta (investigação). O acusado é levado à agência judicial, que valida as ações policiais e inicia um processo (julgamento); no processo, há um debate público sobre a culpa do acusado e, se for confirmada, uma pena de determinada gravidade é autorizada. Se a pena for de restrição da liberdade de locomoção da pessoa, ela será cumprida por parte de uma agência penitenciária (encarceramento).

Portanto, a *criminalização secundária* corresponde à atuação do Estado na identificação, acusação, julgamento e encarceramento daqueles que praticaram um crime. Diferencia-se da *criminalização primária*, que é o ato estatal de sancionar uma lei penal incriminadora ou a permitir uma punição (norma definida para o futuro) de indivíduos relacionados a um crime. Através das discussões atuais, é possível perceber a criminalização secundária como um processo seletivo e discriminatório (teoria do etiquetamento social⁷), que afeta de forma desproporcional os setores mais vulneráveis da sociedade, como os pobres, os negros, os indígenas, os imigrantes, as mulheres e grupos LGBTQI+. Nesse sentido, a ortodoxia da justiça criminal foi abalada

⁷ Howard Becker é considerado o fundador da teoria do etiquetamento social, e escreveu o livro *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*, publicado em 1963, no qual analisa como certos grupos sociais são rotulados como desviantes e marginalizados pela sociedade. Ele defende que o desvio é uma consequência da aplicação de regras e sanções, e que o desviante é alguém que recebeu com sucesso esse rótulo.

pelos crimes de “colarinho branco”⁸ e a sua seletividade resultou em diversas práticas espetaculosas de exclusão e estigma, provocando uma insatisfação pública generalizada em relação à neutralidade do sistema de justiça criminal (Cordazzo, Preussler, 2018, p. 567).

Esses grupos em situação de vulnerabilidade são estigmatizados como criminosos (potenciais ou reais), e sofrem uma maior exposição ao controle penal do Estado que atua sob a ideologia da “defesa social”. Alessandro Baratta critica essa ideologia, que legitima a criminalização secundária como uma forma de proteger a sociedade dos criminosos supostamente perigosos (Baratta, 2002, p. 117-119). Para ele, esse pensamento esconde as relações de poder e de dominação que estruturam o sistema penal, servindo aos interesses das classes hegemônicas (como por exemplo à magistratura) e reproduz as desigualdades sociais. Além disso, questiona a eficácia dessas ações como uma forma de prevenção ou ressocialização dos criminosos (que são ou deveriam ser funções da pena), pois elas acabam gerando mais violência e exclusão social (Baratta, 2002, p. 114). Nesse sentido, propõe-se uma redução do controle penal, com uma política criminal alternativa que adote a visão das classes menos favorecidas, mais democrática e emancipatória.

Por isso, o contexto histórico no qual a presente pesquisa buscou levantar informações sobre a magistratura brasileira, serve justamente para uma análise exploratória sobre essas correlações existentes com as agências de criminalização secundária, na qual o Poder Judiciário está incluído. Concordamos com Cordazzo (2019, p. 14-16) que apresenta, em sua dissertação, uma análise do poder de definição, da atuação de maneira seletiva das instâncias oficiais de controle social e da atribuição do status de criminoso através da seletividade e criminalização secundária⁹, indicando uma orientação institucional para a manutenção de um sistema de *castas étnicas*. A autora destaca que a “condição social” apresenta relevância quando se trata da definição do comportamento desviante em favor desta suposta defesa social almejada. Correlacionando os seus argumentos, que têm assento no materialismo histórico marxista¹⁰ ao con-

⁸ O crime de “colarinho branco” é um termo que se refere ao crime não violento, motivado por interesses financeiros, cometido por “profissionais” de negócios e do governo. Esse termo foi criado pelo sociólogo Edwin Sutherland em 1939, em um discurso na Sociedade Americana de Sociologia, no qual ele definiu o crime de colarinho branco como “um crime cometido por uma pessoa de respeitável e de alta posição social, no curso de sua ocupação”. Alguns exemplos de crimes de colarinho branco são: corrupção, sonegação, fraude, suborno e lavagem de dinheiro.

⁹ A pesquisa de Cordazzo é direcionada para população indígena que, num contexto de exclusão e de pertencimento a um grupo minoritário, trabalha em seu mérito os mesmos elementos preconceituosos e de estereótipos anexados a esses indivíduos. Desse modo, é possível transportar sua análise especialmente aos “paraguaios traficantes”, objeto de nossa pesquisa.

¹⁰ O materialismo histórico se baseia no materialismo e na dialética, considerando que a realidade é formada por processos contraditórios e dinâmicos que levam à superação de um sistema econômico por outro mais avançado através da luta entre as classes dominantes e dominadas.

texto dos paraguaios estrangeiros, podemos perceber um processo de criminalização potencialmente seletivo, onde “os grupos dominantes detentores do poder, estão livres para influir irrestritamente na legislação, utilizando as instituições penais a seu favor, ou seja, para a destruição de grupos vulneráveis e que vão na contramão de seus interesses” (Cordazzo, 2019, p. 16).

Trazendo ao debate uma análise quanto a individualização da pena em um ambiente de seletividade do sistema penal, a tese de Fernando Vernice dos Anjos (2019, p. 125-127) indica que a lei concede ao magistrado uma margem de discricionariedade que favorece o seu subjetivismo. A intenção de adequar a pena à singularidade do indivíduo punido (ao estrangeiro da mesma forma) se baseia em conceitos muito vagos, como “personalidade” e “conduta social”, que permitem interpretações diversas e muito subjetivas por parte dos julgadores. Ironicamente, o esforço para adequar a pena à singularidade do indivíduo punido acaba mostrando mais a singularidade do próprio julgador (incluídas aqui as questões de classe social) do que a singularidade do condenado. Anjos (2019, p. 127) ainda verificou que, na prática jurídica brasileira, os fins da pena são utilizados como instrumento hermenêutico aberto para sustentar qualquer posição, de modo que é comum encontrar decisões sem nenhum rigor teórico, apenas ecoando o texto legal, fundamentando a sanção por ser medida “necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, ou medida capaz de “reinsere o agente na sociedade”. Também são frequentes, decisões que simplesmente desprezam os fins da pena, indicando fortemente um desprezo institucional para uma parcela excluída da população.

Autores como Valquíria Castaldi (2019) consideram que esses são fatores que *retiram a legitimidade* do poder punitivo do Estado, pois este, ao exercer o controle penal brasileiro, provoca diversas disfunções, tais como: a criminalização excessiva de certas condutas na legislação (como o tráfico de drogas e crimes patrimoniais), a discriminação penal de determinados grupos sociais na aplicação da lei (aos paraguaios traficantes) e a precariedade do sistema carcerário, que afetam a sua credibilidade, tornando a violência estatal questionável. Nesse aspecto, “o Estado ultrapassa os parâmetros da violência permitida para a garantia da segurança pública e acaba por desenvolver uma violência ilegítima, mas que é protegida pela legitimidade estatal, pela sua soberania e supremacia” (Castaldi, 2019, p. 84).

É preciso, ainda, indicar que o tráfico de drogas na fronteira entre o Brasil e o Paraguai é um fenômeno complexo e multifacetado, que envolve diversos atores sociais, políticos e econômicos, tanto locais quanto internacionais. Segundo o Relatório Mundial sobre Drogas (UNODC, 2021), o Paraguai é o maior produtor e exportador de maconha da América do Sul, com uma estimativa de 9 mil toneladas produzidas por ano. A maior parte dessa produção é destinada ao mercado brasileiro, que é o segundo maior consumidor

de maconha do mundo, com cerca de 2 milhões de usuários regulares. O Brasil também é um dos principais mercados consumidores de cocaína na região, com cerca de 1 milhão de dependentes.

A fronteira Brasil-Paraguai tem cerca de 1.077,9 km de extensão (Silva, 2022), sendo considerada de grande porosidade¹¹ e vulnerabilidade do mundo (Fagundes, 2018). Essa situação facilita o trânsito ilegal de pessoas, armas, veículos e drogas entre os dois países (Global Organized Crime Index, 2021). Evidencia-se assim que o tráfico de drogas na fronteira envolve diferentes modalidades e escalas de atuação. Há desde pequenos produtores rurais que cultivam maconha em suas propriedades no Paraguai até grandes organizações criminosas transnacionais que controlam o fluxo das drogas para outros países, como o Primeiro Comando da Capital (PCC), que detém um enorme poder de fogo, agentes criminosos infiltrados em órgãos públicos e capital financeiro (Gortázar, 2020). Além disso, devemos considerar que Mato Grosso do Sul é o principal destino da maconha produzida no Paraguai, sendo responsável por cerca de 42% das apreensões dessa droga no Brasil (SENAD, 2019, p. 293). Também é uma rota importante para a cocaína que vem da Bolívia e do Peru em direção ao Brasil e à Europa, tornando-o um dos mais afetados pelo tráfico de drogas na fronteira com o Paraguai, tanto em termos de violência quanto de criminalização.

Esses são fortes indicadores do complexo local de atuação jurisdicional da magistratura sul-mato-grossense, onde as agências judiciais deveriam seguir a pauta de um devido processo penal constitucionalmente isonômico e ético (Suannes, 2004; Giacomolli, 2016). Deveriam aplicar as leis de forma equânime àqueles submetidos ao *ius puniendi* estatal (brasileiros ou estrangeiros), mas se deparam com esse cenário multifacetado envolvendo questões da traficância de drogas, onde a criminalização secundária veladamente discriminatória entra em ação por parte do Judiciário. O modelo de julgamento adotado constantemente pelos magistrados é contraditório, uma vez que estes determinam questões que tendem a inviabilizar e/ou dificultar a garantia de uma aplicação legal e isonômica da lei. Por exemplo, o estrangeiro que enfrenta um processo judicial no Brasil tem que comprovar um endereço fixo e um trabalho lícito no país¹², para poder ficar solto até o desenvolver do

¹¹ Existem seis cidades sul-mato-grossenses que fazem conurbação direta com o Paraguai, consideradas como cidades-gêmeas, são elas: Bela Vista, Mundo Novo, Paranhos, Ponta Porã, Coronel Sapucaia e Porto Murtinho. Com a Bolívia, apenas a cidade de Corumbá/MS. Deve-se levar em consideração outras cidades que não tem essa característica de cidade-gêmea, mas que geram fluxo de pessoas e produtos na região.

¹² Como exemplo, o ocorrido no Processo Criminal n. 5002429-65.2020.4.03.6002, que tramita no TRF-3, e atualmente está em grau de recurso no STJ. No recente julgamento do Habeas Corpus n. 1410633-75.2023.8.12.0000, o TJMS manteve a prisão preventiva de um estrangeiro, pois ele apenas comprovou residência fixa na Bolívia. De maneira diversa, no julgamento do Habeas Corpus n. 1408985-02.2019.8.12.0000, em um tom de “prudência”, o TJMS determinou ser incoerente manter a prisão preventiva de um argentino, sem residência fixa no Brasil, e “Registro que, em meu entender, seria pertinente o magistrado *a quo* ter aplicado medidas cautelares alternativas à prisão, tais como a proibição de se ausentar do país (artigo 320 do CPP) e/ou

seu julgamento ou para evitar sua prisão preventiva. Tal imposição não tem respaldo legal e mostra que o estrangeiro não recebe um tratamento isonômico, pois o magistrado não leva em consideração as características de um estrangeiro sem residência no Brasil. Essa prática se baseia nos conceitos vagos do art. 312, do Código de Processo Penal (CPP), que autoriza a prisão preventiva para “garantir a ordem pública”, sem definir claramente o que é essa ordem pública e se a falta de residência fixa no Brasil a compromete.

Isso indica uma tentativa de promoção da “defesa social”, alvo de críticas feitas por parte da criminologia moderna (Baratta, 2002, p. 117-119), sob o pretexto de uma periculosidade maior daquele que é estrangeiro (categoria de *outsider*) e, somada à modalidade criminal de traficante de drogas, que é um crime hediondo. Estaria assim o juiz aplicando medidas justas e isonômicas em busca da “defesa social”? Ou na verdade estaria aplicando algo que poderia ser chamado de “defesa institucional”, em concordância com a classe social na qual a instituição judiciária está inserida?

Para responder a essas perguntas, aborda-se os possíveis *estereótipos*¹³ que teriam força significativa no imaginário judicial para condução e aplicação de medidas que restringem garantias processuais desses paraguaios traficantes. Em uma pesquisa complementar¹⁴, foi possível concluir com mais profundidade que os estereótipos que inicialmente pareciam moldar apenas o imaginário da sociedade em geral, evidenciam-se, também, dentro das instituições judiciais e em um dos cargos com maior prestígio social – o de magistrado – na medida em que esses estereótipos compõem o imaginário dos ocupantes de uma alta classe social elitista, e são colocados em prática quando, por exemplo, impõe regras aos estrangeiros que sequer têm amparo legal, mas tão somente encontra guarida no princípio do *livre convencimento motivado* e em sua alta discricionariedade

É possível, também, perceber que a classe social tem um importante destaque nesta análise, pois de fato aqueles paraguaios que cometem o crime de tráfico de drogas geralmente o fazem visando o lucro patrimonial. Entretanto, boa parte desse dinheiro é restrita aos donos do poder econômico que

a imposição de monitoração eletrônica. Entretanto, como essas providências não foram adotadas em primeiro grau, não cabe a esta Corte, em sede de *habeas corpus* impetrado pela defesa, implementar tais condições”. O réu passou a aguardar em liberdade o julgamento de seu Recurso de Apelação.

¹³ Para mais detalhes sobre o fator “estereótipo”, foram consultadas as seguintes fontes: AMOSSY, R; PIERROT, A. R. *Estereótipos y clichés*. Buenos Aires: Eudeba, 2020; HALL, Stuart. *Cultura e representação*. Tradução: Daniel Miranda e William Oliveira. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Apicuri, 2016; LIPPMANN, Walter. *Opinião Pública*. Tradução: Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. São obras importantes e, caso consultadas, podem enriquecer o conhecimento do leitor a respeito do tema “estereótipos”, assim como foram importantes para as conclusões dessa pesquisa.

¹⁴ Pesquisa em desenvolvimento no Mestrado de Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), pelos autores Dr. Arthur Ramos do Nascimento e pelo mestrando Mateus Ferrari Luz, com o título: O lugar-comum do paraguaio traficante de drogas: um tratamento estereotipado e anti-isonômico por parte das agências judiciais sul-mato-grossenses, 2023.

movimenta as grandes organizações criminosas, os quais raramente são denunciados e presos pelas agências de criminalização secundária¹⁵. A maioria dos presos no estado de Mato Grosso do Sul tem poucos recursos financeiros, sendo condenados como “mula do tráfico”, “chapeiro” ou “batedor de estrada”¹⁶. Não importa o valor da droga apreendida (que muitas vezes vale milhares ou até milhões de reais), pois esses papéis são periféricos e o pagamento pelo crime é baixo em comparação aos bilhões de reais movidos anualmente pelos chefes da rede do tráfico.

Segundo Achley Wzorek (Jusbrasil, 2018), essas pessoas que transportam as drogas (as mulas) têm um ganho de, por exemplo, R\$500,00 para realizar um transporte de Curitiba até Foz do Iguaçu. Enquanto isso, em 2020, as apreensões de drogas chegaram a centenas de toneladas, principalmente maconha, além de mais de R\$1 bilhão em bens de traficantes (Schreiber, 2020). Dessa forma, pode-se concluir que há um distanciamento social evidente entre aqueles que julgam e aqueles que são julgados, pois apontou-se características importantes que levam a um isolamento do magistrado que ocupa os mesmos espaços da elite brasileira, com sua vitalícia função julgadora, com seus altíssimos salários¹⁷ e prestígio social. De modo oposto, figura o traficante paraguaio, que recebe penas altas que variam entre 5 e 15 anos de prisão¹⁸, mais multa, pelo tráfico de produtos pelos quais, em muitas vezes, receberia o pagamento de valores equivalentes a metade de um salário-mínimo.

Há uma sequência de fatores, de cunho social e político, que das suas ramificações na história e nas práticas institucionais da magistratura emergem como alicerces à uma observação dedutiva, e como um campo ainda a ser melhor explorado, que os juízes atuantes nos casos onde há um réu paraguaio traficante de drogas: *i*) têm fortes amarras em uma instituição jurídica histórica, repleta de garantias, que mantém seu *habitus* estruturado em uma elite social que os afasta do campo “comum”; *ii*) utilizam-se de requisições (como a necessidade de comprovação de residência fixa no Brasil) sem cunho legal e sem levar em consideração a hipossuficiência do estrangeiro; *iii*) aplicam penas não isonômicas quando figuram réus com alto poder patrimonial ou brasileiros em

¹⁵ Essa é uma observação que carece de amparo empírico regional (TJMS e TRF3), mas através de um estudo comparado, feito pelo Observatório das Favelas, Rio de Janeiro (2018, p. 52), os entrevistados traficantes responderam que, “No que se refere aos rendimentos, a maioria (51,7%) afirmou receber entre 1.000 e 3.000 reais. Embora não seja um valor tão alto, representando cerca de 3,5 salários-mínimos, é uma quantia que dificilmente seria recebida em outras atividades laborais, por conta da baixa escolaridade e baixa qualificação profissional desses adolescentes e jovens”. A idade média desses jovens é entre 13 e 15 anos.

¹⁶ A “mula do tráfico” é aquele sujeito que tem a responsabilidade em transportar ou trazer consigo a droga. Já o chapeiro (trabalhador avulso que fica próximo de pontos de parada de caminhão com uma chapa ou placa) tem a tarefa de carregar ou descarregar o ilícito. Por fim, o batedor de estrada tem a função de fiscalizar a estrada à frente daquele que está transportando a droga, sinalizando eventuais perigos como a presença de policiais no trajeto.

¹⁷ É possível visualizar detalhadamente os valores atualizados da remuneração dos magistrados de todo o Brasil, dado disponibilizado pelo CNJ através do portal da transparência, acessível através do link: <https://www.cnj.jus.br/transparencia-cnj/remuneracao-dos-magistrados/>.

¹⁸ Pena cominada no art. 33, da Lei n. 11.343/2006 - Lei de Drogas.

detrimento dos paraguaios; iv) a “defesa social” seria um possível argumento no imaginário judicial, cujos estereótipos criados em relação ao traficante paraguaio são amplificados por sua condição de *outsiders* e por cometer um crime considerado hediondo normativamente. Diante disso, o que podemos observar e concluir inicialmente é uma tendência dos magistrados brasileiros atuarem como perpetuadores de uma criminalização secundária dos paraguaios, que se distancia do esperado, não se adequa ao modelo constitucional e internacional de garantias fundamentais como Direitos Humanos inerentes à toda e qualquer pessoa (e de maneira especial deveria ser para com os estrangeiros vistos como minorias), demonstrando que essa fragilidade institucional alimenta a erosão democrática na fronteira sul-mato-grossense.

3. (DES)QUALIFICAÇÃO JURISDICIONAL RESULTA EM EROSÃO DEMOCRÁTICA GRADUAL?

Como foi possível perceber através das análises anteriores, a criminalização secundária praticada pela agência judicial está amparada em uma defesa institucionalizada que tem caráter social (classista). A magistratura apresenta elementos de atuação não isonômica no tratamento destinado a brasileiros e a estrangeiros paraguaios, em um ambiente de acusação do crime de tráfico de drogas. Seu objetivo cunhado na “defesa social” reflete uma sobrecarga desproporcional destinada aos acusados paraguaios, que são mantidos presos, muitas vezes, por não conseguirem comprovar residência fixa em solo brasileiro. A propósito, essa vulnerabilidade dos paraguaios (grupo minoritário) indica uma *distopia e desproteção de direitos humano-fundamentais*, sendo este o preço cobrado por uma segurança pautada na defesa social em tempos de crise democrática¹⁹, visto que estes “são os primeiros eleitos como bodes expiatórios e tratados como inimigos da população por serem ‘diferentes’, personificando o estranhamento com ‘o outro’ e a tentativa de eliminação do dissenso” (Nascimento, Souza, Alves, 2020, p. 104). Essa situação indica, por ora, um retrocesso das instituições judiciais para com grupos de pessoas que, por certo, teriam como único socorro uma prestação jurisdicional com qualidade (ou qualificação social e não apenas técnico-burocrática) suficiente para captar e transformar a disparidade de tratamento destinado aos paraguaios atualmente.

¹⁹ Crise democrática, ou erosão democrática, é um termo plurívoco a respeito de fenômenos contemporâneos que apresentam um “retrocesso” em maior ou menor medida da qualidade democrática de um determinado Estado. De forma sucinta, essa crise pode ser identificada por elementos como articulações institucionais que diminuem a participação popular, concentração de poder no Executivo, mudanças constitucionais que esvaziam a Democracia sem a necessidade de golpes armados. Os indicativos de crise democrática são particularmente preocupantes por envolver uma erosão dos Poderes constituídos, a crença e o apoio popular nas Democracias e uma rápida ascensão para movimentos pró-autocracias e ditaduras.

Aqui, nesse sentido, a investigação propõe uma perspectiva sobre como o enfraquecimento da tutela constitucional (pelo não acesso à justiça, ausência de tratamento isonômico etc.) pode contribuir para o fenômeno da erosão democrática. Destaca-se, assim, que se propõe uma reflexão apartada dos debates majoritários do tema (como aqueles propostos por autores como David Landau que trabalham conceitos como autoritarismo legal, constitucionalismo abusivo, legalismo autocrático etc.) para olhar para dimensões mais imediatas da erosão de uma Democracia.²⁰

Considerando que os(as) magistrados(as) - e em maior medida, as cortes - são autoridades investidas de poder estatal, é preciso observar como o valor da democracia (enquanto princípio e um direito fundamental) está (ou não) presente no âmbito da realidade. As potenciais violências perpetradas no âmbito da jurisdição não podem ser consideradas menores ou irrelevantes, pois a descrença no Estado e nos Poderes Constituídos (que acaba sendo arregimentada como insatisfação por líderes e movimentos político-carismáticos) é uma das fissuras que uma Democracia saudável e forte deve combater.

A função exercida pelo Poder Judiciário (bem como os princípios constitucionais do acesso à justiça, a inafastabilidade da jurisdição, entre outros) se encontra como base estruturante do Estado Democrático de Direito (EDD). Portanto, o devido processo legal, nesse sentido, é um espaço que precisa ser norteado e orientado pelos valores democráticos e constitucionais. O EDD exige que o Poder Judiciário garanta valores como a igualdade de tratamento (elemento de isonomia) e os direitos humano-fundamentais (elemento de garantia) como preconizado pelas democracias modernas. Quando essas funções não são prontamente verificadas, ou são falhas, ou ainda comprovadamente ineficazes, adentramos em processos de conflito que oportunizam efeitos de *erosão democrática*, assim compreendido o Poder Judiciário como estrutura primordial junto ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, componentes deste Estado Democrático de Direito.

Considerando as construções de Alves e Margraf, é preciso considerar que a relação entre o Estado e o cidadão, dentro de um regime político, para aferir se está se “formando realmente um Estado de Direito” e, com isso, “analisar, estudar e aperfeiçoar o processo democrático e seus elementos” (2018, p. 87-88). A erosão democrática, assim, deve ser investigada sob diferentes perspectivas.

Segundo o último relatório do projeto Variedades de Democracia (V-DEM, 2023), o mundo continua enfrentando uma tendência de autocratização

²⁰ Os mencionados autores e discussões estão muito relacionados com uma perspectiva da estabilidade democrática por meio das grandes atuações do Legislativo e do Executivo e do uso de meios de “deturpação” de instrumentos previstos em lei ou mesmo de fenômenos como mutação constitucional. A análise aqui desenvolvida é mais modesta, mas também relevante quando observamos as violações à Democracia Constitucional na ordem prática e dos micros espaços de poder.

que atinge tanto democracias quanto ditaduras em diferentes níveis de gravidade, alertando que a América Latina e o Caribe também sofreram com a autocratização e a deterioração democrática. Vale ressaltar que os dados dessa fonte são, em geral, compatíveis com os de outros estudos similares, que consultam a opinião pública e as avaliações de especialistas sobre o desempenho real dos regimes políticos (Avila, Domínguez, 2023, p. 80).

Nesse contexto, o judiciário atua como parte integrante do Estado Democrático de Direito em uma *dimensão procedimental* para análise de qualidade democrática. O papel dos poderes Legislativo e Judiciário, e da sociedade civil organizada, na elaboração, fiscalização e análise de políticas públicas passa a ser foco de pesquisas recentes, que antes se concentravam quase exclusivamente nos poderes executivos, fossem eles municipais, estaduais ou sobretudo federais. Além disso, do ponto de vista teórico-metodológico, o estudo das políticas públicas (aqui inseridas as decisões judiciais) apresenta elementos que podem ser fundamentados em evidências aptas a melhorar a eficiência, a transparência e a racionalidade na administração pública (Avila; Domínguez, 2023, p. 86). Os resultados das políticas públicas²¹ afetam a legitimidade tanto do Estado de Direito quanto do regime democrático, especialmente no caso de países com baixa capacidade de estruturação estatal. É nesse contexto que o Judiciário é influenciado pelas políticas públicas do Estado, como por exemplo a *guerra às drogas*, que também tem o Poder Legislativo como agente influenciador, de modo que esses Poderes demonstram fragilidades institucionais ao tratarem do tema em harmonia e consenso²².

Como destacado, “[c]ompreender as violências como vinculadas aos sistemas políticos pressupõe que entendamos os impactos dessas práticas para as democracias”, mas, como aspecto principal, “para a efetivação dos direitos das mulheres e de outras minorias, e para o acesso - e permanência - dessas pessoas nos espaços de poder” (Dornelas; Vilelal, 2021, p. 106). Esses autores, ainda que o façam investigando a realidade estadunidense (avaliando o Governo do ex-presidente Donald Trump), apresentam relevantes reflexões para uma perspectiva macro da erosão democrática. Eles destacam

²¹ No estudo do Comportamento Judicial, segundo a teoria comportamental estratégica, as *políticas públicas* são vistas como o resultado da interação entre os juízes e os outros atores políticos, que agem de forma racional e calculada (com estratégia), levando em conta suas preferências, motivações, restrições e expectativas. Nesse modelo, os juízes não se baseiam apenas na lei ou na ideologia, mas também nas consequências de suas decisões para si mesmos, para o Poder Judiciário e para a sociedade. Assim, o comportamento estratégico busca explicar como os juízes e cortes se adaptam ao contexto político e institucional em que estão inseridos, e como influenciam as *políticas públicas* através de suas sentenças.

²² Um dos assuntos a ser retomado pelo STF em 2024 é o Processo (Recurso Extraordinário - RE n. 635.659) que discute a definição da quantidade para consumo próprio de drogas, sobretudo da maconha (*Cannabis sativa*). Essa discussão judicial alertou o Poder Legislativo, que, imediatamente através da PEC 45/2023, propôs incluir na Constituição a proibição do porte de qualquer tipo e quantidade de droga.

que ações de caráter conservador e antidemocráticas não se limitam à realidade dos EUA, mas “estão em curso em diversos outros países como Brasil e Hungria” locais onde se emprega um ataque institucionalizado e multifacetado de perpetração da violência contra segmentos minoritários (que, não por acaso, conquistaram direitos nas últimas décadas). Essas violências - que também são sinais de erosão democrática - realimentam o racismo e a xenofobia (entre outras) com impactos severos para as democracias. Dornelas e Vilelal, compreendem a Democracia e seus períodos de crise (incluindo a degradação ou fenômenos de desdemocratização) para além de seus elementos institucionais, ou seja, para “além do funcionamento das instituições do Estado”, pois atuam “diretamente no tecido social e no cotidiano de populações historicamente marginalizadas e invisibilizadas” (2021, p. 121).

Se a redução (ou negação) de direitos fundamentais (que são reconhecidos dentro de uma dinâmica político-jurídica de um Estado Democrático de Direito) sinaliza um enfraquecimento e erosão da qualidade democrática, é inegável que o Judiciário se apresenta como um dos atores que pode combater ou intensificar o problema. O processo de desconstrução de uma Democracia não está restrito aos grandes processos (golpes de Estado, golpes institucionais, ascensão de movimentos reacionários etc.), mas se edifica a partir de atuações localizadas que ignoram os valores democráticos ou abertamente os violam.

Por óbvio, a atuação não-democrática de agentes do Judiciário não é uma questão nova (há muito se questiona o modo como os juízes decidem), nem mesmo é uma questão necessariamente endêmica (o Judiciário está composto por uma maioria muito bem-intencionada). Todavia, não é por ser uma questão antiga ou que possivelmente possa se dar em situações “específicas e pontuais” que não deva de igual forma ser objeto de preocupação quanto aos impactos frente aos Direitos Humanos e à qualidade da Democracia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, procurou-se analisar o fenômeno da criminalização secundária dos estrangeiros paraguaios traficantes de drogas por parte dos magistrados que atuam no estado de Mato Grosso do Sul, na fronteira com o Paraguai. Para isso, partiu-se de um levantamento histórico sobre a formação e a composição da magistratura brasileira, destacando as suas características de elite social, econômica e política, que se mantêm desde o período colonial até os dias atuais. Em seguida, abordou-se o conceito de criminalização secundária, um processo seletivo e discriminatório que afeta de forma desproporcional os setores mais vulneráveis da sociedade, sobretudo os estrangeiros paraguaios. Por fim, contextualizou-se o problema do tráfico de

drogas na região fronteira entre o Brasil e o Paraguai, que envolve diversos atores sociais, políticos e econômicos, tanto locais quanto internacionais.

A partir disso, é preciso assumir as limitações que a pesquisa apresenta quanto a análises mais profundas dos itens constantes no Censo (2014) e no Perfil Sociodemográfico da Magistratura Brasileira (2018), além da carência de dados empíricos sobre as decisões judiciais que julgam os traficantes paraguaios, dados que serão coletados em investigações posteriores. Contudo, foi possível identificar alguns fatores que podem influenciar a forma como os magistrados julgam os casos de estrangeiros paraguaios traficantes de drogas, tais como:

a) As relações de classe: os magistrados pertencem a uma classe social privilegiada, que recebe altos salários e tem garantias funcionais vitalícias. Eles ocupam os mesmos espaços das elites do poder econômico e político, e tendem a assumir compreensões de mundo e interesses econômicos semelhantes e tendencialmente conservadores da ordem estabelecida (Ramos, Castro, 2019). Já os estrangeiros paraguaios traficantes de drogas pertencem a uma classe social marginalizada, que recebe baixos salários e está sujeita à exploração e à violência que lhes etiqueta (*labeling approach*). Eles ocupam os espaços sociais e políticos das camadas populares, que sofrem com a pobreza, a desigualdade e a exclusão social. Essa distância social entre os julgadores e os julgados pode gerar preconceitos, estereótipos e discriminações por parte dos magistrados, que podem ver os estrangeiros como criminosos perigosos que ameaçam a ordem pública e devem ser punidos com rigor.

b) As relações de nacionalidade: os magistrados são brasileiros e exercem a soberania do Estado sobre o território nacional. Eles têm o dever de aplicar as leis brasileiras aos casos que lhes são submetidos, independentemente da nacionalidade dos envolvidos, o que deveria ser feito de forma isonômica. No entanto, eles indicam ter uma visão etnocêntrica e nacionalista, que valoriza a cultura brasileira em detrimento da cultura paraguaia (estereótipos). Os juízes podem ter uma ideologia da “defesa social” (Baratta, 2002), que legitima a criminalização secundária como uma forma de proteger a sociedade brasileira dos estrangeiros supostamente perigosos. Já os estrangeiros paraguaios são imigrantes, que atravessam a fronteira em busca de melhores condições de vida ou de trabalho, mesmo que exercendo, muitas vezes, atividades ilícitas. Eles estão sujeitos às leis brasileiras quando cometem crimes no território nacional, mas também têm direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e por tratados internacionais.

Diante desses fatores, pode-se concluir que há indícios de uma desigualdade de tratamento e potencial injustiça na forma como os magistrados brasileiros parecem criminalizar os estrangeiros paraguaios traficantes de drogas, demonstrando aspectos conclusivos de uma *erosão democrática* praticada pelo Poder Judiciário. A existência de exigências diferenciais (como os

comprovantes de residência e trabalho mencionados no texto) se configura como aplicação de medidas mais severas e restritivas aos estrangeiros do que aos brasileiros, violando o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Há uma ignorância para com as condições sociais, econômicas e culturais inerentes aos estrangeiros, que muitas vezes são vítimas de exploração, violência e exclusão social. Desse modo, ainda reforçam estereótipos negativos sobre os estrangeiros, contribuindo para a sua marginalização e estigmatização social. Verifica-se, portanto, uma forte relação entre os fatores que influenciam a visão social estigmatizada do traficante e a atuação judicial, enquanto órgão de controle social, que envolvem questões raciais, étnicas e classistas, e evidenciam o uso do aparato público judiciário na perpetuação da exclusão de minorias, especificamente do paraguaio acusado de tráfico.

Portanto, é necessário que se repense o papel dos magistrados e cortes na criminalização secundária dos estrangeiros paraguaios traficantes de drogas. É preciso que se adote uma perspectiva crítica e humanista, que reconheça a diversidade e a complexidade dos sujeitos envolvidos no tráfico de drogas na fronteira. É preciso, ainda, que se respeite os direitos fundamentais dos estrangeiros, garantindo-lhes um tratamento justo e igualitário perante a lei (princípio da isonomia). É preciso, por fim, que se busque alternativas à criminalização secundária em um claro retrocesso e infiltração erosiva na Democracia Brasileira, como medidas legislativas que possam assegurar um maior controle do momento decisório do magistrado brasileiro, exigindo maior supervisão na motivação das decisões judiciais e eliminando a subjetividade decisória que utiliza artifícios linguísticos sem respaldo legal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada**: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. 2010. 329 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010.

ALVES, Fernando de Brito; MARGRAF, Alencar. Transição democrática e crise na América Latina e no Brasil contemporâneo. **DIKÉ - Revista do Mestrado em Direito da UFS** [s.l.], v. 7, n. 1, p. 84-108, jan-jun 2018.

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Seletividade do sistema penal e medidas contrasseletivas no âmbito da teoria da determinação da pena**. Orientadora Mariângela Gama de Magalhães Gomes. Tese (Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

AVILA, Carlos Frederico Domínguez; DOMÍNGUEZ, Aldira Guimarães Duarte. A qualidade da democracia, o estado de direito e a análise de políticas públicas: conceitos e práticas em transformação. **Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social**, ano 5, n.10, jul.-dez., 2023. (DOI: 10.5281/zenodo.10064151).

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Ed. digital. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Tradução Maria Corrêa. Campinas, SP: Papirus, 2008.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Censo do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2014. 212 p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario/edicao-2013/>. Acesso em: 29 de junho de 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros**. Brasília: CNJ, 2018. 32 p. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em: 29 de junho de 2023

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Remuneração dos Magistrados**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/transparencia-cnj/remuneracao-dos-magistrados/>. Acesso em: 29 de junho de 2023.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Desemprego 2023**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 29 de junho de 2023.

CASTALDI, Valquíria. **Da “violência legítima” para a violência ilegítima: as disfuncionalidades do poder transitivo do Estado no exercício do controle penal brasileiro**. Orientador Giovanni Olsson. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Comunitária da Região de Chapecó, 2019.

CAVALLINI, Marta. **Menos de 1% dos ocupados no país recebem mais de 20 salários-mínimos; veja o perfil desses trabalhadores**. Portal G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/trabalho-e-carreira/noticia/2022/12/03/menos-de-1percent-dos-ocupados-no-pais-recebem-mais-de-20-salarios-minimos-veja-o-perfil-desses-trabalhadores.ghtml>. Acesso em: 29 de junho de 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder judiciário no Brasil. **Caderno do Instituto Humanitas Unisinos - IHU Ideias**. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Vol. 13, n. 222, 2015. ISSN: 1679-0316.

CORDAZZO, Karine. **Seletividade e Criminalização Secundária de Indígenas na Região de Fronteira: Uma perspectiva criminológica**. Orientador Gustavo de Souza Preussler. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-graduação em Fronteiras e Direitos Humanos) - Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados. Dourados/MS, 2019.

CORDAZZO, Karine; PREUSSLER, Gustavo de Souza. A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente Jock Young. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, p. 563-576, 2018.

DORNELAS, Paula Dias; VILELAL, Pedro Barbabela de Mello. Uma democracia em crise? reflexões sobre os direitos das mulheres, migrantes, LGBTI+ e pessoas negras no governo Trump (2017-2020). **InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais (Dossiê raça, gênero e sexualidade: direitos e lutas sociais)**, v. 7, n. 2, p. 104-125, 2021.

FAGUNDES, Valdelice do Amaral. **Mobilidade urbana na tríplice fronteira (Brasil, Paraguai e Argentina) à luz da fluidez e da porosidade territorial**. 2018. 181 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Centro de Ciências Humanas, Educação e Letras, Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE, Marechal Cândido Rondon, 2018.

FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda. **Ciberdemocracia no Judiciário: O Uso de Mapas como Política de Virtualização**. 2014. 321 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis/SC, 2014.

GLOBAL ORGANIZED CRIME INDEX. **Heatmap**, 2021. Disponível em: <https://ocindex.net/>. Acesso em: 04 de junho de 2023.

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. PCC ostenta poder no Paraguai com recompensa de 80.000 dólares por auxílio a fugas. **El País – Internacional**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-01-20/pcc-exibe-seu-poder-no-paraguai-com-fuga-em-massa.html>. Acesso em: 29 de junho de 2023.

MENDONÇA, Jeniffer. Porque é tão difícil demitir um juiz. **Ponte Jornalismo**, 2022. Disponível em: <https://ponte.org/por-que-e-tao-dificil-demitir-um-juiz/>. Acesso em: 29 de junho de 2023.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do; SOUZA, João Éder Furlan Ferreira de; ALVES, Fernando de Brito. Distopias e a (des)proteção de direitos humano-fundamentais e o “preço” da segurança em tempos de crise: o retrocesso de direitos de minorias no contexto do filme “V de Vingança”. In: NASCIMENTO, Arthur Ramos do; VIEIRA, Igor Paullati Pizarro. **Democracia e Constituição: reflexões para o debate jurídico no século XXI**. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020. p. 103-114.

NILO, Batista; ZAFFARONI, E. R. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

NOBRE, Letícia. Faltam candidatos preparados para ocupar vagas de juiz. **Metrópoles**, 2018. Disponível em: <https://www.metropoles.com/vaga-garantida/faltam-candidatos-preparados-para-ocupar-vagas-de-juiz>. Acesso em: 29 de junho de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ESCRITÓRIO DE DROGAS E CRIME - UNODC. **World Drug Report**. Global overview: drug demand and drug supply, 2021. Disponível em: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_2.pdf. Acesso em: 1º de junho de 2023.

RAMOS, Marcelo Maciel; CASTRO, Felipe Araújo. Aristocracia judicial brasileira: privilégios, habitus e cumplicidade estrutural. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019, e1918. DOI: <http://dx.Doi.org/10.1590/2317-6172201918>.

SCHREIBER, Mariana. **Por que a apreensão de drogas é recorde em 2020** – e o que isso significa. Brasília: BBC News Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55264932>. Acesso em: 29 de junho de 2023.

SILVA, Wagner Ferreira. **Mato Grosso do Sul: fronteira estratégica para o crime organizado**. Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social de Fronteiras – IDESF, 2022. Disponível em: <https://www.idesf.org.br/>. Acesso em: 21 de maio de 2023.

SOTERO, Aglene de Arruda Moreira. As garantias funcionais da magistratura no Brasil: do período colonial à Constituição democrática de 1988. **Revista Direito e Liberdade**. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Vol. 23, n. 02, p. 13-33, maio/ago. 2021. ISSN: 2177-1758.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 1997. 336 páginas.

WILLADINO, Raquel; NASCIMENTO, Rodrigo Costa do; SILVA, Jailson de Souza. **Novas configurações das redes criminosas após a implantação das UPPS**. Rio de Janeiro: Observatório de Favelas, 2018.

WZOREK, Achley. **Mula no delito de tráfico de drogas**. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/mula-no-delito-de-trafico-de-drogas/883488227>. Acesso em: 29 de junho de 2023.

CAPÍTULO 5

POPULISMO: INIMIGO OU POSSIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS?

Matheus Conde Pires
Rubens Beçak

Sumário: 1. Introdução. 2. Como lidar com os populistas/os inimigos populistas. 3. Plano de fundo da concepção dominante. 4. Por um populismo humanitário. 5. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No dia 1 de dezembro de 2016, na *London School of Economics* foi realizado um encontro a fim de marcar o dia Internacional dos Direitos Humanos, cujo tema central do debate foi a respeito dos desafios impostos pelo populismo. Parte das discussões travadas neste evento foram publicadas no *Journal of Human Rights Practice* de *Oxford*. É a partir destas contribuições teóricas que se coloca o problema da presente pesquisa: o populismo é intrinsecamente antagônico aos direitos humanos? Tal pergunta exsurge da afirmação, como se verá adiante, de vários pesquisadores que identificam no populismo um inimigo a ser combatido, porém tal visão parece ser reducionista e incapaz de oferecer as categorias analíticas necessárias para a compreensão do fenômeno.

Diante destas impressões, em um primeiro momento a pesquisa se volta para a compreensão dos argumentos centrais apresentados na *London School of Economics* e colecionados no *Journal of Human Rights Practice* de *Oxford*. Cabe destacar que, neste prelúdio investigativo foram acrescentados à revisão bibliográfica contribuições que corroboravam para a cognição do argumento central dos autores. Posteriormente, a pesquisa se volta para o plano de fundo teórico contemporâneo que foi capaz de fundamentar e reforçar essa percepção do populismo como um inimigo aos direitos humanos e, por vezes, da própria democracia. Diante destas reflexões, percebe-se a ausência de uma atenção mais cautelosa em relação à lógica populista.

Por fim, por meio da revisão bibliográfica de textos acadêmicos atinentes à temática e da abordagem hipotético-dedutiva, faz-se possível responder ao problema central da pesquisa a respeito da inexorabilidade do antagonismo entre o populismo e os direitos humanos. Em outras palavras, busca-se encontrar um eventual ponto cego na perspectiva tradicional do direito internacional em relação ao populismo, de modo a contribuir para a compreensão do fenômeno e elaboração de estratégias capazes de fortalecer a democracia. A concepção dominante a respeito desta temática será contrastada com as contribuições pós-estruturalistas de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe. Tal reflexão permite ver o populismo não como um inimigo da democracia, mas sim como uma possibilidade para se reconstruir o espaço político em torno dos direitos humanos.

2. COMO LIDAR COM OS POPULISTAS/ OS INIMIGOS POPULISTAS

O populismo é uma ameaça para a democracia (ALSTON, 2017b, p. 4), essa é a tônica dos debates a respeito das ameaças observadas diante dos direitos humanos ao redor do mundo. A crise migratória na Europa, o nacionalismo Russo¹, as condutas autoritárias na Turquia e a eleição de Donald Trump nos Estados Unidos da América (POSNER, 2017, p. 01), são apenas alguns exemplos que elucidam os ataques frontais. Dentre estes movimentos, é possível notar um caráter nacionalista, xenófobo, misógino e toda uma agenda que se contrapõe explicitamente à ideia de direitos humanos (ALSTON, 2017b, p. 1-2). Ocorre que a expectativa depositada em torno de organizações internacionais para assegurar uma sociedade justa e igualitária vem sendo frustrada nos últimos anos. O descontentamento dos ativistas de direitos humanos se deve ao fato de que enquanto houve um avanço dos mecanismos direcionados para assegurar direitos humanos, a imaginação moral e os horizontes éticos passaram a apresentar uma apatia (NAGARAJ, 2017, p. 22).

No entanto, é possível questionar a existência de “era de ouro” dos direitos humanos, uma vez que inúmeras violações se mostravam patentes, mesmo antes de políticos como Trump serem eleitos (DUDAI, 2017, p. 17). Tal cenário empurra os teóricos à tentativa de compreensão da aparente ironia na qual alguns humanos passam a ser contra os direitos humanos. Nessa empreitada, Philip Alston (2017b, p. 4-7) apresenta algumas possíveis razões para esta crise: i) o fechamento de portas para as sociedades civis; ii) o impulsionamento do populismo por meio do medo e ressentimento, em especial

¹ Cabe destacar que no momento em que Eric Posner escreve esse artigo, a guerra entre Ucrânia e Rússia ainda não havia sido deflagrada. Tal fato ressalta a percepção flagrante da possibilidade de um conflito armado e impõe na necessidade patente de se pensar estratégias capazes de evitar cenários como esses.

devido à desigualdade e exclusão social; iii) enfraquecimento do direito internacional em razão da extenuação das regras que regem o uso internacional da força e o colapso dos princípios do direito internacional humanitário; iv) a fragilidade das instituições internacionais. É possível notar que na visão de Alston o populismo se coloca na centralidade do problema, pois por meio da exploração dos ressentimentos e dos medos sociais, consegue erodir as instituições democráticas, fechar as portas para as organizações sociais e fragilizar as organizações internacionais.

Por sua vez, Laurence Helfer (2018, p. 5-12) reforça essa perspectiva apresentando os seguintes catalizadores da ameaça à democracia: i) as formas distintas que os regimes populistas minam as condições facilitadoras dos direitos humanos; ii) a precarização do envolvimento dos estados com as instituições de direito internacional; iii) o pedigree democrático do populismo. Ron Dudai (2017, p. 17-18) não indica uma percepção muito diferente, apontando: i) a desilusão em relação às normas e métodos dos direitos humanos; ii) a diluição dos direitos humanos, que passa a ser um elemento retórico para toda e qualquer reivindicação. Em relação à perda de coerência dos direitos humanos, coloca-se a inquietação de que eles tenham sido “sequestrados” pelos populistas, como se houvesse um núcleo duro dos direitos humanos que tenha perdido seu foco em razão de sua contínua expansão. No entanto, os dissensos em relação aos direitos humanos não são relativos apenas àqueles que apresentam um discurso antagônico, mas também próprio dos próprios ativistas, de forma que não se pode dizer que há um único movimento de direitos humanos (ALSTON, 2017a, p. 25).

Este aparente consenso colaborou para a limitação do espaço público, como se a ideia de direitos humanos fosse um dado auto evidente e não necessitasse de qualquer explicação ou debate a seu respeito. Vijay Nagaraj (2017, p. 23-24) endossa essa hipótese questionando se não há a perda da ideia de direitos humanos como resultante de um senso de ética relacional, amor, compaixão e solidariedade quando a legitimação dos direitos humanos decorre apenas de uma vinculação do Estado ou de outros mecanismos de autorização “de cima para baixo”². Em suma, aponta-se para a necessidade retomar o aspecto humanitário dos direitos humanos, pois o que está em jogo é a própria humanidade compartilhada (NAGARAJ, 2017, p. 25). Se este for de fato o problema central, a resposta implica necessariamente no embate político deixado de lado enquanto se acreditava estar na “era de ouro” dos direitos humanos.

² No original, as palavras são exatamente essas: “In seeking to legitimize human rights primarily or only by binding them to the state, law and other mechanisms of top-down authorization, have we lost the ability to speak of the idea of human rights as deriving from a deeper place, from a sense of relational ethics, love, compassion and solidarity? Has our practice of human rights actually banalized our shared humanity itself?” (NAGARAJ, 2017, p. 23-24).

Para Laurence Helfer (2017, p. 18-19) são necessárias quatro estratégias para sobreviver em tempos de populismo: i) tendo em vista que se trata de um conflito de longo prazo é necessário estabelecer marcos institucionais e jurisprudenciais para o futuro, a fim de preparar o terreno para uma situação mais favorável; ii) escolher com cautela as batalhas e não expandir e ampliar indevidamente a autoridade das instituições internacionais; iii) publicizar as decisões e torná-las inteligíveis para a sociedade em geral; iv) criar janelas de oportunidade para mobilizações contra o populismo. Estas propostas não envolvem apenas comportamentos jurídicos e jurisprudenciais, a “escolha das batalhas”, a criação de “janelas de oportunidade” e a publicação das decisões dizem respeito a uma atuação essencialmente política, que visa não somente o combate às *fake news*, mas sim o convencimento social da necessidade de garantir direitos humanos e sociais.

Em relação à expansão da autoridade das instituições internacionais e à possibilidade do enfraquecimento da coerência dos direitos humanos, Eric Posner (2017, p. 2-6) chama a atenção para o pensamento tradicional que via na noção elástica do consentimento a possibilidade benéfica de disseminar os direitos humanos, no entanto, não considerava devidamente que tal prática impunha uma contração das noções de soberania. Em outras palavras, esta prática retirava a autonomia local em nome da proteção dos direitos humanos, que na maioria das vezes não era vista na prática. As instituições internacionais, responsáveis por concretizar a proteção à humanidade foi muitas vezes complacente com práticas patentemente desrespeitosas aos tratados e convenções internacionais (POSNER, 2017, p. 6-13).

A necessidade da reorganização das instituições promotoras de direitos humanos também é compartilhada por Philip Alston (2017b, p. 8-12) que indica os seguintes caminhos a serem tomados: i) ONGs devem deixar se apenas extrair dados das localidades e contribuir na construção e complementação da capacidade nacional de assegurar direitos humanos; ii) direitos econômicos e sociais devem ser vistos de forma conjunta e como uma agenda geral autêntica; iii) necessidade de expandir a percepção de quais atores podem contribuir para assegurar direitos humanos; iv) reconhecer a necessidade da persuasão ao invés de apenas anunciar os princípios. Novamente, são destacados elementos transcendem questões meramente institucionais, a persuasão, a aliança com atores para promover os direitos humanos e a forma como se pauta a agenda são questões diretamente políticas. Não se trata de uma decisão meramente técnica, trata-se de uma escolha intrinsecamente política.

Ocorre que o momento de crise explicitou a incapacidade de os direitos humanos indicarem uma visão clara, ampla e coerente de mundo, capaz de mobilizar a sociedade (DUDAI, 2017, p. 17). Diante disto, seria necessário: i) encarar o ativismo pelos direitos humanos como uma luta e não como uma

profissão; ii) pensar os direitos econômicos e sociais em termos de classe e não apenas como reflexo de uma minoria; iii) oferecer alternativas palpáveis para lidar com problemas reais, aproximando-se das vítimas de violações (DUDAI, 2017, p. 19-20). No entanto, Ron Dudai (2017, p. 17) apresenta uma percepção diferente dos outros estudiosos, pois para ele o populismo não traz necessariamente uma política antagonista aos direitos humanos, embora explicita a crise das velhas certezas em torno da noção da universalidade dos direitos humanos. Eric Posner (2017, p. 2) parece compartilhar de tal concepção ao indicar que nem todos os líderes populistas atacam o direito internacional; para ele o populismo é a saída encontrada por aqueles deixados de lado pela globalização (POSNER, 2017, p. 13-14). É a partir deste ponto que se coloca em questão a percepção do populismo como necessariamente um adversário dos direitos humanos ou uma ameaça para a democracia. No entanto, antes de explorar esta questão, cabe uma breve revisão do plano de fundo teórico que fundamenta a percepção do populismo como um inimigo a ser combatido.

3. PLANO DE FUNDO DA CONCEPÇÃO DOMINANTE

A concepção dominante é aquela que identifica o populismo como um inimigo a ser combatido, pois oferece riscos para a concretização dos direitos humanos e para a própria democracia. Embora seja possível notar algumas dissidências, conforme mencionado no capítulo anterior, a tônica dos debates identifica o populismo como uma ameaça, porém não apresenta uma reflexão mais profunda sobre a sua lógica política.

O fim da democracia era pensado apenas com tanques nas ruas e mobilizações ostensivas sobre o território, no entanto, esta ruína pode ser pensada de outro modo na contemporaneidade, em especial após a eleição de Trump (RUNCIMAN, 2018, p. 8-31). Agora, a queda democrática pode vir de forma gradual e com amplo apoio popular. Este cenário aponta para um inimigo invisível e a ausência de um ponto específico de ruptura dificulta a elaboração de estratégias para coibir o avanço populista. As democracias fortes são imunes aos ataques frontais, de forma que os ataques costumam vir pelos flancos, ou seja, pode dentro da própria democracia (RUNCIMAN, 2018, p. 66-67).

Este risco ascende o imaginário de um inimigo à espreita para se mostrar no momento oportuno enquanto as instituições democráticas vão corroendo lentamente. Para lidar com essa situação foram apontadas algumas medidas no capítulo antecedente. Contudo, elas possuem um plano de fundo teórico marcado por três obras em especial, “Como as democracias morrem”, “*What is Populism*” e “O povo contra a democracia”. Para compreender a limitação das propostas, se faz necessário perpassar brevemente por estes marcos acadêmicos.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 17) reforçam a possibilidade de golpes lentos e graduais perpetrados por meio dos próprios dispositivos legais colocados na democracia. Em outras palavras, as regras do jogo são subvertidas com a anuência do legislativo e dos tribunais e passam a minar o espaço democrático. Para identificar um comportamento autoritário, são apresentadas quatro características centrais: i) “rejeição das regras democráticas do jogo”; ii) “negação da legitimidade dos oponentes”; iii) “tolerância ou encorajamento à violência”; iv) “propensão a restringir liberdades civis” de oponentes e da mídia (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 33-34).

Não obstante, os autores reconhecem que “nem sempre os políticos revelam toda a plenitude do seu autoritarismo antes de chegar ao poder” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 31), de modo que a ausência dessas características em determinado candidato não significa a segurança da democracia. De outro lado, pode-se dizer, que a presença dessas características também não significa necessariamente uma tentativa posterior de ruptura com a democracia liberal. Diante desta questão, as características enumeradas perdem parte de sua capacidade analítica do fenômeno populista. De todo modo, tendo em vista os objetivos dos autores, os elementos apresentados, referem-se mais a como o autoritário se apresenta do que a sua lógica política. O que faz persistir o problema e se o populismo está intrinsecamente ligado a um antagonismo aos direitos humanos.

Por sua vez, Jan-Werner Müller procura responder justamente essa questão com a pergunta central de “o que é o populismo?”. Em síntese, o populismo seria uma maneira de perceber o mundo político por meio de uma moralidade pura e unificada, mas ficcional, do povo contra as elites corruptas ou inferiores moralmente, de forma que o populismo se substancia em uma imaginação moralista particular da política (MÜLLER, 2016, p. 19-20). Por meio deste aspecto moralista acentuado e unificado o populismo seria essencialmente antipluralista e, por ser ficcional e imaginativo, é fundado em uma distorção da realidade.

A partir desta concepção, Müller (2016 p. 101-103) elabora sete teses: i) o populismo é a sombra da política representativa e não uma patologia, mas não é apenas parte autêntica da política democrática moderna; ii) os populistas são antipluralistas e antielitistas; iii) populistas se apresentam como representantes do bem comum; iv) o uso de mecanismos de participação direta pelos populismos não se trata de uma abertura de formação democrática entre os cidadãos; v) os populistas se engajam na ocupação do estado por meio do clientelismo, corrupção e repressão da crítica; vi) os populistas são inimigos da democracia, mas não podem ser excluídos do debate público; vii) o populismo não traz a política para perto do povo.

Essas considerações marcam o populismo como um inimigo que tenta minar a democracia e a própria soberania popular. No entanto, tal percepção aparenta um paradoxo, pois o suporte popular de um “movimento populista” parece realçar o elemento democrático e não o contrário. Como indicado no primeiro capítulo, um dos desafios populistas é justamente seu *pedigree* democrático. No entanto, tal percepção de populismo como afronta ao próprio povo pode decorrer da seguinte concepção da democracia: um sistema que não decorre de uma “maioria”, mas sim de um equilíbrio, no qual as minorias sejam protegidas dos abusos de poder (HELPER, 2018, p. 08). A questão que fica diante desta visão de democracia é de quem irá definir o que é ou não abuso, assim como quem irá garantir que as instituições responsáveis por elaborar estas definições também não estejam sujeitas às influências “populistas”.

No entanto, Yascha Mounk (2019, p. 54) abre uma perspectiva diferente para se pensar ao passo que identifica no populismo uma natureza democrática, mas iliberal. O populismo apresenta uma natureza democrática não apenas por ter suporte popular, mas por dar voz às demandas excluídas, porém ele é iliberal em razão de promover rupturas com o paradigma do Estado moderno. Aqui o populismo continua sendo visto como um inimigo a ser combatido, porém não se ignora seu aspecto democrático. Dessa forma, caberia uma crítica ao título da obra, uma vez que o povo não se coloca em uma oposição à democracia, mas sim à democracia liberal especificamente. Para Mounk (2019, p. 58) o populismo se alastra por meio de soluções fáceis diante de problemas difíceis, pois “os eleitores não gostam de pensar que o mundo é complicado”. Diante deste problema, a solução seria domesticar o nacionalismo (MOUNK, 2019, p. 233-256) consertar a economia (MOUNK, 2019, p. 257-280) e, assim, renovar a fé cívica (MOUNK, 2019, p. 281-300).

No entanto, embora Mounk indique a necessidade de se levar a sério a natureza democrática do populismo, acaba não avançando sobre a lógica do populismo. Suas considerações se concentram em uma frustração coletiva diante do neoliberalismo que favorece o aceite de propostas fáceis para problemas complexos. É justamente esta percepção que acaba colocando o populismo ainda como um inimigo a ser combatido. No entanto, tal perspectiva reduz demasiadamente a lógica do espaço político, conforme se verá no próximo capítulo.

4. POR UM POPULISMO HUMANITÁRIO

Tradicionalmente o populismo, é visto como um reflexo de como “o povo não sabe votar” ou de como “ainda não aprendeu a votar” (GOMES, 2017, p. 21). Podemos acrescentar ainda a “ingenuidade” do povo que é “manipulada” pelos populistas. Tal perspectiva acabou por condenar o populismo e

tudo aquilo a que ele é associado (GOMES, 2017, p. 21), porém não considera a lógica de funcionamento deste fenômeno.

O conhecimento do mundo se dá por meio do discurso, por meio do simbólico que faz a mediação do real (BURITY, 2008, p. 38-41). Cabe destacar, que aqui o discurso é compreendido como ação e não é restrito apenas às palavras (RODRIGUES; MENDONÇA, 2008, p. 26). Este é um elemento importante, pois definir o que é o povo perpassa necessariamente por signos discursivos que vão mediar o real. No entanto, é possível notar uma fratura irremediável entre o universal e o particular, de modo que a definição do *totum* se dá por meio de uma especificidade dominante (LACLAU, 2011, p. 54). Dessa forma, ao conceituar o povo, está-se na realidade apresentando uma parte como o todo, uma *plebe* como *populos* (LACLAU, 2018, p. 134). Em outras palavras, a universalidade se apresenta sempre por meio de uma particularidade que figura precariamente uma posição dominante (GIACAGLIA, 2008, p. 77).

Neste pensamento, a menor categoria analítica do populismo é a demanda, ou seja, uma solicitação não atendida de maneira sistemática e reiteradamente pela institucionalidade (LACLAU, 2018, p. 123). Cada demanda possui sua particularidade, no entanto, podem ser articuladas em uma cadeia de equivalências capaz de se opor, por meio da lógica da diferença, à institucionalidade (LACLAU, 2018, p. 123). A partir deste ponto, existem demandas que estão inseridas em uma cadeia de equivalências, as chamadas demandas populares; e aquelas que não, identificadas como demandas democráticas (LACLAU, 2018, p. 124).

Essa articulação se faz possível, pois as demandas, mesmo sem deixar completamente de lado sua particularidade é capaz de assumir a representação de uma totalidade incomensurável (LACLAU, 2018, p. 119). Como exemplo, pode-se citar as mobilizações organizadas pelo Movimento Passe Livre (MPL) em 2013 contra o aumento das tarifas de transporte público na cidade de São Paulo. Em resumo, o surgimento do mote “não são só 20 centavos” foi capaz de aglutinar não só aqueles irresignados com o preço das passagens, como também uma “série de insatisfações com as políticas públicas e os diversos investimentos dos governos, em diferentes esferas” (ALMEIDA, 2013, p. 39), marcando, posteriormente, uma quebra da hegemonia da esquerda em relação às mobilizações sociais (TATAGIBA, 2018, p. 90). Neste exemplo, a demanda por vinte centavos se esvazia de modo tal que consegue representar outras demandas em uma cadeia de equivalências em oposição a institucionalidade.

Cabe aqui retomar um argumento apresentado por Laurence Helfer (2018, p. 09) de que o conflito entre a maioria e a minoria não decorre de uma soma zero. Não obstante, como se pode ver no exemplo mencionado, existem demandas que são antagônicas e a presença de uma coloca em risco a existência da outra. (PESSOA, 2008, p. 138). Não se pode conciliar o aumento das

passagens com a diminuição das passagens. Existem três possibilidades a partir deste cenário: i) tarifas aumentam e a demanda por diminuição é frustrada; ii) tarifas diminuem³ e a demanda pelo aumento é frustrada; iii) o aumento é diminuído e ambas as demandas são frustradas em parte. Enquanto as duas primeiras possibilidades implicam na negação completa de uma das demandas, a última impõe uma restrição parcial. No entanto, o aspecto antagônico entre as mesmas permanece, pois até quando as duas demandas são atendidas parcialmente a presença de uma ainda compromete a existência da outra. De fato, é possível chegar a uma alocação consensual, porém, este consenso se apresenta de forma precária e contingente ao contexto em que é estabelecida; o antagonismo é irresolúvel.

É possível notar as dicotomias entre “nós e eles” ou “bem e mal” na própria sustentação de Philip Alston (2017b p. 3, *tradução livre*) ao apontar suas preocupações com os desafios futuros da seguinte forma: “em breve saberemos que tipos de coalizões do inferno surgirão no contexto do Conselho de Direitos Humanos da ONU, do Tribunal Penal Internacional, do sistema interamericano de direitos humanos e assim por diante. Imprevisibilidade”⁴. A utilização de *coalitions from hell* remonta claramente uma dicotomia entre “bem e mal”, como se os movimentos populistas fossem a encarnação do “diabo”, enquanto os direitos humanos fossem o refúgio divino. Tal abordagem explicita o antagonismo não como algo a ser eliminado do espaço político, mas como sua característica constitutiva.

Em suma, formação de um povo se dá, portanto, a partir da articulação de demandas em uma cadeia de equivalências que se hegemoniza e passa a ser dominante (LACLAU; MOUFFE, 2015, 163-164). Cabe aqui, algumas considerações a respeito do significado de hegemonia para essa construção teórica. Tal categoria foi pensada com o fim de lidar com o elemento político das relações sociais em um momento em que a concepção tradicional marxista de “classe dominante” foi colapsada (LACLAU, 2011, p. 137). Dessa forma, ela pressupõe a natureza aberta e incompleta do social (LACLAU; MOUFFE, 2015, p. 213), que implica, necessariamente, em construções “contingentes, precárias e pragmáticas” (LACLAU, 2011, p. 137). Hegemonia é, portanto, o processo pelo qual uma particularidade assume o signo de universal incomensurável, ou seja, encarna a completude e ocupa uma posição totalizante, de forma precária e contingente (LACLAU, 2018, p. 119-120).

³ No caso, o certo seria indicar “não aumentam”, mas apenas para ilustrar o antagonismo de forma mais explícita, optou-se por fazer a indicação da forma como está.

⁴ No original: “We will soon know what sorts of coalitions from hell will emerge in the context of the UN Human Rights Council, the International Criminal Court, the Inter-American human rights system, and so on. Unpredictability” (ALSTON, 2017, p. 3)

Poder-se-ia dizer que esta perspectiva teórica implica na impossibilidade da democracia, no entanto é justamente esta fratura intransponível entre o particular e o universal que possibilita o dissenso e, por conseguinte, a própria existência do espaço político e da democracia (LACLAU, 2011, p. 66; LACLAU, 2018, p. 246). O próprio Philip Alston (2017, p. 3) aponta os direitos humanos como não sendo resultantes de um projeto consensual, mas sim de conflitos como a guerra fria, o neoliberalismo e agora o populismo. No entanto, a ausência de uma reflexão sobre a lógica do populismo aponta para a existência de uma luta entre o bem e o mal, como se os direitos humanos fossem um dado inflexível que venceu as batalhas. No entanto, os direitos humanos, assim como a própria democracia, são frutos de uma construção contínua, pois também são sempre contingentes e precários.

O populismo não possui um conteúdo programático próprio e não pode ser definido como uma ideologia (MOUFFE, 2019, p. 31). Dessa forma, tal fenômeno não é intrinsecamente antagônico aos direitos humanos ou à própria democracia liberal. A proposta de Chantal Mouffe (2019), na obra “Por um populismo de esquerda”, se apresenta como um populismo que não visa uma ruptura com a democracia liberal e, tampouco com a ideia de direitos humanos. Pelo contrário, sua proposta pretende radicalizar a igualdade e a liberdade por meio dos mecanismos institucionais postos.

De fato, é necessário um processo de reflexão sobre as críticas aos movimentos em prol dos direitos humanos e um processo de introspecção e abertura, como indica Alston (2017, p. 4), porém o populismo não é um inimigo, pelo contrário, é uma possibilidade. Algumas propostas indicadas no primeiro capítulo como por exemplo: i) resgatar o humano dos direitos humanos (NAGARAJ, 2017, p. 25); ii) persuadir ao invés de apenas anunciar os princípios (ALSTON, 2017b, p. 12); iii) criar janelas de oportunidade para mobilizações contra o populismo (HELFER, 2018, p. 19); são essencialmente populistas. Isto pois, são colocadas diretamente no âmbito político e visam reanimar as mobilizações em prol dos direitos humanos.

No entanto, diferentemente da visão de Ron Duda (2017, p. 17), na qual ressalta a necessidade de reconhecer um papel mais modesto dos direitos humanos, pode-se fazer uma proposta oposta. Os direitos humanos podem ocupar um papel central em um movimento populista, esvaziando-se de modo tal que passe a ser capaz de representar uma série de demandas como educação, saúde, saneamento básico e outras. Os direitos humanos podem ser o novo “não são só 20 centavos” e ao invés de ser permeado pelo nacionalismo⁵, pode caminhar em direção à solidariedade e resgatar o caráter humanitário dos direitos humanos.

⁵ No artigo “A trajetória discursiva das manifestações de rua no Brasil (2013-2015)” (PINTO, 2017) é possível compreender como se deu o processo de articulação das demandas no Brasil durante este período, assim como o papel dos signos nacionalistas.

Ademais, pode-se destacar que embora seja possível identificar uma deficiência “das garantias dos direitos humanos no ordenamento jurídico doméstico” (CORRÊA; AMARAL; VIANNA; 2021, p. 181), é necessário ressaltar a importância do suporte popular na criação destes mecanismos. Isto pois, a criação de dispositivos jurídicos sem uma construção política em torno da efetivação dos direitos humanos se mostra incapaz de concretizar garantias fundamentais.

Evidentemente, as estratégias para tanto variam de acordo com cada conjuntura, no entanto, compete a provocação para se pensar um populismo que coloque os direitos humanos no centro, em um populismo humanitário. Ao presente estudo coube demonstrar que o antagonismo entre o populismo e os direitos humanos é resultado de uma construção contingente e não intransponível. Este ponto cego em relação à temática se apresenta como um óbice não somente para a compreensão do fenômeno, como também para a elaboração de estratégias efetivas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tradicionalmente, o populismo é associado às tentativas de minar a democracia e restringir os direitos humanos. No primeiro capítulo foi possível notar que tal percepção era apresentada como um pressuposto ou como uma conclusão a partir de um exemplo específico. Por vezes os autores se utilizavam de obras como “*What is populism*”, de Jan-Werner Müller, e “O “povo contra a democracia”, de Yascha Mounk, para respaldar suas perspectivas. No entanto, em um segundo momento, foi possível notar que tais contribuições teóricas, assim como a dos principais livros a respeito da temática, elaborados em especial no contexto da eleição de Trump, são incapazes de oferecer categorias analíticas a respeito da lógica do populismo.

Necessário apontar para o fato de Yascha Mounk se distanciar dos demais teóricos ao identificar no populismo o elemento democrático por dar voz às demandas da sociedade. No entanto, o referido autor compreende o populismo como necessariamente iliberal, ou seja, procura a ruptura com o Estado moderno. Embora exemplos desta compreensão sejam evidentes, não são as únicas formas de expressão do populismo, o que coloca em xeque essa associação fixa do populismo como antagônico à democracia liberal.

Em suma o populismo é tratado como uma tentativa de ruptura com o paradigma democrático liberal por meio da manipulação de frustrações e ressentimentos. Estas considerações oferecem algumas pistas para a compreensão do populismo, porém incapazes de oferecer uma compreensão do fenômeno. Longe de ser uma prática necessariamente maliciosa, o populismo se apresenta como a própria lógica do espaço político. Ao menos essa é a pers-

pectiva teórica construída por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe. Tal contribuição foi capaz de oferecer categorias para a compreensão da manifestação populista, assim como a sua lógica. Nesse sentido, o populismo nasce da tentativa de delimitar o que é o povo. Contudo, esta delimitação é sempre contingente e precária, o que oferece espaço para instabilidades.

No entanto, embora seja possível notar movimentos nacionalistas com uma oposição enfática aos direitos humanos e, por vezes, à própria ideia de democracia, não se pode dizer que tal comportamento é inerente ao populismo. Pelo contrário, são manifestações específicas precárias e contingentes como toda formação populista. Em outras palavras, o populismo pode de fato se apresentar em oposição aos direitos humanos, mas tal fato não é inerente ao populismo, de forma que tal lógica pode ser explorada para difundir os direitos humanos e fortalecer as instituições internacionais.

Tal concepção expõe um ponto cego na abordagem tradicional a respeito da temática, que pode por vezes comprometer as soluções propostas. Mais do que isso, abre-se margem para ver o populismo como uma possibilidade, ao invés de um adversário. Os direitos humanos podem ocupar uma posição central diante das reações ao autoritarismo apresentado na última década. Isso implica na necessidade de se pensar um populismo humanitário, no qual os direitos humanos passem a representar uma cadeia de demandas silenciadas sistematicamente, mesmo em sociedades encaradas como democráticas. Sendo assim, o populismo deixa de ser visto como um problema e passa a ser uma saída para uma sociedade radicalmente democrática, livre e igualitária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriela Maria Farias Falcão de. O contexto atual dos protestos no Brasil e o pluralismo democrático. **Cadernos de Estudos Sociais**, Recife, v.28, n. 1, p. 33-52, jan./jun., 2013.

ALSTON, Philip; Reply to Dudai and Nagaraj. *In: Journal of Human Rights Practice*, n. 9, 2017a.

ALSTON, Philip; The populist Challenge to Human Rights. **Journal of Human Rights Practice**, n. 9, 2017b.

BURITY, Joaílido Albuquerque. Discurso, política e sujeito na teoria da hegemonia de Ernesto Laclau. *In: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. Pós-estruturalismo e teoria do discurso: em torno de Ernesto Laclau. p. 35 – 52. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.*

CORRÊA, Daniel Marinho; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; VIANNA, José Ricardo Alvarez. A Efetividade Das Decisões Da Corte Interamericana De Direitos Humanos No Âmbito Interno. **Cadernos de Relações Internacionais**, [S. l.], v. 12, n. 22, 2021

DUDAI, Ron. Human Rights in the Populist Era: Mourn then (Re)Organize. **Journal of Human Rights Practice**, n. 9, 2017,

GIACAGLIA, Mirta. Universalismo e particularismo: emancipação e democracia na teoria do discurso. *In: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. Pós-estruturalismo e teoria do discurso: em torno de Ernesto Laclau. p. 71 – 88. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.*

GOMES, Angela de Castro. O populismo e as ciências sociais no Brasil: notas sobre a trajetória de um conceito. In: FERREIRA, Jorge. **O populismo e sua história**: debate e crítica. p. 17 – 48. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

HELPER, Laurence R. Populism and International Human Rights Law Institutions: A Survival Guide. In: **iCourts Working Paper Series**, n. 133, 2018,

LACLAU, Ernesto. **Emancipação e diferença**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2011.

LACLAU, Ernesto. **Razão Populista**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemonia e Estratégia Socialista**: por uma política democrática radical. São Paulo: Intermeios, 2015.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MOUFFE, Chantal. **Por um populismo de esquerda**. São Paulo: Autonomia Literária, 2019.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MÜLLER, Jan-Werner. **What is populism?** Filadélfia: University of Pennsylvania press, 2016.

NAGARAJ, Vijay. Human Rights and Populism: Some more questions in response to Philip Alston. In: **Journal of Human Rights Practice**, n. 9, 2017

PESSOA, Carlos. Hegemonia em tempos de globalização. In.: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. p. 133 - 144. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

PESSOA, Carlos. Hegemonia em tempos de globalização. In.: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. p. 133 - 144. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

PINTO, Céli Regina Jardim. A trajetória discursiva das manifestações de rua no Brasil (2013-2015). **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 119-153, 2017.

POSNER, Eric. Internationalism and the populist backlash. In: **Public Law and Legal Theory Working Paper**, n.606, 2017.

RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. A impossibilidade da emancipação: notas a partir da teoria do discurso. In.: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. p. 53 – 70. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Todavia, 2018.

TATAGIBA, Luciana. Os protestos e a crise brasileira. Um inventário inicial das direitas em movimento (2011-2016). In: ALMEIDA, Ronaldo de; TONIOL, Rodrigo. **Conservadorismos, fascismos e fundamentalismos**. Campinas: Editora Unicamp, 2018.

CAPÍTULO 6

INTEGRAÇÃO REGIONAL E DEMOCRACIA: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE AS CONDICIONALIDADES DEMOCRÁTICAS DA UNIÃO EUROPEIA E DO MERCOSUL.

Dr. Arthur Banzatto
Dra. Déborah Monte

Sumário: 1. Introdução. 2. Condicionalidade democrática e integração regional em perspectiva teórica. 3. As condicionalidades democráticas da União Europeia e do Mercosul. 3.1. União Europeia. 3.2. Mercosul. 4. As condicionalidades democráticas da União Europeia e do Mercosul em perspectiva comparada. 4.1. União Europeia. 4.2. Mercosul. 5. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este capítulo tem como objetivo comparar as condicionalidades democráticas da União Europeia e do Mercosul, ambas organizações de integração regional. A pesquisa em tela é norteada pela seguinte questão: *quais as semelhanças e as diferenças entre as condicionalidades democráticas da União Europeia e do Mercosul?*

Em primeiro lugar, tanto a União Europeia (UE) quanto o Mercosul adotaram condicionalidades democráticas em suas estruturas institucionais de forma progressiva ao longo da evolução dos respectivos processos de integração regional. Percebe-se que as condicionalidades democráticas reagiram às mudanças nas dinâmicas da integração, como os fenômenos do alargamento/ampliação, aprofundamento e enfrentamento de crises políticas nos países membros.

Esta pesquisa destaca a relação entre instituições internacionais e regimes políticos domésticos, articulando as abordagens teóricas das Relações Internacio-

nais e da Ciência Política. A investigação se justifica pelo fato de UE e Mercosul serem blocos importantes e duradouros em suas regiões, que possuem semelhanças e diferenças entre si em relação à promoção e à proteção da democracia.

Whitehead (2001) enfatiza essa relevância do nível regional para esse tema. Segundo o autor, a construção de grupos regionais de Estados democráticos e a transmissão de práticas democráticas entre países vizinhos são fatores fundamentais da influência do ambiente internacional sobre os regimes políticos domésticos (Whitehead, 2001, p. 395). Além disso, Pevehouse (2002) argumenta que há poucos trabalhos comparativos sobre as condicionalidades democráticas de diferentes organizações internacionais. Esses argumentos informam a escolha pela comparação das condicionalidades democráticas de duas organizações de integração regional.

Os resultados apresentados por Monte (2015) e Monte e Anastasia (2017) mostram que a condicionalidade democrática tem sido utilizada como instrumento de ação estratégica pelos atores do Mercosul. Em suma, sob certas características institucionais e políticas dos níveis regional e doméstico, a indefinição conceitual permitiu o uso estratégico da condicionalidade democrática por diferentes definições de democracia. Esses achados evidenciam como o conceito de democracia tem sido abordado pelos atores dos processos de integração regional que possuem condicionalidades democráticas.

O uso estratégico das condicionalidades democráticas também se faz presente na integração europeia. Nesse sentido, Monte (2023) demonstra que a condicionalidade democrática da União Europeia também é usada de forma estratégica em diferentes contextos: de forma mais rigorosa para a entrada de novos membros e de forma mais negligente para suspender Estados que violam os princípios democráticos e os direitos humanos.

Deste modo, esta pesquisa procura expor as incongruências de haver uma condicionalidade democrática para se tornar e permanecer como membro da União Europeia ao mesmo tempo em que há um déficit democrático que permeia suas instituições regionais. Da mesma forma, o MERCOSUL também reivindica a necessidade de instituições democráticas no regime político de seus membros, ao passo que ainda não desenvolveu um conjunto de instituições democráticas com poderes deliberativos reais (Malamud, 2003).

2. CONDICIONALIDADE DEMOCRÁTICA E INTEGRAÇÃO REGIONAL EM PERSPECTIVA TEÓRICA

Entende-se que a cláusula democrática é a “[...] *institucionalização da condicionalidade política* no âmbito internacional” (Hoffmann; Souza Neto, 2007, p. 338, grifos nossos). Isso implica que são inseridas nos documentos constitutivos das organizações internacionais *condições* que estabelecem a

necessidade de regimes políticos democráticos para a *entrada e permanência* dos Estados como membros.

Segundo Schimmelfennig *et al* (2003), a condicionalidade democrática é o instrumento usado para fazer com que os Estados cumpram com os padrões democráticos estabelecidos pelos organismos internacionais. Dentre eles, destacam-se as instituições de integração regional, especialmente a União Europeia e o MERCOSUL.

Ernst B. Haas (1970) define integração regional como um *processo* em que “[...] os Estados deixam de ser unicamente soberanos e [...] voluntariamente se fundem e se misturam com seus vizinhos, de modo a perder os atributos factuais de soberania, enquanto adquirem novas técnicas para a resolução de possíveis conflitos entre eles” (Haas, 1970, p. 60, tradução nossa)¹.

A partir deste conceito preliminar, entende-se que há integração regional quando se compartilha soberania em determinadas áreas e existem instituições que permitem a tomada de decisões no âmbito da integração e a resolução de conflitos entre os atores (Malamud, 2003). Tal definição, por considerar o compartilhamento factual da soberania como uma condição necessária para a existência de processos integrativos, embasa-se na experiência da União Europeia e, por isso, gera maiores rendimentos analíticos quando utilizada para explicá-la. Considera-se, ainda, que a mobilização estrita desta definição para outros fenômenos além da Europa pode gerar análises que desconsideram a existência de integração regional *real* em outras regiões do mundo. Nesse sentido, segundo Nolte e Comini (2016, p. 550)², o uso estrito deste conceito pode acarretar a não classificação de iniciativas como a Comunidade Andina de Nações (CAN) e o MERCOSUL como processos de integração regional *de facto*.

Um conceito mais recente (Herz; Hoffman, 2004, p. 160) compreende integração regional como “um processo dinâmico de intensificação em profundidade e abrangência das relações entre atores levando à criação de novas formas de governança político-institucionais de escopo regional”. Entende-se, a partir desta definição: *a)* que não há menção ao compartilhamento de soberania, uma vez que ela está associado à existência e funcionamento de instituições supranacionais; *b)* assim como no conceito cunhado por Haas (1970), a *integração regional* é entendida como um *processo*, o que sublinha a natureza dinâmica do fenômeno; *c)* a criação de instituições regionais – sejam elas intergovernamentais ou supranacionais – é considerada como condição necessária para a classificação de um fenômeno empírico como um processo de integração regional.

Entende-se que as instituições são as *regras formais* do jogo político. Elas definem quais atores são incluídos ou vetados, quais são os movimentos e

¹ [...] states cease to be wholly sovereign and [...] voluntarily mingle, merge, and mix with their neighbors so as to lose the factual attributes of sovereignty while acquiring new techniques for resolving conflict between themselves.

² From this perspective, CAN and Mercosur have made little progress towards integration.

a sequência de movimentos permitidos e a disponibilidade de informação entre os atores (Tsebelis, 1998). Em outras palavras, elas regulam os processos decisórios, a dinâmica de interação entre os atores e os resultados possíveis.

Em relação ao tipo de *instituição regional*, considera-se que as instituições intergovernamentais são aquelas que facilitam a implementação de acordos entre os Estados, sendo compostas pelos Poderes Executivos dos países-membros (Lessa; Oliveira, 2006, p. 60). Elas se caracterizam por possuírem a unanimidade como regra decisória e por serem regidas por regras pertencentes ao direito internacional (Coutinho; Hoffmann; Kfuri, 2007). Isso significa que as decisões tomadas no âmbito das instituições intergovernamentais não são automaticamente vinculantes a todos os membros, uma vez que estes são autônomos para decidir se desejam implementar tais medidas (Lessa; Oliveira, 2006, p. 60).

As instituições supranacionais, em contrapartida, possuem maior autonomia, além de representarem o ente transnacional em si e não somente os Estados que dele participam. Elas compõem um novo centro de poder que perpassa e, em certa medida, sobrepõe-se ao poder estatal. Os processos decisórios nestas instituições são geralmente regulados pela regra da maioria e observa-se a existência de um Direito Comunitário como fonte normativa (Coutinho; Hoffmann; Kfuri, 2007). Através das instituições supranacionais, são oferecidas as condições para a formulação e implementação das políticas comuns que são automaticamente vinculantes a todos os Estados membros. Destaca-se que, apesar de serem autônomas em relação aos governos, sua criação é resultado da vontade soberana dos Estados que delegam a tais instituições certas competências e compartilham aspectos factuais da soberania (Lessa; Oliveira, 2006).

A partir dos conceitos acima definidos, entende-se que a União Europeia e o MERCOSUL são classificados como processos de integração regional, ainda que possuam diferentes tipos de instituições regionais e objetivos que variam, levando em consideração os estágios da integração econômica almejados e alcançados. Destaca-se, ainda, que “[...] o arranjo institucional de cada processo de integração regional reflete os interesses e as estratégias dos países que os fundaram” (Nolte; Comini, 2016, p. 549-550, tradução nossa)³.

Deste modo, os objetos deste estudo – as Cláusulas Democráticas da União Europeia e do MERCOSUL – são instituições, entendidas como um conjunto de regras formais. Elas definem quais atores são incluídos ou vetados, quais são os movimentos e a sequência de movimentos permitidos e a disponibilidade de informação entre os atores (Tsebelis, 1998). Esta análise considera o processo de construção dessas instituições a partir de variações nos

³ [...] the institutional design of a particular regional organisation reflects the interests and strategies of its founding members.

contextos institucionais e políticos dos níveis regionais e domésticos. Tal influência é apreendida através do uso do conceito de *path dependence*, entendido como “[...] a forma de estreitar conceitualmente o conjunto de escolhas e relacionar o processo decisório através do tempo” (North, 1990, p. 98, tradução nossa)⁴. Em suma, sua mobilização é fundamentada pelo argumento de que “não se pode entender as escolhas de hoje [...] sem traçar a incremental evolução das instituições” (North, 1990, p. 100, tradução nossa)⁵.

Considera-se, ainda, que a criação das condicionalidades democráticas em organizações regionais segue a uma lógica de oferta e demanda. A oferta, nesse sentido, são fatores que operam no nível internacional ou regional e derivam dos incentivos das organizações regionais. A demanda, por outro lado, advém do nível doméstico dos Estados, como as crises políticas e as necessidades de ajustes para o ingresso no processo de integração (Pevehouse, 2016).

3. AS CONDICIONALIDADES DEMOCRÁTICAS DA UNIÃO EUROPEIA E DO MERCOSUL

Conforme mencionado anteriormente, as condicionalidades democráticas da União Europeia e do MERCOSUL foram progressivamente introduzidas no âmbito da integração regional de cada bloco, como resposta às demandas dos países envolvidos na integração. Nesse sentido, elas foram iniciadas por meio de documentos menos formais – tais como Declarações Presidenciais, Ministeriais, e Documentos resultados de Cúpulas e reuniões - e ganharam maior institucionalidade através da inserção da condicionalidade política nos Tratados Fundamentais dos processos integrativos.

3.1. União Europeia

Na União Europeia, a preservação dos valores democráticos aparece como um dos objetivos dos fundadores da integração, ainda que os Tratados de Paris (1952) e Roma (1957) não fizessem menção explícita aos valores e princípios democráticos como condição para a participação na integração regional (Whitehead, 2001). A construção da Cláusula Democrática da União Europeia acompanhou as transformações do processo de integração, especialmente o alargamento (Whitehead, 2001), fenômeno referente à adesão de novos países ao processo integrativo.

⁴ Path dependence is a way to narrow conceptually the choice set and link decision making through time.

⁵ We cannot understand today's choices [...] without tracing the incremental evolution of institutions. But we are just beginning the serious task of exploring the implications of path dependence.

O primeiro documento que explicitou a condicionalidade política foi o Relatório de Birkelbach (1962), documento apontado por iniciar o processo de institucionalização da Cláusula Democrática (Hoffmann; Souza Neto, 2007). Outro mecanismo que merece ser citado é o Ato Único Europeu, datado de 1986, que incluiu, pela primeira vez, a referência à manutenção de instituições democráticas em seu preâmbulo. Esse documento foi formulado no contexto de candidatura e adesão de Grécia (1981), Portugal (1986) e Espanha (1986), conhecido como alargamento meridional (Whitehead, 2001, p. 418).

Destaca-se, ainda, um movimento mais recente que remete ao alargamento da União Europeia para os países da Europa Central e do Leste Europeu, fato que reacendeu e fortaleceu a discussão sobre a condicionalidade democrática. Percebe-se que o termo *democracia* foi, progressivamente, adotado nos programas de cooperação e Tratados assinados pela União Europeia com tais países (Hoffmann; Souza Neto, 2007). Formularam-se, neste contexto, os Critérios de Copenhague, criados durante o Conselho Europeu de Copenhague (1993) e fortalecidos pelo Conselho Europeu de Madrid (1995). Condicionou-se à participação na integração europeia à verificação das seguintes condições:

1.a estabilidade das instituições que garantem a democracia, o Estado de direito, os direitos humanos e o respeito pelas minorias e a sua proteção; 2. uma economia de mercado que funcione efetivamente e a capacidade de fazer face à pressão concorrencial e às forças de mercado da UE; 3. a capacidade para assumir as obrigações decorrentes da adesão, incluindo a capacidade de aplicar eficazmente as regras, normas e políticas que compõem o corpo legislativo da UE (o acervo) e a adesão aos objetivos de união política, económica e monetária (Eur-Lex, 2016, *sp*).

Tais Critérios permitiram que a União Europeia julgasse os regimes políticos dos Estados aspirantes a membros. Contudo, como destaca Vachudova (2005, p. 121), eles ainda não tinham base legal nos Tratados da União Europeia.

O Tratado de Amsterdã (1997), assim, formalizou a Cláusula Democrática da UE (Hoffmann; Souza Neto, 2007, p. 338), ao postular que “A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros” (União Europeia, 1997). Ademais, foram feitas observações sobre o processo decisório em caso de violação da condicionalidade democrática (União Europeia, 1997; Vachudova, 2005). Atualmente, os artigos 2 e 49 do Tratado de Lisboa (2009) regulamentam a condicionalidade política da UE.

Magen e Macfaul (2009, p. 16) apontam a condicionalidade democrática, mobilizada nos casos de adesão de novos países membros à União Europeia (processo de alargamento para os países do Leste Europeu), como o instrumento europeu mais notável de promoção e proteção da democracia. Nessa perspectiva, o foco está nos processos decisórios do nível regional

(Grabbe, 2006; Pridham, 2005; Vachudova, 2005). Outra abordagem, em contrapartida, destaca quais os fatores domésticos de cada país que propiciariam os processos de democratização e mediam a influência da condicionalidade democrática da UE (Mungiu-Pippidi, 2010, p. 61).

No tocante à União Europeia, a concepção de um organismo regional que guiasse e unisse a todos os países do continente pela vocalização dos princípios de prosperidade (desenvolvimento econômico), paz e democracia possuem significância histórica. Nessa perspectiva, o zelo e a promoção da democracia:

colocaria abaixo a cortina de muitos séculos de um conflito mortífero e lutas destrutivas por supremacia no antigo continente, disputas que não apenas infligiram um enorme dano na civilização europeia, mas também transmitiu intolerância e antagonismos [...] para grande parte do resto do mundo. [...] Isso transformaria a integração europeia – e suas origens como um “clube de homens ricos” – em uma comunidade multicultural e voltada para fora engajada em superar os problemas da pobreza e do subdesenvolvimento no âmbito de um arranjo liberal democrático (Whitehead, 2001, p. 434-435, tradução nossa)⁶.

Outra importante contribuição teórica destaca os processos decisórios no âmbito da integração (Whitehead, 2001). Esta abordagem entende que os esforços internacionais – neste caso, dos processos de integração regional – para promoção e proteção da democracia devem ser conduzidos de maneira mais democrática o possível. Considera-se que a maneira mais apropriada para se construir e difundir instituições democráticas é observar os padrões mais elevados de práticas democráticas em três dimensões: (i) em cada Estado membro, separadamente; (ii) entre os Estados membros no âmbito das instituições regionais e (iii) na condução das decisões da comunidade em direção aos Estados não membros (Whitehead, 2001, p. 398).

Tais considerações apontam para a importância de um processo decisório *democrático* no âmbito da integração, regido por um conjunto de instituições, na construção de condicionalidades democráticas mais transparentes. Apesar da existência da condicionalidade democrática na União Europeia, há um importante debate acadêmico sobre a existência de um *déficit democrático* no funcionamento das instituições da União Europeia (Follesdal; Hix, 2006), ainda que existam vozes dissonantes sobre o escopo de tal deficiência (Majone, 1998; Moravcsik, 2004).

⁶ It would bring down the curtain on many centuries of internecine conflict and destructive struggles for supremacy in the old continent, clashes that not only inflicted huge damage on European civilization, but that also transmitted intolerance and violent antagonisms to much of the rest of the world. It would transform European integration from its defensive ‘rich man’s club’ origins into an outward-facing multi-cultural community necessarily engaged in overcoming problems of poverty and under-development within a liberal democratic framework.

De maneira geral, os argumentos que sustentam a tese do *déficit democrático* questionam o método de constituição das instâncias decisórias supranacionais, especialmente da Comissão Europeia e do Conselho de Ministros, o que implica em limitações para o exercício da *accountability* pelos cidadãos. Destaca-se que o Tratado de Lisboa (2009) conferiu maiores atribuições ao Parlamento Europeu, o que minimiza, em alguma medida, os efeitos do déficit democrático. As particularidades da União Europeia, isto é, uma *polity* que abarca vários Estados, lançam novos desafios para a organização da convivência de maneira democrática (Dahl, 2012, p. 510-512).

A investigação em tela enfatiza o paradoxo entre a existência das condicionalidades democráticas para adesão de novos membros e para a permanência em dois processos de integração distintos que possuem limitações em construir arranjos institucionais regionais democráticos. No caso da União Europeia, embora tal condicionalidade seja apontada como o principal instrumento de promoção da democracia, especialmente para países que pertenciam ao bloco soviético (Borzeli; Risse, 2009) algumas instituições supranacionais (a Comissão Europeia e o Conselho da União Europeia, destacadamente) não são constituídas de maneira democrática, isto é, pelo sufrágio dos cidadãos (Monte, 2023).

3.2. Mercosul

O MERCOSUL, cuja gênese se deu em 1991 e está intimamente relacionado com os processos de democratização/redemocratização de seus Estados-membros (Malamud, 2003), apresentou formalmente a condicionalidade democrática, em 1998, por meio do Protocolo de Ushuaia. Semelhantemente ao caso europeu, o processo de construção da Cláusula Democrática foi longo e, diversos documentos, como declarações presidenciais – Declaração de Las Leñas (1992) e a Declaração sobre o Compromisso Democrático do MERCOSUL (1996) – mencionaram a importância da democracia para o desenvolvimento do processo de integração.

O *Protocolo de Ushuaia* regulamenta que “A plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Estados- Partes do presente Protocolo” (Mercosul, 1996). Há, ainda, o Tratado de Montevideu – conhecido também como Ushuaia II – que aprimora a condicionalidade democrática, atualizando os mecanismos de consulta entre os Estados-membros em caso de ruptura ou ameaça de ruptura da ordem democrática (Mercosul, 2011). Este documento ainda não foi apreciado no âmbito doméstico de todos os países membros do MERCOSUL e, por isso, não está em vigência.

No contexto sul-americano, a integração mercosulina simbolizou a retomada dos regimes democráticos, o início das políticas de liberalização econômica entre os países da região (Malamud, 2003) e a superação de rivalidades entre Estados membros, especialmente Brasil e Argentina. O nascimento e a formalização da Cláusula Democrática foram influenciados por crises políticas e tentativas de golpe de Estado no Paraguai⁷ (1996 e 1998, 1999), país cujas instituições democráticas eram recentes e frágeis.

No caso das instituições decisórias do MERCOSUL, destaca-se uma *deficiência institucional*, no sentido de que a integração se consolidou com poucas instituições, todas intergovernamentais. Malamud (2003), ao comparar a aplicação das teorias de integração embasadas pelo processo integrativo europeu para explicar o MERCOSUL, destaca a necessidade de considerar uma variável doméstica – o sistema de governo. Tem-se assim que, alternativamente ao modelo europeu, que é composto por uma complexa estrutura institucional regional, a trajetória do MERCOSUL é condicionada por um traço institucional doméstico dos países que o compõem: o perfil das presidências nacionais, com Poderes Executivos fortes e com grandes atribuições legislativas (Malamud, 2003, p. 63). Entende-se, assim, que as ações dos presidentes garantiram à integração mercosulina a flexibilidade necessária para se desenvolver, mesmo em face de limitações institucionais e normativas. Nesse sentido, entende-se que o MERCOSUL “[...] difere grandemente da União Europeia no sentido que não apresenta um padrão de institucionalização crescente a nível supranacional, mas progride através de mecanismos intergovernamentais, de uma forma mais *politizada*, como oposição ao padrão *institucionalizado*” (Malamud, 2003, p. 69, tradução nossa, grifos nossos)⁸.

Diante de tais configurações institucionais, o forte presidencialismo dos Estados membros é considerado como um fator não apenas favorável, mas também, necessário para a existência e continuidade do MERCOSUL (Malamud, 2003). Em suma, as interações do MERCOSUL, assim como de outros processos integrativos da região, possuem caráter mais *politizados* do que *institucionalizados* (Malamud, 2003; Nolte; Comini, 2016), e sofrem influência direta dos Poderes Executivos dos seus Estados Membros.

Entende-se que há, por um lado, uma forte atenção à vigência de instituições democráticas no nível doméstico dos países que compõem a integração e, por outro, um *déficit* em organizar, no nível regional, a convivência de maneira

⁷ “As referidas crises dizem respeito (1) ao conflito entre o ex-presidente paraguaio Juan Carlos Wasmosy e o general Lino Oviedo, em 1996; e (2) nos anos de 1998 e 1999, às instabilidades políticas relativas à prisão e à soltura de Oviedo, ao assassinato do vice-presidente Luís María Argana e à resignação do ex-presidente Raul Cubas Grau. Em ambas o Protocolo de Ushuaia não estava em vigor” (Monte e Anastasia, 2017, p. 12).

⁸ Mercosur differs widely from the European Union in that the former does not present a pattern of increasing institutionalization at a supranational level, but progresses through inter-governmental mechanisms, in a more politicized, as opposed to institutionalized, shape.

democrática. Relativamente ao MERCOSUL, tal paradoxo é ainda mais instigante, uma vez que a Cláusula Democrática, que zela pela manutenção das instituições democráticas no nível doméstico dos seus Estados membros, é concebida em um ambiente de *déficit institucional* (Malamud, 2003). A escassez de instituições regionais compromete, inclusive, a mobilização mais democrática e plural da condicionalidade democrática (Monte, 2015; Monte e Anastasia, 2017).

4. AS CONDICIONALIDADES DEMOCRÁTICAS DA UNIÃO EUROPEIA E DO MERCOSUL EM PERSPECTIVA COMPARADA

Esta seção compara sistematicamente as condicionalidades democráticas da União Europeia e do Mercosul. Por tratar de eventos de dois processos integrativos que variam ao longo do tempo, a estratégia de comparação é, ao mesmo tempo, longitudinal e transversal (Przeworski; Teune, 1970).

Primeiramente, considerando os efeitos da *path dependence* sobre a construção das condicionalidades democráticas, são comparados as normas e os contextos que antecederam a criação de tais instituições em cada processo de integração.

Conforme mencionado anteriormente, os alargamentos são os fenômenos que mais mobilizam a condicionalidade democrática da União Europeia (Schimmelfenning, 2010, p. 45). Nesse sentido, o aumento exponencial do número de países (de seis para vinte e oito, até o *Brexit*) atribuiu integração regional diferentes desafios, sobretudo para a governança democrática.

4.1. União Europeia

A integração europeia já passou por cinco grandes ondas de alargamento (Barnes; Barnes, 2010): a primeira em 1973 (Reino Unido, Dinamarca e Irlanda); a segunda e a terceira entre 1981 (Grécia) e 1986 (Portugal e Espanha), respectivamente; a quarta em 1995 (Áustria, Finlândia e Suécia), a quinta entre 2004 (República Tcheca, Estônia, Letônia, Lituânia, Polônia, Eslováquia, Eslovênia, Malta e Chipre) e 2007 (Bulgária e Romênia) (Barnes; Barnes, 2010). Em 2013, a Croácia aderiu à União Europeia, sendo o primeiro país dos Balcãs ocidentais a finalizar o processo de adesão (Simão; Rodrigues, 2012, p. 50).

O “embrião” da condicionalidade democrática na União Europeia é o Relatório de Birckelbach (1962). Este documento foi desenvolvido em interação com a possibilidade de alargamento da CEE para Espanha, ainda na década de 1960, contexto em que o governo da Espanha era autocrático. Destaca-se que, além do Relatório de Birckelbach, dois outros documentos versaram sobre

a democracia e a possível institucionalização de uma condicionalidade democrática no contexto de discussão sobre a adesão dos países da Europa Meridional, sendo eles: A Declaração sobre a Identidade Europeia (1973) e a Declaração sobre a Democracia (1978), que são analisados no quadro abaixo:

Quadro 1: Antecedentes da condicionalidade democrática da União Europeia.

Documento	Ano	Autoria	Princípios democráticos mencionados.
Relatório de Birkelbach	1962	Parlamento Europeu. Relator: Willi Birkelbach	Participação política, Estado de Direito, Direitos Humanos e liberdades fundamentais
Declaração sobre a Identidade Europeia	1973	Chefes de Estado e/ou Governo de Bélgica, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Dinamarca, Irlanda e Reino Unido	Estado de Direito, respeito aos Direitos Humanos e justiça social
Declaração sobre a Democracia	1978	Conselho Europeu	Estado de Direito, respeito aos Direitos Humanos, justiça social, liberdade de expressão, pluralismo.

Fonte: elaboração dos autores a partir dos documentos supracitados nesta seção

A maior atenção à necessidade de se incorporarem princípios e procedimentos democráticos no arranjo institucional da União Europeia é percebida a partir do Ato Único Europeu (1986) e, consecutivamente, nos Tratados de Maastricht (1992), Amsterdam (1997), Nice (2001) e Lisboa (2009).

Embora o Ato Único Europeu e o Tratado de Maastricht tenham inserido a questão dos princípios democráticos e do respeito aos direitos fundamentais, foi o Tratado de Amsterdam que, de fato, deu maior importância ao papel da UE nesta área, incorporando a condicionalidade democrática, já institucionalizada pelos Critérios de Copenhague (1993). Neste contexto, a crescente aplicação da condicionalidade aos países candidatos de forma mais regular, somada à existência de normas escritas no arcabouço jurídico da UE, representaram um avanço na precisão e especificação da condicionalidade democrática (Pridham, 2005, p. 39), como demonstrado no quadro 2.

Os princípios democráticos que foram progressivamente incorporados nos Tratados da UE foram, primeiramente, concebidos nas análises que mobilizaram a condicionalidade democrática nos alargamentos, sobretudo na quinta onda de alargamento.

Quadro2: Princípios democráticos, adesão de novos membros e suspensão de direitos em caso de ruptura democrática: do Ato Único Europeu ao Tratado de Lisboa.

Tratado e Ano de Assinatura	Referências a princípios Democráticos	Condicionalidade para adesão	Sanções por violações à democracia	Processo de adesão	Processo de suspensão
Ato Único Europeu (1986)	Democracia e direitos fundamentais (Preâmbulo)	1. ser Estado europeu (geográfica)	-	Conselho de ministros decide por unanimidade após consulta à Comissão e parecer favorável do Parlamento (maioria absoluta).	-
Tratado Maastrecht (1992)	Democracia e direitos humanos (Preâmbulo); Países membros fundados por princípios democráticos (Artigo F); Democracia, Estado de Direito e direitos humanos (Artigo 130u e j)	1. ser Estado europeu (geográfica)	-	Conselho de ministros decide por unanimidade após consulta à Comissão e parecer favorável do Parlamento (maioria absoluta).	-
Tratado de Amsterdã (1997)	Democracia e direitos humanos (Preâmbulo); Liberdade, democracia, direitos humanos. Estado de Direito como princípios comuns aos Estados membros (Artigo 1.8)	1. ser Estado europeu (geográfica); 2. Que respeito princípios democráticos (Artigo 1.8)	Suspensão de direitos (voto) do Estado membro que violar gravemente os princípios democráticos (Artigos 1.8 e 1.9)	Conselho de ministros decide por unanimidade após consulta à Comissão e parecer favorável do Parlamento (maioria absoluta).	Conselho Europeu: unanimidade Comissão: maioria absoluta Parlamento Europeu: maioria qualificada de 2/3 (Artigo 1.9).
Tratado de Nice (2001)	Foram mantidos os princípios dos Tratados anteriores. No Artigo 1.812, refere-se à consolidação da Democracia, Estado de Direito e direitos humanos na cooperação com outros países.	1. ser Estado europeu (geográfica); 2. Que respeito princípios democráticos (Artigo 1.8)	Manteve as disposições do Tratado anterior e inovou ao incluir a possibilidade de verificação	Conselho de ministros decide por unanimidade após consulta à Comissão e parecer favorável do Parlamento (maioria absoluta).	Em caso de verificação de risco manifesto: Conselho de Ministros: maioria qualificada de 4/5; Parlamento: maioria qualificada de 2/3. Iniciativa da proposta: 1/3 dos

Tratado e Ano de Assinatura	Referências a princípios Democráticos	Condicionalidade para adesão	Sanções por violações à democracia	Processo de adesão	Processo de suspensão
Tratado de Lisboa (2009)	Dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade, Estado de Direito, direitos do Homem, direitos das minorias, pluralismo, não discriminação tolerância, justiça, solidariedade e igualdade de género (Artigo 2º), Título II (princípios democráticos para o arranjo institucional da EU); democracia representativa, sufrágio universal e direto, fortalecimento do Parlamento Europeu, livre associação partidária, accountability, transparência, promoção da cidadania europeia e participação da sociedade civil	1. ser Estado europeu (geográfica); 2. Respeito aos princípios democráticos expressos no Artigo 2º.	Manteve as disposições do Tratado do Tratado de Nice.	O Parlamento Europeu e os Parlamentos Nacionais são informados do pedido. Conselho de Ministros decide por unanimidade, após consulta à comissão (maioria absoluta) e parecer favorável do PE (maioria absoluta). O Conselho Europeu elabora os critérios de elegibilidade.	Estados membros, do Parlamento Europeu ou da Comissão. Para os casos de violações graves e persistentes, manteve-se o processo decisório do Tratado de Amsterdã. Foram mantidos os procedimentos estabelecidos em Amsterdã e Nice.

Fonte: elaboração dos autores a partir dos documentos supracitados nesta seção

4.2. Mercosul

As crises políticas no Paraguai de 1996 e 1999 compuseram o cenário onde a Cláusula Democrática se desenvolveu, apesar de que, juridicamente, ela não pôde ser usada em nenhuma das duas conjunturas. Ainda assim, avalia-se que este instrumento funcionou como um elemento de pressão e influenciou positivamente para a manutenção da democracia no Paraguai (Hoffman, 2005, p. 89). O quadro abaixo analisa os antecedentes normativos da condicionalidade democrática do Mercosul.

Quadro 3: Antecedentes da condicionalidade democrática do Mercosul

Nº	Nome	Termo usado tendo em referência a Democracia	Procedimentos aplicados ao País que passar por ruptura democrática	Obrigações adicionais
1992	Declaração Presidencial da Segunda Cúpula do MERCOSUL (Declaração de Las Leñas)	Instituições Democráticas	Nenhuma	Nenhuma
1996	Declaração sobre o Compromisso Democrático no Mercosul	Democracia Representativa; Instituições Democráticas; Ordem Democrática; Princípios Democráticos	Consultas dos demais Estados ao que sofreu ameaça ou ruptura na ordem democrática; Suspensão do Direito de Participação nos fóruns do MERCOSUL; Suspensão dos direitos e obrigações provenientes das normas do MERCOSUL e dos Acordos celebrados com seus membros.	Os signatários devem incluir uma cláusula de afirmação sobre os princípios democráticos nos acordos do MERCOSUL com outros países ou grupos de países.

Fonte: elaboração dos autores a partir dos documentos supracitados nesta seção

Ademais, a Cláusula Democrática foi novamente retomada nas discussões sobre as normas do MERCOSUL através da Decisão nº 27/11 do Conselho do Mercado Comum em que se aprovou o texto do Protocolo de Montevideu – conhecido também como Ushuaia II. Este documento conta com a participação não só das partes signatárias do Protocolo de Ushuaia, mas também da República da Colômbia, da República do Equador, da República do Peru e da República Bolivariana da Venezuela – até então Estados associados ao MERCOSUL (Mercosul, 2011).

O Protocolo de Montevideu, que surgiu com o intuito de complementar o de Ushuaia, entretanto, ainda não foi anexado à norma do MERCOSUL. Ainda assim, sua existência mostra que o compromisso democrático que orientou a formação e o desenvolvimento da integração continua latente no âmbito do Bloco. Este documento está em processo de aprovação nos

Parlamentos dos Estados Membros do MERCOSUL e encontra certa resistência para ser aprovado no Paraguai, sendo considerado por muitos parlamentares como um atentado à soberania paraguaia (Garcia, 2013). Vale lembrar que o Paraguai foi suspenso do Mercosul, em 2012, após o *impeachment* de ex-presidente Fernando Lugo. Neste contexto, os líderes do Mercosul mobilizaram a condicionalidade democrática para suspender o Paraguai após considerar a dissolução de Lugo como um golpe de estado parlamentar (Monte, 2015; Monte e Anastasia, 2017).

Quadro 4. Princípios democráticos, adesão de novos membros e suspensão de direitos em caso de ruptura democrática: do Protocolo de Ushuaia ao Protocolo de Montevideú.

Nome e ano de Assinatura	Referências a princípios Democráticos	Condicionalidade para adesão	Sanções e procedimentos por violações à democracia
Protocolo de Ushuaia (1998)	Instituições Democráticas; Ordem Democrática.	<ul style="list-style-type: none"> ● Ser membro da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). ● Pena vigência de instituições democráticas 	<p>Consultas pertinentes entre os Estados partes e com aquele que passou por ruptura na ordem democrática; Suspensão do Direito de Participação nos órgãos dos processos de integração; Suspensão dos direitos e obrigações destes processos. O Estado afetado não participa do processo decisório de suspensão e as medidas entram em vigor assim que se faça a comunicação oficial. As sanções cessam quando se verifica o pleno restabelecimento da ordem democrática.</p>
Protocolo de Montevideú (2011)	Instituições Democráticas; Direitos Humanos; Liberdades Fundamentais; Ordem Democrática; Ordem Constitucional; Valores e Princípios Democráticos.	<ul style="list-style-type: none"> ● Ser membro da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). ● Pena vigência de instituições democráticas e o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais 	<p>Em caso de ameaça ou ruptura da ordem democrática ou violação na ordem constitucional os presidentes (ou os Ministros das Relações Exteriores) se reunirão em sessão extraordinária do CMC e promoverão consultas imediatas com as autoridades constitucionais do Estado afetado; Realização de ações diplomáticas; Suspensão de participar nos órgãos do MERCOSUL; Fechar, total ou parcialmente, as fronteiras terrestres; Suspensão ou limitação do Comércio, do tráfico aéreo e marítimo, das comunicações e do fornecimento de energia, serviços e abastecimento; Suspensão dos direitos e benefícios do Tratado de Assunção; Promover a suspensão do Estado afetado no âmbito de outras organizações regionais e internacionais; Respaldar esforços - regionais e internacionais - para se encontrar uma solução pacífica e democrática; Aplicar sanções políticas e diplomáticas adicionais. As medidas cessam quando as motivações de sua aplicação tenham sido totalmente reparadas.</p>

Fonte: elaboração dos autores a partir dos documentos supracitados nesta seção

A comparação longitudinal dos mecanismos do Mercosul demonstra que, tal como na União Europeia, um maior detalhamento dos princípios democráticos e dos procedimentos de suspensão em caso de ruptura democrática são incorporados de forma gradual, como resposta às demandas apresentadas.

O protocolo de Ushuaia incorporou a condicionalidade democrática ao Tratado de Assunção e, conseqüentemente, aos instrumentos fundamentais do Mercosul, ao instituir que “a plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Estados- Partes do presente Protocolo”.

O Tratado de Montevideú, por sua vez, insere novos termos para se referir ao regime político democrático, como direitos humanos, liberdades fundamentais e ordem constitucional. Ademais, o Protocolo de Montevideú aclara os procedimentos que devem ser adotados em caso de *ameaça* ou ruptura do regime democrático, fator que diminui as incertezas do processo decisório e demonstra uma melhoria dos procedimentos da condicionalidade democrática. No entanto, como visto, este Protocolo não se encontra em vigor.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este capítulo analisou as condicionalidades democráticas da União Europeia e do Mercosul, destacando suas similaridades e diferenças. A maior similaridade diz respeito à lógica de oferta e demanda por instituições na integração regional. Em ambos os casos, a condicionalidade democrática foi incorporada como resposta às demandas por uma instituição de proteção e promoção da democracia nas regiões.

O tipo das demandas, no entanto, varia: na União Europeia a demanda veio do interesse de novos Estados em participarem do bloco, sobretudo no contexto da quinta onda de alargamento. Na ocasião, houve um uso significativo da condicionalidade democrática, em grande parte, devido às trajetórias políticas e econômicas dos Estados candidatos, que vieram de um regime autoritário (Monte, 2023).

No Mercosul, por sua vez, a demanda é pela proteção da democracia em casos de golpes ou ameaças de rupturas da ordem democrática. A suspensão do Paraguai após o *impeachment* de Fernando Lugo exemplifica e justifica a condicionalidade democrática do Mercosul.

Por ser majoritariamente mobilizada nos alargamentos, a União Europeia possui um detalhado e moroso processo para a adesão de novos membros, sendo a condicionalidade democrática utilizada em diferentes etapas.

Segundo Monte (2023, p. 23, tradução nossa⁹), "[...] a condicionalidade democrática da UE alterou-se ao longo do tempo, tornando-se mais completa (contemplando as diferentes fases do processo de adesão), detalhada e pluralista quando aplicada aos alargamentos".

Mesmo que existam sanções previstas nos Tratados em casos de violação da condicionalidade democrática, a UE não tem utilizado tais mecanismos nos casos de autocratização de seus países membros, como a Hungria e a Polónia. Assim, "[...] entendemos que a crença da UE como uma união de democracias, que respeita os valores expressos no artigo 2º do TUE, parece incompatível com a falta de ação da UE em relação à membresia de governos autoritários" (Monte, 2023, p. 6, tradução nossa¹⁰).

O Mercosul, no entanto, apresenta outros dilemas em relação à condicionalidade democrática: o processo decisório altamente intergovernamental e que depende das relações interpresidenciais do bloco, somada à indefinição conceitual do Protocolo de Ushuaia, explicam as fragilidades de tal mecanismo (Monte e Anastasia, 2017). Apesar dos avanços normativos do Protocolo de Montevidéu, o veto do Paraguai demonstra a falta de consenso regional em torno do instrumento e a ausência de saídas institucionais em momentos de dissenso ideológico, disputa de interesses e ausência de liderança regional.

Com semelhanças e diferenças, avanços e retrocessos, mecanismos regionais de proteção da democracia e dos direitos humanos são conquistas que devem ser constantemente democratizadas.

REFERÊNCIAS

BARNES, Ian; BARNES, Pamela. Enlargement. In: CINI, Michele BORROGÁN, Nieves Pérez-Solórzano. **European Union Politics**. Oxford: Oxford University Press, 3rd Edition, 2010.

BÖRZEL, T and RISSE, T. **The Oxford Handbook on Comparative Regionalism**.

BORZEL, Tanja A.; RISSE, Thomas. Venus Approaching Mars? The European Union's Approaches to Democracy Promotion in Comparative Perspective. In: MAGEN, Amichai, RISSE, Thomas; MCFAUL, Michael A. **Promoting Democracy and the Rule of Law. American and European Strategies**. New York: Palgrave Macmillan, 2009.

COUTINHO, Marcelo; HOFFMANN, Andrea Ribeiro; KFURI, Regina. Raio X da Integração Regional. **Estudos e Cenários**, p. 1-58, mai. 2007.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

⁹ "[...] the democratic conditionality of the EU has changed over time, becoming more complete (contemplating different stages of the accession process), detailed, and pluralist when applied to the enlargements".

¹⁰ "[...] we understand that the belief of the EU as a union of democracies, which respects the values expressed in Article 2 of the TEU, seems incompatible with the lack of action of the EU towards the membership of authoritarian governments".

EUR-Lex. **Critérios de adesão (critérios de Copenhaga)**. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/accession_criteria_copenhagen.html?locale=pt. acesso em: 22 de abr. 2016.

FOLLESDAL, Andreas; HIX, Simon. Why there is a Democratic Deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik. **JCMS**. Vol. 34, n. 3, 2006, p. 533-562.

GARCIA, Marco Aurélio. Paraguai, Brasil e o Mercosul. **Política Externa**, São Paulo, v.21, n.3, 2013.

GRABBE, H. **The EU's Transformative Power. Europeanization through Conditionality in Central and Eastern Europe**. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

HAAS, Ernst B. The Study of Regional Integration: Reflections on the Joy and Anguish of Pretheorizing. **International Organization**, Vol. 224, N. 4, 1970, p. 607-646.

HERZ, Monica; HOFFMAN, Andrea Ribeiro. **Organizações Internacionais**. São Paulo: Ed. Elsevier, 2004.

HOFFMANN, Andrea Ribeiro. Avaliando a Influência das organizações regionais de integração sobre o caráter democrático dos regimes de seus Estados-partes: o caso do MERCOSUL e o Paraguai. **Cena Internacional**. Ano 7, n. 2, 2005, p. 88-89

HOFFMANN, Andrea Ribeiro. Avaliando a Influência das organizações regionais de integração sobre o caráter democrático dos regimes de seus Estados-partes: o caso do MERCOSUL e o Paraguai. **Cena Internacional**. Ano 7, n. 2, 2005, p. 88-89.

HOFFMANN, Andrea Ribeiro; SOUZA NETO, Danilo Marcondes. O Processo de Institucionalização da Condicionalidade Política na União Europeia e sua Eficácia como um Instrumento de Promoção da Democracia. **Contexto Internacional**. Rio de Janeiro, vol. 29, n. 2, 2007, p. 337-362.

JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Tratado de Nice**: Protocolo Relativo ao Alargamento da União Europeia. Nice: 2001. Disponível em: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/pt_nice.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

LESSA, Antonio Carlos; OLIVEIRA, Henrique Altemani de. (Orgs.) **Política Internacional Contemporânea: mundo em transformação**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAGEN, Amichai; MCFAUL, Michael A. Introduction: American and European Strategies to Promote Democracy – Shared Values, Common Challenges, Divergent Tools? In: MAGEN, Amichai, RISSE, Thomas.; MCFAUL, Michael A. **Promoting Democracy and the Rule of Law. American and European Strategies**. New York: Palgrave Macmillan, 2009.

MAJONE, G. Europe's Democratic Deficit: The Question of Standards. **European Law Journal**. Vol. 38, n. 8, 1998, p. 5-28.

MALAMUD, Andrés. Presidentialism and Mercosur: A Hidden Cause for A Successful Experience. In: LAURSEN, Finn (Ed). **Comparative Theoretical Perspectives**. Aldershot: Ashgate, 2003.

MERCOSUL. **Comunicado Comum dos Presidentes dos Estados Partes do Mercosul (1992)**. Las Leñas. Disponível em: http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=4648&site=1&channel=secretaria&seccion=3. Acesso em: 29 dez. 2023.

MERCOSUL. **Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul (1996)**. Disponível em: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4677/1/cmc_1996_acta01_declara-presiden_pt_compdemocratico.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

MERCOSUL. Protocolo de Montevideú (2011). **Protocolo de Montevideú sobre Compromisso com a Democracia no Mercosul (Ushuaia II)**. Disponível em: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2486/1/ushuaia_ii.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

- MERCOSUL. Protocolo de Ushuaia (1998). In: **MERCOSUL: legislação e textos básicos**. 5ª. ed. Brasília: Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2011, 656 p.
- MERCOSUL. Tratado de Assunção (1991). In: **MERCOSUL: legislação e textos básicos**. 5ª. ed. Brasília: Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2011, 656 p
- MONTE, Deborah Silva do. **Democracia e os movimentos de integração regional: a influência da Cláusula Democrática no MERCOSUL**. Dissertação (Mestrado),
- MONTE, Déborah Silva do. EU's Democratic Conditionality: Democratic Principles and Procedures? **Contexto Internacional**, vol. 45, n.1, 2023.
- MONTE, Deborah Silva do; ANASTASIA, Fátima. Cláusula Democrática do Mercosul: indefinição conceitual e uso estratégico. **Revista de Sociologia e Política**, v. 25, n. 62, 2017, p. 11-36.
- MORAVCSIK, A. Is there a "Democratic Deficit" in World Politics? A Framework for Analysis. **Government and Opposition**. Vol. 39, n. 2, 2004.
- MUNGIU-PIPPIDI, Alina. When Europeanization Meets Transformation. Lessons from the Unfinished Eastern European Revolution. In: BUNCE, Valerie; MCFAUL, Michael; STONER-WEISS, Kathryn. **Democracy and Authoritarianism in the Postcommunist World**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- NOLTE, Detlef; COMINI, Nicolás Matías. UNASUR: Regional Pluralism as Strategic Outcome. **Contexto Internacional**, vol. 38, n. 2, 2016.
- NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990.
- Oxford: Oxford University Press, 2016.
- PEVEHOUSE, J. Democracy from the Outside-In? International Organizations and Democratization. **International Organization**. Vol. 56, No. 3, 2002, p. 515-549.
- PEVEHOUSE, J. Regional Human Rights and Democracy Governance. In:
- PRIDHAM, G. **Designing Democracy: EU Enlargement and Regime Change in Post-Communist Europe**. London: Palgrave Macmillan UK, 2005, 284 p.
- Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2015.
- PRZEWORSKI, Adam, TEUNE, H. **The Logic of Comparative Social Inquiry**. New York: John Wiley & Sons, 1970.
- SCHIMMELFENNIG, F., ENGERT, S.; KNOBEL, H. Costs, Commitment and Compliance: The Impact of EU Democratic Conditionality on Latvia, Slovakia, and Turkey. **Journal of Common Market Studies**, 41 (3), 2003.
- SCHIMMELFENNIG, Frank. Integration Theory. In: EGAN, Michelle; NUGENT, Neill; PATERSON, William E. (Eds) **Research Agendas in EU Studies. Stalking the Elephant**. Palgrave Macmillan, 2010
- SIMÃO, Lícínia; RODRIGUES, Sónia. A União Europeia entre o alargamento e a vizinhança: os casos dos Balcãs ocidentais e do Cáucaso do sul. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília, v. 55, n. 1, p. 49-65, 2012.
- TSEBELIS, George. **Jogos Ocultos: Escolha Racional no Campo da Política Comparada**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.
- UNIÃO EUROPEIA. **Declaration on Democracy at the Copenhagen European Council** (7 and 8 April

1978). 4 de novembro de 2015. Disponível em: https://www.cvce.eu/en/obj/declaration_on_democracy_at_the_copenhagen_european_council_7_and_8_april_1978-en-c054acb7-0d62-466b-81ed-30c40f097567.html. Acesso em: 29 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Declaration on European Identity** (Copenhagen, 14 December 1973). Bulletin of the European Communities. December 1973, No 12. Luxembourg: Office for official publications of the European Communities, 2013, p. 118-122. Disponível em: https://www.cvce.eu/content/publication/2005/6/1/2d53201e-09db-43ee-9f80-552812d39c03/publishable_fr.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Rapport fait au nom de la commission politique sur les aspects politiques et institutionnels de l'adhésion ou de l'association à la Communauté par M. Willi Birkelbach Rapporteur**. [s.l.]: Services des publications des Communautés européennes, 15.01.1962. 20 p. ISBN 2837/2/62/2. (Assemblée parlementaire européenne, Documents de séance 1961- 1962, Document 122), 2014. Disponível em: https://www.cvce.eu/content/publication/2005/6/1/2d53201e-09db-43ee-9f80-552812d39c03/publishable_fr.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Amsterdam**. 1997. Disponível em: http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_of_amsterdam/treaty_of_amsterdam_pt.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa**. 2009. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documentos/Tratado_Versao_Consolidada.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Maastricht**. 1992. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/ce32120061229pt00010331.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2023.

VACHUDOVA, Milada Anna. **Europe undivided: democracy, leverage, and integration after communism**. Oxford University Press, 2005.

WHITEHEAD, Laurence. **Three International Dimensions of Democratization**. In: WHITEHEAD, Laurence. *The International Dimensions of Democratization. Europe & the Americas*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

CAPÍTULO 7

ANÁLISE DE ANCESTRALIDADE EM ANTROPOLOGIA FORENSE: DO RACISMO CIENTÍFICO À FUNÇÃO GA- RANTIDORA DE DIREITOS

Priscila Lini

Sumário: 1. Introdução. 2. Mudanças de nomes e de paradigmas. 3. Bioantropologia, Antropologia Forense e políticas de reparação. 4. Garantindo a materialidade para garantir direitos. 5. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A antropologia forense é considerada uma subdivisão da bioantropologia, o ramo da ciência antropológica que estuda os aspectos biológicos das comunidades humanas, levando em conta os processos bióticos, abióticos, evolutivos e adaptativos que conformam as múltiplas corporalidades. Há que se considerar, contudo, que nem sempre a bioantropologia teve esse caráter, sendo denominada como antropologia física e tendo iniciado ‘pari passu’ à antropologia evolucionista, que prezava pela superioridade corporal e intelectual de populações europeias em detrimento de outros grupos populacionais, justificando assim o colonialismo, o racismo e a sobreposição forçosa a corpos e territórios em nome de um dito progresso.

Teve seu auge em fins do século XIX, com os trabalhos de Alphonse Bertillon, Paul Broca, Arthur de Gobineau e Cesare Lombroso, que, ao escrutinar a composição corporal dos indivíduos buscavam traçar padrões comportamentais de delinquência, de patologias e comportamentos desviantes, originando uma série de práticas extremamente discriminatórias e violentas, algumas servindo de alicerce científico para os regimes totalitários da primeira metade do século XX.

A partir dos horrores da Segunda Guerra, a antropologia física caiu em declínio, em grande parte pelos perigos que seus postulados representavam, tendo o comportamento humano então sido analisado a partir de uma série de outras condicionantes. Meios e ambientes de vida, carência de recursos materiais, violências reais e simbólicas, todos esses fatores passaram a ser considerados como elementares à avaliação das condutas individuais e coletivas entre pessoas.

No decorrer da década de 1980, porém, um resgate da antropologia biológica teve início, motivado pelas políticas de reparação demandadas por grupos sociais – descendentes de escravizados, de povos indígenas e tradicionais dizimados em processos de usurpação de territórios, e, na América Latina, mais especificamente, pelos familiares e sobreviventes de crimes praticados por governos ditatoriais entre os anos 1960 e 1980. Outrossim, a busca pela definição de perfis biológicos de ancestralidade marcados nos ossos, recebeu nova perspectiva científica, agora em uma função garantidora de dignidade e pertencimento.

Assim, a bioantropologia é resgatada como ferramenta de identificação humana, passível de oferecer subsídios para traçar o perfil biológico de indivíduos vítimas de genocídios, desaparecimentos forçados, torturas e execuções sumárias, tendo se ressignificado nos últimos quarenta anos. Grupos de ação forense humanitária, em sua maioria compostos por vários profissionais de múltiplos campos de saberes, atuam em favor da recuperação da identidade, do respeito à memória e da entrega dos remanescentes para os familiares ou grupos sociais envolvidos em processos de sepultamento digno e reconciliação.

Desta maneira, a pesquisa pretende, mediante pesquisa bibliográfica e documental, traçar um panorama do chamado ‘giro forense’, a retomada dos conhecimentos em morfologia, anatomia humana e antropometria em nome da identificação, da caracterização dos critérios de sexo/gênero, estatura, idade e afinidade populacional, sem, contudo, indicar quaisquer argumentos de superioridade ou inferioridade de um pertencimento ancestral ou sexo/gênero em detrimento de outro. A função, neste caso, é a recuperação da identidade em nome de uma tarefa de caráter humanitário e de reparação social.

2. MUDANÇAS DE NOMES E DE PARADIGMAS

A antropologia física tem suas origens no século XVI, mas os séculos XVIII e XIX foram determinantes para a sua consolidação, principalmente em países setentrionais, cujos museus de história natural estavam em franco desenvolvimento. Nesse período, a origem e evolução biológica humana, bem como a diversidade de fenótipos e raças, eram temas de grande interesse para

pesquisadores de diversas áreas, incluindo ciências naturais, biologia e medicina. Inicialmente, a antropologia era vista como uma ramificação da zoologia, sendo seu objetivo principal elucidar a história natural do homem. Essa concepção pode ser observada no *Mémoires D'Anthropologie*, escrito por Paul Broca (1871), um dos documentos mais importantes sobre o surgimento da antropologia física (Gaspar Neto, 2019).

Os antropólogos de fins do século XIX se concentraram em explorar a diversidade social, cultural e linguística das diferentes populações humanas, especialmente aquelas consideradas "selvagens" ou "primitivas". O objetivo desses estudos era coletar informações sobre essas populações e estabelecer leis universais de evolução cultural, que as levariam a se assemelhar à Europa e aos Estados Unidos (Gaspar Neto, 2019).

No entanto, no século XX, vertentes teóricas da antropologia reagiram a essas ideias, questionando a ideia de uma evolução cultural linear e universal. Houve reflexões e debates sobre a ampla gama de estudos englobados pela antropologia, desde mapeamento genético até crenças religiosas, línguas e registros arqueológicos. Houve também discussões sobre a organização institucional da antropologia e a possibilidade de diálogo interno entre suas diferentes especialidades.

Apesar dessas questões e debates, a antropologia é amplamente reconhecida internacionalmente como uma ciência composta por quatro grandes vertentes, conforme a divisão de Oxford: biológica, sociocultural, linguística e etnologia. Isso é evidenciado pela existência de associações, programas de pós-graduação, periódicos e instituições museológicas dedicadas a essas áreas em todo o mundo.

A abordagem da trajetória da antropologia biológica desde os séculos XVIII e XIX, começou a se delinear como disciplina no século XIX com a criação de associações e cadeiras específicas nas universidades. Mesmo com algumas diferenças nas histórias da bioantropologia em diferentes países, quatro aspectos em comum são identificados: a centralidade da ideia de "raça", o uso da categoria "raça" para guiar intervenções sociopolíticas, a ênfase na mensuração e descrição de materiais antropológicos, principalmente crânios, e a relação conflituosa com as teorias desenvolvidas na biologia evolutiva, especialmente após a publicação de "A Origem das Espécies" de Charles Darwin (Gaspar Neto, 2019).

A evolução da disciplina antropológica reflete não apenas mudanças conceituais, mas também transformações na maneira como os(as) antropólogos(as) abordam e interpretam os dados sobre a diversidade humana. A antropologia física, historicamente centrada na mensuração e classificação de características físicas humanas, passou por uma transição gradual à bioantropologia.

Nessa nova configuração, incorpora uma abordagem mais holística, integrando métodos e teorias da biologia, genética, paleontologia, arqueologia e outras disciplinas relacionadas, e busca compreender não apenas as características morfológicas, mas também os processos evolutivos, sociais, a variabilidade genética e as interações entre cultura e biologia.

Nos últimos anos, uma mudança significativa tem ocorrido dentro da bioantropologia, impulsionada pelo chamado "giro forense". Este giro representa uma virada em direção à aplicação prática dos métodos bioantropológicos com finalidade humanitária.

Embora muitas destas equipes forenses, especialmente aquelas cujo trabalho tem sido marcado pela sua independência, tenham se tornado um emblema de paz e contrapoder face ao autoritarismo e às atrocidades, a sua predominância trouxe outras consequências tanto na esfera política como na esfera científica e jurídica. Esta preeminência de especialistas forenses na orientação e práticas de buscas constitui o que na literatura recente tem sido identificado como o 'giro forense' (López, 2019, p. 29).

A antropologia forense, assim, utiliza as ferramentas da disciplina para a identificação de restos mortais, a reconstrução de eventos traumáticos e a análise de paleopatologias e processos tafonômicos, especialmente em contextos de violações de direitos humanos, violência de Estado, desaparecimentos forçados e traumas coletivos.

Ao atravessar fronteiras, movendo e sendo movidos por equipes especializadas de projeção internacional para locais cada vez mais variados do mundo, o desaparecimento forçado e as ciências forenses, assim conectados, deram lugar a padrões globalizados de compreensão e de intervenção em contextos nos quais ausências coletivas são associadas a violações humanitárias (Azevedo, 2021, p. 4).

A inclusão da bioantropologia no âmbito forense levanta questões éticas complexas, envolvendo o uso responsável de informações genéticas, a preservação do respeito aos mortos e a garantia de que as descobertas científicas contribuam para a justiça e para a não violação de direitos humanos (Byers, 2005).

As implicações éticas e sociais do giro forense na bioantropologia, destacam a necessidade de diretrizes claras e práticas responsáveis, "levando o giro forense do campo prático para um amplo conjunto de ciências, quer elas se voltem à compreensão do humanitarismo, quer busquem lhe fornecer instrumentos de intervenção" (Azevedo, 2021, p. 11). Não se estabelece assim uma hierarquia, necessariamente: antropologia social e bioantropologia atuam em complementaridade.

A considerar a necessidade de lidar diretamente com famílias enlutadas, vítimas de perseguições e estigmas sociais, a busca de respostas que análises quantitativas antropométricas ou exames periciais não dão conta de

formular – a antropologia social e as humanidades são parte deste processo. Cada vez mais se reconhece a importância das metodologias das ciências sociais para entender a dimensão social e emotiva da problemática que enfrentam (Silvestre e Castillo, 2019, p.14).

Seja na elaboração de um diagrama de parentesco, na caracterização dos artefatos presentes em uma paisagem funerária, nas relações entre povos e territórios, não há que se pleitear uma cisão entre as ciências antropológicas, pois ambas atuam de forma importante em seu escopo. Em contextos especialmente violentos como na América Latina, a bioantropologia e a antropologia forense receberam uma significação humanitária muito forte, a partir das políticas de restauração democrática dos períodos pós-ditatoriais, que se espriam para outros campos, como as reparações históricas em faces às populações escravizadas e às comprovações de presença ancestral reclamadas por povos indígenas como estratégia jurídico-política contra as constantes violações territoriais sofridas.

3. BIOANTROPOLOGIA, ANTROPOLOGIA FORENSE E POLÍTICAS DE REPARAÇÃO

A bioantropologia vem sendo ressignificada no Brasil e no mundo, especialmente após a segunda metade do século XX, mais especificamente em 1951, após Sherwood Washburn contestar os conceitos de “raça” na antropologia, propondo o emprego do termo “população”. A noção de raça, até então intrinsecamente ligada à antropologia física, empregada por governos totalitários como ferramenta de justificação à segregação, à alegação de superioridade, discriminação e a perpetuação do colonialismo, passou por uma expressa condenação de tais práticas pela academia, tendo esta ciência um influxo no campo científico por estar atrelada a esses abusos.

A partir desse marco divisor representado pela publicação do artigo de Washburn, a disciplina passou a adotar uma abordagem mais explicativa, embasada em teorias evolutivas e com maior aproximação com as ciências sociais. Houve resistência a essa transição, mas as transformações e avanços observados desde então têm levado a uma bioantropologia contemporânea que se diferencia significativamente daquela do século XVIII (Gaspar Neto, 2019).

Ao longo da segunda metade do século XX tem início esse movimento de resgate da antropologia física, redefinida como bioantropologia, com foco na caracterização humana em seus aspectos evolutivos, estando inclusive conectada à arqueologia e às grandes instituições museais de história natural. Tais conhecimentos foram aproveitados especialmente a partir da década de 1980, quando a identificação humana por materiais ósseos teve início a partir das demandas por

reparação da violência de Estado praticadas – sejam contra povos originários ou das pessoas escravizadas durante os períodos de colonização da América.

Iniciativas como o African Burial Ground, em Nova York, Estados Unidos, demonstram que a repatriação de ossos provenientes de cemitérios de pessoas escravizadas é até hoje um processo complexo, carregado de significado histórico, cultural e ético (McCarthy, 1996). Essa prática busca corrigir injustiças históricas, honrar a memória dos antepassados e reconhecer a dignidade das vítimas da escravidão em diferentes partes do mundo, refazendo as trajetórias desde a saída da África até os portos e infames mercados na América, a exemplo do Cais do Valongo, no Rio de Janeiro.

Um aspecto fundamental da repatriação é o diálogo aberto e colaborativo com as comunidades descendentes das pessoas escravizadas. Esse processo de envolvimento com as comunidades permite que as decisões sobre a repatriação sejam tomadas de maneira ética, respeitando as tradições culturais e considerando as preferências das comunidades afetadas, inclusive retirando peças bioantropológicas de museus e de espaços de exposição pública, realizando a inumação adequada em memoriais e espaços de tributo ancestral.

Em relação aos povos indígenas, legislações como o NAGPRA – Native American Grave Protection and Repatriation Act passaram a questionar a legitimidade da exibição de remanescentes humanos em museus, prevendo a repatriação, a adequada deposição de restos mortais humanos de nativos americanos, seus objetos funerários, objetos sagrados e artefatos de patrimônio cultural. Essa tendência vem ganhando corpo especialmente em países colonizados, cujas metrópoles se apropriaram indevidamente de artefatos de relevância antropológica, especialmente ossadas humanas e seus respectivos objetos de culto.

A particularidade destas reclamações não somente reside no debate sobre a devolução, já que nem sempre se mobilizam para trasladar de destino museológico os restos, senão para que sejam tratados de uma maneira completamente diferente de como seria tratado o patrimônio material, pois o que se reclama nessas ocasiões, e assim se tem feito, é a inumação dos restos outrora expostos em uma vitrine pública (Aranda, García, Díaz e Díaz, 2014, p.4).

Trazendo a discussão ao Brasil, o tardio desenvolvimento da antropologia forense em comparação com outros países tem sido atribuído à ditadura militar e à falta de apoio e incentivos estatais. As violências praticadas contra indígenas, como bem demonstrou o Relatório Figueiredo, contra camponeses e trabalhadores rurais (Leite Lopes e Heredia, 2019) e contra grupos considerados 'subversivos' foram sufocados pelo aparato estatal até a reabertura democrática, sendo que as mobilizações de vítimas e familiares somente obtiveram uma resposta a partir de 2012, com a formação da Comissão da Verdade.

Cabe salientar que foi por meio de uma série de disputas políticas, simbólicas e jurídicas, na qual se encontram empenhados há mais de 30 anos, que esses coletivos de familiares foram adquirindo legitimidade social, consolidando publicamente um conjunto de representações sobre o passado ditatorial. Puderam assim converter (e pode-se dizer com eficácia) o estigma imposto às vítimas e seus familiares durante a ditadura em capital político no período democrático (Sanjurjo e Feltran, 2015, p. 40).

Esses coletivos emergem na cena pública colocando suas demandas por "Memória, Verdade e Justiça" em linguagem de parentesco e de direitos humanos (Sanjurjo e Feltran, 2015, p. 40). Se até então o estigma de pertencer a famílias de indivíduos "subversivos", o medo das denúncias e perseguições motivava o silêncio, com as graduais reaberturas democráticas foram possíveis as articulações de entidades e coletivos integrados pelos familiares e por todos aqueles – direta ou indiretamente – afetados por tais violências.

Importante salientar que tanto o Brasil quanto outros países latino-americanos passaram por períodos ditatoriais traumáticos nas décadas de 1960 a 1980. A título de exemplificação, países como Brasil e Argentina implementaram as chamadas "leis de anistia" como forma de acomodar interesses das elites militares, civis e políticas diretamente envolvidas com tais regimes autoritários, como uma forma de barganhas e concessões às transições democráticas.

A Lei da Anistia brasileira, promulgada em 1979, representou um esforço para encerrar as violações dos direitos humanos ocorridas durante o regime militar (1964-1985). No entanto, a lei ficou marcada por sua ambiguidade, perdendo tanto perseguidores quanto perseguidos, sem responsabilizar os agentes do Estado por crimes cometidos (Mendes, 2009). Na Argentina, a transição para a democracia envolveu a Ley del Punto Final, promulgada em 1986. Essa lei estabeleceu um prazo para a investigação e processamento de crimes cometidos durante a ditadura militar (1976-1983). No entanto, ela também foi criticada por garantir impunidade aos violadores dos direitos humanos (Novaro e Palermo, 2003).

No Brasil, a falta de responsabilização efetiva perpetuou a impunidade, impedindo a plena reconciliação e dificultando o processo de memoriais da verdade. Na Argentina, a Ley del Punto Final foi inicialmente eficaz em encerrar processos judiciais, mas a luta por justiça foi retomada em 1998, com a revogação do referido diploma pelo Congresso Argentino. No Brasil, decisões judiciais recentes têm desafiado a interpretação original da Lei da Anistia, buscando responsabilizar agentes do Estado por violações, recorrendo-se inclusive à Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no caso do jornalista Vladimir Herzog, cuja representação foi realizada no ano de 2016 pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), com sentença prolatada em março de 2018.

4. GARANTINDO A MATERIALIDADE PARA GARANTIR DIREITOS

A Antropologia Forense desempenha um papel relevante na busca da verdade e justiça em contextos de crimes cometidos por ditaduras, genocídios e desaparecimentos forçados. Nesses casos, suas contribuições atribuem a materialidade necessária para a instauração de processos criminais de reparação, políticas de direitos humanos e estabelecimento de uma nova prática discursiva a ser apropriada pelos familiares e sobreviventes.

A materialidade refere-se às evidências físicas tangíveis, como restos mortais, vestígios ósseos e objetos associados aos crimes (Komar e Buikstra, 2008). Na Antropologia Forense, a análise desses elementos fornece informações imprescindíveis para a reconstrução dos eventos, identificação de vítimas e estabelecimento de responsabilidades criminais (Meister, 2002).

Uma vez feita a recuperação dos vestígios humanos – a qual deve ser efetuada com a participação de antropólogos forenses –, a identificação inicia-se pela avaliação dos fatores genéricos de identidade, denominado perfil biológico, que engloba quatro parâmetros: a ancestralidade, isto é, a origem geográfica; a idade à morte, mais concretamente o grupo etário; o sexo e a estatura. Estes quatro parâmetros possibilitam criar um perfil que, uma vez confrontado com os dados das supostas vítimas, permite fazer exclusões (CUNHA, 2019, p. 30).

A análise de restos mortais permite a identificação de vítimas, muitas vezes enterradas de maneira clandestina, com práticas de fragmentação, ocultação e danos permanentes aos corpos e ossadas. Os métodos forenses, especialmente as análises de quatro critérios para a aferição de características antropológicas têm uma função central para o esclarecimento às famílias e na restauração da dignidade das vítimas, uma vez que a confrontação de materiais genéticos nem sempre é possível, a considerar os custos e a qualidade amostral dos materiais biológicos obtidos (Ubelaker e Scammel, 1992).

Assim como o movimento iniciado entre descendentes de escravizados e de representantes de povos indígenas, a devolução dos ossos, nos casos de violações de direitos humanos é acompanhada por cerimônias e rituais significativos (Aranda, García, Díaz e Díaz, 2014). Esses eventos proporcionam um momento de dignidade para os envolvidos – descendentes, sobreviventes, grupos da sociedade civil – honrando a memória e reconhecendo o trauma coletivo, em uma oportunidade de justiça e reconciliação.

A devolução de materiais bioantropológicos não é apenas um ato de justiça para as comunidades e para os descendentes, mas também tem um impacto mais amplo na educação e na consciência histórica. Museus, instituições acadêmicas e o público em geral têm a oportunidade de aprender sobre

a história das inúmeras opressões contra grupos humanos de uma maneira mais sensível e responsável, evitando-se que se repitam tais situações.

Apesar dos avanços, os processos de entrega simbólica enfrentam desafios, como a falta de registros precisos e a resistência institucional. Além disso, questões éticas, como a preservação da integridade dos restos mortais, continuam a ser objeto de discussão. A necessidade de reflexão constante sobre esses desafios é vital para garantir a eficácia e a ética do processo de restituição.

Assim, a antropologia forense auxilia na reconstrução dos eventos que levaram aos crimes, fornecendo informações sobre práticas de tortura, execuções e deslocamentos forçados. Essa reconstrução é essencial para estabelecer responsabilidades criminais e garantir que os perpetradores sejam responsabilizados perante a lei. Inclusive, é fundamental o compromisso dos Estados em não criar empecilhos e entraves jurídico-burocráticos, a considerar que na maioria das vezes essas estratégias necrogovernamentais são operadas pelos próprios agentes estatais (Medeiros, 2023, p. 7).

Com o “giro forense” passa-se a reconhecer o potencial das descobertas da antropologia forense como validadoras poderosas para os testemunhos de sobreviventes e de familiares. A materialidade oferece assim uma base objetiva que fortalece os relatos pessoais, oferecendo provas qualificadas para instrução de processos judiciais, reforçando a credibilidade das vítimas diante de tribunais e comissões de verdade, com a sequente reparação mediante a entrega de remanescentes humanos, compensações e indenizações.

O trauma se torna uma nova categoria de pensamento que reflete a transformação de um sistema de saberes e valores, de uma relação com a verdade, e aponta para a reconfiguração da economia moral contemporânea. Investido desse novo sentido, o trauma consagra a figura emergente da vítima, legítima a sua condição e se torna uma chave de interpretação do mundo contemporâneo. Assim, temos uma reestruturação dos alicerces cognitivos e morais que transforma a relação com o sofrimento, a memória e a subjetividade. (Vassallo, 2017, p. 280)

De maneira que, as exumações se tornam, por um lado, detonadoras de memória, e, por outro lado, deixam ver a importância que tem o corpo como evidência máxima dessas violências (Pérez, 2019, p. 183). Se a legislação penal determina que, para a configuração do crime haja autoria e materialidade, com a atribuição de responsabilidades e com a comprovação das violências praticadas nos corpos, comprovadas pelos traumas ósseos e pela identificação das vítimas, a fragilidade que costuma pairar sobre tais casos reverte-se em conteúdo probante mais robusto e verossímil.

O desafio de operacionalizar a antropologia forense é um dos fatores que dificultam a consolidação deste campo científico, ainda muito afeito aos centros de perícia e instituições policiais e de pouca presença na academia.

Ilustra esta realidade o fato de que somente no ano de 2012 foi criada a Associação Brasileira de Antropologia Forense – ABRAF, o que pouco a pouco vai permitindo uma interação maior entre os profissionais da área, e representando uma melhoria qualitativa nos trabalhos realizados (Cunha, 2019). Porém, ainda não há no país uma graduação ou programas de pós-graduação stricto sensu dedicados à área, havendo somente pesquisadores interessados no tema, buscando construir dentro das possibilidades institucionais, pesquisas e atividades relativas a esse campo do saber.

Ainda, há que se considerar uma grande resistência por parte de antropólogos sociais, antropólogos culturais e etnólogos acerca do tema, especialmente pelo estigma racista e colonialista que a antropologia física representou em seus primeiros tempos. Porém, ao demonstrar que a bioantropologia e a antropologia forense vêm se desenvolvendo de maneira ética e comprometida com a dignidade humana, com a garantia de direitos fundamentais e com os princípios de ação humanitária, é possível estabelecer pontes entre os programas já em andamento, com práticas interdisciplinares entre as ciências humanas e biológicas, e, em um futuro não tão distante, a consolidação da bioantropologia e da antropologia forense nas instituições de ensino superior do Brasil.

São perspectivas que se abrem ao debate – como a ora oportunizada pelas pesquisadoras proponentes desta sessão temática de trabalho da Reunião de Antropologia da Ciência e da Tecnologia – e que já vêm se destacando na discussão acadêmica da bioantropologia e antropologia forense do país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transição da antropologia física para a bioantropologia, com ênfase no “giro forense”, representa uma evolução significativa na disciplina. Ao integrar abordagens forenses, a bioantropologia não apenas ressignifica seu propósito, mas também se torna uma ferramenta valiosa na resolução de desafios contemporâneos. Este trabalho destaca a importância de uma abordagem interdisciplinar que conecta passado e presente, teoria e prática, enriquecendo assim a compreensão desta ciência como uma contribuição à efetivação de direitos humanos.

Se a sua origem remonta um passado segregacionista e colonialista, na atualidade desempenha um papel transformador na busca por justiça e reparação em contextos de crimes cometidos por ditaduras, genocídios e desaparecimentos forçados. A materialidade fornecida pela bioantropologia e pela antropologia forense não apenas esclarece eventos passados, mas também contribui para a construção de uma base sólida para a promoção contínua dos direitos humanos e da memória coletiva.

A coleta e análise dessa materialidade da vida humana levanta questões éticas, ao repensar as populações afetadas por práticas de guarda, curadoria e acervos de entidades e museus, restituindo peças até então custodiadas como peças de exposição de povos ditos “primitivos”, para os descendentes e para membros de coletivos organizados de políticas de memória e reparação. Garantir a dignidade das vítimas, respeitar crenças culturais e proteger a integridade são desafios éticos fundamentais que a disciplina enfrenta, e que pesquisadores contemporâneos têm debatido em seus múltiplos espaços de diálogo.

Se atualmente a relativização das violências cometidas durante períodos coloniais e ditatoriais vem sendo operada, em grande parte por um estratégico revisionismo histórico resultante dos processos de apropriação discursiva de governos reacionários, de outro lado a mobilização de pesquisadores e acadêmicos fora do aparato de segurança pública estatal entra no debate, convergindo os saberes da antropologia social e cultural com a bioantropologia e a antropologia forense.

O enfrentamento às múltiplas violências perpetradas pelo Estado contra populações vulneráveis, que vão desde a agressão, encarceramento e a eliminação de grupos indesejáveis - que operacionalizam a necropolítica (Mbembe, 2018) –, às violências simbólicas como a fragilização e revitimização de grupos indígenas e tradicionais em exposições de caráter científico (em museus e instituições de história natural), aos desaparecimentos e perseguições a indivíduos considerados ‘subversivos’ durante as ditaduras dos governos militares, e à recusa em políticas efetivas de reparação histórica em face à população negra escravizada. Os corpos e seus remanescentes seguem assim em um contínuo processo de violação, que demanda uma atuação qualificada de profissionais da antropologia biológica e forense.

Somente a atuação comprometida, com profissionais de várias ciências atuando em todas as frentes: formação em nível acadêmico de excelência, interlocução entre os saberes da Universidade e os centros de perícia vinculados à segurança pública, envolvimento de grupos de representação de vítimas e familiares, discussão aberta e ética sobre as reparações destinadas a grupos afetados por violências atuais ou pretéritas, pode ser capaz de proporcionar saídas viáveis e articuladas para políticas de reparação bem formuladas e aptas ao fim a que se destinam.

Demonstrar que o ‘giro forense’ traz à luz um agir engajado da bioantropologia, que sua finalidade não mais se fixa em noções antropométricas com finalidades reducionistas e excludentes, mas sim, na recuperação da identidade e das características que tornam o ser humano múltiplo e diverso – e ao mesmo tempo único e inimitável - é uma tarefa que mobiliza pesquisadores e pesquisadoras contemporâneos. É mais uma forma de encarar nosso

passado repleto de agressões, de supressões de direitos e de marginalização de grupos em nome de seletos indivíduos privilegiados das elites, que se beneficiam desta violência em nome da manutenção do colonialismo em permanente curso. Somente encarar a sério esta realidade nos permitirá que tais violações jamais se esqueçam, e que nunca mais aconteçam.

REFERÊNCIAS

ARANDA, María Adoración Martínez; GARCÍA, Jesús Bustamante; DÍAZ, Jesús López; DÍAZ, Manuel Burón. **Las controversias de los “materiales culturales delicados”, un debate aplazado pero necesario**. Instituto del Patrimonio de Andalucía. PH Investigación. (2) 1-30. 2014

AZEVEDO, Desirée. **Humanitarismo forense entre expertises transnacionais e tecnologias de Governo - O caso da Vala de Perus**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 36 (107): 1-19, 2018.

BYERS, Steven. **Introduction to Forensic Anthropology**. Nova York: Routledge, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e Outros versus Brasil**. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf Acesso em 18 nov. 2023.

CUNHA, Eugénia. **Devolvendo a identidade: a antropologia forense no Brasil**. Ciência e Cultura. Vol.71 (2): 30-34, 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Department of the Interior - Indian Affairs. Native American Graves Protection and Repatriation Act**. Disponível em: <https://www.bia.gov/service/nagpra> Acesso em 19 nov. 2023.

GASPAR NETO, Verlan Valle. **Antropologia Biológica: uma breve incursão histórica**. Ciência e Cultura. Vol.71 (2): 21-24, 2019.

HAGLUND, William; SORG, Marcella; MARDEN, Kerriann. **Forensic Taphonomy: The Postmortem Fate of Human Remains**. Boca Raton: CRC Press, 1996.

KOMAR, Debra; BUIKSTRA, Jane. **Forensic Anthropology: Contemporary Theory and Practice**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LEITE LOPES, José Sergio; HEREDIA, Beatriz. **Movimentos cruzados, histórias específicas: estudo comparativo das práticas sindicais e de greves entre metalúrgicos e canavieiros**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2019.

LÓPEZ, Erika Liliana López. **El enfoque humanitario frente al jurídico en la búsqueda de personas víctimas de desaparición forzada: tensiones y apuntes para una reflexión crítica del giro forense**. Dossier “Abya Yala - Revista sobre acceso a la justicia y derechos en las Américas. Brasília Vol.3 (2): 24-50, 2019.

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

MCCARTHY, John. **Who owns these bones? Descendant communities and partnerships in the excavation and analysis of historic cemetery sites in New York and Philadelphia**. Public Archeology Review. Vol. 4 (2): 3-12, 1996.

MEDEIROS, Flavia. **Matabilidade como forma de governo: violências, desigualdades e Estado numa perspectiva comparativa entre Florianópolis e Rio de Janeiro**. Horizontes antropológicos. (65): 1-36, 2023.

MEISTER, Robert. **Human Rights and the Politics of Victimhood**. Ethics & International Affairs, Vol. 16. (2) Set. 91 – 108, 2002.

MENDES, César. **A Lei da Anistia Brasileira**: Um Balanço Histórico. Lua Nova, 76, 285-308, 2009.

NOVARO, Marcos; PALERMO, Vicente. **La Dictadura Militar, 1976-1983**: Del Golpe de Estado a la Restauración Democrática. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2003.

SANJURJO, Liliana; FELTRAN, Gabriel. **Sobre lutos e lutas**: violência de estado, humanidade e morte em dois contextos etnográficos. Ciência e Cultura. Vol.67 (2). Abr./Jun.: 40-45, 2015.

SILVESTRE, Carolina; CASTILLO, Rosalva. **Diálogos entre la antropología social y las ciencias forenses**. Dossier "Abya Yala - Revista sobre acceso a la justicia y derechos en las Américas. Brasília Vol.3 (2): 6-23, 2019.

UBELAKER, Douglas; SCAMMELL, Henry. **Bones**: A Forensic Detective's Casebook. M. Nova York: Evans & Company, 1992.

VASSALLO, Simone Pondé. **Entre vidas objetificadas e vítimas da escravidão**: a trajetória das ossadas do Cemitério dos Pretos Novos, no Rio de Janeiro. Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad. (25) 277-297, 2017.

CAPÍTULO 8

CASO IOANE TEITIOTA E SUA FAMÍLIA: O MARCO INICIAL NA JUDICIALIZAÇÃO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS EM FACE DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS PARA A GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS

Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro
Thiago Giovani Romero

Sumário: 1. Introdução. 2. As vertentes do direito internacional para a proteção internacional da pessoa humana. 3. A judicialização do reconhecimento da condição migratória específica: a Família Teitiota e o refúgio ambiental. 4. O Comitê de Direitos Humanos da ONU e o reconhecimento dos direitos humanos para os deslocados e migrantes climáticos. 5. A aproximação do Direito Internacional e do Direito Constitucional através do acervo decisório internacional: a aparente possibilidade do reconhecimento do refúgio ambiental. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O caso Ioane Teitiota e sua família marca o início da judicialização do refúgio ambiental em face das mudanças climáticas, buscando a promoção e garantia dos direitos humanos, especialmente, no âmbito do Direito Internacional dos Refugiados. Neste cenário, o presente Capítulo abordará as vertentes do Direito Internacional para a proteção internacional da pessoa humana, a fim de analisar a judicialização para o reconhecimento, ou sua possibilidade, da condição migratória específica, através dos pedidos realizados pela família Teitiota para o refúgio ambiental perante o Poder Judiciário Neozelandês e o Comitê de Direitos Humanos da ONU.

O reconhecimento dos direitos humanos para deslocados e migrantes climáticos, bem como a aproximação do Direito Internacional e do Direito Constitucional, são elementos indispensáveis tratados nesta pesquisa, a fim

de evidenciar a preocupação quanto o reconhecimento, ou a possibilidade, do *status* de refúgio ambiental aos deslocados climáticos

O objetivo deste ensaio, como dito, é examinar a proteção internacional dos direitos humanos para refugiados ambientais, analisando decisões do Tribunal de Apelação da Nova Zelândia e do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre a temática. O problema abordado repousa na lacuna da legislação internacional para a proteção dos refugiados ambientais, conhecidos na atual literatura como deslocados ambientais e/ou climáticos. Optou-se por utilizar o método indutivo, acompanhado da análise do caso, através das decisões e da pesquisa doutrinária em direito internacional dos direitos humanos.

2. AS VERTENTES DO DIREITO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é um sistema de normas internacionais que tem como objetivo proteger os direitos humanos em todo o mundo. Este sistema está ancorado na área do Direito Internacional Público, ao lado do Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados¹. Aquele sistema é composto por diversos instrumentos, expressivos e significativos, de natureza *hard law* e *soft law*, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)². Esses instrumentos estabelecem, ou buscam estabelecer, no âmbito internacional, padrões mínimos de proteção dos direitos humanos e são complementados por sistemas regionais de proteção, como o sistema interamericano, europeu e africano.

O DIDH tem como objetivo garantir que os direitos humanos sejam respeitados, protegidos e realizados em todo o mundo³. Ele estabelece, diretamente, obrigações para os Estados em relação a ampla proteção dos direitos humanos, ou seja, a obrigação de respeitar, proteger e realizar esses direitos, como dito acima. Por sua vez, há o Direito Internacional Humanitário (DIH), um conjunto de normas que regula a conduta das partes em conflitos armados. Ele tem como objetivo proteger as pessoas que não participam diretamente das hostilidades, como civis, prisioneiros de guerra e feridos. Por fim, o Direito Internacional dos Refugiados (DIR) é um conjunto de normas que regula a proteção dos refugiados

¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz. As três vertentes da proteção internacional dos Direitos Humanos da Pessoa Humana. San José da Costa Rica: IIDH, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

² ROMERO, Thiago Giovani; DE PAULA, Ana Cristina Alves. Breves Considerações Sobre o Direito dos Refugiados Econômicos e o Instituto Internacional do Asilo. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, e-ISSN: 2526-0197, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-149, Jan/Jun. 2016.

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

e outras pessoas deslocadas, composto pela Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967, bem como por outras convenções e acordos internacionais. A Convenção de 1951 define quem é um refugiado e estabelece os direitos e obrigações dos Estados em relação aos refugiados. O Protocolo de 1967 estende a aplicação da Convenção a todos os refugiados, independentemente da data em que se tornaram refugiados.

Diante da exposição da estrutura legislativa da proteção internacional da pessoa humana pelo Direito Internacional, nota-se que a migração forçada por motivos ambientais é uma realidade crescente, amplamente experienciada pela comunidade internacional, devido aos impactos das mudanças climáticas, degradação ambiental e diversos fenômenos naturais. Assim, pode-se questionar como estas áreas poderiam auxiliar, guardadas as devidas proporções e alcances jurídicos, a possibilidade do reconhecimento ou uma garantia mais efetiva aos refugiados ambientais⁴.

Assim, buscando esta compatibilização entre as três áreas do Direito Internacional Público que protegem a pessoa humana⁵, em primeiro plano, reforça-se que não há ainda, e nem em andamento, uma normativa jurídica específica para proteger os refugiados ambientais, e o termo em si não é amplamente aceito. Ademais, em tese, entende-se como refugiados ambientais, aqueles que precisam deixar seus lares devido a condições ambientais degradantes que ameaçam suas vidas e os expõem a riscos⁶.

Posto isto, a compreensão do meio ambiente equilibrado como um direito humano⁷ é essencial para entender as consequências da migração forçada por motivos ambientais. Logo, a importância da discussão sobre o reconhecimento, ou sua possibilidade, do *status* do refúgio ambiental também está baseada na mesma percepção.

Neste sentido, o meio ambiente equilibrado é reconhecido como um direito humano fundamental para a sobrevivência e desenvolvimento humano⁸, necessária para garantir a proteção da vida humana e dos direitos fundamentais⁹. A degradação ambiental e os fenômenos naturais podem

⁴ CASELLA, Paulo Borba. Refugiados: conceito e extensão, In: O Direito internacional dos Refugiados: Uma perspectiva Brasileira, Coordenadores: Nadia de Araujo e Guilherme Assis de Almeida. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gerárd; SANTIAGO, Jaime Ruiz. As três vertentes da proteção internacional dos Direitos Humanos da Pessoa Humana. San José da Costa Rica: IIDH, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

⁶ EL-HINNAWI, Essam. Environmental Refugees. UNEP, 1985.

⁷ UNEP. The United Nations Environment Programme. Momento histórico: ONU declara que meio ambiente saudável é um direito humano. Disponível em: <https://www.unep.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/momento-historico-onu-declara-que-meio-ambiente-saudavel-e-um>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁸ CORREIA, Geraldo Margela. A ONU e o direito humano ao meio ambiente equilibrado e protegido, 2019. Disponível em: <https://amppe.com.br/a-onu-e-o-direito-humano-ao-meio-ambiente-equilibrado-e-protegido/>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁹ BOTELHO, Tiago Resende. O reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano e fundamental. Publica Direito, 2016. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab73f542b6d60c4d>. Acesso em: 29 dez. 2023.

impactar diretamente a segurança de uma população, geralmente impactando de forma mais grave os países pobres ou em desenvolvimento, por falta de estrutura em resposta as crises¹⁰. Esses impactos podem levar a migrações forçadas, levantando a questão do reconhecimento e proteção dos refugiados ambientais. Nota-se então que a proteção do meio ambiente equilibrado como um direito humano e a proteção dos refugiados ambientais estão estreitamente relacionadas, mas enfrentam desafios na prática.

Assim, as mudanças climáticas, a degradação ambiental, a escassez de recursos naturais e os fenômenos naturais têm levado a um aumento significativo na migração forçada¹¹. No entanto, a identificação das situações em que o fator ambiental é determinante na decisão de migrar nem sempre é clara. Enquanto em alguns casos a relação entre a mobilidade humana e o evento ambiental é evidente, em outros, essa relação não é tão clara, dificultando o reconhecimento do *status* de refugiado ambiental.

Neste sentido, apesar da ausência de uma definição legal e reconhecimento formal, pode-se perceber que as áreas do DIDH, DIH e DIR podem contribuir para a proteção e reconhecimento, ou sua possibilidade, do *status* de refugiados ambientais.

Explica-se. No âmbito da DIDH, a compreensão do meio ambiente equilibrado como um direito humano, conforme já debatido, é essencial para entender as razões e consequências da migração forçada por motivos ambientais e/ou climáticas¹². A proteção do meio ambiente equilibrado garante a dignidade e a segurança das pessoas, e a migração forçada devido a desastres ambientais e mudanças climáticas coloca em evidência a interconexão entre direitos humanos e questões ambientais. Logo, o reconhecimento do refúgio ambiental pode ser visto como uma extensão da proteção dos direitos humanos, considerando o impacto direto que a degradação ambiental e os desastres têm sobre a vida e a integridade das pessoas.

A Convenção das Nações Unidas de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 1967, principais instrumentos do DIR, embora não abordem a proteção dos refugiados ambientais, como já mencionado, estabelecem os direitos e obrigações dos Estados em relação aos refugiados. Tais documentos internacionais quando alinhados com a DUDH, que reconhece o direito a

¹⁰ VENTURA, Alichelly Carina Macedo; GUERRA, Sidney Cesar Silva; MONTEIRO, Milena Fontoura. A luta pelo reconhecimento internacional do refugiado ambiental junto ao comitê de direitos humanos da ONU: o caso de Ioane Teitiota, de Kiribati. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Volume 40.1 — jan./jun. 2020.

¹¹ Exemplifica-se para fins de estudo e pesquisa que são impactos ambientais: a degradação ambiental (alterações adversas em virtude da intervenção antrópica); mudanças climáticas (acúmulo de gases de efeito estufa na atmosfera desde a época da Revolução Industrial); fenômeno da desertificação; poluição e fenômenos naturais (enchentes, terremoto, maremoto, tsunami, etc..).

¹² SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Refugiados Ambientais e sua Proteção Jurídica no Direito Internacional. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 58, p. 247-260, abr.-jun. 2012.

um meio ambiente sadio como direito humano, podem ser invocados para a proteção dos refugiados ambientais. O DIH, por sua vez, estabelece normas para proteger as pessoas afetadas por conflitos armados e outras situações de violência. Embora seu foco principal não seja a proteção do meio ambiente, o DIH pode ser invocado para proteger as pessoas afetadas por desastres naturais e mudanças climáticas, especialmente no contexto de conflitos armados.

Portanto, ao traçar uma análise sobre as vertentes do Direito Internacional para a proteção da pessoa humana, em especial, aos refugiados ambientais, pode-se concluir que o sistema internacional é apto à proteção de vítimas potenciais de direitos humanos que migram em razão de sérias rupturas ambientais em seus locais de origem, contribuindo para a estabilidade internacional e para a garantia da dignidade e segurança das pessoas afetadas por migrações forçadas devido a desastres ambientais e mudanças climáticas.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO MIGRATÓRIA ESPECÍFICA: A FAMÍLIA TEITIOTA E O REFÚGIO AMBIENTAL

A judicialização do reconhecimento da condição migratória oriunda de problemas climáticos não é uma realidade e ainda tem um desenvolvimento consideravelmente tímido perante os tribunais nacionais e internacionais. Isso se deve ao fato de não se aceitar, com facilidade, que a proteção aos deslocados ambientais decorre da aplicação da Convenção dos Refugiados de 1951, sob a alegação de que não existe neste documento previsão específica a esta situação como uma modalidade de refúgio.

Sendo assim, os casos necessitam ser judicializados, a fim de que possam ser apreciados por autoridades migratórias nacionais e pelos tribunais nacionais e internacionais. Os pedidos de reconhecimento da condição de refugiado por motivação ambiental normalmente são negados e, assim, inicia-se um movimento, mesmo que ainda tímido, para a provocação das instâncias internacionais com a finalidade de obter a proteção do direito fundamental à mobilidade humana, principalmente para a preservação da vida.

Assim se deu com o Sr. Teitiota, cidadão do Kiribati¹³, estado insular localizado no Oceano Pacífico, que apresentou, em 2015, comunicação em face da Nova Zelândia, perante o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, alegando que aquele país desrespeitou o seu direito à vida, conforme previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, ao determinar a sua deportação e de sua família ao Kiribati.

¹³ Solicitação disponível em <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/01/historic-un-human-rights-case-opens-door-climate-change-asylum-claims>. Acesso: 28 dez. 2023.

O caso do Sr. Teitiota foi apreciado pelos órgãos competentes judiciais, em primeiro lugar e, apesar de ter sido garantido o acesso à justiça perante o ordenamento jurídico nacional, o requerente não obteve êxito em seu pleito, motivo pelo qual decidiu enviar uma comunicação individual ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, instituído como órgão pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que, com o Protocolo Facultativo, passou a aceitar comunicações individuais.

A Nova Zelândia negou o pedido de reconhecimento do *status* de refugiado do Sr. Teitiota, calcado em motivação ambiental e nos efeitos negativos que as mudanças climáticas vêm provocando no Kiribati, como aumento do nível do mar, escassez de água potável, erosão da terra, o que gerou e continua acarretando certa instabilidade no País insular, inclusive com disputas de terras e com a violação de direitos humanos.

O caso foi remetido pelo sistema de peticionamento individual ao Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas que validou a decisão proferida pelo Estado da Nova Zelândia em negar o reconhecimento do *status* de refugiado ao Sr. Teitiota, mas ressaltou que, em caso de violação aos direitos humanos, um Estado deve respeitar o princípio do *non-refoulement*.

Assim, de acordo com a postura do Estado da Nova Zelândia, o Sr. Teitiota não contemplava os requisitos para alcançar o *status* de refugiado. Apesar disso, aquele Estado deveria ter observado o princípio da não-devolução, que é norma de natureza *jus cogens* e que não pode ser revogada pela vontade dos Estados. Referido princípio deveria ter sido aplicado no caso do Sr. Teitiota, uma vez que o Kiribati se tornou um local instável para o autor viver com a sua família¹⁴.

O caso do Sr. Teitiota passou pela análise das autoridades migratórias locais, pelo Tribunal de Apelação e pela Suprema Corte. Em todas essas instâncias, o pedido fora negado sob a alegação de não ter sido provado o risco iminente de dano à vida, por não ter havido prova suficiente da perseguição, pela necessidade de se provar a ameaça pessoal do direito à vida e não geral e por não haver previsão legal expressa na Convenção do Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967 dos refugiados ambientais.

Começando pelo último argumento mais utilizado pelos Estados em relação ao pedido de reconhecimento do *status* de refugiados por motivos ambientais, é importante esclarecer que a Convenção do Estatuto dos Refugiados e o seu Protocolo de 1967 não preveem expressamente a categoria dos refugiados ambientais em seus dispositivos. No entanto, não se pode afirmar que referida Convenção não poderia abarcar esta modalidade de solicitação de asilo, uma vez que o *corpus juris* que constitui o Direito Internacional dos

¹⁴ Solicitação disponível em <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/01/historic-un-human-rights-case-opens-door-climate-change-asylum-claims>. Acesso: 28 dez. 2023.

Direitos Humanos, se analisado de forma integrada, daria ensejo à proteção reivindicada pelo cidadão do Kiribati.

A esse respeito, Loureiro¹⁵ afirmou que, embora a previsão não seja expressa, o motivo ensejador do deslocamento se conecta, de forma clara, com a degradação dos direitos humanos e, nesse sentido, todo ser humano é titular de direitos iguais e de dignidade, de acordo com o artigo 1º da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, o que autoriza a afirmação de que os deslocados, mesmo por razões ambientais, se deslocam em busca da proteção de seus direitos humanos.

Considerando-se o outro motivo ensejador da denegação do pedido em apreço, tem-se que o direito à vida, conforme delineado pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, necessita ser interpretado de forma ampla e não restritiva¹⁶, mas, apesar disso, a prova do iminente risco iminente à vida, necessita ser pessoal e não embasada em situações genéricas¹⁷.

Nesse aspecto, cumpre salientar que, apesar de aparentemente parecer um risco alegado apenas de forma genérica, o risco ao direito à vida ficou consagrado e efetivamente concretizado no caso do Sr. Teitiota, conforme se abstrai do voto dissidente do membro do Comitê Vasilka Sancin¹⁸.

Ademais, o Tribunal entendeu que o direito à vida diz respeito a uma obrigação de natureza positiva, que se consolida através de medidas programáticas delineadas pelo Estado e que, no caso, o Kiribati adotou um Programa de Ação em 2007 para o enfrentamento das externalidades oriundas das mudanças climáticas. Apesar disso, referidas medidas não são suficientes para evitar a degradação dos direitos humanos como consequência dos efeitos das mudanças climáticas.

Os tribunais nacionais e as autoridades migratórias nacionais geralmente denegam as solicitações de reconhecimento da condição de refugiados alegando que o elemento perseguição, exigido pela Convenção de 1951 não pode ser identificado no contexto dos deslocados ambientais. Apesar desta fundamentação parecer, a princípio, justificável, não ela pode ser habilidosamente refutada diante da necessidade de se interpretar os Tratados e as Convenções de direitos humanos de forma evolutiva, por serem instrumentos vivos.

Nesse sentido, o elemento perseguição era um requisito plausível no período no qual a Convenção de 1951 foi editada, ou seja, para o enfrentamento da mobilidade humana oriunda dos deslocados da II Guerra Mundial, contexto diante do qual a perseguição era evidente. No entanto, o elemento

¹⁵ LOUREIRO, Claudia. Eco refugiados e o regime jurídico global do refúgio. In: RAMOS, André de Carvalho. 25 anos da lei brasileiro do refúgio: perspectivas e desafios. Brasília: ACNUR. 2022, p. 76-91.

¹⁶ HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Ioane Teitiota v. New Zeland. 2020. Available at: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/01/historic-un-human-rights-case-opens-door-climate-change-asylum-claims>. Acesso em: 29 dez. 2023. (General Comment 6), p. 4.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

perseguição necessita ser interpretado de forma mais ampla e não de forma restrita ao contexto mencionado. A compreensão desta afirmação demanda uma análise a respeito do termo deslocados ambientais, que ainda não é unânime no direito internacional.

A Organização Internacional das Migrações utiliza o termo Migrante ambiental para se referir às pessoas que são brigadas a deixar suas residências habituais devido a alterações ambientais que afetam negativamente a sua vida¹⁹.

Carolina Abreu B. Claro afirma que os refugiados ambientais como pessoas jurídicas de direito internacional que gozam da ampla proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos.²⁰ A autora também afirma que o refugiado ambiental pode ser um refugiado convencional se se encaixar no artigo 1(A) da Convenção de 1951, mesmo que um fator ambiental tenha dado causa a um fundado temor de perseguição. Em sentido contrário a essa tese, afirma-se que a categoria de refugiados ambientais não pode ser abrangida pela Convenção de 1951 pela impossibilidade de se identificar o real perseguidor, solução que se encontra com o dano ambiental como perseguidor, conforme afirma Jubilut²¹.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o agente perseguidor não precisa ser completamente determinado, mas que pode ser determinável e, assim, o dano ao meio ambiente poderia caracterizar-se como o agente perseguidor determinável.

Ainda merece destaque a contribuição, em 1963, da OUA, Organização da Unidade Africana, conceituou refugiado como a pessoa que se desloca em virtude de acontecimentos que perturbam gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade de seu país, contexto no qual é possível encaixar o refugiado ambiental.

Registra-se, ainda, a proposta das Ilhas Maldivas de um novo Protocolo à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados²² para contemplar os refugiados ambientais²³.

Apesar do Comitê ter se manifestado favoravelmente à prevalência do princípio *non-refoulement*, entendeu que o risco de sofrer dano iminente não foi provado pelo Sr. Teitiota. O Comitê estabeleceu que o dever de não

¹⁹ VETORASSI, Andréa; AMORIM, Orzete. Refugiados ambientais: reflexões sobre o conceito e os desafios contemporâneos. Revista de Estudos Sociais, vol. 76, p. 24-40, 2021. Disponível em <http://www.scielo.org.co/pdf/res/n76/0123-885X-res-76-24.pdf>. Acesso: 10 set. 2022.

²⁰ CLARO, Carolina. A proteção jurídica dos “refugiados ambientais” nas 3 vertentes da proteção internacional da pessoa humana. REMHU – Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana, Brasília, v. 28, n. 58, p. 221-241, abr. 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/j/remhu/a/fggZzvX45NzBhQQYLbdTrP/?lang=pt&format=pdf>

²¹ Ibidem, p. 230.

²² RAMOS, Érica Pires. Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2011. p. 113.

²³ Ibidem, p. 79-80. Ver também: Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees for the Office of the High Commissioner for Human Rights’ Compilation Report – Universal Periodic Review: REPUBLIC OF MALDIVES.

extraditar, não devolver ou não expulsar é mais amplo do que a aceção cunhada pelo direito internacional dos refugiados e, assim, se aplica também às pessoas que não fazem jus ao reconhecimento do seu *status* de refugiados.

Assim, o reconhecimento da condição de refugiado ambiental para a proteção ampla da Convenção dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967 é medida imperativa e decorre da ampla consideração dos direitos humanos previstos pelo Direito Internacional, uma vez que se deve ressignificar e ampliar os conceitos e os requisitos da Convenção que, como documento de direitos humanos, é um instrumento vivo cuja interpretação deve se dar no contexto atual, em consonância com o momento atual vivenciado pela comunidade internacional.

Dessa forma, considerando-se a intrínseca relação entre direitos humanos e meio ambiente, a ampla interpretação do direito à vida cunhado pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, documento que é considerado como pertencente ao *core* dos direitos humanos, pode-se afirmar que existem fundamentos para o reconhecimento do refúgio ambiental.

4. O COMITÊ DE DIREITO HUMANOS DA ONU E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS PARA OS DESLOCADOS E MIGRANTES CLIMÁTICOS

Antes de abordar a importância da atuação do Comitê de Direitos Humanos para a concretização dos direitos humanos, cumpre ressaltar alguns aspectos introdutórios sobre a sua constituição e competência.

O PIDCP preconiza, em seu preâmbulo, que os direitos nele previstos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana e que a realização das liberdades civis e políticas pressupõem condições mínimas para que cada ser humano goze dos seus direitos civis e políticos, conciliando-se com o princípio da dignidade humana.

Em seu artigo 2º, o Pacto estabelece que os Estados devem exercer o dever de devida diligência no sentido de adotar todas as medidas de ordem legislativa, política e administrativa para a promoção dos direitos previstos no Pacto a todas as pessoas que estão sob a sua jurisdição, independentemente de distinção de qualquer natureza. Nesse sentido, o Pacto é claro ao consignar a necessidade de observância do princípio da igualdade e da não-discriminação.

O Pacto ainda veda a interpretação restritiva dos direitos nele previstos, uma vez que não se pode restringir direitos fundamentais dos seres humanos.

O artigo 13 do PIDCP prevê o direito à mobilidade humana e o 46 estabelece a necessidade de se promover uma interpretação ampla e extensiva dos direitos civis e políticos, de modo que isso não restrinja os direitos previstos em outros documentos internacionais, como na Convenção dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967. Assim, considerando-se a

interpretação conjunta de todos esses dispositivos, há fundamentos para afirmar que a interpretação ampla do direito à vida não justifica o não reconhecimento do refúgio ambiental, pois isso implicaria na restrição dos direitos civis e políticos, bem como a restrição da aplicação da Convenção de 1951, o que não se coaduna com os princípios preconizados pelo PIDCP.

Nesse contexto, o Comitê de Direitos Humanos foi instituído pelo PIDCP (artigos 28 a 45, Quarta Parte), órgão que tem competência para, dentre outras circunstâncias, receber as comunicações individuais, com base no Protocolo Facultativo, de vítimas da violação dos direitos enunciados no Pacto.

O Comitê de Direitos Humanos é um órgão formado por especialistas independentes para fiscalizar o cumprimento do Pacto e de seus Protocolos pelos Estados. O Comitê não pode ser considerado um tribunal internacional, mas suas decisões, adotadas por maioria, são legais e devem ser observadas e respeitadas pelos Estados-parte.

Assim, se um Estado-Parte reconheceu a competência do Comitê, as decisões deste órgão são vinculantes e obrigatórias, concluir o contrário seria o equivalente a consolidar o desrespeito aos direitos humanos e aos órgãos que se destinam ao seu cumprimento.

Nesse sentido, a legitimidade do Comitê para emitir decisões cogentes e vinculantes foi conferida pelo próprio Pacto, que tem o dever de examinar o cumprimento real e efetivo dos termos do Pacto pelos Estados-parte.

Sendo assim, se a Nova Zelândia incorporou o Pacto em seu ordenamento jurídico, não pode se negar a cumprir a decisão de não-devolução do Sr. Teitiota e de seus familiares, uma vez que esta decisão é vinculante.

Sendo assim, a decisão do Comitê, no caso Teitiota, embora tenha ficado aquém do esperado, em especial no sentido de se promover a interpretação extensiva dos direitos previstos no Pacto, a saber o direito à vida e o de não ser submetido a tratamento degradante ou à tortura, com o direito reconhecimento do *status* de refugiado ambiental do Sr. Teitiota; causa um impacto importante quando estabelece que o princípio da não-devolução, pedra angular dos direitos humanos, deve ser reconhecido às pessoas titulares do direito ao refúgio e às que não estão aptas ao reconhecimento deste direito, uma vez que todas são titulares de direitos humanos.

Apesar de representar um avanço, a decisão do Comitê ainda está em dissonância com as recentes decisões de órgãos da ONU que estabelecem que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito humano.

Nesse sentido, ressalta-se que, no âmbito global, a Organização das Nações Unidas, pelo Conselho de Direitos Humanos, em 8 de outubro de 2021, adotou a Resolução A/HRC/48/13²⁴ reconhecendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano e o dever de devida diligência dos Estados para adotarem as medidas necessárias à proteção do meio ambiente, o que reforça a possibilidade de proteção autônoma do direito ao meio ambiente, o que pode reforçar a litigância deste direito no âmbito nacional e internacional.

Por sua vez, em 28 de julho de 2022, a Assembleia Geral das Nações Unidas emitiu a Resolução A/RES/76/300²⁵, também sobre o direito humano ao meio ambiente limpo, sadio e sustentável, no mesmo sentido da mencionada Resolução do Conselho de Direitos Humanos.

Apesar de não serem vinculantes, as Resoluções desencadeiam um movimento para que os Estados reconheçam o direito ao meio ambiente como direito humano em suas Constituições nacionais e para que as Organizações Internacionais também o façam em Tratados Internacionais regionais.

Referidas Resoluções também refletem a emergência das medidas que devem ser adotadas para conter os efeitos transnacionais das mudanças climáticas, através da união dos Estados em cooperação internacional, como consequência do princípio da solidariedade.

No âmbito regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2017, emitiu o Parecer Consultivo nº 23/2017²⁶ sobre a intrínseca relação entre meio ambiente e direitos humanos, que teve grande influência dos movimentos sociais transnacionais no sentido da promoção do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Referido Parecer Consultivo pontuou que o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição para o exercício de outros direitos humanos, postura que também abre os caminhos para a judicialização autônoma do direito ao meio ambiente no Sistema Interamericano a partir do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

Além disso, o Parecer em análise também ressaltou que vários direitos fundamentais requerem uma pré-condição necessária para o seu exercício, uma qualidade mínima de meio ambiente. Desse modo, a relação entre a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento sustentável e os direitos humanos constam da Declaração de Estocolmo que prevê que o desenvolvimento econômico e social é indispensável para o meio ambiente. Referida

²⁴ UNITED NATIONS. Human Rights Council. Resolution 48/13. The human right to a clean, healthy and sustainable environment, 8. Octubre 2021. Disponível em <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>. Acesso: 29 out. 2022.

²⁵ UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. Resolution 76/300. The human right to a clean, healthy and sustainable environment, 28 jul., 2022. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/442/7/PDF/N2244277.pdf?OpenElement>. Acesso: 29 out. 2022.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Parecer Consultivo n. 23/2017. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso: 10 set. 2022.

ideia também reflete a Agenda 2030 que prevê que o alcance dos direitos humanos depende do desenvolvimento econômico, social e ambiental ²⁷

Logo, há uma relação de interdependência entre direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente e, nesse aspecto, o direito ao meio ambiente sadio, previsto no artigo 11 do Protocolo da San Salvador, enfatiza que toda pessoa tem o direito ao meio ambiente sadio e a contar com serviços básicos, devendo os Estados promoverem a proteção, a preservação e o melhoramento do meio ambiente.

Referido direito também está inserido no contexto dos direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e essas normas também se encontram protegidas pelos direitos que derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA, na Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem de 1948 e pelos direitos que derivam de uma interpretação da Convenção de acordo com seu artigo 29.

As mudanças climáticas vêm provocando o deslocamento de pessoas pelo mundo todo e, por isso, é necessário conhecer a intrínseca relação entre os efeitos negativos das mudanças climáticas e a mobilidade humana, principalmente porque o direito internacional não regula de maneira expressa e autônoma a categoria dos refugiados ambientais, dos deslocados ambientais, dos migrantes ambientais.

Sendo assim, é necessário refletir sobre como o ordenamento jurídico de direito internacional pode ser utilizado de maneira benéfica aos deslocados ambientais, com a finalidade de proteção da dignidade humana das pessoas que se veem diante da necessidade de migrar por motivos ambientais.

A princípio, a proteção internacional aos deslocados é conferida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que, em seus artigos 13 e 14 prevê o direito de deslocamento dentro das fronteiras de um mesmo país e entre fronteiras, além de regular o direito de qualquer ser humano buscar asilo em qualquer parte do mundo.

Adicionalmente, a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 1967 regulam a condição de refúgio que se aplica às pessoas que não querem ou não podem retornar ao seu país de origem em decorrência de perseguição por raça, origem, pertencimento a um grupo específico, religião ou por violação aos direitos humanos²⁸.

No âmbito regional, a Declaração de Cartagena de 1984 ampliou a abrangência do conceito de refugiado para abranger todas aquelas pessoas

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer Consultivo n. 23/2017. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso: 10 set. 2022, parágrafos 56-70.

²⁸ VETORASSI, Andréa; AMORIM, Orzete. Refugiados ambientais: reflexões sobre o conceito e os desafios contemporâneos. Revista de Estudos Sociais, vol. 76, p. 24-40, 2021. Disponível em <http://www.scielo.org.co/pdf/res/n76/0123-885X-res-76-24.pdf>. Acesso: 10 set. 2022.

que são forçadas a se deslocar do seu país de origem em direção a outro país em razão de graves violações aos direitos humanos.

Posteriormente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao emitir o Parecer Consultivo nº 25/2018 sobre asilo consignou que, segundo a definição tradicional e a definição regional ampliada pela Declaração de Cartagena ²⁹, refúgio é a proteção da pessoa que, devido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, por pertencer a um determinado grupo social ou por opiniões políticas, se encontra fora de seu país de nacionalidade e não pode, devido a esses temores, ou não quer receber a proteção de seu Estado; ou a proteção da pessoa que, sem nacionalidade e com temores em relação ao seu país de residência habitual, não pode ou não quer a ele regressar. Tal proteção também abrange as pessoas que saíram de seus países devido à violência generalizada, conflitos, agressão estrangeira, violação massiva de direitos humanos.

Loureiro³⁰ reconhece o refugiado como titular do direito humano universal de receber asilo, partindo do raciocínio de que o gozo do exercício da cidadania universal está intrinsecamente ligado ao efetivo direito à identidade pessoal, constituindo um dever do Estado de acolhida, devendo-se garantir, portanto, o exercício dos direitos fundamentais da personalidade perante qualquer Estado. Atualmente, o deslocamento forçado pode resultar da condição de refugiado “ou pode decorrer de alterações climáticas que ocasionam as tragédias naturais e ambientais, de dificuldades econômicas, guerras, terrorismo, violência, narcotráfico, movimentos ético-religiosos, movimentos decorrentes de safras agrícolas, grandes projetos de construção civil”³¹.

Sendo assim, diante desse cenário, o refugiado possui o direito de exercer perante qualquer Estado seus direitos fundamentais, uma vez que o conceito de cidadania universal, fundado na universalização dos direitos humanos, parte do entendimento de que “existe uma cidadania, vinculada à aptidão de exercer direitos, que é universal”, independentemente da

²⁹ III – Conclusão Terceira: Terceira - Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Disponível em https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso: 10 set. 2022.

³⁰ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da. Refugiados e Apátridas no Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 104 e ss.)

³¹ Ibidem, p. 104 e 105: “Referido contexto somado à crise mundial devido à globalização levou muitas pessoas a buscarem refúgio, deixando para trás sua vida, sua identidade, suas raízes, tudo o que foi determinante para o desenvolvimento de sua personalidade. Alguns, ainda crianças, necessitam encontrar o mesmo ambiente, em outro país, para terem o direito de se tornar pessoas com dignidade.”

nacionalidade, sem qualquer referência a ela³². Assim, o *status* de cidadão universal outorga aos refugiados “a prerrogativa para o exercício de direitos fundamentais, sem qualquer referência a nacionalidade”³³.

A Corte IDH, inclusive, entende que, além de abranger o refúgio, o termo “asilo” trazido pela Convenção Americana e pela Declaração Americana deve ser compreendido de acordo com a interpretação mais ampla de refugiado trazida pela Declaração de Cartagena³⁴ amoldando-se assim às novas dinâmicas de deslocamento forçado, bem como aos novos desafios de proteção que derivam de outros padrões de deslocamento que ocorrem atualmente como o decorrente das mudanças climáticas.

Ainda é preciso considerar as recentes Resoluções sobre a intrínseca relação entre direitos humanos e meio ambiente produzidas pelo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e, posteriormente, confirmadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A Resolução n. 48/13 do Conselho de Direitos Humanos da ONU³⁵ e a Resolução n. 76/300 da Assembleia Geral da ONU³⁶ afirmam que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sadio e limpo é pressuposto para o exercício dos direitos humanos e fundamentais. Referido tema também já tinha sido tratado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos com a emissão do Parecer Consultivo n. 23/2017, da Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁷, que consignou a intrínseca relação entre meio ambiente e direitos humanos.

Assim, independentemente da nomenclatura adotada, a interpretação mais favorável à prevalência dos direitos humanos confere elementos para afirmar que os deslocados ambientais gozam da proteção internacional dos direitos humanos, em especial por se considerar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano.

5. A APROXIMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E DO DIREITO CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DO ACERVO DECISÓRIO INTERNACIONAL: A APARENTE POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO REFÚGIO AMBIENTAL

³² LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da. Refugiados e Apátridas no Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

³³ Ibidem, p. 111.

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer Consultivo nº 25. 2018. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf. Acesso: 30 set. 2021, par. 96.

³⁵ Resolução disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>. Acesso: 10 set. 2022.

³⁶ Resolução disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/436/72/PDF/N2243672.pdf?OpenElement>. Acesso: 10 set. 2022.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer Consultivo n. 23/2017. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso: 10 set. 2022.

A aproximação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional tem sido objeto de crescente interesse acadêmico³⁸, especialmente no contexto do reconhecimento do refúgio ambiental. A interseção entre esses dois ramos do direito se torna evidente ao considerar o acervo decisório internacional³⁹, que reflete a evolução das normas e princípios relacionados aos direitos humanos e à proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, a aparente possibilidade do reconhecimento do refúgio ambiental como uma categoria distinta de proteção internacional está fundamentada na convergência de fundamentos e valores presentes tanto no Direito Internacional quanto no Direito Constitucional. A análise desse tema envolve a investigação das formas pelas quais as decisões e práticas internacionais têm influenciado a construção de um arcabouço normativo e institucional que possa respaldar juridicamente a proteção dos refugiados ambientais⁴⁰, utilizando os mecanismos presentes no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no Direito Internacional Humanitário e no Direito Internacional dos Refugiados.

Essa aproximação se reflete na literatura especializada e nos acordos internacionais, que têm explorado a possibilidade de respaldar juridicamente os refugiados ambientais dentro dos sistemas protetivos existentes. A atual proteção jurídica dos "refugiados ambientais", como já discutido, nas três vertentes da proteção internacional - Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), Direito Internacional Humanitário (DIH) e Direito Internacional dos Refugiados (DIR) - tem sido objeto de análise e debate, considerando a evolução das normas e práticas internacionais.

A relação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional tem sido marcada pela evolução da "nova ordem mundial" estabelecida após a Segunda Guerra Mundial. O fim da guerra e a ascensão das potências vencedoras, como os Estados Unidos, o Reino Unido e a França, moldaram a nova ordem internacional, influenciando a criação de um sistema de direito internacional que busca garantir a proteção dos direitos humanos e a soberania dos Estados⁴¹. Nesse contexto, o Direito Internacional busca equilibrar os interesses dos Estados soberanos com a proteção dos direitos humanos e a promoção dos valores comuns. A interação entre o Direito Constitucional e o

³⁸ OLIVEIRA, Ricardo Victalino. A abertura do estado constitucional brasileiro ao direito internacional. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 284 fls., 2014.

³⁹ ROMERO, Thiago Giovani. A soft law da Organização Mundial da Saúde para emergências de saúde pública: as recomendações da pandemia de COVID-19 como fonte do direito internacional. 2023. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

⁴⁰ Conforme a discussão dos subtítulos anteriores deste capítulo.

⁴¹ GUEDES, Armando M. Marques. A internacionalização do Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito Internacional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 35, p. 225–235, 1995.

Direito Internacional reflete essa busca equilibrada, permitindo que os Estados participem ativamente do sistema internacional de direitos humanos enquanto mantêm sua autonomia nacional⁴².

A análise da relação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional é essencial para entender a evolução dos princípios e normas de proteção internacional, bem como a influência dos Estados na construção do sistema de direito internacional. Essa análise também pode contribuir para o desenvolvimento de novas categorias de proteção internacional, como o refúgio ambiental, ajudando a garantir a proteção e promoção dos direitos humanos no contexto das mudanças climáticas e das ameaças ambientais.

Neste sentido, a aproximação do Direito Internacional e do Direito Constitucional rendeu várias teorias doutrinárias, dentre as quais vale destacar a “Teoria do Estado Constitucional Cooperativo”, de Peter Häberle e o “Transconstitucionalismo” de Marcelo Neves.

A teoria do Estado Constitucional Cooperativo, desenvolvida por Peter Häberle⁴³, destaca a interdependência entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. Segundo essa teoria, os Estados nacionais não podem mais viver de modo isolado na sociedade internacional, uma vez que as relações internacionais são uma realidade que permite trazer aperfeiçoamentos para a ordem constitucional nacional. Dessa forma, a teoria do Estado Constitucional Cooperativo defende a abertura do Estado constitucional ao Direito Internacional, alegando que as constituições nacionais devem adotar mecanismos que permitam viabilizar essa abertura, considerando as especificidades geográficas, históricas, econômicas e culturais de cada Estado soberano⁴⁴. A teoria destaca a simbiose entre as normas constitucionais e normas internacionais, defendendo que ambas evoluem em conjunto, o que poderia levar ao surgimento de um “direito comum”, composto por normas internacionais e constitucionais que têm o mesmo conteúdo.

Por sua vez, a teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves⁴⁵, defende a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, o que permite o aperfeiçoamento e o desenvolvimento dessas duas áreas do conhecimento jurídico. A fertilização cruzada entre esses dois ramos do direito pode ser observada em exemplos concretos, como a inspiração do princípio do primado da constituição para o reconhecimento das normas imperativas do direito internacional, e a criação de tribunais internacionais inspirados nas cortes

⁴² PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, 1996. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em: 30 dez. 2023.

⁴³ HÄBERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

nacionais⁴⁶. A interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional é importante para o aperfeiçoamento das normas constitucionais, e a teoria do transconstitucionalismo destaca a necessidade de os Estados soberanos reconhecerem a importância do Direito Internacional e buscarem formas de cooperação e diálogo entre esses dois ramos do direito. A teoria do transconstitucionalismo prova que existe a denominada fertilização cruzada entre o direito constitucional e o direito internacional, o que permite o aperfeiçoamento e o desenvolvimento dessas duas áreas do conhecimento jurídico⁴⁷.

A relação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional é essencial para entender as consequências da migração forçada por motivos ambientais, logo, a importância da discussão sobre o reconhecimento, ou sua possibilidade, do *status* do refúgio ambiental também está baseada na mesma percepção. A “teoria do Estado Constitucional Cooperativo” e do “Transconstitucionalismo” podem contribuir para o reconhecimento do refúgio ambiental, incentivando a cooperação entre os Estados e promovendo o diálogo entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. Essas teorias defendem a existência de um determinado “direito comum”, composto por normas internacionais e constitucionais que têm o mesmo conteúdo, o que pode levar ao surgimento de um conjunto de normas e práticas para proteger e reconhecer os direitos dos refugiados ambientais.

Logo, percebe-se que a justificativa de proteção dos “refugiados ambientais” no âmbito acadêmico do Direito Internacional, por exemplo, tem sido fundamentada pelo arcabouço normativo e institucional desse ramo do Direito Internacional, que inclui a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, e a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados. Portanto, a discussão sobre o reconhecimento do refúgio ambiental como uma categoria distinta de proteção internacional está intrinsecamente ligada à convergência entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, refletindo a influência mútua e a interdependência entre esses dois ramos do direito.

6. CONCLUSÃO

Conforme explorado e debatido neste capítulo, no contexto do Direito Internacional dos Refugiados, o termo “refugiado ambiental” é usado, pela corrente minoritária da Academia, para se referir a pessoas que são forçadas a deixar suas casas devido a desastres naturais e/ou mudanças climáticas. No

⁴⁶ OLIVEIRA, Ricardo Victalino. A abertura do estado constitucional brasileiro ao direito internacional. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 284 fls., 2014.

⁴⁷ ROMERO, Thiago Giovanni. A soft law da Organização Mundial da Saúde para emergências de saúde pública: as recomendações da pandemia de COVID-19 como fonte do direito internacional. 2023. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

entanto, o texto legal da Convenção de 1951 não reconheceu o *status* de refugiado para essas pessoas, o que significa que elas não têm, atualmente, os mesmos direitos e proteções que os refugiados reconhecidos pela Convenção e seu Protocolo Adicional.

O caso de Ioane Teitiota e sua família, habitantes de Kiribati que buscaram refúgio devido às mudanças climáticas, destaca a lacuna na legislação internacional para a proteção dos refugiados ambientais. Embora o Comitê de Direitos Humanos da ONU tenha analisado o caso e emitido uma decisão relacionada à proteção internacional dos direitos humanos dos deslocados ambientais, a Convenção de 1951 não reconhece o status de refugiado para essas pessoas.

Posto isto, o DIDH, o DIH e o DIR são sistemas de normas internacionais que têm como objetivo proteger os direitos humanos em todo o mundo, regular a conduta das partes em conflitos armados e proteger os refugiados e outras pessoas deslocadas. Embora esses sistemas tenham avançado significativamente na proteção dos direitos humanos, ainda há lacunas na legislação internacional para a proteção dos refugiados ambientais. O caso de Ioane Teitiota destaca a necessidade de uma abordagem mais abrangente para a proteção dos direitos humanos em face das mudanças climáticas e da degradação ambiental.

Ainda, percebe-se cada vez mais que a compreensão do meio ambiente equilibrado como um direito humano é crucial para entender as verdadeiras consequências da migração forçada por motivos ambientais. A percepção do meio ambiente e suas alterações, assumem peremptoriamente, a influência na tomada de decisão de migrar e da busca de refúgio, levantando a importância da discussão sobre o reconhecimento e proteção dos refugiados ambientais.

Ademais, a teoria do Estado Constitucional Cooperativo, desenvolvida por Peter Häberle, e a teoria do Transconstitucionalismo, apresentada por Marcelo Neves, podem ser utilizadas como fontes que impulsionam o reconhecimento do refúgio ambiental. A saber, a teoria do Estado Constitucional Cooperativo destaca a interdependência entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, defendendo a abertura do Estado constitucional ao Direito Internacional e a necessidade de cooperação entre os Estados. A teoria do Transconstitucionalismo, por sua vez, defende a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, permitindo o aperfeiçoamento e o desenvolvimento dessas duas áreas do conhecimento jurídico.

Portanto, embora o termo "refugiado ambiental" seja utilizado e útil na comunicação, isso não significa que os refugiados ambientais tenham os mesmos direitos que outros refugiados ou que possam se beneficiar da proteção da Convenção sobre Refugiados. Assim, este capítulo, buscou trazer visibilidade para este grupo de pessoas que carecem de uma maior, e específica, proteção legal para a efetivação e proteção dos seus direitos humanos fundamentais, que a larga escala, parecem estar em constantes iminências de violações.

REFERÊNCIAS

- BBC. O país superpovoado que pode ficar inabitável em 15 anos. 25.01.2020. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51197329>. Acesso: 30 dez. 2023.
- BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BECK, Ulrich. Critical theory of world risk society: a cosmopolitan vision. **Constellations**, vol. 16, n. 01, pp. 3-22, 2009. Disponível em <https://www.e-skop.com/images/UserFiles/Documents/Editor/urlich-beck-cosmopolitan-view.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2023.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BECK, Ulrich. **What tis globalizations?** Trad. Patrick Camiller. New York: Polity, 2000.
- BLACK, Richard. **Environmental refugees: myth or reality? New Issues in refugee research**. Working Paper n. 34. University of Sussex. 2001. Disponível em <https://www.unhcr.org/uk/3ae6a0d00.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2023.
- BOTELHO, Tiago Resende. O reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano e fundamental. **Publica Direito**, 2016. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab73f542b6d60c4d>. Acesso em: 29 dez. 2023.
- CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 148-149.
- CASELLA, Paulo Borba. Refugiados: conceito e extensão, In: **O Direito internacional dos Refugiados: Uma perspectiva Brasileira**, Coordenadores: Nádia de Araújo e Guilherme Assis de Almeida. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.
- CLARO, Carolina. A proteção jurídica dos “refugiados ambientais” nas 3 vertentes da proteção internacional da pessoa humana. **REMHU – Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana**, Brasília, v. 28, n. 58, p. 221-241, abr. 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/j/remhu/a/fggZzvX45Ngz-BhQQYLbdTrP/?lang=pt&format=pdf>
- CORREIA, Geraldo Margela. **A ONU e o direito humano ao meio ambiente equilibrado e protegido**. 2019. Disponível em: <https://amppe.com.br/a-onu-e-o-direito-humano-ao-meio-ambiente-equilibrado-e-protegido/>. Acesso em: 29 dez. 2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo 23/2017**. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso: 30 dez. 2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo n. 23/2017**. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso: 30 dez. 2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo nº 25**. 2018. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf. Acesso: Acesso: 30 dez. 2023.
- EL-HINNAWI, Essam. **Environmental Refugees**. UNEP, 1985.
- FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y ciudadanía: un constitucionalismo global. **Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 9, p. 173-184, 1998. Disponível em [http://www.cervantes virtual.com/obra/ms-all-de-la-soberana-y-la-ciudadana-un-constitucionalismo-global-0/](http://www.cervantesvirtual.com/obra/ms-all-de-la-soberana-y-la-ciudadana-un-constitucionalismo-global-0/) Acesso: 30 dez. 2023.
- GUEDES, Armando M. Marques. A internacionalização do Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito Internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 35, p. 225-235, 1995.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **Ioane Teitiota v. New Zeland.** 2020. Available at: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/01/historic-un-human-rights-case-opens-door-climate-change-asylum-claims>. Access: 29 dez. 2023.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da. **Refugiados e Apátridas no Direito Internacional.** Belo Horizonte: Arraes, 2018.

LOUREIRO, Claudia. Eco refugiados e o regime jurídico global do refúgio. In: RAMOS, André de Carvalho. **25 anos da lei brasileiro do refúgio: perspectivas e desafios.** Brasília: ACNUR. 2022, p. 76-91.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino. **A abertura do estado constitucional brasileiro ao direito internacional.** Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 284 fls., 2014.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos,** 1996. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em: 30 dez. 2023.

RAMOS, Érica Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional.** Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2011.

ROBINSON, Mary. **Justiça climática.** Esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável. Trad. Leo Gonçalves e Clóvis Marques. 1ª ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2021, p. 117-127.

ROMERO, Thiago Giovani. **A soft law da Organização Mundial da Saúde para emergências de saúde pública:** as recomendações da pandemia de COVID-19 como fonte do direito internacional. 2023. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

ROMERO, Thiago Giovani; DE PAULA, Ana Cristina Alves. Breves Considerações Sobre o Direito dos Refugiados Econômicos e o Instituto Internacional do Asilo. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva,** e-ISSN: 2526-0197, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-149, Jan/Jun. 2016.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Trad. Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Refugiados Ambientais e sua Proteção Jurídica no Direito Internacional. **Revista EMERJ,** Rio de Janeiro, v. 15, n. 58, p. 247-260, abr.-jun. 2012.

THE UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Momento histórico:** ONU declara que meio ambiente saudável é um direito humano. Disponível em: <https://www.unep.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/momento-historico-onu-declara-que-meio-ambiente-saudavel-e-um>. Acesso em: 29 dez. 2023.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gerárd; SANTIAGO, Jaime Ruiz. **As três vertentes da proteção internacional dos Direitos Humanos da Pessoa Humana.** San José da Costa Rica: IIDH, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Resolution 76/300.** The human right to a clean, healthy, and sustainable environment, 28 jul. 2022. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/442/77/PDF/N2244277.pdf?OpenElement>. Acesso: 30 dez. 2023.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Resolution 48/13.** The human right to a clean, healthy, and sustainable environment, 8. Octobre 2021. Disponível em <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>. Acesso: 30 dez. 2023.

VENTURA, Alichelly Carina Macedo; GUERRA, Sidney Cesar Silva; MONTEIRO, Milena Fontoura. A luta

pelo reconhecimento internacional do refugiado ambiental junto ao comitê de direitos humanos da ONU: o caso de Ioane Teitiota, de Kiribati. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Volume 40.1 — jan./jun. 2020.

VETORASSI, Andréa; AMORIM, Orzete. Refugiados ambientais: reflexões sobre o conceito e os desafios contemporâneos. **Revista de Estudos Sociais**, vol. 76, p. 24-40, 2021. Disponível em <http://www.scielo.org.co/pdf/res/n76/0123-885X-res-76-24.pdf>. Acesso: 30 dez. 2023.

CAPÍTULO 9

“NINGUÉM SABE MUITO BEM COMO É ISSO”: OS DESAFIOS DA PERÍCIA ANTROPOLÓGICA EM MATO GROSSO DO SUL

Ezequias Freire Milan

Sumário: 1. Introdução. 2. Para que(m) serve a perícia antropológica? 3. Infâncias, direitos e violações: os conselhos policiais e as redes de mães informais. 4. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tendo como foco o lugar de Antropólogo Perito em 5 processos judiciais envolvendo réus indígenas na Justiça Estadual de Mato Grosso do Sul, no ano de 2021 e 2022, o presente artigo pretende expor e refletir sobre algumas experiências vividas neste espaço técnico de produção de uma prova jurídica. Partimos da análise de três processos de natureza criminal e dois de Infância e família. No que se refere aos criminais, analisa-se um processo denunciado nos termos do art. 157, §2º, inciso II do Código Penal, cominado com art. 29 (roubo com o concurso de duas ou mais pessoas) e no caput da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), na forma do art. 69 do Código Penal (cumulação de penas). Além de outros dois, ambos denunciados nos termos do art. 121, § 2º, inciso II e IV do Código Penal (homicídio por motivo fútil com recurso que dificultou a defesa da vítima), incididos na lei 8.072/90 (Lei de crimes hediondos) e de competência do Tribunal do Júri. Já no que tange aos processos de natureza familiar e da infância, analisa-se dois pedidos Medidas de Proteção, amparada na Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). A partir destes processos, analisamos recortes de experiências e interlocuções que compuseram as redes de relações que constituíram os trabalhos

periciais de campo. Dentre eles, exponho algumas trocas com réus, vítimas, testemunhas, Promotores Públicos, Magistrados, Defensores Públicos e por fim, os conteúdos discursivos atinentes aos processos digitais.

O trabalho pretende demonstrar, tanto parte das dificuldades que envolvem este tipo de trabalho pericial, quanto as evidentes violações de direito que recaem sobre as populações indígenas ao terem suas vidas judicializadas. Apontamos para as continuidades históricas de violações de direitos indígenas em Mato Grosso do Sul, bem como os desafios e tensões possíveis no exercício do trabalho do antropólogo. Principalmente quando este ofício ocorre sob papel de responder a quesitos periciais e, ao mesmo tempo, trazer a possibilidade de que o direito à diferença étnica e cultural possa ser aplicado. Desta forma, visamos contribuir com os futuros antropólogos e outros operadores das máquinas jurídicas na temática indígena, tendo em vista que após previsão legal colocada sob a CNJ 287, foram abertas as vagas para o cadastramento de novos Antropólogos Peritos no estado de Mato Grosso do Sul. O que em tese demonstra um possível aumento destes trabalhos nos próximos anos.

No que tange à metodologia, dialogamos com o método cartográfico inspirado em Ana Claudia Camuri (2012), onde fazer cartografia é acompanhar as linhas e os processos, de forma participante, onde o procedimento que engendra dialógicas envolvem pesquisadores e pesquisados na negociação de sentidos e ações que apreendam a complexidade do cotidiano. Segundo os autores Murilo Cavagnoli e Kátia Maheirie (2020), a cartografia permite a edificação de estratégias de investigação qualitativa dispostas a problematizar a subjetivação como descentrada da interioridade, como movimento, produzida no entrecruzamento de determinações diversas, que dão forma simultaneamente ao campo social e aos modos de experimentar a condição de sujeito. Ou seja, “consiste no acompanhamento de processos, e não na representação de objetos” (Cavagnoli, Maheirie, 2020), onde pesquisar “com” passa a substituir o pesquisar “sobre”. Para isso, acionamos e interpretamos a rede biopolítica cartografada através do conceito de “Dispositivo” (Foucault, p. 244, 1993):

um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões, regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre estes elementos (Foucault, p. 244, 1993).

Por fim, destaco que o presente trabalho também carrega certo tom de denúncia. Primeiramente por expor as diversas violações de direitos testemunhadas em trabalhos de campo, ocorridas tanto no palco das disputas judiciais, através dos processos e dos discursos que o compõe, quanto nos bastidores que não tem visibilidade nas verdades jurídicas processuais, mas

que também detém grande influência nos rumos que tomarão as vidas dos assujeitados pela máquina estatal jurídica. Segundamente, porque o texto é escrito em um momento crítico para os indígenas que figuram como partes ou réus em processos em que foram estabelecidas perícias antropológicas. Tendo em vista que os pagamentos dos trabalhos periciais ocorrem de forma morosa e tardia, sendo efetuados somente muitos meses após a entrega dos trabalhos, atualmente não há antropólogos que aceitem produzir estes tipos de laudo na região do Cone Sul de no Mato Grosso do Sul. Após a entrega dos trabalhos, é comum que a responsabilidade do pagamento seja jogada de um lado a outro. O Tribunal de Justiça afirma que a responsabilidade dos honorários é do estado de Mato Grosso do Sul, já o estado aponta que o pagamento deve ser feito pelo Tribunal. Nesta situação, há trabalhos há mais de doze meses sem o pagamento, bem como antropólogos que entraram com processos de execução contra o estado a fim de receber seus pagamentos por direito.

2. PARA QUE(M) SERVE A PERÍCIA ANTROPOLÓGICA?

A violação do direito ao reconhecimento étnico dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul, por si só, já se demonstraria no discurso proferido por uma servidora do Fórum da cidade de Dourados, no qual se apresenta no título do trabalho. Ao me contatar, pelo telefone, a fim de verificar a possibilidade da feitura de uma perícia antropológica em um processo criminal envolvendo duas rés indígenas Guaraní-Kaiowá, sua solicitação foi composta por um apontamento: “Ninguém sabe muito bem como é isso”. O vínculo e a presença do Antropólogo nos processos judiciais da vara em que trabalhava era incomum, mesmo o estado de Mato Grosso do Sul possuindo uma das maiores populações indígenas do Brasil e a cidade de Dourados deter a maior Reserva Indígena em contexto urbano do país.

A presença da perícia antropológica ocorre como uma das principais ferramentas para a efetivação do direito à diversidade étnica. Diógenes Cariaga (2019), demonstra como o trabalho do Antropólogo está intimamente relacionado às conquistas de direitos indígenas, promulgados desde a Carta Constitucional de 1988¹, reconhecidos através das resoluções 287² e 454³ do

¹ Art. 231 e 232 da Constituição brasileira.

² Resolução do Conselho Nacional de Justiça. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade. Dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário.

³ Resolução do Conselho Nacional de Justiça. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Seu texto recomenda que admissibilidade do exame técnico-antropológico não seja fundamentada em supostos graus de integração de pessoas e comunidades indígenas à comunhão nacional.

CNJ, além de terem respaldo internacional através da OIT 169⁴, no qual o Brasil é signatário. Contudo, para além do desconhecimento deste trabalho por parte de técnicos administrativos, ocorre também que o direito à perícia antropológica frequentemente é subjugado e colocado como desnecessário quando o processo é de natureza criminal.

Em processos que pertencem aos temas das varas de família e da infância, a presença do Antropólogo se faz mais constante. É comum que sua presença seja solicitada pelo Ministério Público. Já em processos criminais é a Defensoria Pública quem normalmente solicita os trabalhos, enquanto o Ministério Público pugna pela ausência do feito⁵. A justificativa, colocada como contraponto do Ministério Público em resposta à solicitação da defesa, é a de que o indígena seria “integrado” e já conhece dos costumes e da língua dos não indígenas. Tal fato faz o réu ser visto sob a miragem da “pureza cultural”. O mesmo ocorreu nos 3 processos criminais analisados. Em um deles, houve decisão interlocutória para o afastamento da possibilidade do Antropólogo, que foi tornada sem efeito somente via recurso impetrado no Superior Tribunal de Justiça.

Os ocorridos demonstram como parte dos operadores da máquina jurídica ainda se mantém nas perspectivas assimilacionistas e evolucionistas do funcionamento social humano, compreendendo que identidade e cultura ocorrem de maneira fixa, estática, mas não assimiladas em um fluxo constante de trocas. Esta corriqueira situação reforça a necessidade de formações continuadas que toquem as chamadas áreas das “humanidades”, dentro das Ciências Humanas, para os agentes que detém o poder de decidir sobre a vida dos cidadãos. Tal ponto também indica as diferenças nas valorações morais que incidem nos temas da “infância” e do “crime”. A função do Antropólogo em processos criminais aparenta, à acusação, como uma possibilidade de defesa e não como uma ferramenta de justiça e reconhecimento étnico.

Como mencionado, frequentemente a fundamentação para a impugnação da presença pericial se sustenta no paradigma de integração, ainda muito comum por parte dos operadores do direito. Estas percepções são alicerçadas no legislador da Lei 6001/1973, que atualmente se mantém vigente e prevê a assimilação dos povos indígenas à comunhão nacional. A referida lei classifica os povos indígenas em um formato transitório e passageiro, dividido em 3 níveis: “Isolados”, “em vias de integração” e “integrados”. Tal perspectiva vai em direção contrária, não apenas à Carta Magna vigente, mas também à convenção 169 da OIT. O Promotor de Justiça Thimotie Aragon

⁴ A Convenção n° 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais é um tratado internacional. Ela representa um consenso alcançado pelos constituintes tripartites sobre os direitos dos povos indígenas e tribais nos Estados-membros em que vivem, bem como as responsabilidades dos governos de proteger esses direitos.

⁵ Dadas as condições financeiras e sociais em que se encontram boa parte dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul, a grande maioria dos processos são assistidos pela Defensoria Pública Estadual.

Heeman (2017), ao discutir sobre Hermenêutica Diatópica e os Povos Indígenas Brasileiros, acentua que:

A pior e mais danosa classificação aplicada aos indígenas brasileiros, lamentavelmente ainda usada no ordenamento jurídico brasileiro, é a que, a partir do Estatuto do Índio, diferencia os indígenas em isolados, em vias de integração e integrados. Trata-se de uma classificação obsoleta, que foi idealizada com base no paradigma do integracionismo, ou seja, com o viés de conferir destinação útil ao índio mediante sua integração à cultura da sociedade envolvente. (Heeman, p. 9).

Os conceitos de “isolado”, “integrado” e “em vias de integração”, no qual faz menção a lei 6001/, claramente também não coadunam com as teorias sociais inspiradas pelo conceito de etnicidade, desenvolvidas por Fredrik Barth (1976). Os estudos de Barth demonstram que os grupos humanos produzem simbolismos sociais variáveis, nunca determinados, mas baseados na dicotomia nós/eles, classificando pessoas com base em uma origem suposta. Suas descobertas apontam para o fato de que a identidade não se produz de maneira puramente endógena, mas que é produto de atos de outros grupos. Ou seja, a pertença a um grupo étnico é uma questão de definição social de interação, entre a autodefinição dos membros de um grupo e a definição do outro grupo, dialeticamente. Isso nos leva a crer que o próprio autorreconhecimento (inclusive o dos não indígenas), só tem sentido quando colocado em oposto com o “outro”, o que transforma a etnicidade em um processo de constante redefinição, nomeação e recomposição. Desta forma, quer seja estabelecida de dentro (endógena) ou de fora (exógena), uma imputação de pertença implica em critérios e índices. Estes critérios e índices, como a classificação de “integrado” e “em vias de integração”, apesar de existir no imaginário do legislador do séc. XX e no pensamento social do Sul-mato-grossense, não são claramente estabelecidos empiricamente pelos indivíduos, já que a identidade não é um produto da natureza, mas elaborada dentro de um mundo social de fluxos instáveis de classificação e autotransclassificação.

Neste imbróglio de equívocos legislativos e perceptivos, onde não basta ser e sentir-se indígena, a identidade étnica deixa de ser pautada na autoidentificação prevista na já mencionada OIT 169 e retrocede a um viés culturalista que coloca um indivíduo no poder da classificação do outro. Neste caso, o Grande Outro, enquanto refletido na lei da Justiça. Neste mecanismo, não basta que o sujeito diga de sua verdade a respeito de deus autoidentificação, torna-se necessário que a razão da ciência antropológica, através de Juízes, Promotores e Defensores, diga a verdade sobre a identidade dos envolvidos,

A forma cartesiana de entender como funciona a psicologia do funcionamento antropológico da identidade, demonstrou-se também no quesito de um dos processos criminais de homicídio. Uma das questões colocadas propôs

que respondêssemos se, “do ponto de vista antropológico, a examinada possui desenvolvimento psicológico compatível com a sua idade e nível de socialização”. Tal questão não apenas evoca uma impossibilidade de resposta ao misturar as ciências antropológicas e psicológicas, demonstrando a falta de conhecimento na temática por parte do Ministério Público, quanto expõe uma perspectiva já superada e preconceituosa a respeito dos indígenas de Mato Grosso do Sul. De fato, antes do advento da Constituição de 1988 e do atual Código Civil (Lei nº 10.406/2002), tanto a doutrina quanto a jurisprudência interpretavam a imputabilidade penal dos índios através do art. 26 do Código Penal e do art. 4º do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), ainda vigentes. Através desta junção interpretativa, obtinha-se a visão de que o nível de “integração” poderia classificar o nível de desenvolvimento psicológico, o que colocava os povos indígenas dentro art. 6º e inciso III do Código Civil antigo (1916 - 2002), assujeitando os indígenas à classificação de relativamente incapazes ou totalmente incapazes de praticar atos da vida civil. Em outras palavras, se classificados como “integrados”, já não seriam mais indígenas, e se classificados como em “vias de integração” ou “não integrados”, seriam indígenas e teriam um desenvolvimento mental incompleto. Tal fato se modificou, ao menos em tese, após o reconhecimento das autonomias, costumes e crenças dos povos tradicionais. A visão sócio-evolucionista de que os grupos sociais evoluíram de sujeitos selvagens para sujeitos da razão, deu espaço para aceitação da diferença cultural, sem hierarquia entre as crenças do mundo.

Neste mesmo processo, que versa sobre o crime de homicídio, também surgem determinados imaginários abstratos, como de “homem médio”, “certo” e “errado”. Dentre os quesitos periciais deste trabalho, foi solicitada a seguinte questão: “A examinada possui discernimento entre certo e errado, e em caso positivo, este discernimento é equiparável ao de um indivíduo médio integrado à comunhão nacional?”. É evidente que, além de tal pergunta requerer uma afirmação que não pode ser dada pela ciência antropológica, já que não é papel do Antropólogo, mas sim da lei, julgar se as ações e discursos de seus assistidos tocam o “certo” ou o “errado”, também não é possível afirmar se o réu é como um “homem médio”. Isso porque não há definição de quais características compreendem este sujeito abstrato. Além disso, tal compreensão tende a produzir a marginalização de grupos vulneráveis com padrões culturais diferentes, já que carrega consigo fortes etnocentrismos e juízos morais. Nas palavras de Sebastian Borges de Albuquerque Mello (2021), é certo que não há nenhum texto legal expresso que defina quais as características do “cidadão tipo médio” (Mello, p.11). Segundo Mello, “a escolha de tais padrões traz inegável aporte das matrizes éticas, morais e ideológicas, que em sua maioria não guardam correspondência com os princípios que regem um

Estado Democrático de Direito. Eventualmente – quiçá regularmente – o conjunto de características escolhido para compor a categoria “homem médio” pode espargir preconceitos e discriminações ilícitas.” (Mello, p.11).

Ao mesmo tempo que os operadores do judiciário demonstram sua fé em determinadas ficções jurídicas para sustentar suas fundamentações, cabe ao antropólogo fazer surgir outras perspectivas que, possivelmente, podem ser mais facilmente compreendidas como “ficções”, para acusadores, defensores e juízes não indígenas. Em dos dois processos criminais analisados, sendo um deles denunciado por roubo com o concurso de pessoas e outro por homicídio por motivo fútil com recurso que dificultou a defesa da vítima, os crimes tinham relação com a “feitiçaria” e com o animismo⁶ dos objetos não humanos. No processo que versa sobre roubo, o trabalho de campo demonstrou que o crime ocorreu após desavenças dentro de uma família, onde uma das rés é vista como feitiçeira, tendo feito diversos feitiços para seus parentes. Tal visão de mundo, oriunda das cosmologias Guarani e Kaiowá, colocaram-na como um corpo estigmatizado excluído dentro de sua parentela. Os atritos atinentes destas práticas, corroboraram para as dissoluções dos vínculos familiares e de fogo⁷ da parentela, bem como para o “crime”⁸ cometido.

Um dos processos criminais, que versa sobre homicídio por motivo fútil com recurso que dificultou a defesa da vítima, ocorrido na Aldeia de Amambaí, na cidade de Amambai em Mato Grosso do Sul, demonstra ainda de forma mais clara como as cosmovisões dos grupos indígenas de Mato Grosso do Sul precisam ser observadas a fim de um julgamento que não viole o direito à sua diversidade étnica. A denúncia se fez em um caso de homicídio, onde um garoto, sobrinho do réu, estaria balançando o Mbaraká (chocalho) de sua avó (mãe do réu). Seu tio, que estava com um alto nível de embriaguez, o pediu diversas vezes para parar de chacoalhá-lo em vão. Ao não obedecer, o réu desferiu um único golpe de faca no peito do sobrinho, causando sua morte em poucos minutos. O primeiro socorro a chegar no local, foi a Polícia Militar, horas depois. O fato ocorreu por volta da meia noite, e a força policial chegou na parte da manhã.

⁶ O animismo faz parte da cosmologia dos povos originários da América do Sul. Essa visão de mundo coloca agência e espírito em animais e objetos. Na perspectiva animica, o plano da diferença entre humanos e não-humanos não existe de forma clara. Os não humanos passam, também, a ter alma e agência.

⁷ Nas palavras de Jéssica Maciel de Souza “Che ypykykuera, ou “fogo familiar”, é um grupo formado por pais, filhos e agregados; Nemoñare, “minha prole” ou “descendentes”, um conjunto de fogos domésticos interligados por relações consanguíneas; Jehuvy, “aqueles que se ajudam”, um grupo de dois a seis fogos domésticos aliados economicamente; Te’yi, ou “parentela”, um conjunto político formado por familiares consanguíneos e/ou agregados. Para que haja um bom funcionamento desta organização social, as comunidades indígenas costumam eleger um representante para cada parentela. (Souza, 2018, pp. 97-98). Em outras palavras, o fogo é uma unidade sociológica de relação familiar.

⁸ Coloco o termo entre aspas, para lembrar a fala de um Capitão: “É que essas coisas assim, mais simples, a gente tem que resolver aqui dentro. Quando sai pra fora, aí fica difícil”, se referindo à judicialização da vida de sua comunidade, quando as contendas se tornam objetos de decisão de poderes que estão acima da Reserva Indígena.

O fato descrito foi denunciado como por “motivo fútil”. A Defensoria Pública do estado de Mato Grosso do Sul, que detém o NUPIIR (Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Povos Indígenas e da Igualdade Racial e Étnica) solicitou a presença do Trabalho técnico do Antropólogo e o pedido foi deferido pelo Juiz. Dentre seus quesitos, a defensoria perguntou 3 pontos cruciais para possibilitar o direito à diversidade étnica indígena: Se “de acordo com os costumes ou tradições da comunidade indígena a que o réu pertence, o “maracá” ou chocalho é usado em festas, cerimônias religiosas ou guerreiras”, se “na comunidade em que vive ou entre os familiares dela, a mãe do réu, é considerada rezadeira ou *nhandecy*. E por último, se “segundo a mundividência do acusado e da comunidade dele, qual o sentido ou significado de manusear o maracá ou chocalho, por brincadeira?”.

A solicitação manifestada pela Defensoria Pública abriu a possibilidade de se colocar, diante daqueles que, no júri, detém o monopólio da violência e da justiça, uma ampliação do campo de visão do saber, tornando possível a inserção de possibilidades culturais que não estejam à luz nas audiências e/ou nos processos. Em trabalho de campo, juntamente com a bibliografia necessária, foi possível de se colocar no palco o fato de que o “Mbaraká” é um objeto ritualístico utilizado em cerimônias religiosas diversas e detém grande importância social entre os Guarani e Kaiowá. O Mbaracá (de aparência de um chocalho), assim como outros itens materiais sagrados, são objetos transmitidos de geração em geração, dentro de uma dada composição um grupo familiar e de reza. O Mbaracá não é apenas um objeto, mas atua como e por meio de seres espirituais que, através do som, manifestam curas e melhorias à vida, tendo grande importância para os Guarani e Kaiowá. Seus detentores, (Ñandesy quando mulher e Ñanderu quando homem), não são exatamente seus “donos”, mas se veem e são vistos mais como seus protetores, cuidadores e passadores da palavra, dos cantos e dos ensinamentos dos bons costumes Guarani e Kaiowá. O item não é visto como um objeto inanimado, sua existência tem agência espiritual. Seus barulhos não são apenas sons, mas falas advindas do sagrado. Neste caso, por meio do trabalho pericial, também foi possível introduzir o fato de que, tanto para o réu quanto para com a própria família e comunidade, a avó era considerada uma Ñandesy (rezadeira), e seu Mbaraká não era um brinquedo. Como dito pelo réu em trabalho de campo, em interlocução ocorrida no Presídio Estadual de Amambai “O Mbaraká é igual a cruz de vocês. Não pode ficar brincando. É coisa de Deus”.

Apesar da presença do Antropólogo no processo, bem como a possibilidade de trazer aos jurados não indígenas a relatividade cultural, o trabalho pericial foi usado unicamente pela acusação. Os apontamentos do Ministério Público se fizeram na reprodução de uma realidade indígena não problematizada. Segundo suas palavras, “cerca de 90% dos homicídios de indígenas são

feitos pelos próprios indígenas”, aparentando naturalizar a realidade imposta através das relações de colonialidade, expropriação de terra e cultural, que constitui a realidade dos indígenas de Mato Grosso do Sul. Seus apontamentos, para os jurados, trouxeram a noção de que “ninguém faz uma abordagem séria” para compreender a violência ocorrida entre os povos indígenas, já que “ninguém faz um estudo importante”, conseqüentemente alegando não ter lido ou desconhecido os incontáveis estudos produzidos a respeito da situação dos povos indígenas no Brasil e em especial no Mato Grosso do Sul.

A promotoria esteve com o laudo antropológico em boa parte de suas sustentações. Com suas páginas todas marcadas e grifadas, alguns apontamentos colocados ali foram utilizados em sua argumentação lógica. As uniões entre o termo *ñe'ê*, e seu significado duplo de “alma” e “palavra”, mencionadas no laudo, foram trazidas como argumentação de que o réu queria acabar com a alma de seu sobrinho, não apenas acabar com sua vida. Ao mesmo tempo, não foram apontadas todas as explicações a respeito das conseqüências do reservamento forçado dos indígenas em reservas, ocorrido no antigo estado de Mato Grosso, e transcritas no decorrer de todo o laudo antropológico. Como bem mencionadas e fundamentadas no trabalho, os contextos de violência, alcoolismo, estupro são explicados, justamente através da literatura que foi mencionada como inexistente ou de pouca seriedade.

O ato deste júri, que ocorreu com um corpo de jurados não indígenas, nas falas do Promotor seria para “julgar de forma justa” e na percepção do magistrado o réu estaria sendo “julgado pelos seus semelhantes”. Contudo, o ritual aconteceu sem nenhuma combatividade da defesa, que se pôs a concordar com todas as imputações do Ministério Público. Parte da pequena atuação defensiva se fez na pergunta, direcionada ao réu, questionando-o se ele se considerava culpado. A pergunta, que teve que ser traduzida para o réu que evidentemente não a compreendeu, foi respondida por intermédio da intérprete da seguinte forma: “ele disse que tem que se considerar culpado, porque fez mesmo”, se referindo ao ferimento com faca que causou a morte do sobrinho⁹.

Sem pensar em como a palavra “culpa” poderia ser interpretada pelos jurados, por ele mesmo, ou por um indígena Kaiowá que não domina o português, o defensor justificou aos jurados que as provas eram robustas, a imputação era precisa e que não havia tese de defesa razoável. Garantindo e justificando a todos que isso não significava que o réu estava sem defesa técnica, seu discurso seguiu desejando ao acusado que aquele ato traga a ele alguma lição de vida, talvez se esquecendo que ele possivelmente não compreendeu por completo, tanto o ato quanto às falas por completo. Informalmente e já fora do papel performativo, o

⁹ Tanto no trabalho antropológico como no processo, o réu alega que não se recorda do ocorrido por conta de seu nível de embriaguez. Contudo, como dito por ele a mim em trabalho de campo, passou a acreditar que realmente fez, já que havia testemunhas.

responsável pela defesa explicou-se. Alegou que sua solicitação de perícia antropológica, para este processo, veio por conta de sua estranheza do fato, e não pela autoidentificação indígena dos envolvidos. Sua percepção, segundo ele mesmo, é que os processos criminais que envolvem indígenas só devem ter um olhar antropológico se houver uma estranheza nos fatos que envolvem o crime, da parte daqueles que operam o direito.

Ao fim, o júri terminou com a condenação do réu à pena de vinte e dois anos e oito meses de reclusão em regime fechado, com todas as qualificadoras imputadas. A sentença foi falada somente em português e o juiz se prontificou a perguntar ao réu se ele entendeu. Após perguntar por 3 vezes, o réu balançou a cabeça de forma positiva.

3. INFÂNCIAS, DIREITOS E VIOLAÇÕES: OS CONSELHOS POLICIAIS E AS REDES DE MÃES INFORMAIS.

As mesmas miragens que compõem a observação dos operadores do direito, e que dizem respeito aos atritos produzidos na legitimidade da identidade indígena, também se apresentam naqueles que constituem as mãos da biopolítica. Ou seja, pelas instituições que enviam e cuidam dos sujeitos que foram colocados nos poderes de decisão judicial, como Assistentes Sociais e Coordenadores de casas de acolhimento de menores de idade. Tal ponto pode ser demonstrado no trabalho de campo feito para o processo que discute sobre uma medida de proteção que envolve 4 menores de idade, todos acolhidos em uma instituição de menores há 5 anos, na cidade de Amambai, no Mato Grosso do Sul. Em nossa interlocução, a coordenadora da casa de acolhimento, mencionou que a desfavorecida pela guarda dos filhos não era indígena, que nunca havia morado em uma aldeia e sempre residiu na cidade. Contrariando a coordenadora, a mãe dos menores acolhidos se identificava como indígena.

Os paradoxos e violências formados pela identidade cultural na pós-modernidade, sustentados pelos pré-conceitos que envolvem as populações indígenas em Mato Grosso do Sul, podem produzir fenômenos curiosos. Neste mesmo caso de acolhimento de menores por supostos maus tratos, a coordenadora que disse antes que a mãe não era indígena, disse também que “indígena não cuida bem de seus filhos”, ao se referir à mesma mulher. Em nossa troca, a desfavorecida pela guarda era indígena em alguns momentos, mas em outros não. Neste caso, se tornou indígena aos olhos da coordenadora, para justificar a separação de seu filho, no pré-conceito sobre a maternidade e o cuidado. Tal ponto demonstra como é necessária a formação continuada daqueles que estão na base das relações biopolíticas, mais perto das pessoas que dos papéis e canetas.

Neste mesmo caso, o trabalho de campo pôde demonstrar a existência de uma rede de mulheres não indígenas que, intencionalmente, passaram a

dificultar as visitas da mãe com seus filhos¹⁰. Esta rede de mulheres detinha contatos com outras mulheres para que pudessem encaminhar os menores de idade para outras famílias não indígenas. Ao mesmo tempo que a mãe biológica era afastada do vínculo, a futura mãe adotiva era aproximada gradativamente. No fato periciado, a mulher que futuramente ficaria com a guarda de uma das crianças não apenas já tinha trabalhado na casa de acolhimento como já detinha a guarda de outra criança.

As violências ocorridas neste caso tocam as mesmas discussões levantadas por Silvana Jesus do Nascimento (2016), a respeito da retirada de crianças de suas comunidades e sua cultura a partir de processos legais que fazem uso de princípios nacionais e internacionais dos direitos das crianças. Através de conceitos como “negligência” e/ou “abandono”, bem como o de “melhor interesse da criança”, inúmeros choques culturais podem ocorrer nos cuidados policialescos dos funcionários que detém boas intenções.

O desmantelamento das famílias e das lógicas tradicionais de cuidado, já mencionados por Nascimento, alteram toda uma rede de cuidados que dizem respeito à “circulação de crianças”. Segundo as autoras, o imaginário folclórico de “infância”, enquanto sujeito passivo e que necessita de cuidados, precisa ser repensado na produção de políticas públicas, principalmente em contextos culturais distintos e em famílias de baixa renda em determinadas comunidades. A circulação de crianças ao longo de suas vidas, como sendo cuidadas por muitas “mães” e “pais” que não necessariamente são os de origem biológica, ou cuidadas por outros irmãos mais velhos, mas também menores de idade, decorrem tanto de uma falta de acesso a direitos básicos de saúde e alimentação, como por diferentes de organizações familiares. Além disso, os casos precisam ser analisados dentro das próprias políticas de relações familiares, como ocorre no caso exposto a seguir.

Um dos casos analisados, que versava sobre uma medida de acolhimento, iniciou-se após uma bebê de 4 meses de idade ter sido supostamente encontrada à beira da estrada, conforme dizia a inicial do Ministério Público, amparado em uma informação enviada pelo Conselho Tutelar da cidade de Amambai. O caso se iniciou através do contato de uma liderança com o Conselho Tutelar, após aquele receber a criança das mãos de uma tia da própria recém-nascida. A liderança acionou o conselho tutelar, que ao ir até a Aldeia de Amambai, se prontificou em recolher a criança para a casa de acolhimento da cidade. No dia posterior, ao retornar à aldeia e ir até a casa da mãe, verificou que ela estava embriagada e que tinha mais dois filhos, irmãos da criança já acolhida na noite anterior. Estes filhos não estavam com ela no momento, mas com a avó. Em vista da embriaguez, o servidor apenas se certificou de recolher

¹⁰ A casa era formada por uma equipe totalmente feminina, entre coordenadora, cozinheiras e responsáveis pela limpeza.

uma cópia dos documentos dos menores e informou o Ministério Público que havia ainda mais dois menores em condições que ele compreendeu como negligência e abandono. Posteriormente um processo que envolvia os 3 menores foi aberto e o Magistrado determinou que a guarda das crianças fosse passada para tia, que foi uma familiar possível e encontrada pelos assistentes sociais nomeados pelo juiz. Para além dos equívocos do Conselho Tutelar, ocorreu que, em trabalho de campo, foi constatado que a criança não foi encontrada na estrada, mas sim pega pela própria tia que a entregou para o capitão, na rede da casa de sua mãe. Neste caso, a mãe dos menores e a tia possuem desavenças. As interlocuções demonstraram que uma acusa a outra de feitiçaria.

O caso analisado demonstra que o estigma, preconceito e falta de conhecimento dos costumes dos indígenas de Mato Grosso do Sul podem ser notados nesta forma estrutural de “cuidado” que adveio do Conselho Tutelar. O conselheiro em momento algum se questionou a respeito do ocorrido, e nem mesmo se fez crítico à realidade indígena, que se faz constantemente dentro das condições de violabilidade de direitos básicos, o que consequentemente produzem condições degradantes e que podem ser confundidas, por olhares mal treinados, como condições de abandono.

O mesmo se pode pensar a respeito do álcool, frequentemente colocado como uma justificativa para a separação de famílias. A questão, conhecida como um problema endêmico dentro das Reservas Indígenas em Mato Grosso do Sul, nem sempre é relativizada por parte dos agentes de cuidado e controle. A estes olhares, falta compreender que os povos Guarani e Kaiowá se relacionam com bebidas fermentadas, em seus cotidianos, desde muito antes da chegada dos não indígenas ao continente Americano. Estas bebidas, que são na verdade compreendidas como alimento pelos Guarani e Kaiowá, são conhecidas como *Chicha* e são feitas a base de milho, arroz ou batatas, num processo que se dá unicamente pelo trabalho das mulheres. Jovens meninas também acabam ajudando e ao mesmo tempo aprendendo a fazê-la, como parte do processo educacional de formação da pessoa Guarani e Kaiowá. Trabalhos como o de Leandro Lucatto Moretti (2017) demonstram como o ato de fabricar e beber a chicha detém simbolismos espirituais, sendo feito e bebido dentro de muitos momentos do cotidiano, por vezes festivos e ritualísticos.

Ocorre que, segundo o pesquisador, após o aumento dos *Karáí* (não indígenas, ou brancos) e da inserção dos Guarani e Kaiowá dentro do consumo de industrializados, do mercado de trabalho, das espoliações de suas terras e das mudanças nos modos tradicionais de vida, as bebidas e o ato de beber passaram a se transformar. Muitas vezes, bebidas novas e industrializadas, com maior potencialidade de embriaguez, também passaram a ser utilizadas por estes povos em diferentes momentos. Para os Guaraní-Kaiowá, ficar *ka'u* (bêbado) demasiadamente e fora dos momentos permitidos, não é

visto com bons olhos pelos. Este comportamento é entendido como antissocial, anti-*Teko-Porã* (anti bom modo de ser). A pessoa é compreendida como necessitada de cuidados, muitas vezes também partidos dos próprios conhecimentos tradicionais. Nestes momentos as famílias podem, e frequentemente o fazem quando há pessoas próximas, cuidar daquele que passa estados de *ka'u* e de seus filhos, fazendo circular as crianças entre as avós, tias ou outros parentes, sanguíneos ou não. Tal fato aparenta ter ocorrido no caso analisado, onde as crianças circulavam na casa da avó quando o Conselho Tutelar buscou a mãe dos menores.

Não cabe poder do judiciário e aos agentes biopolíticos o papel de aumentar ainda mais as condições de vulnerabilidade e produzir uma dupla, ou tripla violência contra estas populações que, além de já estarem reservadas em determinadas porções de terra desde o início do séc. XX, em total condição de abandono, ainda correm os riscos de perder seus filhos por percepções de “falta de cuidados”. Tal ponto se demonstra ainda com mais gravidade quando colocamos em vista a afirmação dita por um Conselheiro Tutelar da região. O mesmo que foi responsável pelo acolhimento da recém-nascida falsamente encontrada na estrada e seus irmãos. Em trabalho de campo, o servidor relatou que é comum que as crianças indígenas das reservas fujam e se escondam ao vê-los por perto. O relato aparenta se aproximar com o que expõe Silvana Jesus do Nascimento (2019). Segundo ela, o antropólogo do Ministério Público Federal compartilhou com ela a percepção de uma liderança Kaiowá, durante uma conversa com ele ainda em 2011. Disse-lhe: “O Conselho Tutelar é que nem o BOPE (O Batalhão de Operações Policiais Especiais)”. Para este antropólogo, esta instituição se transformou em um dispositivo de controle dos índios por meio do terror, da ameaça e do medo de perderem suas crianças, comparando-os à ação policial na retirada de seus filhos.

4. CONCLUSÃO

Os desafios enfrentados por antropólogos que se colocam a produzir trabalhos periciais para a justiça do estado de Mato Grosso do Sul são inúmeros. Atravessam desde o choque com as demandas da justiça, que chegam ao Antropólogo através de termos polêmicos da cosmologia jurídica, até de relações anteriores e fora do processo, notadas somente via trabalho de campo. Além da própria negligência quanto ao pagamento.

Dadas as fundamentações ainda presentes da já superada noção de “integração”, a presença da Antropologia não ocorre em todos os trabalhos envolvendo povos indígenas. Percebe-se que a ferramenta passou a ser utilizada conforme a demanda jurídica. Ou seja, a partir da percepção de estranheza do caso por parte de Magistrados, Promotores e Defensores, formados

pelas forças morais e culturais que envolvem o tema do processo, como na temática da infância e os direitos do sujeito “criança”, que deve ser guardado de forma diferente do sujeito “criminoso”.

Em determinados trabalhos, a presença da perícia pode, tanto ser ignorada na aplicação efetiva de seus argumentos quanto ser utilizada de formas variadas por partes, defesas ou acusações. Neste ponto, o direito a seus costumes e compreensões não surgem como realmente efetivados na cognição decisória, mas como fundamentação a determinadas teses, num malabarismo teórico.

Nos trabalhos de campo desenvolvidos para estes laudos, é comum que após a chegada do Antropólogo, os indígenas envolvidos já tenham passado por uma série de violações, tanto de terem seu reconhecimento étnico negado quanto de visões equivocadas dos operadores da máquina judicial. Tais equívocos, expostos como “miragens” em forma de quesitos e advindos das categorias êmicas do direito, frequentemente precisam ser repensados pelo perito antropólogo, que se coloca na função de reconstruir determinadas imagens advindas de legisladores antigos, ou desfazendo preceitos do senso comum que podem vir a atravessar o processo. Determinadas perguntas precisam ser desconstruídas, para que se possa construir uma resposta lógica.

Para além disso, é necessário que o trabalho pericial esmiúce as relações e os fatos ocorridos nos casos. As desavenças familiares, potencializadas pelas condições de reservamento, precisam ser expostas para uma ampliação da visão do caso. O papel do Antropólogo, em casos judiciais, frequentemente é colocado à necessidade de chamar a atenção dos operadores do direito à violação do art. 5º da OIT 169. Segundo o dispositivo, os Estados signatários deverão ter a “devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente”. Neste caso, cabe ao perito expor todas as condições de violação ao acesso a direitos básicos e reconhecimento que podem, e frequentemente são permeadas por todo o ocorrido, agora judicializado e colocado na análise total da Antropologia.

REFERÊNCIAS

BARTH, F. "Introducción". In: F. Barth (org.), **Los grupos étnicos y sus fronteras**. México: Fondo de Cultura Económica. 1976.

CAMURI, A. C. Cartografia do desassossego: um olhar clínico-político para o encontro entre os psicólogos e o campo jurídico. Fractal: **Revista de Psicologia**, v. 23, n. 1, p. 235-236, 5 jan. 2011.

CARIAGA, D. Em nossas próprias armadilhas: Artefatos Antropológicos em contexto. Piauí: **Revista Entreiros**. 2019.

CAVAGNOLI, M.; MAHEIRIE, K. A Cartografia como estratégia metodológica à produção de dispositivos de intervenção na Psicologia Social. Fractal: **Revista de Psicologia**, v. 32, n. 1, p. 64-71, 1 mar. 2020.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

HEEMAN, T. A. Por uma releitura dos direitos dos povos indígenas: Do integralismo ao culturalismo. Brasília: **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. 2017

MELLO, B. de A. CRÍTICA AO CHAMADO “HOMEM MÉDIO” COMO BAREMA DE UMA CULPABILIDADE MORALIZANTE. **Revista Do Programa De Pós-Graduação em Direito**. 2021.

MORETTI, F. L. **Modos de beber em áreas indígenas no Mato Grosso do Sul**: aproximações entre Psicologia Social e perspectivas Kaiowá e Guaraní. Dissertação de Mestrado. USP: São Paulo. 2017.

NASCIMENTO, S. J. **Indígenas crianças: tensões entre agentes e entre instituições para compatibilizar o direito da criança e o direito do indígena**. Instituto de investigações antropológicas de Castilla Y Leon. 2016.

SOUZA, J. M. **Etnografia das crianças Kaiowá da aldeia laranjeira ñanderu**: a importância do território para as práticas culturais. Mestrado Antropologia Sociocultural, UFGD, Dourados, MS, 2018.

CAPÍTULO 10

O DIREITO À IDENTIDADE SEXUAL E A CRIMINOLOGIA QUEER COMO FORMA DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Paula Cristina Santos Pireneus
Rafael Bulgakov Klock Rodrigues

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito à identidade sexual como um direito da personalidade. 3. A criminologia *queer* como instrumento de denúncia. 4. A criminologia *queer* como forma de promoção dos direitos humanos. 5. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Por muito tempo, a diversidade sexual foi considerada como desvio de caráter e/ou doença, servindo para a criminologia atuarial como indicativo de indivíduos propensos à criminalidade, resultando na criminalização das pessoas não cis e não heterossexuais. A criminologia só se afastou dessa visão em meados do século XX, quando a diversidade deixou de ser crime na maioria dos países – remanescendo em muitos locais até hoje.

Desse pensamento criminalizante decorreu uma série de limitações ao desenvolvimento dos direitos dessas populações – pelo controle social formal e informal, tanto na participação ativa em sociedade, quanto na utilização do nome e gênero adequados nos documentos de identificação.

Quando se trata de direito à identidade sexual, não há como não falar dos direitos da personalidade trazidos nos primeiros artigos do Código Civil de 2002. Sendo esse o grande marco legal – após a Constituição Federal de 1988 – para a proteção das liberdades individuais, faz-se necessário o estudo desses direitos civis para a compreensão do tratamento legal dado à temática.

Frente a essa situação, o objetivo deste trabalho é analisar os direitos da personalidade e as limitações do exercício destes à população *queer*, e o impacto causado pela criminologia positivista no desenvolvimento deles,

tendo como hipótese que o crescimento da pesquisa sobre criminologia *queer* possibilita a superação do paradigma atuarial.

Como referencial deste trabalho usou-se a obra “Os direitos da personalidade”, de Carlos Alberto Bittar, escrita em 1989, estudando o direito civil sob a égide de uma nova constituição, e que continua sendo atualizada pelos filhos do autor até a atualidade, e também as pesquisas de Hélio Veiga Júnior e Thiago Augusto Galeão de Azevedo.

Em seguida, fez-se uma pequena introdução à Teoria *Queer*, relacionando à sua história recente, depois a seus pressupostos teóricos – teoria feminista e as expressões sociais do movimento LGBT+ –, e enfim, seus objetos de pesquisa.

Depois, foi apresentado parte do que é chamado de Criminologia *Queer*, partindo-se de Cesare Lombroso e de como este contribuiu para uma visão “científica” da homossexualidade como desvio e seus desdobramentos, embasado na obra de Nic Groombridge.

Nessa mesma toada, utilizou-se da obra de Salo de Carvalho para demonstrar as bases dessa criminologia, quais seus antecessores, seus interesses, desafios, e em que pé estão os estudos sobre a temática.

Enfim, concluiu-se que, mesmo os direitos à identidade sexual estando em uma área tida como oposta às ciências criminais, o amadurecimento e adesão à esta última repercute fortemente no desenvolvimento da primeira, e em regra, de maneira positiva.

2. O DIREITO À IDENTIDADE SEXUAL COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE

Hélio Veiga Júnior afirma que “Os direitos da personalidade são efetivamente a tradução fiel do que aqui se chama de ‘direito de pertencer a si mesmo’, pois, de fato, não há como se garantir a dignidade a alguém se o direito ou a sociedade o obsta de pertencer a si mesmo”, de forma que “Não há dignidade sem personalidade, e esta não existe sem liberdade” (Veiga Júnior, 2016, p. 134-135).

Ainda, “torna-se importante destacar que o gênero, assim como a sexualidade, são ambos macrossistemas integrantes da personalidade de cada indivíduo em sua dignidade” (Veiga Júnior, 2016, p. 135), compondo a idiosincrasia de cada pessoa, e como estas se veem.

Nessa toada, também se compreende que “os direitos da personalidade não são limitados ou possuem um rol exaustivo, mas sim trata-se de um arcabouço infundável e fluído, pois à medida em que a sociedade se evolui e novos paradigmas existenciais surgem” (Veiga Júnior, 2016, p. 135-136).

Com isso, o presente trabalho delimitou apenas quatro esferas dos direitos da personalidade que afetam o direito à identidade sexual, quais sejam,

o direito à liberdade, à identidade (englobando o nome), ao corpo e à integridade física, sem diminuir a importância dos direitos não tratados aqui, mas atendo-se com mais propriedade aos apontados.

Bittar classificou a liberdade como um direito psíquico, “que se pode definir como a faculdade de fazer, ou deixar de fazer, aquilo que à ordem jurídica se coadunem”, ou seja, “desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo social das relações” (Bittar, 2014, p. 167).

A partir desse direito, “arma-se o titular, pelo ordenamento jurídico, para elidir qualquer óbice que lhe seja anteposto à consecução de suas metas e ao exercício de suas faculdades na sociedade”, de modo que “a ninguém cabe criar obstáculos à vida da pessoa, tolhendo-lhe a ação, sob pena de violar o direito em tela, oponível *erga omnes*” (Bittar, 2014, p. 168).

Em relação à identidade, Bittar entende que o nome é seu principal representante, e associa a estes dois encargos: o primeiro é de individualizar a pessoa, enquanto o segundo é impedir a substituição indevida entre os indivíduos (Bittar, 2014, p. 195).

Sendo uma qualidade intrínseca aos indivíduos, o nome ainda seria regido por princípios como a inestimabilidade, obrigatoriedade, imutabilidade, irrenunciabilidade e oponibilidade a terceiros, mas que já é reconhecido o direito a mudança de nome àqueles indivíduos que não se identificarem mais com estes – tendo por alvo a população transsexuais (Bittar, 2014, p. 197/200).

Veiga Júnior (2016, p. 157) aponta como

um erro injustificável do judiciário condicionar o transexual a primeiro passar pela cirurgia de transgenitalização para depois conceder o direito do transexual alterar seu prenome, uma vez que a cirurgia não é requisito obrigatório para a caracterização da transexualidade, além do fato de que condicionar o prenome de alguém que já possui uma identidade social diferente da que consta em seus documentos formais é uma forma de aprisioná-lo em uma identidade que não é sua.

Ainda é trazido que “não haveria prejuízo algum para a sociedade se os documentos do transexual constassem o seu sexo psíquico ou até mesmo seu gênero, ao invés de seu sexo morfológico, pois tal fato não interessaria diretamente ao público, mas apenas os aspectos privados pessoais da vida do transexual” (Veiga Júnior, 2016, p. 159), mesmo assim, continua sendo necessária a busca pela tutela jurídica para a alteração documental destes indivíduos, tornando a resolução deste problema ainda mais cara e lenta.

Porém, um dos fundamentos mais recorrentes em decisões judiciais a respeito da alteração de nome e sexo em documentos pessoais é pautada no eventual prejuízo econômico que pode ser causado à eventuais credores dessas pessoas, mesmo tendo conhecimento de que tal modificação documental não teria o condão de eliminar dívidas, até porque, não haveria supressão do número

do cadastro de pessoas físicas. Fica a existência digna e o autorreconhecimento de alguém condicionado à uma questão econômica, que pode ou não existir.

O direito ao corpo e à sua disposição também integram o rol dos direitos da personalidade, considerando que o corpo é tido como instrumento indisponível para o exercício dos atos da vida social (Bittar, 2014, p. 139).

Entre os limites percebidos no uso do corpo estão a imperiosidade da integridade física e o direito à vida (Bittar, 2014, p. 140), todavia não há como impedir os atos praticados por um indivíduo para consigo mesmo – mas podendo ser interrompida a iminência autolesão, por meio da legítima defesa de outrem –, apenas em relação ao uso de alguém por terceiros.

Por fim, Bittar ainda elenca o direito à integridade física, calcado em preservar mente e o corpo dos indivíduos. Diferentemente do direito à vida, que é indisponível, o presente direito é disponível, sob algumas circunstâncias (Bittar, 2014, p. 129). Os procedimentos cirúrgicos para mudança ou adequação de sexo estão entre estas hipóteses, como forma de defender a diversidade. O autor ainda ressalta a existência de fatores “psicológicos, orgânicos, ideológicos, sociais e familiares” que estão além da competência estatal e de terceiros – que não os próprios indivíduos envolvidos –, e que eventual intervenção do Estado seria apenas no sentido sanitário, e não moral, tendo o cuidado de não entender como bons costumes a mera “homogeneidade cultural e social” (Bittar, 2014, p. 137-138).

Veiga Júnior (2016, p. 141) entende que “o livre exercício da sexualidade se constitui diretamente como um dos pontos vinculados aos direitos da personalidade, uma vez que a formação da pessoa humana passa por este substrato, sendo comum a qualquer indivíduo definir sua sexualidade para o seu próprio bem-estar”, de forma que “a sexualidade se configura como um dos direitos da personalidade e ‘ignorá-la como tal seria privar a personalidade de elemento essencial e vital” (p. 143).

Assim, “a identidade sexual é componente inexorável dos direitos da personalidade, sendo que negar a existência daquela é o mesmo que extirpar a liberdade de identidade e também de sexualidade de um ser” (Veiga Júnior, 2016, p. 144). Resta demonstrado que o dano causado pelo não reconhecimento desse direito é inúmeras vezes maior que qualquer um provocado pelo seu reconhecimento.

Muito além dos direitos da personalidade, Veiga Júnior (2016, p. 189) descreve que

O direito de pertencer a si mesmo, ou seja, ser quem se é verdadeiramente, atinge os transexuais, como também toda a comunidade LGBTI, pois não há como haver dignidade sem haver liberdade, e para que o transexual possa falar em liberdade, é necessário conceder a ele a possibilidade de ser livre sem nenhuma consequência jurídica ou rotulação pejorativa.

Desta feita, para que os indivíduos se desenvolvam plena e completamente, em todos os âmbitos de suas vidas, o direito à identidade sexual – e seus prolongamentos – devem ser tutelados e respeitados. Através do direito à liberdade – permitindo a livre expressão da personalidade psíquica –, do direito à identidade – com a possibilidade de se identificar como melhor aprover e ter essa nomenclatura respeitada, do direito ao corpo – podendo utilizá-lo como bem entender, ao seu prazer ou não, distanciando-se daquela docilização foucaultiana – e do direito à integridade física – pela modificação do corpo, para que este atenda às necessidades e desejos do próprio indivíduo, e não à sociedade.

3. A CRIMINOLOGIA *QUEER* COMO INSTRUMENTO DE DENÚNCIA

Acerca da identidade sexual e do direito à diferença, surge nos anos 1980 a teoria *queer* nos Estados Unidos. Diretamente derivada de movimentos sociais defensores da população LGBT e agregando pautas feministas, a teoria *queer* veio como forma de oposição à abordagem sociológica vigente à época sobre as questões sexuais e de gênero (Carvalho, 2012, p. 154).

A teoria *queer*, nesse primeiro momento, vinha com uma crítica intensa à aplicação da heteronormatividade como orientação oficial e ainda à existência da dicotomia ou bilateralidade entre gêneros, e se firmou com uma das teorias sociológicas mais relevantes para a compreensão da sociedade atual.

Para Thiago Augusto Galeão de Azevedo (2016, p. 203) a “Teoria *Queer* tem suas origens na época da chamada Revolução Sexual, dos movimentos liberacionistas ditos gays feministas, que visavam a despatologização da ‘homossexualidade’; e da retirada desta da lista de enfermidades da Sociedade Psiquiátrica Americana em 1973”.

Os movimentos sociais, em regra, atuam em duas frentes: a primeira seria política, com a participação representativa nos locais onde as regras são criadas – vide Congresso Nacional –, e a segunda seria teórica, buscando legitimação no meio acadêmico-científico, e tentando compreender os processos sociais que impactam os envolvidos. Com a teoria *queer* não é diferente, sendo a pauta de emancipação presente nas duas frentes (Carvalho, 2014, p. 259-260).

Aos olhos dessa corrente, quando se assinala a visão de mundo de que os indivíduos são ou hetero ou homossexuais, todos os outros seres passam a ser tratados como desviantes ou doentes. Essa heteronormatividade alimenta setores como o estado e a sociedade de preconceitos e discriminações, de forma a patologizar e muitas vezes criminalizar a diferença (Carvalho, 2012, p. 154)

Salo de Carvalho identifica que o exercício de imposição heterossexista da heteronormatividade causa uma forma de violência que se divide em três graus: primeiramente vem a “violência simbólica”, através da difusão de uma cultura homofóbica na sociedade; em segundo lugar surge a “violência

das instituições”, que é a legitimação daquela cultura homofóbica pelo Estado, por meio de leis que institucionalizam tal discriminação; e enfim, a “violência interpessoal”, que se manifesta através das ações dos indivíduos com os outros, caracterizando uma violência real (Carvalho, 2012, p. 154).

Assim, a teoria *queer* se estabelece dialogando com “a teoria feminista, os estudos culturais, a sociologia da sexualidade, a psicologia social e, principalmente na tradição jurídica da *common law*, o direito (*queer legal theory*)”, na tentativa de reestruturar “dispositivos de regulação e de controle social, como (a) a polarização entre homens e mulheres e (b) a institucionalização da heteronormatividade compulsória” (Carvalho, 2012, p. 154).

Seguindo, os estudiosos *queer* perceberam que “ao aprisionar as subjetividades no binarismo hetero/homossexual, cria automaticamente mecanismos de saber e poder nos quais a diferença é exposta como um *desvio* ou como uma *anomalia*” (Carvalho, 2012, p. 154). Tal situação também é conhecida como processo de essencialização do criminoso, consistindo em retratar a própria existência de um indivíduo como um desvio em oposição à norma posta (Foucault, 2010)

Quanto à criação de “desvio”, o sociólogo Howard Becker (2008, p. 18-24), na década de 1960, o estudou em sua mais diversas formas. Iniciando com uma visão algébrica, é “definido como desviante tudo que varia excessivamente com relação à média” (p. 18). Já a concepção sociológica de desvio possui mais complexidade, sendo “a falha em obedecer às regras do grupo” (Becker, 2008, p. 20).

Nesse sentido, Becker afirma que “grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders”, assim, para uma ação ser considerada desviante “depende de como outras pessoas reagem a ele” (2008, p. 21-22, 24).

Assim, o “Desvio não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele”, considerando ainda que as “Regras sociais são criação de grupos sociais específicos” (Becker, 2008, p. 27).

De forma que “as regras criadas e mantidas por essa rotulação não são universalmente aceitas. Ao contrário, constituem objeto de conflito e divergência, parte do processo político da sociedade” (Becker, 2008, p. 30), e estão em constante alteração.

Em sentido parecido, Baratta (2011, p. 86/87) traz que o desvio surge de “uma realidade social que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e prática, mas é construída dentro desta experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam”, não sendo inerente ao ser humano, e sim criada posteriormente, a partir das relações sociais.

Percebe-se que a perseguição e criminalização de certos comportamentos não são inerentes aos seres humanos, e sim construídas artificial e socialmente, partindo de um parâmetro de normalidade imposto por aqueles que controlam as

estruturas, tanto no controle social formal, através do aparato estatal, quanto no controle social informal, através da própria sociedade já consolidada.

Fazendo um salto disciplinar, Carvalho traz os estudos do autor Nic Groombridge, onde este identificou ainda nas teorias de Lombroso a formação de um “estereótipo atávico do delinquente” marcado “por nítidos traços homoeróticos”, acompanhando os estudos dos sexólogos da época, que estudavam o “desvio sexual”, demonstrando que o projeto de disseminação da cultura homofóbica tem, pelo menos, 100 anos (Carvalho, 2012, p. 157).

Ainda remontando a história dessa criminalização, Groombridge (199, p. 533) afirma sobre Lombroso: *“He highlights the homoeroticism of criminology’s concern for young men but also the attraction of gay cultures for both the power of the criminal and criminal justice agents”*.

Frente a isso, vê-se que toda a criminologia positiva foi pautada sobre uma base opressora, chamada de “essencialização das identidades desviantes”, trazendo a rotulação e a fixidez da ação desviante aos indivíduos que as praticaram, de forma que esse ser se traduz e incorpora aquele ato. Assim, a sexualidade do delinquente é considerada característica do desvio, criando naqueles que possuem uma sexualidade divergente uma figura potencialmente criminosa (Carvalho, 2012, p. 157).

No mesmo sentido, tem-se a afirmação de Veiga Júnior (2016, p. 190):

O que a sociedade busca é a camuflagem de uma situação de terceiros que não provoca prejuízo a ninguém, mas fere o que se consolidou como ‘moral e os bons costumes’, e nesse ritmo fantasiado de legalidade, mas recheado de controvérsias e idiossincrasias subjetivamente falhas, a busca pelo preconceito eterno e compulsório se consubstancia nas mentes alheias.

Groombridge, por sua vez, aponta dois problemas para a fundação de uma criminologia *queer*, sendo o primeiro a resistência do estudo da temática gênero dentro da criminologia e o segundo a ausência de importância dada à criminologia nas universidades (Carvalho, 2012, p. 160).

Nesse ínterim, Carvalho (2014, p. 261) afirma que “Na ausência de marcos legais regulatórios da igualdade substancial, o movimento LGBTs aportou suas demandas ao Poder Judiciário, encontrando um acolhedor espaço de reconhecimento de direitos”, e que “A construção de mecanismos jurídicos e de práticas políticas de garantia dos direitos civis representa um expressivo avanço na luta pela igualdade e pela diminuição de preconceito, com importantes impactos não apenas nas esferas jurídicas, mas, sobretudo, no plano simbólico”.

Carvalho aponta que o objeto da criminologia *queer* seria a “violência homofóbica”, devendo ser investigada naqueles três níveis já citados anteriormente, e como a “hipermasculinidade violenta” se manifesta nesse processo (Carvalho, 2012, p. 160-161).

No tocante à política criminal, Carvalho (2014, p. 262) identifica duas pautas do movimento LGBTs. Uma negativa, “(limitadora de intervenção penal), nas esferas do direito e da psiquiatria, voltada à descriminalização e à desideologização da homossexualidade”, e outra positiva “(expansiva da intervenção penal), no âmbito jurídico, direcionada à criminalização das condutas homofóbicas”.

Quanto a extensão da homofobia, Simões, Pireneus e Rodrigues (2020, p. 153) definem: “a homofobia não se limita à estigmatização da homossexualidade, englobando todas e todos que se mostrem subversivos ao ideal normativo de sexualidade e de gênero”.

Na questão da limitação da intervenção estatal, o que mais se destaca é a influência da psiquiatria, considerando que “é fundamentalmente o discurso psiquiátrico que sustenta, no Ocidente, a patologização da diferença sexual”. Somente em 1990 a “Organização Mundial da Saúde (OMS) excluiu a homossexualidade do catálogo das doenças mentais” (Carvalho, 2014, p. 262).

Por sua vez, em relação à expansão da intervenção penal, “seria possível conceituar *crime homofóbico* como as condutas ofensivas a bens jurídicos penalmente protegidos motivadas pelo preconceito ou pela discriminação contra pessoas que não aderem ao padrão heteronormativo” (Carvalho, 2014, p. 265).

Salo de Carvalho (2014, p. 163) afirma que

a possibilidade de uma criminologia *queer* emergiria apenas no momento em que a disciplina criminológica tomasse como um dos seus temas de análise a *violência homofóbica* e os *crimes de ódio* com a mesma intensidade (não na mesma perspectiva, logicamente) com a qual os primeiros criminólogos (criminologia positivista) analisaram a homossexualidade como delito, patologia ou fenômeno desviante.

Enfim, Salo de Carvalho diz que para a valorização dessa nova criminologia seria essencial superar a “pretensão totalizadora” advinda da criminologia positiva, de que esta deveria explicar todos os processos criminalizantes e os todos os criminalizados, e ressalta que os recursos originários na criminologia crítica que foram incrementados na criminologia *queer* seriam de grande utilidade para compreender os fenômenos sociais que envolvem a comunidade LGBTQI+ (Carvalho, 2012, p. 163-164).

4. A CRIMINOLOGIA QUEER COMO FORMA DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Descrita a criminologia *queer* como forma de denúncia do sistema criminal e social cis e heteronormativo, que continua excluindo e condenando indivíduos, seja à segregação social ou à prisão, pelo fato de serem diferentes da maioria, ela também cumpre sua função como fomentadora de direitos humanos.

Quando se percebe que os estudos fundadores da criminologia positivista são discriminatórios, surge a necessidade de repensar a forma como o Estado enxerga as minorias. Políticas criminais são melhoradas, como a interpretação extensiva do Superior Tribunal de Justiça – STJ (STJ, 2022) à Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) ao incluir mulheres transexuais na tutela contra a violência doméstica, ou a consideração da homofobia e transfobia como parte do crime de racismo pelo Supremo Tribunal Federal – STF (STF, 2023).

Por sua vez, os reflexos desses desenvolvimentos no pensamento social não se restringem à criminologia e direito penal. O direito civil acaba se transformando conforme os comportamentos humanos antes tratados como desviantes vão sendo percebidos como normais. Dois exemplos muito relevantes são a possibilidade de alteração de nome e sexo da pessoa transsexual no registro civil, independente da realização de cirurgia (STF, 2021), e a celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo (CNJ, 2013).

Então, a criminologia *queer* contribui de duas formas: a primeira é denunciando os vícios presentes no ordenamento jurídico, que é regido por viés hegemônico patriarcal, tratando como inferior ou incapaz todos aqueles que não são heterossexuais e cisgêneros, e que tem suas bases fundadas na opressão daquilo que é diferente, de forma a perseguir esses indivíduos.

A segunda forma é através do reconhecimento desses vícios, bem como, pelo subsídio de informações acerca das necessidades dessas populações, seja pelo viés de segurança pública – proteção do Estado e contra o Estado, quanto pelas garantias à identidade, através do nome e da proteção da honra.

Desta feita, visualiza-se que, mesmo a criminologia *queer* não sendo tratada com algum protagonismo, esta é uma das que mais tem potencial de se desenvolver, frente à sociedade atual, que segrega e mata a população LGBTQIA+, quando não de maneira formal, de forma oculta, mas ainda assim, institucionalizada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito civil, no tocante ao direito à identidade sexual, está em constante transformação. Embora o Código Civil de 2002 não tenha disposições acerca da temática, com sua publicação, forçou-se a ruptura da tradição binária como sendo correta, e ainda a única existente.

Em relação ao direito à liberdade, a Constituição Federal de 1988, já dispunha sobre a livre expressão, considerando-a com um direito fundamental de todos, tanto em sua forma artística, quanto em seu caráter informativo, podendo assim, se entender que a expressão da liberdade sexual já estaria tutelada desde então.

Sobre o direito à identidade, manifestado pela escolha e utilização de um nome – prenome, toda a proteção a este adveio da jurisprudência pátria, tendo em vista que a lei que dispõe sobre os registros públicos data de 1973, não havendo grandes alterações desde então, e dessa forma, não acompanhando o desenvolvimento da sociedade.

Quanto aos direitos sobre o próprio corpo e integridade física, o primeiro já era tutelado penalmente, em face da agressão ou tentativa de limitação de terceiros, sendo possível agora a realização de cirurgia de transgenitalização. Já o segundo somente encontra abrigo na tutela judicial.

Referente à teoria *queer*, esta se demonstrou imprescindível para a mudança da ótica com que os movimentos sociais supracitados são analisados. Com isso, as populações *queer* passaram a ser pesquisadores participantes, e não apenas objetos da pesquisa, tendo papel ativo na condução e delimitação dos interesses na área.

Carlos Alberto Bittar reconheceu que o direito penal é o maior responsável pela disciplina asseguradora dos direitos à identidade sexual (BITTAR, 2014, p. 170), apontando, assim, a essencialidade do desenvolvimento e exposição da referida criminologia, como subsídio qualitativo e quantitativo para a produção de políticas públicas.

Partindo desse pressuposto, foi possível reconhecer como a criminologia clássica ou positivista teve sua parcela de responsabilidade para firmar a visão negativa que a sociedade tem dos indivíduos que não se enquadram no parâmetro heteronormativo binário, já que essa criminologia arcaica também foi responsável pela estigmatização de judeus, negros, e outras etnias.

Por sua vez, os estudos e conclusões provenientes da criminologia *queer* permitiram diagnosticar algumas das fontes discriminatórias, e fornecendo subsídios para buscar a tutela daqueles direitos narrados acima, tanto na esfera cível, quanto na penal.

Também pode ser afirmado que, mesmo a criminologia *queer* não tendo o mesmo destaque, ou não sendo tratado com a mesma importância dada às outras criminologias, isso não a impediu de se desenvolver, sendo fomentada por diversas outras áreas, como a antropologia, sociologia, psicologia, entre outros.

Assim, tanto os direitos como o nome e à disposição ao próprio corpo, por meio de cirurgias (como a transgenitalização), sendo expressões da personalidade dos indivíduos, quanto o direito à liberdade de ser o que se é e à segurança, tem sido cada vez mais objeto de discussão e desenvolvimento pelo Poder Judiciário, que acaba suprimindo as lacunas deixadas pela mora do Legislativo.

Mesmo incorrendo na possibilidade de ser enquadrado como esquerda punitiva (Karam, 1996), os movimentos LGBTQIA+ tem conseguido muito mais proteção por parte do Estado para seus integrantes, através de

decisões judiciais paradigmáticas relacionadas à criminalização de condutas discriminatórias e homofóbicas.

Frente a isso, pode-se considerar que, embora o direito à identidade sexual, como prolongamento dos direitos da personalidade, não tenha uma conexão imediata com a criminologia e o direito penal, em matéria *queer* o desenvolvimento dessas áreas do direito andam alinhadas, e com grande dependência do Poder Judiciário, que tem mais agilidade, por atuar sobre os casos concretos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Thiago Augusto Galeão de. **Direitos para alienígenas sexuais**: Um estudo sobre a lógica de poder e a verdade produzida sobre a sexualidade no campo jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Revan, 2011.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: Estudos de sociologia do desvio. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **O direito na sociedade**: anuário, vol. 1. Canoas: Unilasalle, 2014. p. 257-282. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/books/article/download/2090/1309#page=257>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. **Sistema Penal & Violência**, v. 4, n. 2, 2012. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/1221>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução Nº 175 de 14/05/2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 09 dez. 2023.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**, vol. 1: a vontade de saber. 20. Ed. São Paulo: Edições Graal, 2010.

GROOMBRIDGE, Nic. Perverse criminologies: the closet of Doctor Lombroso. **Social & Legal Studies**, v. 8, n. 4, p. 531-548, 1999. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/a010361>. Acesso em: 29 abr. 2021.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos sediciosos**, v. 1, n. 1, p. 79-92, 1996. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/369699/74572563-Maria-Lucia-Karam-A-esquerda-punitiva.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2023.

MORAIS, Larissa Orestes Pugliese de. ANÁLISE DA CONVENIÊNCIA POLÍTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS LGBTFÓBICAS À LUZ DA CRIMINOLOGIA “QUEER” E ESTUDOS DE GÊNERO E SEXUALIDADE. **V Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas**, 2018. Disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/355/205>. Acesso em: 29 abr. 2021.

SIMÕES, Amanda Oliveira; PIRENEUS, Paula Cristina Santos; RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock. **(Des)construindo o gênero dicotômico**: Viabilidade de uma criminologia queer para uma nova base

cultural. In: NASCIMENTO, Arthur Ramos do (Org.). **Direitos humano-fundamentais e a pesquisa jurídica na UFGD: os olhares da academia sobre os paradigmas contemporâneos**. 2020. Disponível em: Direitos humanos fundamentais e pesquisa jurídica na UFGD.pdf. Acesso em: 09 dez. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – (STJ). **Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide Sexta Turma**. Brasília, 06 abr. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaip/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 09 dez. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Dia da Visibilidade Trans: confirma decisões do STF que garantiram direitos de travestis e transexuais**. Brasília, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=459537&ori=1>. Acesso em: 09 dez. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **STF equipara ofensas contra pessoas LGBTQIAPN+ a crime de injúria racial**. Brasília, 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512663&ori=1>. Acesso em: 09 dez. 2023.

VEIGA JÚNIOR, Hélio. **O Direito de Pertencer a Si Mesmo: A despatologização do transexualismo e sua regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CAPÍTULO 11

A LEI Nº 14.532/2023 E A LACUNA PENAL DO RACISMO RELIGIOSO: UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA A PARTIR DA TUTELA CONTRAMAJORITÁ- RIA DOS DIREITOS HUMANOS

Fernando de Brito Alves
Malcon Jackson Cummings
Rafael Altoé

Sumário: 1. Introdução. 2. A tutela contramajoritária de minorias como efetivação dos direitos humanos: uma premissa necessária. 3. A Lei nº 14.532/2023 e a lacuna penal do “racismo religioso”. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Quando recebemos o convite para participar de obra coletiva sobre pesquisa científica em Direito e Democracia, abordando especificamente questões relacionadas aos usos dos “Direitos Humanos”, nos ocorreu abordar um tema importante azas pouco desenvolvido pela literatura nacional. Embora haja pesquisa e literatura consistente sobre o tema do racismo religioso, o seu escrutínio no contexto da Lei nº 7.716/1989 ainda merece bastante atenção.

A tutela integral da liberdade religiosa passa pela criminalização do racismo religioso, como um importante elemento de emancipação de minorias religiosas. Existe, porquanto, uma união indissociável entre consciência e crença, crença e conduta, conduta e culto, e culto e consciência. Dessa forma, quando no contexto do direito à liberdade religiosa se justifica o racismo religioso como decorrência de um conjunto de crenças, nada mais ocorre além de uma redução do direito à liberdade religiosa de minorias religiosas.

Esse uso do argumento dos direitos humanos (liberdade religiosa para discriminar crenças não convergentes) é uma das principais traduções do uso dos direitos humanos contra os direitos humanos.

Após 34 anos da edição da Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989, conhecida como Lei Caó, em homenagem ao autor Carlos Alberto de Oliveira, houve,

com o advento da Lei nº 14.532/2023¹, o reconhecimento no Brasil da injúria racial como modalidade de racismo no contexto das infrações penais, questão que, como será apresentado, abrangeu apenas as ofensas referentes à dignidade ou decoro em razão da raça, cor, etnia ou procedência nacional.

A religião, por outro lado, no contexto da leitura do racismo, que se encontra tutelada no âmbito da ampla discriminação pela Lei Caó, desde 1997 com a Lei nº 9.459/97, não teve a mesma sorte no campo penal. Há uma lacuna a ser enfrentada. Sob a perspectiva das leituras contemporâneas dos direitos humanos as discriminações devem ser combatidas em todas as suas nuances, não apenas das ofensas que usem expressões diretas de raça, cor ou gênero. Existem preconceitos, mesmo que travestidos de outros temas, que carregam esses elementos como motor ideológico do preconceito.

A partir de tal inovação legislativa o tema do presente trabalho foi desenvolvido considerando as possíveis causas da permanência da ausência adequada da proteção da injúria religiosa na normatividade especial, distante do tratamento genérico do Código Penal, como elemento de combate ao racismo religioso, ao tempo em que, conforme dados recentes citados no texto, por exemplo, houve aumento substancial de injúrias em decorrência das religiões variadas, o que exigiria, em tese, atenção estatal quanto ao tema.

Foram analisadas, para tanto, as novidades legislativas trazidas pela Lei nº 14.532/2023, sobretudo o teor dos arts. 20-C e 20-D inseridos na Lei 7.716/89 (Lei Caó).

O objetivo, com o presente trabalho, em linhas gerais, residiu em traçar panoramas iniciais acerca da novidade legislativa apresentada, bem como as perspectivas quanto ao tema, a partir do contexto da intolerância religiosa de minorias, com a contextualização das lacunas criadas no racismo religioso.

Para tanto, o caminho percorrido implicou na elaboração de dois capítulos, seguido da apresentação das conclusões. O primeiro deles trata, ainda que brevemente, da indicação da proteção de minorias – em diferentes âmbitos – como construção teórica e normativa do conjunto que formam os direitos humanos que deve contemplar as nuances que a discriminação pode carregar (o racismo religioso, por exemplo, pode ter aspectos raciais ligados). No segundo capítulo, por seu turno, partindo-se das premissas anteriores, é feita a análise acerca da Lei 14.532/2023 e qual o seu impacto no tema do racismo religioso, indicando-se a lacuna da normatividade nacional.

A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica, além da análise da legislação incidente sobre o tema. Do mesmo modo, a partir de dados publicados, foram indicadas algumas estatísticas a respeito da intolerância religiosa de minorias, que justificam o problema.

¹ Conforme ementa oficial: Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado.

2. A TUTELA CONTRAMAJORITÁRIA DE MINORIAS COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA PREMISSE NECESSÁRIA

A luta das minorias e grupos vulneráveis para espaços de reconhecimento e proteção passa, em grande medida, pela criação de instrumentos efetivos de combate à discriminação. Tais medidas, para que sejam eficazes, devem compreender a extensão do que o problema discriminatório alcança. É nesse sentido que o presente texto entende que o chamado racismo religioso deve integrar, como se demonstrará, o âmbito protetivo da normatividade brasileira no campo penal.

A minoria não é necessariamente uma dimensão numericamente objetiva. Trata-se, em realidade, de uma esfera das relações de poder. Há grupos, em termos puramente nominais, que são numericamente grandes, mas que não encontram as trilhas de acesso das influências e das oportunidades. A análise aqui proposta, destarte, radica no preconceito religioso de manifestações religiosas que não sejam dominantes nas esferas de poder, apesar de contarem com população destacada. E há, em muitos casos, um elemento étnico ou racial envolvido que justifica que os temas (da injúria racial e do racismo religioso) tenham, em medidas distintas, intersecção.

O alargamento de interpretações (e de previsões normativas), no sentido albergar diferentes formas de realização do racismo é uma parte indissociável da permanente luta dos movimentos sociais que buscam a inclusão nas diferentes esferas da sociedade:

É possível destacar que muito do arcabouço teórico e normativo de proteção das minorias se encontra pautado na luta contra a discriminação (previstas, não raras vezes, de maneira genérica e imprecisa). Nesse sentido, os movimentos sociais de minorias e grupos vulneráveis tem buscado incluir-se dentro dos espaços existentes, alargando a interpretação e aplicação desses conceitos (Alves; Nascimento, 2020, p. 367).

A proteção dos direitos essenciais em geral é distinta da tutela de outros ramos jurídico. Seja no campo dos direitos humanos (afetos normalmente ao plano internacional), seja na proteção dos mesmos direitos internamente (algo próprio dos direitos fundamentais), o fato é que a jurisdição a respeito das liberdades essenciais, inclusive a religiosa, ao reconhecer que os direitos de tal matiz não podem sofrer retrocessos (nem mesmo frente à vontade geral), se reveste de caráter *contramajoritário* (Hesse, 1991, p. 420).

A proteção das normas essenciais de convivência das múltiplas liberdades, sejam elas inseridas na constituição ou em tratados internacionais de direitos humanos, reveste-se em real obrigação jurídica do plano nacional ou

de constitucionalismo multinível², ainda que essa proteção se concretize contra a maioria circunstancial, o que é o já mencionado caráter *contramajoritário* (Cambi, 2009, p. 205), uma marca da jurisdição constitucional (Barroso, 2009, p. 89-90) e também da tutela geral dos direitos humanos.

O ideal, nesse aspecto, é que a tutela contramajoritária ocorra pela via legislativa, criando-se projetos de lei que tenham a intenção de aquinhoar as desigualdades imateriais das minorias. Mas nem sempre isso é possível, o que avocará, em último caso, o uso da jurisdição para essa função (mesmo que tenha, para alguns, o déficit de representação eleitoral):

se é verdade que o Poder Judiciário apresenta um déficit democrático na medida em que não é composto por membros eleitos da sociedade, é igualmente certo que mesmo no âmbito do Legislativo e Executivo – os poderes eleitos – há um déficit de representatividade associado às reivindicações dos grupos desfavorecidos da sociedade. (Cobo, 2014, s.p).

A liberdade religiosa³, notadamente das minorias (que justificam o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais), é um elemento estruturante do próprio conceito jurídico da dignidade humana. As minorias religiosas, nesse sentido, recebem pela perspectiva dos direitos essenciais a tutela de sua autonomia (Passos; Pithan, 2023), ainda que o Estado, para tanto, precise se valer dos mais contundentes mecanismos de tutela, como a previsão da infração penal (*ultima ratio*). Nesse ponto, como se verá no tópico subsequente, a lei 14.532/2023 parece ter olvidado a importância de associar o preconceito religioso a uma forma, em alguns casos, de racismo religioso.

Essas lacunas são próprias do fluxo histórico da evolução da proteção dos direitos humanos de minorias. Sua correção, por sua vez, é um elemento que a academia tem o papel de sugerir. Ao se falar em igualdade entre pessoas, no sentido jurídico, a postura contramajoritária de algumas proteções estatais é essencial. Somente com a intervenção frente às maiorias excludentes é que a igualdade, como valor humano estruturante, pode ser efetivada. Há a necessidade da construção de uma “arqueologia dos direitos contramajoritários”:

igualdade é por isso um artifício, algo intencional, produzido em determinado contexto histórico, de acordo com nuances absolutamente particulares. Contar uma história da igualdade é construir uma arqueologia dos direitos contramajoritários. (Alves, 2009, p. 29)

² A lógica do constitucionalismo multinível radica na correlação entre as Constituições nacionais e o Direito internacional, na perspectiva de múltiplos Estados, várias camadas de poder, mas com problemas compartilhados que precisam de soluções transnacionais (Cambi; Porto; Fachin 2021).

³ BREGA FILHO, Vladimir; DE BRITO ALVES, Fernando. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. *Argumenta Journal Law*, v. 11, n. 11, p. 75-94, 2009.

O vácuo normativo, por mais que possa ser simbólico para alguns, ganha contornos de importância para momentos em que a sociedade passa a viver momentos de recrudescimento acerca da possibilidade da convivência harmônica de minorias. Tempos recentes de crise (sejam econômicas ou sanitárias) causam tensões no tecido social que implicam, segundo pesquisa, em agravamento da vulnerabilização de minorias. Sobre o tema:

A vulnerabilização de grupos minoritários em momentos de crise se apresenta como uma ameaça não só possível, mas que simbolicamente já perturba a confiança dos (grupos de) indivíduos no Estado e nas suas instituições (Alves; Nascimento, 2020, p. 365).

A reflexão acima proposta indica que o tema do racismo não é estagnado, sofrendo a revisitação que é próprio de cada momento. Há, por outro modo dizer, manifestações discriminatórias que ganham contornos diferentes conforme cada realidade. A questão, afinal, é complexa e multidisciplinar. Como exemplo da importância do aprofundamento da matéria, há pesquisas, como a de Carneiro e Moreira (2023) que tratam do diálogo sobre a necessidade de preservação de produções históricas (sem o seu esquecimento), ao tempo em que é preciso ter um controle crítico sobre racismos supostamente “acadêmicos”, próprios de uma literatura de época, mas que projetam problemas nos dias atuais:

Embora se defenda que o apagamento das obras consiste em um apagamento de registros históricos (ainda que tais obras sejam ficcionais), é preciso entender que a perpetuação de obras com conteúdo racista, sem um discurso crítico que a acompanhe, acaba por perpetuar o próprio racismo em si. Adotar uma visão de que uma obra artística é só ficção e que seu teor não faz mal algum, pode se tratar de ingenuidade (Carneiro; Moreira, 2023, p. 426).

Na mesma linha de raciocínio, a leitura contemporânea dos direitos humanos das minorias passa pela imprescindível compreensão de que os ataques contra a honra destes grupos vêm ganhando amplitude antes não vista. No capítulo seguinte, por exemplo, serão apresentados dados que indicam a ampliação substancial dos ataques de racismo religioso. A *internet*, nesse aspecto, mais precisamente na feição das redes sociais, passou a ser um instrumento que permitiu o crescimento desses ataques como forma de discurso de ódio (Alves; Altoé, 2023).

A noção jurídica dessas modalidades de ofensas é algo recente, mas o discurso de ódio, ao menos no desenho sociológico, é próprio da história da humanidade. A revolução virtual e tecnológica que permite a disseminação

imediate das expressões (ALTOÉ, 2017, p. 232). No Brasil O Supremo Tribunal Federal já delineou a categoria ilícita do discurso de ódio em diferentes julgados, sendo o mais famoso deles o Habeas Corpus n. 82.424-21.

3. A LEI Nº 14.532/2023 E A LACUNA PENAL DO “RACISMO RELIGIOSO”

Com o advento da Lei nº 14.532/2023 sobrevieram profundas alterações no campo do Direito Penal no que tange a aplicação, sobretudo do crime de injúria racial, bem como a criação de regra de interpretação para o juiz, nos crimes de racismo. Assim, pretende-se, com isso, brevemente discorrer sobre sua aplicação no campo da intolerância religiosa, bem como do racismo no Brasil, apontando-se no presente tópico se a normatividade avançou o suficiente quanto ao tema.

A partir do Projeto de Lei nº 4.566/2021, a Lei decorrente promoveu a alteração do art. 140, §3º, do Código Penal, que alterou a classificação dos crimes de injúria racial qualificada pelo preconceito. Dessa feita, anteriormente ao advento da lei em estudo, havia a separação, grosso modo, de que a injúria pune a ofensa, ao passo que a Lei de racismo, até então, punia a segregação ou incentivo à segregação, ou marginalização.

Com efeito, ainda que se tenha a divisão em âmbito legislativo, no campo jurisprudencial, os Tribunais Superiores, trilharam outros caminhos².

Inicialmente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, houve o reconhecimento da injúria racial como crime de racismo, no julgamento do AREsp 686.965/DF (DJe de 31.08.2015)⁴. Em sequência, o Supremo Tribunal Federal, no *Leading case* sobre o tema, no âmbito do Habeas Corpus 154.248/DF ratificou o entendimento do STJ, no sentido de que o crime tradicionalmente denominado de “injúria racial”, previsto no art. 140, §3º, do Código Penal, deve ser interpretado como crime de racismo.

Dessa feita, se envolver os mesmos preconceitos listados na Lei nº 7.716/89 (Lei Caó⁵), deverá ter o julgador a consequência da imprescritibili-

⁴.(...) 4. Não cabe, na via do recurso especial, a análise de suposta violação de artigos da Constituição Federal. De acordo com o magistério de Guilherme de Souza Nucci, com o advento da Lei n.9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão. 5. A injúria racial é crime instantâneo, que se consuma no momento em que a vítima toma conhecimento do teor da ofensa. No presente caso a matéria ofensivo foi postada e permaneceu disponível na internet por largo tempo, não sendo possível descartar a veracidade do que alegou a vítima, vale dizer, que dela se inteirou tempos após a postagem (elidindo-se a decadência). O ônus de provar o contrário é do ofensor. 6. A dúvida sobre o termo inicial da contagem do prazo decadencial, na hipótese, deve ser resolvida em favor do processo. Agravo Regimental desprovido. (STJ, AREsp 686.965/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Ericson Maranhão, DJe 31.08.2015).

⁵ Em homenagem ao autor do PL 52/88, o ex-deputado federal Carlos Alberto Caó de Oliveira.

dade. Destaca-se, nesse sentido, que ainda que haja previsão de outras garantias no art. 5º, XLII, da Constituição Federal, o julgado abarcou apenas a imprescritibilidade, não havendo menção, por exemplo, sobre a inafiançabilidade, tampouco sobre a pena de reclusão.

A partir da edição da Lei nº 14.532/2023, a injúria prevista no Código Penal é apenas aquela que possui como elementos os referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência⁶. O elemento racial, por sua vez, é tratado em lei própria. Nesse passo, as outras formas de preconceitos, quais sejam, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, passaram para a Lei nº 7.716/89, que possui, doravante, novas modalidades preconceito, agora previstos diretamente na Lei de Racismo.

Contudo, cabe observar que embora tenha havido menção à religião, no art. 1º da Lei nº 7.716/89, o legislador não migrou o crime de “injúria religiosa”, ligada especialmente às minorias, do Código Penal para a Lei Caó, criando possível lacuna na proteção dos direitos humanos ligados a tal âmbito. Há, em outras palavras, uma aparente contradição entre separar a intolerância religiosa de minorias do tratamento, em lei especial, da injúria racial, quando a maioria das ofensas religiosas são ligadas, em alguma medida, ao elemento étnico ou racial.

Ainda que em análise superficial possa parecer que a injúria consistente de elementos relativos à religião tenha sido “esquecida” pela lei especial, ficando no Código Penal, não significa que ofensas dessa natureza não possam ter alguma forma de resposta penal. Não se pode olvidar que no campo dos crimes contra a honra em questão, tem-se que a ação penal é condicionada a representação⁷, ou seja, os casos individuais de intolerância religiosa não possuem o impulso estatal inicial, sendo condicionados à representação do ofendido para o desenvolvimento da ação penal⁶. Há a omissão, como se nota, de um tratamento específico para essa forma de intolerância, sendo tratada, portanto, distante da tutela que marca a injúria racial, caindo no âmbito dos crimes contra a honra ordinários, mesmo que previstos em uma forma de majorante específica.

Cabe destacar que estatisticamente, o número de denúncias de intolerância religiosa, no Disque 100, possui crescimento exponencial (Brasil, 2023). Em 2021 foram 581 registros, sendo que no ano seguinte, teve aumento de 106%, sendo registrados em 1,2 mil casos. Somente no primeiro trimestre de 2023, foram registrados 608 casos. Há, por isso, justificativa real

⁶ Art. 145 - Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal. Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código.

⁷ Em atenção ao art. 145, parágrafo único, do Código Penal, tem-se que a ação penal do crime de injúria racial é condicionada a representação:

para que o tema merecesse, a exemplo da injúria racial, tutela diferenciada no âmbito dos crimes contra a honra.

Ou seja, a permanência da “injúria religiosa” no Código Penal, demonstra que mesmo após o julgamento de casos paradigmáticos quanto à intolerância religiosa, ainda se vê, à luz daquilo que menciona Ana Paula Miranda (2021), que se mantém a necessidade de que o Estado atue para a coexistência das religiões, permanecendo, ainda, a sugestão de Miranda no sentido de que “a intolerância religiosa é, na verdade o cavalo de batalha do racismo”.

Com efeito, tal situação se vislumbra na crescente estatística das violações de direitos humanos, nos casos de intolerância religiosa, em confronto com o “olvide” legislativo em conceber novo paradigma legislativo quanto sobre a tema para que a injúria motivada por elementos religiosos possa a proteção e interpretação da Lei de Racismo.

Nessa mesma linha, Ana Paula Mendes de Miranda aduziu em debates durante a CPI da Intolerância Religiosa realizada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ¹⁰). Nas palavras da autora:

No Brasil, o entendimento desses casos é de que são casos isolados. Na verdade, estamos diante de milhares de casos isolados. Ao tratá-los como casos isolados, as pessoas acabam dizendo que não existe racismo no Brasil, porque quando eles são classificados, sempre são classificados como injúria racial, e não racismo. Esta é a razão por que continua a invisibilidade desses fenômenos. Esta é a razão por que devemos pensar no racismo religioso (Miranda, 2021).

Por outro lado, entende-se que a referida omissão legislativa pode ainda estar inserida em maior contexto, considerando que os casos de injúria estão relacionados, em sua maioria, com religiões de matriz africana, o que vai de encontro com as ações e propostas da do bloco político-religioso conhecido como “Bancada Evangélica”, influxo da “universalização do Reino de Deus proposta por Ronaldo R.M. de Almeida (1996, p. 12-23).

Dessa feita, a partir das mudanças efetivas pela Lei nº 14.532/2023, em caso de ofensa à pessoa em relação à religião haverá a aplicação do Código Penal, com, inclusive, pena menor do que a prevista na Lei de Racismo.

Além das questões já apresentadas, outra grande novidade que ocorreu foi a regra de interpretação trazida pelo art. 20-C da Lei em comentário⁸ que previu regra de hermenêutica judicial antirracista. Sobre o tema, interessante o olhar de Adilson José Moreira, abordando a hermenêutica jurídica tradicional:

⁸ “Art. 20-C. Na interpretação desta Lei, o juiz deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência.”

A interpretação da igualdade não pode ignorar o contexto social no qual os indivíduos estão situados. É importante afirmar isso porque a defesa da igualdade como procedimento parte do pressuposto de que os membros da comunidade política possuem experiências sociais similares, que as instituições tratam todos da mesma forma. Essa perspectiva legitima um dos pontos chave da doutrina liberal: a compreensão da sociedade como uma comunidade de indivíduos que possuem os mesmos direitos, motivo pelo qual normas jurídicas devem tratar todos eles a partir dos mesmos parâmetros. Eu sou um jurista que pensa como um negro e não me deixo seduzir por afirmações dessa natureza porque elas permitem a total desconsideração das relações de poder presentes nas interações sociais cotidianas. Esse é um dos motivos pelos quais muitos juristas negros defendem uma postura hermenêutica que afirma a importância da autobiografia no processo de análise jurídica das relações sociais. Pessoas negras possuem uma experiência social distinta de pessoas brancas. Este fato é muito relevante para a interpretação constitucional (Moreira, 2019).

Vê-se, portanto, que o legislador buscou, mediante o art. 20-C da Lei nº 7.716/89, direcionar ao magistrado hermenêutica disruptiva para o fim de auxiliar a criação de interpretação antirracista da lei de racismo. Tudo isso, sob pena de subverter o ideal legislativo, bem como propiciar a observação quanto aos sentimentos do sujeito de direito, ao considerar que a atitude ou tratamento discriminatório dado à pessoa ou ao grupo minoritário, usualmente não seria dispensado a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência.

Nesse sentido, destacando a importância da interpretação quando da formalização dos registros de intolerância religiosa, Camila Nicácio (2021) entende que a passagem do fato social ao fato jurídico e judicial, que denomina de formalização ou "*mise en forme*", é capaz de decidir sobre o futuro daquilo que merece, em maior ou menor grau, atenção e cuidado por parte da justiça e, num outro nível de intervenção, das políticas públicas. Dessa feita, espera-se que a partir desse novo paradigma haja nova interpretação daquilo que seja racismo, para que, em breve, seja possível a intervenção de políticas públicas, amplas que possam reconhecer, legislativamente, outras formas de racismo, além do preterido racismo religioso, mas que englobe a homofobia,

conforme já reconhecido, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADO 26⁹ e do MI 4733¹⁰.

Noutro giro, colaciona-se, ainda, o art. 20-D inserido pela Lei nº 14.532/2023 à Lei Caó. Tal dispositivo legal é no sentido de que em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a vítima dos crimes de racismo deverá estar acompanhada de advogado ou defensor público.

Trata-se, portanto, de norma protetiva que determina a obrigatoriedade de assistência judiciária para as pessoas vítimas dos crimes de racismo. A determinação também está presente no art. 27 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e representa boa prática para salvaguarda dos interesses da vítima, bem como possibilidade de orientação quanto aos atos processuais, não se olvidando que, por se tratar de crime de ação penal pública incondicionada é uma boa prática para ajudar o Ministério Público no andamento da ação penal.

Tem-se, portanto, no âmbito criminal, por exemplo, a presença obrigatória de assistente de acusação, o que poderá, inclusive, nos termos do art. 271 do Código de Processo Penal, propor meio de provas e participar dos debates.

Salienta-se que à luz do art. 20-C da Lei nº 7.716/89, poderá, ainda tendo em vista a assistência jurídica fornecida, requerer a reavaliação pelo *parquet* e também pelo Judiciário, de situação fática que não seja enquadrada juridicamente como racismo.

⁹ Com as seguintes teses: I - Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); II - A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes e celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; III - O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020).

¹⁰ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO

A medida se mostra extremamente necessária tendo em vista a gravidade dos crimes enquadrados como racismo, demonstrando, ainda que a vítima, na maioria das vezes se encontra emocionalmente abalada, sobretudo em virtude de atitudes e tratamentos que lhe causaram constrangimento, humilhação, vergonha ou medo da exposição indevida, motivo pelo qual, dentro do microsistema de proteção adotado, conforme a Lei Maria da Penha, sem prejuízo da interseccionalidade muito vezes presente, poder-se-ia ter acrescida prioridade em tratamento psicológico, considerando os efeitos emocionais do racismo.

Ainda, cumpre trazer à baila a lição de Adilson José Moreira (2020), que, especificamente, leciona acerca das consequências emocionais da discriminação:

As consequências das diferentes formas de discriminação na vida emocional das pessoas são significativas. Experiências de discriminação geram reações físicas imediatas nas pessoas, tais como aumento de batimentos cardíacos, aumento de pressão arterial e comportamento de risco. Ao lado dessas alterações físicas, os indivíduos que sofrem esse problema passam por processos que comprometem sua autoestima; a experiência da discriminação pode gerar dúvidas sobre a capacidade pessoal e até mesmo da relevância de continuarem vivendo. Essas reações decorrem do fato de que episódios de discriminação não são isolados; na verdade, têm um caráter cumulativo porque se repetem ao longo da vida (Moreira, 2020, p. 673).

Infelizmente, pelos motivos já expostos, em virtude de ter permanecido no Código Penal, a assistência jurídica não pode ser oferecida, de modo individual àquele que sofreu injúria religiosa, abarcando, somente a injúria racial. A sugestão que remanesce é que a normatividade possa avançar, para além do tratamento genérico do Código Penal, para a previsão específica da pertinência do racismo religioso.

4. CONCLUSÃO

A alteração legislativa proporcionada pela Lei nº 14.532/2023, se mostra parcialmente benéfica, tendo em vista que atende, em partes, os anseios dos movimentos negros, considerando que abarca as questões relacionadas à raça e etnia.

Contudo, conforme debatido ao longo do texto, ao diferenciar a “injúria racial” da “injúria religiosa”, conferindo tratamento distintos, não condiz com o que se espera em termos de realidade social sobretudo no que tange à intersecção de que tange à raça e a religião.

Tanto é que a Lei Caó aborda em um âmbito o “racismo religioso”, mas não abarca propriamente a “injúria religiosa”, o que gera, inclusive, o efeito deletério de que a vítima da “injúria religiosa” não possa gozar diretamente da prerrogativa prevista no art. 20-D inserido pela Lei nº 14.532/2023 à Lei Caó. A vítima em questão acaba recebendo a proteção geral do Código Penal,

ainda que com incidência, a depender do caso, de potenciais majorantes, mas que não são suficientemente específicas, mesmo que em termos simbólicos, para o destacamento do tema.

Dessa feita, muito embora tenha sido verificado grande avanço e atualização da Lei Caó, não se mostrou adequada aquilo que vem sendo discutido socialmente, mormente, a proteção mínima que se faz necessária nos casos de “injúria religiosa”, que em muitos casos, no Brasil, se traveste de elementos de um racismo religioso.

Pela perspectiva da mais contemporânea tutela dos direitos humanos, cuja proteção das minorias e o combate à discriminação constituem parte estruturante, a lacuna acima apresentada, notadamente pelos dados colhidos, indica que há espaço para avanço no combate ao racismo, no que se pode definir de “racismo religioso” no Brasil.

Ainda que para alguns o tema aqui proposto tenha feição mais simbólica (o que se discorda pelas vantagens que a proteção específica promove), ainda assim haveria avanço. A posição oficial do Estado acerca do tema, mesmo que pela previsão normativa destacada, importa em reconhecimento da tutela contramajoritária dos grupos submetidos à discriminação religiosa.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, R. **A Universalização do reino de deus**. Novos Estudos. São Paulo, Cebrap, 1996, 44, p. 12-23.
- ALTOÉ, Rafael. **Política criminal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- ALVES, Fernando de Brito. **Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática**. Dissertação de Mestrado. UENP– Jacarezinho-PR, 2009.
- ALVES, Fernando de Brito; ALTOÉ, Rafael. **Democracia e os direitos fundamentais nas redes sociais: o paradoxo da alteridade**. In: Dimensões da Justiça em leituras interdisciplinares. Org: Arthur Ramos do Nascimento e Valesca Luzia Leão Luiz. São Paulo: LiberArs, 2022.
- ALVES, Fernando de Brito; NASCIMENTO, Arthur Ramos. **Vulnerabilidade de grupos minoritários entre cenários de crise e proteção de direitos**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 36, n. 2: 363-388, jul./dez. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL, Ministério dos Direitos Humanos e da. **Disque Direitos Humanos (Disque 100)**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/disque100>. Acesso em: 01 jul. 2023.
- BREGA FILHO, Vladimir; DE BRITO ALVES, Fernando. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. **Argumenta Journal Law**, v. 11, n. 11, p. 75-94, 2009.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. **O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível**. Suprema, revista de estudos constitucionais. V.1, n. 2, 2021.

CARNEIRO, Silvana, MOREIRA, Nelson. **Racismo no cinema: os direitos humanos entre a censura e a memória**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 39, 2023, p. 423-436.

COBO, Wallace. **Reflexões acerca da função contramajoritária do STF na proteção de direitos de minorias**. Revista dos Tribunais Rio de Janeiro | vol. 4/2014 | p. 181 - 212 | Mar - Abr / 2014.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris 1991.

HOSHINO, Thiago de Azevedo P.; KARAM DE CHUEIRI, Vera. **As cores das/os cortes: uma leitura do RE 494601 a partir do racismo religioso**. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 2212-2238, 2019.

MIRANDA, Ana Paula Mendes de. **A “política dos terreiros” contra o racismo religioso e as políticas “crisofascistas”**. Debates do NER, Porto Alegre, ano 21, n. 40, p. 17-54, 2021.

MONTERO, Paula. **Secularismo brasileiro à luz das categorias de “injúria” e “intolerância religiosa”**. Debates do NER, Porto Alegre, ano 21, n. 40, 2021.

MORAIS, Mariana Ramos de. “Povos e comunidades tradicionais de matriz africana” no combate ao “racismo religioso”: a presença afro-religiosa na Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial. **Religião & Sociedade**, v. 41, p. 51-74, 2022.

MOREIRA, Adilson Jose. **Pensando como um negro: ensaio de Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Contra Corrente, 2019.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 673.

MOTA, Emília Guimarães. Diálogos sobre religiões de matrizes africanas: Racismo Religioso e História. **Revista Calundu**, v. 2, n. 1, 2018.

NICÁCIO, Camila S. **Formalizing religious intolerance in police records: a picture of a (de)construction problem**, in MONTERO, P. NICÁCIO, C., ANTUNES, H. (eds.), Religious Pluralism and Law in Contemporary Brazil. Springer (Heidelberg & Londres), 2021 (on press) RIO DE JANEIRO, Assembleia Legislativa do Estado do. **COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DESTINADA A APURAR AS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DOS CASOS DE INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**. Rio de Janeiro: Alerj, 2021. Disponível em: <http://ole.uff.br/wp-content/uploads/sites/600/2022/06/RELAT%C3%93RIO-FINAL-DA-CPI-RES.382.2021-com-capa-1.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2023.

PASSOS, Marianna, PITHAN, Lúvia. **Análise do caso Evans versus Reino Unido julgado pela corte europeia de direitos humanos**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 39, 2023, p. 17-32.

SILVA JUNIOR, Hédio. **Notas sobre o Sistema Jurídico e Intolerância**. In: Silva, Vagner (ed.). Intolerância Religiosa: impactos do neopentecostalismo no campo religioso brasileiro. São Paulo: EDUSP, 2007.

CAPÍTULO 12

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NAS BÁLCÃS OCIDENTAIS E NO BRASIL: UM PROCESSO DE EXERCÍCIO DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Breno Casemiro de Mendonça Alvarez
Marcelo Ioris Köche Júnior

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito Penal simbólico. 3. Caso do Ocidente europeu. 3.1. A "Europeização". 3.2 Caso dos "Western Balkans". 4. Caso brasileiro. 4.1. Panorama atual. 4.2. Ativismo Judicial e a efetividade da criminalização. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Apesar da globalização de direitos que o mundo testemunhou após a segunda guerra mundial, muitas são as minorias que ainda encontram entraves para ver efetivadas em prática seus direitos humanos básicos. Esse é o caso da população LGBTQIA+, a qual vê constantemente sua dignidade humana sendo botada em xeque em razão dos crimes de violência motivados pelo ódio à comunidade. Porém, o termo crime aqui usado, não reflete uma realidade fática de todas as regiões do mundo. Nessa vertente encontram-se dois panoramas: Países como o Brasil, onde a tipificação do crime com norma penal própria ainda não é uma realidade e países como os Balcãs Ocidentais, os quais aprovaram leis nesse sentido, mas pouco é realmente feito para que estas sejam botadas em prática e realmente demonstrem efetiva mudança no quadro de violência atualmente vivido.

O presente trabalho tem por objetivo apresentar, por meio de uma comparação feita com os países dos Balcãs Ocidentais e o Brasil, razões pelas quais a criminalização das condutas homotransfóbicas não são a única solução que deve ser buscada para o problema aqui enfrentado. Para isso, busca-se mostrar qual o atual panorama das discussões sobre o assunto no Brasil,

evidenciando quais os principais entraves enfrentados pela população LGBTQIA+ no país. Atenção especial será dada para a atual decisão legislativa dos tribunais brasileiros em considerar a homotransfobia como crime análogo ao de racismo, e qual sua efetividade no plano fático. Ademais, busca-se tratar de como, similarmente ao Brasil, os países do Balcãs ocidentais, em razão de um processo regional específico, acabaram passando leis oficiais que criminalizam no âmbito penal a homotransfobia, e, por qual razão, mesmo após este fato, tão pouca visibilidade e eficiência foi vista no tocante ao assunto. Ainda, para explicar o fenômeno explicitado, o presente artigo irá buscar nas teorias e autores da criminologia crítica o motivo pelo qual ambas as decisões acima descritas não configuram eficientemente o que a temática buscava, e porque em assuntos como direitos humanos, o direito penal não deve ser a única alternativa buscada.

2. DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Neste tópico, tratou-se de como se manifesta a função simbólica do direito penal e através de que brechas ela passou a contemplar grande parte do objetivo do legislador ao criar normas de caráter penal. Desta forma, primeiro, realizou-se uma revisão bibliográfica com os autores da criminologia para entender onde o direito penal perdeu sua legitimidade operacional, dando caminho para o surgimento de funções simbólicas e depois, abordou-se elas em específico.

Nesta toada, o direito penal surge como mais uma manifestação do poder social, sendo sua particularidade o fato de se expressar por meio do discurso jurídico penal, que tem, ou deveria ter, como características a legalidade e a legitimidade (Zaffaroni, 1991, p. 6). Este autor percebe, porém, que muito do que é programado pelo discurso jurídico penal, não é abarcado na realidade, havendo então uma grande disparidade entre o que o direito penal planeja e aquilo que ele realmente consiga lidar com seus institutos.

Ademais, o autor ainda entende que o direito penal e seu discurso perde sua legitimidade ao usar seus instrumentos para encarcerar apenas certas fatias da população, as quais interessam às classes dominantes (Zaffaroni, 1991, p. 7). Depreende-se também que o atual sistema penal encontrou, nestas classes, simpatizantes que o dão razão de existir, pois a eles interessa a exclusão acima delatada. Outrossim, por este motivo, tal sistema e seus instrumentos intrínsecos não são substituídos e manter-se-ão como o único enquanto as massas dominantes a quem agrada esta política de extermínio perdurar.

No que concerne às funções instrumentais da legislação criminal, Alessandro Baratta debruça uma análise específica sobre a realidade factual

dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal na contemporaneidade ao dizer que, atualmente, os direitos e as normas penais se afastam cada vez mais da tendência anterior de legislar de maneira abstrata e geral. Ao contrário, a tendência atual é o fenômeno da “administrativização do direito” (Baratta, 1994), o qual coloca a norma penal como acessório dos órgãos administrativos do estado por um lado, e o confere um caráter muito mais singular, que parece atuar especificamente para quando situações singulares surgem à tona na sociedade, de outro.

Desta forma, as normas penais se transformam em um instrumento de administração de situações particulares, de riscos excepcionais: em outras palavras, um instrumento de resposta contingente a situações de “emergências” concretas (Baratta, 1994, p. 6).

Ao surgimento de novos desafios e paradigmas na sociedade, a doutrina da criminologia atribui o termo “sociedade de risco”, onde sempre novos desafios vêm a aparecer. Baratta ainda afirma que atualmente, vive-se em um estado de prevenção, uma vez que as instituições estatais estariam sempre realocando-se para enfrentar um novo desafio que venha abalar suas estruturas (Baratta, 1994). Entende-se ainda que, o surgimento desses desafios acarreta uma sensação de insegurança na comunidade, a qual é potencializada pela imprensa, que a todo momento denuncia os delitos que acontecem ao redor do mundo inteiro. (Sanches, 2011)

A insegurança gerada pelos riscos supracitados gera uma expectativa recorrente no estado para dirimir tais problemas, como no caso em questão, a criminalidade. Porém esta expectativa logo é frustrada pela falta de efetividade prática das funções instrumentais do direito penal, gerando falta de confiança nas atitudes do estado perante este tópico.

Aliado à descrença na efetividade das estruturas estatais, surge um questionamento sobre a efetividade das teorias que alicerçam o sistema penal. Neste sentido, é importante ressaltar duas em específico: a teoria da ressocialização do réu e a teoria da prevenção geral do delito. Acerca da primeira, refere-se exclusivamente à função imediata das penas como sendo a de tornar o apenado apto a convivência social novamente, como uma espécie de reintrodução do indivíduo na sociedade. Já a prevenção geral se desenrola como uma intimidação estatal, pois utiliza-se da agressividade do sistema carcerário (e até mesmo do caráter letal deste em países como os Estados Unidos) para impedir o cometimento de novas infrações penais, postando medo no interior da população civil (Baratta, 1994, p. 9).

Porém, apesar do rico arcabouço teórico, as teorias supramencionadas encontram certa limitação no que concerne à sua verificação empírica, uma vez que os dados relativos à eficiência da ressocialização do apenado e da prevenção de futuros delitos é de difícil coleta. Sobre o tema, entende-se que:

A crise das duas primeiras teorias instrumentais se deve, em parte, à maneira incorreta ou à falta de verificação das suas bases empíricas, ou seja, à realização das suas funções imediatas respectivamente assumidas. A falta de evidência empírica para a realização de tais funções numa medida estatisticamente significante fez com que surgissem dúvidas sobre a possibilidade de alcançar a finalidade mediata: a tutela dos bens jurídicos e a defesa social (Baratta, 1994, p. 12)

Os fenômenos acima explicitados denotam, então, o surgimento de uma nova máxima no direito penal: As funções instrumentais, como a ressocialização e a prevenção geral, caem por terra e o direcionamento da norma criada passa a compreender que o cidadão fiel a lei é quem realmente importa para o direito penal, (Baratta, 1994, p. 12). Segundo o autor, o surgimento de uma norma geral punitiva vem explicitar que o direito está aqui muito mais para reafirmar valores em voga na sociedade, do que para definir uma prevenção efetiva de crimes. A norma penal seria como um espelho do bom cidadão que segue a lei e o que ele esperaria de um ordenamento jurídico que zele dos bens jurídicos que a boa sociedade considere interessante:

A teoria da prevenção geral positiva é, portanto, uma teoria da função simbólica do direito penal, no sentido de que as funções indicadas se relacionam diretamente com a expressão dos valores assumidos pelo ordenamento e com a afirmação da validade das normas, confirmação esta simbólica e não empírica (Baratta, 1994, p. 12).

A visualização desta função simbólica mostra que não há preocupação real por parte das instituições do estado, em diminuir os crimes existentes. O que acontece, ao invés, é a busca incessante pela satisfação popular no que entende-se como opinião pública: é necessário que a sociedade confie na instituição que a administra (estado), porém as funções instrumentais não geram real mudança, e pelo ao contrário, criam-se leis que versam sobre aquilo que a população quer ouvir, dando assim, uma falsa impressão de que algo está realmente sendo feito em relação a certas pautas sociais.

Nesta toada, a discussão aqui perpetrada ganha especial gravidade quando se trata de uma classe social vulnerável, uma vez que estas necessitam, na maioria das vezes, de algum tipo de tutela emergencial, a fim de que sua dignidade humana seja preservada. No entanto, quando a solução dada é a mera atividade legiferante sem a devida aplicação passa-se a duplamente vitimizar aqueles que tanto necessitam de atendimento tempestivo.

Em contribuição à conceituação da discussão sobre funções simbólicas e instrumentais, Neves traz que nem sempre essas duas funções são tão facilmente separadas. Para o autor, o que define a legislação simbólica é a extrema carga política que a mesma carrega, tendo função de estabelecer ou reforçar um valor já vigente na sociedade. Assim:

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (NEVES, 2007, p. 32)

Os valores supracitados, portanto, configuram grande parte do combustível que move a atividade legiferante, ao passo que o legislador passa a se sentir pressionado em formalizar os dilemas que a classe dominante venha a considerar como relevantes.

A literatura criminológica traz também o conceito de legislação *álibi* (NEVES, 2007, p. 39), em que, face a uma sociedade que está sempre trazendo novos desafios que exigem cada vez mais uma resposta imediata, surgem propostas legislativas de caráter peculiar. Diante de tal urgência, entende-se que o estado, instituição que deve cuidar da segurança geral pelo contrato social firmado, precisa reagir com a mesma rapidez que esses problemas surgem. Desta noção tão grande de urgência e celeridade das ações governamentais, surgem legislações e propostas normativas que apenas devem demonstrar que o estado não está ignorando a situação de crise, por mais que, em meios instrumentais e fáticos, nada esteja de fato sendo feito.

Nesta toada, a “legislação *álibi*” cria um ciclo vicioso dentro do ordenamento jurídico, pois transmite para a sociedade, e principalmente aos eleitores, que a produção legislativa, e tão somente a produção legislativa, é capaz de conter as turbulências que surjam, uma vez que, a criação deste tipo de legislação é a única atitude tomada em vias gerais para resolver o problema.

A legislação-*álibi* decorre da tentativa de dar a aparência de solução dos respectivos problemas sociais ou no mínimo da pretensão de convencer o público das boas intenções. Como se tem visto, isso não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. (NEVES, 1994, p 38).

Esta visão de que a legislação penal seria uma solução fácil para os problemas sociais contribui para que ressurgja a tendência jurídica ao expansionismo penal, uma vez que, retira-se o crédito de todos os outros meios de resolver certa questão, deixando completamente para trás o princípio de “direito penal mínimo”, pelo qual entende-se que as respostas penais devem ser acionadas apenas em última instância, quando realmente necessárias.

Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram da forma mais ruidosa -, ali se pode pensar na frase de Tácito: *péssima republica, plurimae leges*. (SÁNCHEZ, 2013, p. 25).

Em uma perspectiva geral, então, entende-se que, no mundo contemporâneo as funções instrumentais que realmente deveriam fazer diferença na realidade fática são pouco verificadas, em uma realidade em que a criminalidade pouco parece diminuir. Consoante a essa afirmação, parece ser de consenso geral que, quando novos riscos e problemas surgem, a sociedade busca refúgio na criação de tipos penais e legislação normativa para sanar tal situação crítica. Ao buscar refúgio na atividade normativa, porém, cria-se a face simbólica do direito penal que, muito mais tem a ver com reafirmações políticas e ideológicas, do que com a extinção de perigos.

3. CASO DO OCIDENTE EUROPEU

3.1. A “Europeização”

O continente europeu tem sido palco para um fenômeno singular no tocante ao compartilhamento de princípios e noções normativas, fenômeno este que os acadêmicos vieram a chamar de “europeização”. Esta, por sua vez, consiste no processo pelo qual os estados membros da União Europeia passam a ter uma espécie de uniformização de alguns preceitos constitucionais, os quais por sua vez, refletem na política interna de cada um desses países.

Neste sentido, Sérvulo Correia traz em seu trabalho que este compartilhamento peculiar de princípios e fundamentos constitucionais não é fruto apenas da integração desses países à União Europeia, mas sim da criação jurisprudencial ocorrida nos países membros e no Tribunal Europeu do Direito Do Homem, pertencente à organização diversa da União Europeia. Sobre isto, o Professor aduz;

Como se referiu já, as judicaturas nacionais - em particular as dos tribunais constitucionais - e a do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, têm exercido uma ação determinante na densificação de princípios estruturantes, como o do Estado de Direito, o princípio democrático, o princípio do Estado Social, os princípios da igualdade, tutela da confiança, proporcionalidade e, em especial, do corpo de direitos fundamentais (CORREIA, Sérvulo, p 113)

Seja qual for a fonte dos compartilhamentos destes elementos normativos, fato é que a União Europeia exerce fortíssima influência no ordenamento jurídico dos seus países membros. No entanto, existem correntes que muito divergem no tocante a este assunto: os estudiosos se dividem no momento em que tentam conceber se a interferência do bloco econômico é positiva ou não.

Há uma primeira corrente que afirmava e acreditava que o impacto principal da União Europeia em seus países membros era positiva, pois possuía uma enorme carga democratizante (Martin Mendelski, p. 2, 2016). Uma segunda corrente, porém, se mostra mais pessimista quanto à interferência do

poder legal do bloco econômico em alguns países. Sobre este último grupo, pode-se analisar alguns problemas, ou mesmo patologias que a implementação do modo de legislar da União Europeia pode causar, sendo a falta de execução da lei, um dos mais graves. Nestes casos, as normas introduzidas por reformas impulsionadas pela união europeia normalmente são de certa forma barradas pelos agentes internos dos países (chamados por Mendelski de “veto players”, ou jogadores de veto, em tradução livre), gerando uma fortíssima incongruência entre aquilo que se vê nas leis e o que realmente ocorre na prática.

Outro reflexo interessante sobre o assunto é o fato de que leis provenientes de reformas originadas pela União Europeia podem gerar uma instabilidade legal, por serem muito vagas e basearem-se em preceitos morais talvez não tão consolidados em alguns países da Europa, voltando no mesmo problema já mencionado.

No entanto, em arremate, não se pretende neste tópico exaurir todos os efeitos da europeização, mas sim compreender que, a adoção de leis em alguns países não ocorreu com o declarado objetivo de legislar sobre tópicos relevantes, mas sim para inserir certas regiões em um contexto de privilégio político e até mesmo em vantagem comercial/econômica com outras nações.

3.2. Caso dos “*Western Balkans*”

Os *Western Balkans* são uma região peculiar no tocante ao processo de “europeização” citado acima. Dos países que integram a região (Albânia, Bósnia, Macedônia do Norte, Montenegro, Kosovo e a Sérvia) a maioria deles sofreu grande influência da *europeanization*, entretanto antes de entender como o sistema legal dessa nações foi afetado, atenção especial deve-se ser dada a alguns pontos.

No tocante a homofobia, é interessante entender que esta região da Europa possui grande influência da igreja ortodoxa, além de ter alguns dos maiores níveis de homofobia do continente europeu. No entanto, mesmo com um quadro tão desfavorável, muitas leis contra a homofobia e outros crimes de ódio foram aceitas nesses países.

Sobre estas leis, em sua maioria sabe-se que elas se dão como “agravantes” nas penas de crimes de ódio cometidas motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero, como aconteceu, na Bósnia e Sérvia em 2013, segundo relatório da OSCE em 2014.

Nesta toada, é necessário entender que, especialmente na região dos “*Western Balkans*”, a comunidade LGBTQIAP+ sofre diversos níveis de discriminação, sendo que, nestes locais, a maioria da população não considera que

esta comunidade nem seja um grupo minoritário¹. A discrepância no tratamento igualitário é perceptível facilmente na ausência de empregabilidade das pessoas da comunidade e também, além de estas não se sentirem inteiramente protegidas pelas entidades policiais.

Conforme o citado, a maioria dos países que compõe os “*Western Balkans*” tem tido como uma tendência observável a adoção de leis contra a homofobia, muito embora, tais tipos penais raramente sejam utilizados ou considerados válidos. Segundo o autor Piotr Godzisz, o que acontece nessas ocasiões é a falta da execução desses tipos de lei, decorrente da enviesada inserção desse tipo penal no ordenamento jurídico dos “*balkans*” com um único objetivo: sua futura integração na União Europeia.

Este fenômeno ganhou força em razão de uma política adotada pela União Europeia, conhecida como *fundamentals first*, a qual coloca na linha de frente o direito de igualdade como parte integrante do seu panorama legal, apesar do bloco ter forte caráter econômico. A integração dessas políticas, porém, se mostra de forma evidentemente vazia, uma vez que, não obstante a ação de tipificar o crime de lgbtfobia, nada tem sido feito em relação ao pensamento preconceituoso da população dos “*Western Balkans*”, a qual ainda não considera minimamente aceitável a identificação de um indivíduo com o grupo aqui estudado.

É visível portanto que, conforme demonstrada pela pesquisa de Piotr Godzisz, os países dos *Western Balkans* têm reforçado seu ordenamento jurídico com a inserção dos crimes contra a homofobia, porém a problemática transcende a mera tipificação da conduta aqui esplanada. A problemática se evidencia ao passo que, apesar de explicitamente tipificado pela lei, pouquíssimos países praticam políticas para que colham-se dados sobre a quantidade de crimes registrados sobre esses tipos penais, sendo que as estatísticas nesse âmbito, quando existentes, são mínimas.

Na perspectiva prática, nota-se que na maioria desses territórios a coleta de dados sobre esse importante crime é feita majoritariamente por ONG's e instituições estrangeiras. Os governos locais parecem quase que inertes quanto a existência de crimes contra a comunidade LGBTQIAP+, o que prejudica de forma direta a imposição da aplicação de penas no caso concreto contra esses crimes. Sobre isso, o autor relata que “ODIHR and NGO's interventions in the WB, while sufficient to change the law, have yet to bear fruits when it comes to actual implementation, evidenced by good quality data being captured and reported” (GODZISZ, 2019, p. 301).

¹ Pesquisa realizada pela National Democratic Institute, em 2014

Outrossim, a literatura no tocante a implementação de leis no caso de pressão vinda da comunidade exterior evidencia que a mera tipificação dessas leis é uma maneira barata e fácil de parecer que alguma mudança realmente está acontecendo, porém o verdadeiro impacto dessas leis só seria observável caso víssemos, no caso concreto, algum real esforço de ambos, governos e ONG's em realmente colher dados sobre a ocorrência de crimes contra a dignidade de pessoas da comunidade (GODZISZ, 2019, p.300).

Em arremate, pode entender-se o caso do leste europeu como um clássico exemplo do que se explanou mais cedo a respeito da legislação simbólica, uma vez que toda a reforma feita dentro do ordenamento jurídico desses países tão profundamente preconceituosos ocorreu decorrente de uma pressão totalmente externa, no caso aqui estudado, da União Europeia. Não houve esforço, até o panorama atual, pelo menos, no que concerne uma real tentativa na captura de informações para que se conheça mais sobre as agressões sofridas pela comunidade LGBTQIAP+ nessa região específica.

4. CASO BRASILEIRO

4.1. Panorama atual

O Brasil é a nação que mais assassina a população LGBTQI+ no mundo, segundo dados do Grupo Gay da Bahia (GGB) (OBSERVATÓRIO DE MORTES VIOLENTAS LGBTI+ NO BRASIL, 2020), apenas em 2020, cerca de 237 pessoas consideradas parte dessa minoria sofreram mortes violentas, liderando dentre desse ranking, os transexuais e os homossexuais. Homofobia e Transfobia são as causas mais comuns para tais mortes (GGB), porém o suicídio também desponta como parte da problemática aventada, sendo consequência delas. Em grande parte, as mortes e agressões aos direitos básicos dessa população acontecem em questão de um grande preconceito vigente na sociedade, o qual carrega em seu cerne uma visão heteronormativa do mundo, onde o homem heterossexual, cis gênero e branco é visto como referência de normalidade.

O poder legislativo é o órgão do estado absolutamente competente e responsável por criar leis que reflitam a realidade brasileira conforme a mesma evolui e apresenta novos dilemas a serem analisados. Portanto se vê necessário exigir que tal poder assim o faça e legisle sobre questões relacionadas à comunidade LGBTQIAP+, seguindo o seu dever legal. Nota-se que, no Brasil, a maioria dos "direitos" concebidos para a população LGBTQIAP+ não passa de apoios prestados por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual por meio da interpretação de disposições constitucionais, dá "auxílio" a essa minoria, porém, estes, não possuem caráter de lei.

O mais recente desses auxílios concedidos foi a equiparação do crime de homotransfobia ao crime de racismo, através de uma ferramenta jurídica chamada ativismo judicial, em que se alega a mora do poder legislativo quanto a sua função:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO A REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR. 1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar. 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem. 3. O mandado de criminalização contido no art. 50, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. 4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 50, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa. 5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar *inertia deliberandi*. 6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. 7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida (STF, 2019).

A oposição legislativa em prestar apoio às minorias, com enfoque para o povo LGBTQIAP+, é uma demonstração clara de que o poder responsável pela criação de normas é extremamente enviesado por visões que consideram pessoas *queer* uma abominação, pois como exposto, por meio da bancada “BBB (Bíblia, Boi, Bala), o parlamento passou a levantar a bandeira da defesa da família e da moral cristã contra os movimentos feministas, homossexuais e grupos de direitos humanos (TREVISAN, 2018, p. 443).

Neste âmbito, a Constituição da República Federativa do Brasil (C.F, 1988) apresenta em seu Artigo 1, no inciso III, o preceito de dignidade da pessoa humana, o qual confere o reconhecimento de um valor intrínseco a todo o ser humano, que não deve de forma alguma ser violado.

4.2. Ativismo Judicial e a efetividade da criminalização

Ao extrapolar sua função típica, o Poder Judiciário acaba por “criminalizar” a homofobia no Brasil, porém é de extrema importância atentar-se ao caráter emergencial desta decisão, uma vez que o tipo penal de racismo, a qual foi equiparado, possui as mais diversas diferenças quanto ao crime de homofobia em si, além de envolver dois movimentos sociais com contextos históricos e lutas muito diversas.

É evidente, no entanto, que essa comparação possui, sim, certa relevância social, uma vez que, como já visto, a criminalização de condutas atualmente não é apenas uma questão prática, mas reverbera também no plano simbólico das morais e dos preceitos vigentes em uma sociedade.

Desta forma, tem-se que “a mudança no direito não apenas se segue às mudanças culturais, mas ajuda a promovê-las” (LOPES, 2006, p. 32), o que sintetiza o pensamento aqui desenvolvido de que o exercício jurisdicional que o poder judiciário cumpre um papel importante, na medida em que, serve como um farol sob a obscura luta LGBTQIAP+, que até então não possuía nenhum espaço dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante as benesses citadas, é de conhecimento, porém, que a “criminalização” e outras ferramentas que o direito penal pode usar, não se bastam por si só. A bibliografia consultada, nos apresenta, por exemplo, que nos crimes de racismo (tipo penal a qual a homofobia foi equiparada) a criação de um tipo penal não acarretou enormes mudanças no meio fático, uma vez que não se registravam muitos casos enquadrados na lei de racismo (BORNIA 2008, p. 14). Para este quadro, pode-se trazer a hipótese de que, em um país onde a sociedade ainda convive, constantemente, com preconceitos e agressões desferidas contra comunidades minoritárias, uma mera lei não fará grandes mudanças, já que a sociedade civil não é ensinada a pôr em destaque o comportamento discriminatório, limitando então, a repercussão meramente no plano simbólico.

Relevante consignar, ademais, que a luta da comunidade queer requer um esforço além do panorama normativo. Isto se dá pois há um histórico, não só brasileiro, mas mundial, de repressão às manifestações diversas de sexualidade e gênero existentes. Por múltiplas vezes ser homossexual, por exemplo, foi considerado pecado e até mesmo uma patologia (CARVALHO, 2012c, p. 201) o que deixa marcas profundas, as quais requerem a ação de variadas políticas públicas para sanar.

5. CONCLUSÃO

Conforme exposto acima, a criminalização ou tipificação como um fruto do exercício do direito simbólico é algo muito comum no que concerne ao tópico homofobia, ou a LGBTQIA+ em geral. Duas regiões muito contrastantes foram trazidas para o holofote no decorrer do trabalho, porém um caráter específico une as duas: o Brasil e os “*Western Balkans*” europeus são territórios em que o preconceito direcionado a comunidade *queer* é recorrente e quase que institucionalizado pela ausência de atitudes efetivas que realmente tenham alguma efetividade.

No caso do leste europeu, a cultura conservadora advinda de religiões estritas e tradicionais impediu que surgisse ali um ambiente seguro para o povo LGBTQIAP+ e o panorama não mudou com a adoção de tipos penais que criminalizam a conduta discriminatória, uma vez que, a adoção desta política penal foi realizada de forma isolada, não acompanhada com uma onda de reeducação da população civil quanto ao tratamento da minoria aqui estudada. Ao contrário, a falta de interesse estatal em colher dados ou estimular a promoção dos direitos humanos contribui para o descaso com o assunto.

Já no caso Brasileiro, de maneira similar, a sociedade é cercada por casos violentos de atentados contra dignidade humana LGBTQIAP+, possuindo o maior índice de fatalidades dentro da sigla no mundo todo. A institucionalização desse preconceito ainda pode ser observada pela mora de anos da casa legislativa brasileira em tratar o assunto, o qual foi várias vezes explicitamente barrado, representando o pensamento retrógrado que ainda cerca a sociedade brasileira, e até mesmo, seu nível normativo.

Ainda, no território brasileiro, há a disseminação de larga propaganda anti LGBTQIAP+ pelas fatias dominantes da comunidade, uma vez que se unem com líderes religiosos a fim de propagar atrocidades acerca da comunidade aqui tratada. Outrossim, a carta magna do país é explícita quanto a rejeição de qualquer tipo de discriminação, porém, ao tempo que projetos de leis contra crime de ódio são barrados, há recorrente discussão acerca da retirada de direitos já concretizado pelos supremos tribunais, como o casamento homoafetivo. As casas legislativas brasileiras são um ponto de constante desencontro entre o que está sendo decidido por magistrados e o que realmente deseja-se pôr em lei. Tal discordância, por sua vez, revela que qualquer apoio adquirido pelos supremos tribunais tem caráter muito frágil e até mesmo transitório por vezes,

Por conseguinte, as semelhanças não se restringem ao exposto, sendo também muito próxima a abordagem do estado sobre o assunto: a utilização do caráter simbólico da norma penal como ferramenta de pacificação social.

Desta forma, nos dois territórios as normas surgiram como formas de tranquilizar a comunidade LGBTQIA+ sobre a tutela estatal de seus direitos, através de normas que se restringem à mera demonstração de um fictício cuidado que a os governos querem aparentar ter, para não causar mais descontentamento das lideranças dos movimentos sociais.

Portanto, nos “*Balkans*”, o processo de *Europeanization* corrobora mais ainda para a problemática aventada, uma vez que a pressão externa faz com que ordenamentos jurídicos distintos tentem criar leis de direitos humanos meramente de fachada, a fim de se encaixar aos moldes vigentes no bloco econômico.

Em sua medida, o Brasil utiliza da “legislação álibi” para simular estar cumprindo os preceitos constitucionais de sua reverenciada carta magna, sem nunca sair do ativismo judicial na tentativa de cuidar sobre a causa, depositando suas esperanças em mera analogia jurídica que pouco faz realmente pela causa, já que deixa de lado qualquer outra alternativa de promoção de direitos constitucionais.

Ambos os países, cada um condicionado às suas peculiaridades, parecem ignorar o símbolo jurídico de “*ultima ratio*” do direito penal, escolhendo por desprezar medidas que tentem educar a sociedade quanto as pessoas *queer*, ou prestar à população algum auxílio mais concreto, ao mesmo tempo que não busca coletar fatos empíricos sobre a comunidade.

Em arremate, as pessoas LGBTQIAP+ acabam por viver tempos de extrema insegurança, já que continuam a ver a ascensão de líderes políticos que desprezam sua existência, ao passo que precisam se contentar com normas que versam abstratamente sobre apenas uma pequena porcentagem das dores sofridas pela comunidade.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n. 5 –jan.1994.

BORNIA, Josiane Pilau. **Discriminação, preconceito e direito penal.** Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator Ministro Celso de Mello.** Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019

CARVALHO, Salo de. **“Criminalização da homofobia”.** In: 180 Seminário Internacional de Ciências Criminais. 2012a

CORREIA, Sérvulo. **A União Europeia e a “Europeização” do Direito Constitucional dos Estados Membros.** Repositório Institucional do STJ. P. 111 a 124. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27361>.

GODZISZ, Piotr. The Europeanization of anti-LGBT hate crime laws in the Western Balkans. **Crime, Law and Social Change**, v. 71, p. 291-306, 2019.

ILGA-Europe, **Annual Review**, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **“O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas”**. In: RIOS, Roger Raupp. Caderno de Direito Constitucional. EMAGIS: Porto Alegre, 2006, p. 24-54.

MENDELSKI, Martin. **Europeanization and the rule of law: Towards a pathological turn. South-eastern Europe**, v. 40, n. 3, p. 346-384, 2016.

National Democratic Institute. **LGBT Public Opinion**. Western Balkans. 2015. Disponível em https://www.ndi.org/LGBTI_Balkans_poll

OBSERVATÓRIO DE MORTES LGBTQI+ NO BRASIL. 2020. Disponível em; <https://observatoriomortesviolentaslgbtbrasil.org/in%C3%ADcio>. Acesso em 22 de novembro de 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 25.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1991.

CAPÍTULO 13

DILEMAS DA SEGURANÇA PÚBLICA ENTRE A FRONTEIRA DO BRASIL E PARAGUAI: A IMPORTÂNCIA DA COLABORAÇÃO BILA- TERAL NO COMBATE À PRÁTICAS DELITI- VAS TÍPICAS DE REGIÕES FRONTEIRIÇAS E A VIABILIDADE LEGAL PARA A COOPE- RAÇÃO

Diosmar Alves da Cruz Junior
Marcelo Ioris Köche Júnior

Sumário: 1. Introdução. 2. A segurança pública em regiões de fronteira. 3. O papel das Constituições no que tange a colaboração entre Brasil e Paraguai no âmbito da segurança pública. 4. Os crimes típicos de regiões fronteiriças. 5. As legislações infraconstitucionais do Brasil e Paraguai acerca do crime organizado. 6. A importância da integração entre as agências de segurança pública do Brasil e Paraguai. 7. A cooperação policial entre Brasil e o Paraguai e seus efeitos práticos. 8. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil e o Paraguai possuem um amplo histórico de interações que perdura pela na contemporaneidade. Diante disso, é mister destacar que a segurança pública nas regiões fronteira é um importe recorte que liga ambas as nações. O presente trabalho tem como problemática central os dilemas que circundam a segurança pública entre o Brasil e Paraguai, bem como a importância da colaboração bilateral para dirimir a prática de crimes transfronteiriços. Assim, a hipótese inicial deste trabalho concentra-se em admitir que a região fronteira é alvo estratégico das Organizações Criminosas e que esse

contexto pode ser impactado positivamente quando as nações coirmãs se unem e colaboram entre si em prol da segurança pública.

Desse modo, buscou-se demonstrar a viabilidade legal e prática de operações por meio de análises comparativas dos textos normativos e da observância de situações fáticas que ocorrem no contexto da fronteira que liga os países. Por fim, insta salientar que não se buscou limitar a discussão ou propor soluções definitivas, visto que o entendimento que se tem a despeito de fronteiras não permite limitações desta espécie. O objetivo central é evidenciar as problemáticas que circundam tais regiões e demonstrar o quão benéfico é a colaboração no combate aos crimes classificados como transfronteiriços.

2. A SEGURANÇA PÚBLICA EM REGIÕES DE FRONTEIRA

A segurança pública em um aspecto geral é incontestavelmente fundamental para que se possa conjecturar um Estado democrático de direito. A harmonia e a paz social propiciam um ambiente justo, igualitário e acima de tudo democrático, por isso, é fulcral que haja uma atenção especial em relação à segurança pública, principalmente, quando o recorte contextual tratar de regiões fronteiriças.

Nesse sentido, a reflexão sobre os conceitos abarcados na palavra fronteira é de suma importância para que se possa mensurar a grandeza e complexidade da problemática. Assim, a noção de fronteira deve ser analisada para além das questões geográficas, uma vez que circunstâncias sociais e políticas majoram e ressignificam seu conceito. A despeito disto, SEABRA (2012, p.10) esclarece que:

De acordo com as diversas tipologias, as fronteiras prestam-se a unir, separar, aproximar, isolar ou proteger e segundo Meira Mattos (1990, p. 37), são sempre regiões de contacto, de grande sensibilidade, que necessitam de ser respeitadas e preservadas sob pena de provocarem antagonismos, pressões e conflitos.

Destarte, as dimensões continentais e a extensa faixa de fronteira que integram o território nacional influenciam diretamente na segurança pública nacional uma vez que é notório que determinadas regiões fronteiriças são verdadeiras portas de entrada para o cometimento de ilícitos. Nesse sentido, vale destacar que inúmeros são os crimes que afligem e alarmam a paz e a segurança pública e por isso devem ser combatidos com veemência com vistas a resguardar as premissas constitucionais previstas expressamente na Constituição Federal de 1988 (CRFB/88).

Outrossim, é importante frisar que ilícitos como o tráfico de drogas, tráficos de armas, tráfico de pessoas, contrabando e evasão de divisas além de serem comuns às regiões fronteiriças são majorados em decorrência do

contexto problemático que circundam essas regiões. Ademais, dentre os dez países que fazem fronteira com o Brasil e demonstram problemas com crimes típicos de fronteira, destaca-se o Paraguai em decorrência de fatores geográficos, sociais e políticos. São cerca de 1.339 quilômetros que dividem as duas nações (FURQUIM JÚNIOR, 2007).

Tal extensão é usada por Organizações Criminosas (ORCRIM) que se valem das diversas fragilidades para cometerem os delitos típicos dessa região e conseguirem com isso uma vantagem estratégica em relação ao alcance da jurisdição do Estado.

Por certo, a colaboração bilateral entre Brasil e Paraguai no âmbito da segurança pública é indispensável, visto que os crimes típicos desta fronteira impactam negativamente ambas as nações. Unir esforços nos mais variados níveis significa respeitar os preceitos constitucionais previstos nos textos maiores de ambos os países, além de importar em uma grande colaboração com a segurança e harmonia da comunidade internacional.

Ante o exposto, evidencia-se a relevância científica e social da temática, haja vista que a produção de conhecimento sobre o tema é de grande importância para o avanço de políticas públicas que privilegiam a colaboração bilateral na segurança pública em regiões fronteiriças.

3. O PAPEL DAS CONSTITUIÇÕES NO QUE TANGE A COLABORAÇÃO ENTRE BRASIL E PARAGUAI NO ÂMBITO DA SEGURANÇA PÚBLICA

Em um primeiro momento, a análise dos textos constitucionais do Brasil e Paraguai mostra-se relevante, visto que a comparação normativa permite aferir a viabilidade de cooperação e integração no que diz respeito à segurança pública nas regiões limítrofes das referidas nações.

Assim, observa-se que ambos os países possuem características comuns no que diz respeito ao contexto de formulação de seus textos constitucionais. Nessa rota, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como, a *Constitución de la República de Paraguay de 1992* (CRP/92) são reflexos da busca incessante pela democracia e pela efetivação dos direitos humanos.

O exame dos textos maiores demonstra que os constituintes originários se preocuparam em garantir que a democracia e a dignidade da pessoa humana fossem máximas a serem perseguidas pelo Estado. Dessa forma, a segurança pública é direta e indiretamente expressa como direito e garantia constitucional daqueles que estão sob égide das cartas maiores.

Desse modo, ao examinar os direitos e garantias fundamentais e as tratativas sobre segurança pública da CRFB/88 observa-se o compromisso firmado pelo constituinte brasileiro. Sob a mesma ótica, o constituinte para-

guaió não se furtou em expressar seu compromisso com a comunidade internacional admitindo para tanto a cooperação nas mais variadas áreas incluindo, assim, a segurança pública, vejamos:

CRFB/88	CRP/92
Art. 4 ^o A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; (grifos nossos)	Art. 143. La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: 4. la solidaridad y la cooperación internacional ; (grifos nossos)

Fonte: Elaboração do Autor

De toda sorte, verifica-se que ambas as nações possuem constituições que compatibilizam a colaboração no que se refere à segurança pública e ao enfrentamento dos crimes típicos de fronteiras. Portanto, o cenário ideal se monta, uma vez que pode se observar a predisposição estatal em cooperar e integrar esforços em nível internacional.

Outrossim, todo o contexto exposto depende da materialização e do cumprimento das premissas constitucionais pelos referidos países, pois o mero formalismo não importa em relevante mudança para segurança pública e seus desdobramentos práticos. Nesse aspecto, urge o alerta para o risco e prejuízos de uma constitucionalização meramente simbólica. A despeito disto, Neves (1996, p. 327) esclarece que:

A análise no sentido de que a constitucionalização simbólica implica mudança de(o) texto constitucional sem correspondente alteração das estruturas reais subjacentes, servindo mesmo como mecanismo construtivo de ilusões, pode conduzir a interpretações simplistas de que seriam totalmente vãs as tentativas de transformações sociais intermediadas por mutações de(o) documento constitucional. Entretanto, a função hipertroficamente simbólica do texto constitucional não se refere apenas à retórica “legitimadora” da elite dirigente. Também no discurso político dos críticos do sistema de dominação, a invocação aos valores proclamados no texto constitucional desempenha relevante papel simbólico. Por exemplo, a retórica político-social dos “direitos humanos”, paradoxalmente, é tanto mais intensa quanto menor o grau de concretização normativa do texto constitucional.

Por fim, para que a constitucionalização simbólica não seja uma realidade no tocante a colaboração entre Brasil e Paraguai no âmbito da segurança pública é fulcral que haja um interesse mútuo em propor e propiciar políticas e acordos internacionais com vistas a priorizar o combate a crimes típicos de fronteira. Assim, ambas as nações cumpriram de fato seus respectivos textos constitucionais ao passo que contribuíram imensamente para segurança pública local,

bem como, demonstrariam para comunidade internacional o compromisso na preservação dos direitos humanos e da paz mundial.

4. OS CRIMES TÍPICOS DE REGIÕES FRONTEIRIÇAS

A globalização por meio de seus efeitos integrou as nações de tal forma que as fronteiras aparentam não existir. Fatores culturais, sociais e políticos são compartilhados e integrados em virtude da agilidade da informação. Todo esse contexto é benéfico e produtivo para as nações, todavia o crime organizado também se beneficia do acesso facilitado advindos da globalização para o cometimento de ilícitos. A despeito disto, MEDEIROS (2018, p.19) esclarece que:

A nova realidade econômica – global, em rede e informacional – trouxe novos parâmetros de organização econômica, num movimento de liberalização de fronteiras e aumento da produtividade. A rápida adaptação do crime organizado transnacional a essa nova lógica de mercado proporcionou aos mercados ilícitos, controlados por essas organizações, igual salto em produtividade e acesso a novos mercados consumidores, que demandam cada vez mais produtos e serviços.

Certamente, assim como aventando em linhas pretéritas, as regiões de fronteiras possuem características que facilitam o cometimento de determinados ilícitos. Nesse sentido, tais ilícitos se mostram como verdadeiras causas para o cometimento de crimes locais, isto é, há uma relação de causa e consequência com os crimes cometidos nas regiões de fronteira e os cometidos nos contextos mais internos dos países. Além disso, é mister destacar que tais características ocorrem pela falta de colaboração efetiva entre os países e consequentemente na dificuldade em jurisdicionar a despeito desses ilícitos.

O tráfico de drogas, armas e contrabando são crimes que podem ser considerados como os de maior incidência nas regiões de fronteiras. Tais crimes ocorrem em sua maioria no estado do Mato Grosso do Sul que atualmente é considerado pelas autoridades como um “corredor do crime” que escoia ilícitos para os grandes centros urbanos do país. A despeito disto, o Plano de Aplicação N° 1/2021 da Secretária de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP) que visa enfrentar a criminalidade violenta, explana no seguinte sentido:

[...]Com superfície de 358.159 km², e uma das maiores faixas de fronteira seca do país com um total de 1.517 km de extensão, destes 1.131 km com a República do Paraguai, produtor de maconha e principal fornecedor para o Brasil, e 386 km com a Bolívia, um dos principais produtores de cocaína do mundo. Considerando um estado estratégico para perpetração de ilicitude, principalmente os crimes transnacionais, Mato Grosso do Sul se tornou corredor para o tráfico de drogas, armas, munições e pessoas que visam abastecer os grandes centros urbanos do país. Também utilizado para transporte de contrabandos diversos e para atravessar veículos

produtos de furto e roubo, que servirão como moeda de troca para o abastecimento de drogas ou mesmo para capitalizar o crime organizado[...]

Ante o exposto, faz-se necessário entender as circunstâncias fáticas, políticas e sociais que levam o estado do Mato Grosso do Sul ser considerado pelas autoridades locais e nacionais como rota estratégica para as Organizações Criminosas que se valem dessa região cometerem os crimes transfronteiriços.

Mapa: Estado do Mato Grosso do Sul e Faixa de Fronteira



Fonte: IBGE

Nesse sentido, assim como já aventado, a questão geográfica do Mato Grosso do Sul é convidativa para a prática de crimes transfronteiriços, visto que as fronteiras internacionais com o Paraguai e a Bolívia facilitam a entrada de drogas e demais ilícitos, uma vez que os referidos países se destacam pela vultosa produção de psicotrópicos. Ao somar a questão geográfica do estado e a facilidade encontrada pela Organizações Criminosas junto a fronteiras internacionais, nota-se embasado a noção trazida pelas autoridades de que o Mato Grosso do Sul é um importante “corredor” do crime organizado. Apesar disso, o estudo realizado pelo Ministério da Justiça e Cidadania, explana no seguinte sentido:

O estado possui uma extensa faixa de fronteira terrestre com o Paraguai – país produtor de maconha e principal fornecedor para o Brasil – e também se limita com a Bolívia – um dos principais produtores de cocaína do mundo – sendo 30 km da fronteira terrestre e o restante fluvial. Segundo dados de apreensão de drogas da Polícia Federal, em 2012, o maior volume de apreensão de maconha realizado por esta instituição foi no estado do Mato Grosso do Sul, com 42.212,52 kg apreendidos. Já quanto à apreensão de cocaína, crack e pasta base, o estado fica em segundo lugar, apenas ligeiramente atrás do vizinho Mato Grosso, tendo sido apreendidos 3.618,74 kg.

Ademais, os crimes cometidos nessas regiões não se limitam ao tráfico de drogas e armas. Aliás, o contrabando e o descaminho (ambos tipificados no Código Penal) são crimes recorrentes nessas regiões e por sua natureza não violenta é normalizado e tido como uma forma de subsistência. Nesse sentido, o estudo do ENAFRON, retrata a seguinte situação:

Pela faixa de fronteira com o Paraguai também ingressam ilegalmente armas e um grande volume de mercadorias por contrabando e descaminho. Para além dos “sacoleiros” que utilizam as zonas francas de Salto del Guairá, Capitán Bado e Pedro Juan Cabalero, no Paraguai, para adquirir mercadorias para a revenda, grandes contrabandistas de cigarro e pneus atuam na região. Estes, por sua vez, diferentemente dos traficantes de drogas, não são percebidos pelos moradores e mesmo as autoridades da região como criminosos, sendo as práticas do contrabando e descaminho interpretadas como legítimas. Uma parcela significativa da população que vive nas áreas mais urbanizadas da faixa de fronteira do Mato Grosso do Sul, sobretudo nas cidades gêmeas, subsiste diretamente da revenda de mercadorias compradas no Paraguai ou da movimentação econômica gerada pelo turismo de “compristas”.

Por fim, os dados estatísticos e a realidade fática do Mato Grosso do Sul corroboram a importância da integração do Brasil e Paraguai para o enfrentamento dos ditos crimes transfronteiriços, notoriamente tais crimes são típicos desta região e ecoam para os grandes centros e assim perpetuam a criminalidade em grande escala. Nesse sentido, admitindo tal cenário entende-se que a integração e a colaboração entre as nações serviriam de obstáculo para o impedimento da prática delituosa na região fronteira e por conseguinte reverberar positivamente para o contexto de segurança pública interna de ambas as nações.

5. AS LEGISLAÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS DO BRASIL E PARAGUAI ACERCA DO CRIME ORGANIZADO

Destarte, é de suma importância aferir a viabilidade legal entre as legislações do Brasil e Paraguai. Nesse sentido, ao observar a comparação legislativa de ambos os países se nota o ímpeto em identificar, tipificar e combater o crime organizado que é responsável pela perpetuação dos crimes transfronteiriços.

Assim, o quadro demonstrativo a seguir esclarece que os legisladores brasileiros e paraguaios se prestaram a legislar a despeito das ORCRIM, senão vejamos:

Legislação brasileira	Legislação paraguaia
Código Penal: Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crime [...] (grifos nossos).	Ley n° 2.298/03: Art. 1°. pruébase la “ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ”, adoptada en la ciudad de Nueva York, el 15 de noviembre de 2000 y suscrita por el Paraguay el 12 de diciembre de 2000, en la ciudad de Palermo, Italia[...] (grifos nossos).
Decreto n° 5.015/04: Art. 1°. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional , adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém [...] (grifos nossos).	Ley n° 6.431: Que crea el procedimiento especial para la aplicación del comiso, el comiso especial, la privación de beneficios y ganancias y el comiso autónomo[...]
Lei n° 11.343/06 (Lei sobre as drogas): Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar , reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei[...] Art. 37. Colaborar , como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei [...] (grifos nossos).	Ley n° 3.216/2007: Que aprueba el protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional [...] (grifos nossos).

Fonte: Elaboração do Autor

Escorando-se nas legislações aventadas nota-se claramente um consenso entre os legisladores brasileiros e paraguaios em ditar normas penais que visam desbaratar as ORCRIM, sendo assim, fica evidenciado que tanto as constituições quanto as legislações infraconstitucionais possuem condão de viabilizar o combate a grupos criminosos que se valem de suas estruturas e facilidades para delinquir nas faixas fronteiriças.

6. A IMPORTÂNCIA DA INTEGRAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS DE SEGURANÇA PÚBLICA DO BRASIL E PARAGUAI

No que tange a colaboração e integração entre as agências de segurança pública, vislumbra-se um importante passo no avanço das políticas de colaboração internacional. Acordos, tratados e promessas formais possuem uma grande relevância diplomática e externa a vontade formal dos governos em colaborar. Contudo, a operacionalização é o que de fato produz efeitos práticos e mitigam as ações criminosas cometidas pelas ORCRIM que dominam os territórios fronteiriços. Nessa esteira, COSTA (2019) reforça que:

O caso da fronteira entre Brasil e Paraguai demonstra a necessidade de esforços articulados entre os atores dentro de cada país, elevando a capacidade dos Estados de agirem interna e externamente, a qual pode ser potencializada por meio do envolvimento das autoridades políticas para que se alcance os resultados por modo cooperativo interna e externamente. No Paraguai, as maiores

plantações de maconha e as maiores redes de corrupção são comandadas pelo PCC e o Comando Vermelho, o que demonstra a articulação do crime transnacional articulado em rede com os centros urbanos brasileiros; entretanto as fronteiras com o Paraguai não são apenas corredores, sendo afetadas diretamente pelas inseguranças vizinhas regionais que utilizam o Paraguai como rota de criminalidade. A atuação em redes do crime organizado necessita de uma atuação cooperativa dos agentes de segurança de ambos os países também.

Nessa perspectiva, entende-se que é fulcral que as agências de segurança pública do Brasil e Paraguai estabeleçam tratativas permanentes com intuito de agir nessas regiões e demonstrar de forma ostensiva o poderio estatal, uma vez que para desmobilizar as ORCRIM é necessário impor de forma expressiva medidas que enfraqueçam a viabilidade do cometimento de ilícitos típicos de regiões fronteiriças.

Assim, as ações como a Operação Nova Aliança são modelos a serem replicados, haja vista sua efetividade, por conseguinte, entende-se que a integração permanente é o caminho a ser seguido, pois as ORCRIM que dominam as faixas fronteiriças atuam incessantemente e em virtude disso o Estado não pode se furtar em empregar todos os esforços para amenizar os efeitos da delinquência transnacional.

7. A COOPERAÇÃO POLICIAL ENTRE BRASIL O PARAGUAI E SEUS EFEITOS PRÁTICOS

Conforme aventado em linhas pretéritas a operacionalização dos acordos e trados se mostram de extrema importância para fins de efetividade. Nesse sentido, é importante destacar que colaboração policial não importa em perigo a soberania e não alarga o território jurisdicional, visto que quando há acordos dessa espécie as forças de segurança não ganham poderes especiais, logo o objetivo é somar esforços para um fim comum, o combate aos crimes transfronteiriços.

Nessa rota, o estatuto da AMERIPOL traz uma importante noção a despeito de cooperação, senão vejamos:

Los Cuerpos de Policía e instituciones homólogas, acuerdan en este Estatuto la creación, organización y funcionamiento de la Comunidad de Policías de América – AMERIPOL, como el primer mecanismo de género policial que se constituirá en instrumento categórico, efectivo, práctico y permanente de cooperación destinada al fortalecimiento de la educación, doctrina y filosofías policiales en materia de asistencia técnico-científica, inteligencia e investigación que favorezcan la prevención y neutralización del delito transnacional organizado en la región.

Ademais, o quadro demonstrativo a seguir comprova a efetividade da cooperação policial entre as nações no âmbito da Operação Nova Aliança, vejamos:

Fase da operação	Resultados
32ª fase da Operação Nova Aliança	“[...]Durante os dias de missão em campo, o resultado foi a destruição de 834 toneladas da droga , além de inutilização de diversos insumos utilizados em sua produção. Outros números que merecem destaque são: 257 hectares de cultivo erradicados; 103 acampamentos de traficantes destruídos . Ainda cabe ressaltar que 100 pessoas estiveram envolvidas diariamente, entre Policiais Federais e Forças Especiais da SENAD/Paraguai[...]” (grifos nossos).
36ª fase da Operação Nova Aliança	“[...]Apenas nos dois primeiros dias de trabalho, em 53 hectares de plantações de maconha foram erradicadas mais de 159 toneladas da droga e destruídos seis acampamentos que serviam de base para os traficantes. Além disso, 660 kg de maconha já pronta para a distribuição e 15 kg de sementes da droga também foram incineradas. [...]” (grifos nossos).
37ª e 38ª fase da Operação Nova Aliança	“[...]Somente em 2023, em duas etapas realizadas, a Operação Nova Aliança já erradicou mais de 2.000 toneladas de drogas , aproximadamente 2/5 da quantidade apreendida anualmente em todo o mundo, segundo dados do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)[...]” (grifos nossos).

Fonte: Elaboração do Autor com Dados das fases da Operação Nova Aliança realizada pelas forças brasileiras e paraguaias

Em remate, os dados expostos evidenciam a efetividade da cooperação policial e o potencial preventivo que as atuações propiciam. Os entorpecentes interceptados e o prejuízo causado aos criminosos são formas de enfraquecer as ORCRIM de dentro para fora e assim obliterar sua capacidade financeira, logística e estratégica. A prevenção desestimula e inviabiliza a delinquência transnacional, por isso é fulcral que mais operações como essas sejam desenvolvidas para que seus efeitos ecoem para ambas as nações.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetivação da segurança pública é de fato imprescindível em qualquer que seja o contexto, pois não há sociedade justa, igualitária e democrática sem condições mínimas de segurança. Assim, considerando que Estado possui o monopólio da violência, resta exigir que esse direito seja providenciado por vias estatais.

Nessa esteira, tal problemática é potencializada quando o contexto em análise se encontra situado em regiões fronteiriças, visto que em decorrência de todos os fatores previamente suscitados nota-se uma dificuldade ainda maior em garantir e preservar a segurança pública.

Diante disso, a única solução que se vislumbra é colaboração internacional no âmbito da segurança em regiões fronteiriças. As circunstâncias geográficas, políticas e sociais fazem com que o Brasil e o Paraguai tenham a obrigação empírica de mutuamente colaborarem entre si para combater uma mal maior, as ORCRIM e os crimes transfronteiriços.

É público e notório que crimes típicos de fronteira ocorrem em decorrência da facilidade encontrada pelas ORCRIM em se instalar nessas regiões e propagarem de forma escalada o aumento na criminalidade. Um exemplo disso é o assassinato do “rei da fronteira” Jorge Rafaaf, que em decorrência da disputa pelo controle do narcotráfico na região de fronteira entre o Brasil e Paraguai teve seu veículo alvejado por disparos de arma antiaérea e uma verdadeira ação de guerra. Tal fato, demonstra que a ousadia do crime em demonstrar poder em face do Estado não tem limites e está em uma crescente desenfreada.

Nesse sentido, a análise comparada dos textos normativos do Brasil e do Paraguai permitem demonstrar que há viabilidade legal e que a implementação de uma política de enfretamento séria é plenamente possível. As constituições e os textos infraconstitucionais supracitados demonstram que os constituintes originários deixaram de alguma forma a ideia de colaboração e integração e por isso cabe as nações implementarem de fato uma frente sólida e responsiva no tocante ao enfretamento das ORCRIM.

Outrossim, é sabido que políticas de cooperação possuem complexidades e que a materialização destas implicam em dispêndios econômicos, contudo, a união de esforços e a repartição de obrigações permitem as devidas implementações, isto é, o fato de cooperar faz com que seja exequível o combate ao crime organizado, bem como possibilita a implementação de medidas permanentes que para além de reprimir colabora na prevenção da delinquência transnacional.

É importante destacar que não basta meros formalismo sob a pena de incorrer no mesmo problema das constitucionalizações simbólicas que ocorrem ao redor do mundo. A operacionalização da cooperação é a etapa mais importante no combate as organizações criminosas e por conseguinte aos crimes típicos de fronteira. Ademais, não se pode desconsiderar o fato de que tais crimes repercutem para ambas as nações e seus desdobramentos são verdadeiros descalabros para sociedade, assim, sob luz das constituições entende-se que é dever destes países garantirem de forma efetiva a segurança pública para aqueles que estão sob a égide dos textos maiores.

Não obstante, ressalta-se que não é razoável que tal temática seja tratada apenas no âmbito formal, isto é, não basta que as nações apenas se proponham em firmar acordos e tratados, visto que materialmente é necessário a operacionalização que só ocorre com a integração permanente das agências

de segurança pública. Logo, a exemplo da Operação Nova Aliança é imprescindível que haja ações permanentes que visem cercear a atuação as ORCRIM. Assim, a mitigação permanente das ações delituosas certamente enfraqueceria e inviabilizaria o cometimento de delitos transfronteiriços.

Ademais, a efetivação da cooperação no âmbito da segurança pública é essencial para que haja um Estado democrático uma vez que ao se analisar as previsões constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, ambas ratificadas pelas nações em análise, nota-se que há o dever de implementar medidas que visam resguardar as garantias e direitos inerentes a pessoa humana, assim, ao considerar que a segurança pública e a paz social são elementos indissociáveis do gozo de tais prerrogativas entende-se que tanto o Brasil quanto o Paraguai se obrigam em propiciar de maneira eficaz a efetivação plena da segurança pública sob pena de desprezar normas internacionais de Direitos Humanos.

Por fim, a noção central que se mantém diante de todo o exposto é de veicular a importância e a efetividade de cooperar internacionalmente no âmbito da segurança pública. Dessa forma, não é razoável em uma sociedade globalizada se manter isolado e restrito a uma metodologia que claramente tem de ser aperfeiçoada a bem do interesse da coletividade mundial, assim, ao considerar as constituições e as demais normas dos países em análise, bem como, o contexto fático conclui-se que para dirimir os dilemas da segurança públicas nas regiões fronteiriças é necessário haver uma permanente e efetiva colaboração entre as nações coirmãs.

REFERÊNCIAS

AMERIPOL. **COMUNIDAD de Polícias de América - AMERIPOL**.2019. Disponível em: http://www.ameripol.org/portaAmeripol/ShowBinary?nodeId=/WLP%20Repository/520_80//arquivo. Acesso em: 22 jul. 2023.

ANDREAS, Peter. Smuggling wars: law enforcement and law evasion in a changing world. In: FARER, T. (Org.). **TRANSNATIONAL CRIME IN THE AMERICAS** Londres: Routledge, 1999.

AVELINE, Paulo Vieira. **SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

BAPTISTA, Alex Jorge das Neves, Gustavo Camilo; MISSE, Cíntia Liara Engel e Michel. **SEGURANÇA PÚBLICA NAS FRONTEIRAS Arco Central: Estratégia Nacional de Segurança Pública nas Fronteiras (ENAFRON)**. 1-682, 2016.

BECHARA, Fábio Ramazzini; CARNEIRO, Leandro Piquet; DIOGO, Georgia Sanchez. **ATLAS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL DO MERCOSUL**. [S. l.: s. n.], 2022. ISBN 9786556275024. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556275024/>. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal 1988.

BRASIL. **FORÇAS DE SEGURANÇA DO BRASIL E PARAGUAI INICIAM 37ª FASE DA OPERAÇÃO NOVA ALIANÇA**. [S. l.], 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2023/04/forcas-de-seguranca-do-brasil-e-paraguai-iniciam-37a-fase-da-operacao-nova-alianca>. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. **OPERAÇÃO NOVA ALIANÇA ENCERRA 32ª FASE COM A DESTRUIÇÃO DE 834 TONELADAS DE MACONHA**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2022/05/operacao-nova-alianca-encerra-32a-fase-com-a-destruicao-de-834-toneladas-de-maconha>. Acesso em: 22 jul. 2023.

CAMPOS, Sérgio Flores de. **AÇÕES INTEGRADAS: SEGURANÇA PÚBLICA EM ÁREA DE FRONTEIRA**. Revista Brasileira de Segurança Pública, Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/45/43>. Acesso em: 7 jun. 2023.

COSTA, Maurício Kenyatta Barros da. **A SEGURANÇA NA FRONTEIRA ENTRE BRASIL E PARAGUAI: É POSSÍVEL COOPERAR?** Forças de segurança do Brasil e Paraguai iniciam 37ª Fase da Operação Nova Aliança, [S. l.], p. 225-242, 2019.

FURQUIM JUNIOR, Laercio. **FRONTEIRAS TERRESTRES E MARÍTIMAS DO BRASIL: UM CONTO DO NÂMICO**. São Paulo: Dissertação de mestrado do departamento de geografia da USP, 2007.

MEDEIROS, Juliana Leite De. **COOPERAÇÃO BILATERAL NO COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA TRANSNACIONAL: UMA ANÁLISE DAS AÇÕES BRASILEIRO- PARAGUAIAS NAS REGIÕES DE FRONTEIRA**. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/13545?locale=pt_BR>. Acesso em: 11 nov. 2023.

MOTTA, Bruno; DUTRA, Gabriela. **VIOLÊNCIA ARMADA ORGANIZADA: UM FENÔMENO QUE AMEAÇA FRONTEIRAS ESTATAIS**. Oikos, 2010.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **A SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO**, 20 abr. 1991. Disponível em: <https://revista.policiamilitar.mg.gov.br/index.php/alferes/issue/view/52>. Acesso em: 12 set. 2023.

NEVES, Marcelo. **CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO FÁTICA: MUDANÇA SIMBÓLICA DA CONSTITUIÇÃO E PERMANÊNCIA DAS ESTRUTURAS REAIS DE PODER**. p. 321-330, 1996.

OLIVEIRA, Adriano. **AS PEÇAS E OS MECANISMOS DO CRIME ORGANIZADO EM SUA ATIVIDADE DE TRÁFICO DE DROGAS**. DADOS, 2007.

OLIVEIRA, Márcio Gimene de. **A FRONTEIRA BRASIL-PARAGUAI: PRINCIPAIS FATORES DE TENSÃO DO PERÍODO COLONIAL ATÉ A ATUALIDADE**. 2008. 110 p. Dissertação (Mestrado em Geografia) Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

PARAGUAI. **CONSTITUCIÓN de la República de Paraguay**, 1992.2002. Disponível em: <https://www.mspbs.gov.py/dependencias/cnbioetica/adjunto/29b55dConstitucion.Paraguay.ESP.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2023.

SEABRA, Miguel Pascoal Costa Saldanha. **O CONCEITO DE FRONTEIRA: UMA ABORDAGEM MULTIFACETADA**. 2012. INSTITUTO DE ESTUDOS SUPERIORES MILITARES.

SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (Mato Grosso do Sul). Ary Carlos Barbosa. 2021. **PLANO DE APLICAÇÃO Nº 1/2021**. Eixo: Enfretamento à Criminalidade Violenta.

VASCONCELOS FILHO, S. L. **SISTEMA INTEGRADO DE MONITORAMENTO DE FRONTEIRAS (SISFRON)**: Uma contribuição para a Segurança Nacional. Monografia (Graduação em Altos Estudos de

Política e Estratégia) - Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra, Escola Superior de Guerra, Rio de Janeiro. 2014.

WERNER, Guilherme Cunha. **O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL E AS REDES CRIMINOSAS: PRESENÇA E INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS CONTEMPORÂNEAS**. 2009. 241 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SOBRE OS AUTORES E AUTORAS

ARMIN MATHIS

Professor do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido (PPGDSTU) do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA) da Universidade Federal do Pará. Doutor em Ciências Políticas pela Universidade Livre de Berlim. armin.mathis@ufpa.br; <http://lattes.cnpq.br/8365078023155571>; <https://orcid.org/0000-0002-7831-9391>.

ARTHUR PINHEIRO DE AZEVEDO BANZATTO

Doutor em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Contratado do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) - Unidade de Dourados. Professor substituto do curso de Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9402-1915> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7952499413542055> E-MAIL: arthur.banzatto@gmail.com.

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO

Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Agrário (UFG). Docente efetivo do Curso de Direito e do Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Democracia, Constituição e Direitos Humano-fundamentais”. E-mail: arthurnascimento@ufgd.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1703887235949215> OrCID: <https://orcid.org/0000-0001-6690-0667>.

BRENO CASEMIRO DE MENDONÇA ALVAREZ

Discente de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). E-mail: breno.casemiro30@gmail.com.

CLÁUDIA REGINA DE OLIVEIRA MAGALHÃES DA SILVA LOUREIRO

Coordenadora da Cátedra Jean Monet da Universidade Federal de Uberlândia. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Estágio de Pesquisa Pós Doutoral em Direito concluído em 2021, pela NOVA de Lisboa; em 2019, pela FADUSP, e em 2016 pela FDUC. Doutora e Mestre pela PUC/SP. Professora de Direito Ambiental e de Biodireito da Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisadora Líder do Grupo Biodireito, Bioética e Direitos Humanos/UFU/CNPq, do Observatório Interamericano e Europeu dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável/UFU/ CNPq e da Clínica Humanitas UFU/CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8808192737927290>. Orcid: 0000-0002-0471-5711 Email: crmloureiro@gmail.com.

DÉBORAH SILVA DO MONTE

Professora da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) no curso de Relações Internacionais e no Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos. Doutora em Relações Internacionais (PUC Minas). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9334249384983531> ORCID: <http://lattes.cnpq.br/9334249384983531> E-mail: deborahmonte@ufgd.edu.br.

DIOSMAR ALVES DA CRUZ JUNIOR

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito e Relações Internacionais – FADIR E-mail: diosmar.junior014@academico.ufgd.edu.br.

EZEQUIAS FREIRE MILAN

Graduado em Psicologia pela Universidade da Grande Dourados. Mestre em Psicologia pela Universidade Federal da Grande Dourados. Membro da Associação Brasileira de Antropologia. Atuou como Antropólogo Perito para o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. <https://orcid.org/0000-0002-4545-607>.

FERNANDO DE BRITO ALVES

Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Foi coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica (2014-2022). Estágio de pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

GONÇAL MAYOS

Es profesor titular de la Universidad de Barcelona, coordinador del Programa de Doctorado 'Ciudadanía y Derechos Humanos' y director de los Grupos de Investigación: *Crisis of Practical Reason* (UB) y *Cultura, Història i Estat*, GIRCHE (UB y UFMG), de la Revista internacional de filosofía. *Astrolabio* y de la revista *Las Nubes – Filosofía, Arte y Literatura*, y de las Jornadas Internacionales de Filosofía Política. Entre los libros de Gonçal Mayos destacan: *Colección de Textos (Portuguese Edition)*; *Turbohumanos*; *A sociedade do controle?*; *Homo obsoletus*; *Interdisciplinaridade e interconstitucionalidade*; *Macrofilosofia della Globalizzazione e del pensiero unico*; *La sociedad de la ignorancia*; *Hegel. Dialéctica entre conflicto y razón*; *La Ilustración*; *Ilustración frente a Romanticismo*; *Hegel Entre lógica i empírica*; *Violaciones de derechos humanos, poder y estado*; *Macrofilosofia de la Modernidad*; *Postdisciplinariedad y desarrollo humano*; *¿Hi ha una nova política?*; *Interrelación filosófico-jurídica multinivel*. Partiendo de investigaciones sobre movimientos y pensadores modernos, Mayos ha ido investigando sobre sus influencias y transformaciones contemporáneas, para comprender los retos humanos actuales. Ello ha llevado a ampliar sus análisis interdisciplinares y acuñar neologismos como "turboglobalización" (la actual etapa acelerada más allá de la globalización colonial iniciada en 1492) y "macrofilosofía" (investigación de los procesos de larga duración que unen transversalmente aspectos políticos, sociológicos, filosóficos, epistemológicos... y atienden a los grandes cambios en las mentalidades sociales).

MALCON JACKSON CUMMINGS

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. malcon@ufmg.br/. Possui especialização em Direito Civil e Direito Processual

Civil pelo Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC. É Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

MARCELO IORIS KÖCHE JÚNIOR

Doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (CEUB/ITE). Professor Colaborador na Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). E-mail: marceloijunior@ufgd.edu.br

MATEUS FERRARI LUZ

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD. Especialista em Direito Constitucional (CENES). Bacharel em Direito (UEMS). E-mail: ferariluzrh@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8301241514542217> Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-9489-1875>

MATHEUS CONDE PIRES

Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Humanidades: Estudos Interdisciplinares em Educação, Cultura e Contemporaneidade, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB). E-mail: conde.pires@unesp.br

PAULA CRISTINA SANTOS PIRENEUS

Mestranda em Direito Agrário (Universidade Federal de Goiás - UFG). Bacharela em Direito (Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD). Especialista em Direito Ambiental (CEI e Instituto Direito por um Planeta Verde). Assessora do Ministério Público Federal – MPF. ORCID: 0000-0003-4346-3438. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2697280389839406>. E-mail: paula.pireneus@hotmail.com.

PAULO CERQUEIRA DOS SANTOS JUNIOR

Professor da Faculdade de Estatística e do Programa de Pós-graduação em Matemática e Estatística da Universidade Federal do Pará. Doutor em Estatística pela Universidade Federal de Minas Gerais; pauloest16@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/4901143336191269>, <https://orcid.org/0000-0002-6310-5040>.

PRISCILA LINI

Doutora e mestre em Direito pela PUC-PR, especialista em Antropologia Física e Forense pelo IFPCF (Madrid-Espanha), graduada em Direito pela UNIOESTE e licenciada em Ciências Biológicas pela Faculdade Prominas. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social do Museu Nacional (PPGAS/MN/UFRJ). Docente da Graduação em Ciências Sociais e do Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

RAFAEL ALTOÉ

Doutor em Direito pela UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná). Mestre em ciências jurídicas pelo UNICESUMAR. Especialista em Direito Constitucional e também em Direito Processual Penal. Professor de cursos de pós-graduação. Foi diretor e vice-diretor da Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Maringá. Juiz de Direito na Comarca de Maringá-PR. Possui formação para formação de formadores no contexto da magistratura.

RAFAEL BULGAKOV KLOCK RODRIGUES

Mestre em Ciência Jurídica (Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP). Especialista em Direito Penal e Processual Penal (Faculdade Arnaldo Janssen - FAJANSSEN). Licenciado em História (Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN). Bacharel em Direito (Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD). Professor substituto da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD. Advogado. ORCID: 0000-0001-7072-7609. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8281745126477709>. E-mail: rafael_klock@hotmail.com.

RAFAEL CASTILLO FELIPE

Es Licenciado en Derecho (2011), Máster en investigación avanzada y especializada en Derecho (2012) y Doctor en Derecho (2016) por la Universidad de Murcia (Premio extraordinario de doctorado). Se incorporó al área de Derecho Procesal de la Universidad de Murcia como becario de investigación en 2012 y es Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal en la Universidad de Murcia desde 2019. Sus líneas de investigación y docencia se centran en el área del Derecho procesal civil. Ha realizado varias estancias de investigación en centros de prestigio (Universidad de Bolonia, Universidad de Oxford, Instituto Max Planck Luxemburgo, entre otras). Ha publicado una monografía y otros muchos trabajos (artículos, capítulos de libros, etc.). Por último, el profesor Castillo tiene experiencia como asesor en varios bufetes de abogados.

RUBENS BEÇAK

Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP. Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais do Campus de Franca da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Professor Visitante da Universidad de Salamanca no Master en Estudios Brasileños. E-mail: prof.becak@usp.br.

SUZY SOUSA

Doutoranda em Ciências: Desenvolvimento Socioambiental e Mestra em Planejamento do Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido (PPGDSTU) do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA) da Universidade Federal do Pará. Bacharela em Estatística e bacharela em Direito pela Universidade Federal do Pará. suzysousa@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/3900458571973414>; <https://orcid.org/0000-0003-3242-1136>.

THIAGO GIOVANI ROMERO

Professor nos cursos de pós-graduação em Direito do Damásio Educacional. Professor do curso de graduação em Direito da Fundação Educacional de Penápolis (FUNEPE). Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP). Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Pesquisador na Cátedra Jean Monet da Universidade Federal de Uberlândia; Observatório Interamericano e Europeu dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável/UFU/CNPq; Clínica Humanitas UFU/CNPq; do Grupo de Pesquisa de Políticas Públicas e Direitos Sociais (UNESP/Franca); do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional (NEPEDI) da UERJ e do Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional e Ambiental (LEPADIA) da UFRJ. Árbitro Convidado da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada de São Paulo (CAMES). Editor da Revista de Direito Internacional e Direito Ambiental da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Revista Inter. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6272381993102535> Orcid: 0000-0003-2438-4507 Email: thiago.romero@live.com

ABSTRACTS: SCIENTIFIC RESEARCH IN LAW AND DEMOCRACY: THE ROLE OF HUMAN RIGHTS AS A WEAPON OF CONSTRUCTION OR DESTRUCTION

In this section, the reader could find the chapter's abstracts in English. The organizers believe that the research presented in the edited volume can be more accessible if it is also summarized in English.

EVOLUTION AND IMPLEMENTATION OF HUMAN RIGHTS: THE POWER OF AN IDEA

Gonçal Mayos (UB)

Abstract: The text discusses the evolution and implementation of human rights, focusing on their global nature that transcends diverse terrestrial environments, similar to the scope of the human species. The universal aspiration for human rights is highlighted as an ambitious and global idea, with a performative effect that stimulates imagination for its realization and indignation in the face of violations. In the era of digital turboglobalization, human rights experience greater universalization due to an emulative effect. The author explores the historical, social, and ideological complexity behind the construction of human rights, including Greco-Latin, philosophical, and religious influences. The importance of the "right to have rights" is emphasized, associated with the idea of sharing humanity and the inalienable human dignity. Despite global aspirations, the realization of human rights occurs through specific local struggles. The author emphasizes the significant universalization and democratization of this aspiration since the 18th century, highlighting the complexity, contradictions, and local contexts involved in realizing the idea of human rights. The text recognizes the performative power of human rights declarations and underscores the need to historically analyze their concrete development, emphasizing that effective action occurs locally, revitalizing human rights as a collective project.

Keywords: Human Rights; Universalization; Historical Context; Social Complexity.

THE GENERAL COUNCIL OF THE JUDICIARY AND ITS MISERIES: Partitocracy and Judicial Independence in Spain

Rafael Castillo Felipe

Abstract: In this contribution, the author addresses the issue of judicial independence, focusing on the Spanish Judiciary and adopting a perspective of reinforcing external or institutional judicial independence during times of intense political polarization. The central premise is that misalignments may exist between the external and internal dimensions of judicial independence. While the latter currently exists in the Spanish legal system, it is crucial to consider the dangers that threaten the Judiciary, especially given the conjunction of an unrestrained party-centric system with gaps in the regulation of the body responsible for ensuring judicial independence in Spain. Analyzing these risks and normative gaps is essential to comprehend the need to strengthen judicial independence in the face of potential threats to its institutional integrity.

Keywords: Judicial Independence, Spanish Judiciary, Political Polarization.

ACCESS TO JUSTICE AND JUDICIAL DECISION: Is time equal for everyone?

Suzy Sousa

Armin Mathis

Paulo Cerqueira dos Santos Junior

Abstract: The aim of this research was to analyze whether, in cases where the parties litigate on equal terms in the legal-formal sense, but in an unequal situation in terms of economic advantages, there are discrepancies in the time between the filing of the lawsuit and a court decision. Two obstacles to access to justice were therefore considered: the capacities of the parties and procedural time. A jurimetric approach was used, using survival analysis and descriptive statistics. The strongest litigant was defined as the mining company Vale, whose operations in the state of Pará have led to conflicts involving various stakeholders, a scenario seeking resolution through the judiciary. Through the examination of decisions rendered by first-instance judges in civil cases, a difference of more than two years was identified between the median time in which state judges in Pará issue an injunction that benefits Vale and one that disadvantages the company. This dissonance is against the ideal of access to justice.

Keywords: access to justice; procedural time; legal-formal equality; economic inequality; Vale S.A.

THE EROSION OF DEMOCRACY ON BRAZIL-PARAGUAY BORDER: an analysis of secondary criminalization and the weakness of Judicial Power in the context of drug trafficking involving foreigners

Mateus Ferrari Luz

Arthur Ramos do Nascimento

Abstract: This research aims to analyze the phenomenon of secondary criminalization of foreign Paraguayan drug traffickers, by Brazilian magistrates who work in the Judiciary of Mato Grosso do Sul, on the border with Paraguay. For this, a deductive methodology was used, with bibliographic and documentary review, carried out through an approach in Sociology (social labeling), critical Criminology and Law. The central hypothesis is that magistrates tend to secondarily criminalize foreign Paraguayan traffickers in a more severe and stigmatizing way than Brazilians involved in the same illicit activity (non-equal treatment), due to differences in class, nationality, ethnicity and race between the

actors. those who judge and those who are judged. The conclusions are partial, but they point out that the social distance between those judging and those being judged can generate prejudices, stereotypes and discrimination on the part of judges, who may see foreigners as dangerous criminals, who threaten public order and must be punished severely. The research aims to contribute to the debate on the gradual and continuous weakening of Democracy, through the vulnerability of one of its Fundamental Institutions: the Judiciary. It is understood that this regression is difficult to perceive, because, contrary to what is thought, Democracy is not at risk only with institutional ruptures.

Keywords: Secondary criminalization; Paraguayan foreigners; drug trafficking; judiciary in Mato Grosso do Sul; democratic erosion.

POPULISM: Enemy or Possibility of Human Rights?

Rubens Beçak
Matheus Conde Pires

Abstract: Populism is traditionally approached as an enemy of democracy and human rights. The 2016 debates at the London School of Economics, due to International Human Rights Day, were no different. From these clashes, we intend to answer the following question: is populism intrinsically antagonistic to human rights? Through the bibliographic review of academic texts related to the theme and the hypothetical-deductive approach, a blind spot was demonstrated in the perspective of the dominant of international law in relation to populism, so that fighting populism can be seen as fighting its own democracy. At first, we sought to explore the perspective presented at the London School of Economics, as well as some other texts related to the debate, demonstrating the perception of populism as a threat. Subsequently, the theoretical background on which this traditional view is based was reconstructed. It was possible to demonstrate a blind spot of this perspective, through the approximation of the debate with the post-structuralist contributions of Ernesto Laclau and Chantal Mouffe. Therefore, in spite of the fact that this phenomenon may present itself in certain conjunctures as an opponent of human rights, this is also the way to propose a radically democratic society.

Keywords: post-Marxism. Constitutionalism. Authoritarianism.

REGIONAL INTEGRATION AND DEMOCRACY: a comparative study between the democratic conditionalities of the European Union and Mercosur

Dra. Déborah Monte.
Dr. Arthur Banzatto.

Abstract: This chapter compares the democratic conditionalities of the European Union and Mercosur, highlighting their similarities and differences. The comparison strategy is longitudinal and cross-sectional, showing how these institutions vary among themselves and over time. The findings indicate that the greatest similarity is related to the logic of supply and demand for institutions in regional integration. In both cases, democratic conditionality was incorporated as a response to the demands for an institution to protect and promote democracy in these regions. However, the type of demands varies: in the European Union the demand came from the interest of new states to join the bloc, while in Mercosur, the demand is for the protection of the democratic regime in cases of coups or threats of ruptures of the democratic order. The research also exposes the challenges and inconsistencies of reconciling democracy and regional integration through democratic conditionalities.

Keywords: Democratic Conditionalities; Regional Integration; European Union; Mercosur.

ANCESTRY ANALYSIS IN FORENSIC ANTHROPOLOGY: From Scientific Racism to the Function of Guaranteeing Rights

Priscila Lini

Abstract: The ancestry analysis is one of the most sensitive points in Forensic Anthropology, since the differences found in bioanthropological materials are extremely subtle and highly variable due to the miscegenation that characterizes the Brazilian population. Considering that, in the early days of physical anthropology, the analysis of ancestry - until then considered as 'race' - was immersed in prejudices and scientific racism, this is one of the most complex measurement points for the evaluation of human bones, which must be carried out in an ethical, judicious manner and completely disconnected from discourses of superiority or inferiority of one profile in relation to another(s). From the *forensic turn*, ancestry analysis receives a new meaning, and being applied to the realization of fundamental human rights, such as human dignity, the guarantee of territories and the right to dignified burial, respecting family members and the group of belonging in this process. The claims for mortal remains made by indigenous peoples since the 1980s, the commissions for the identification and reparation of victims and relatives of politically disappeared people from dictatorships in South American countries, the repatriation and subsequent respectful burial demanded by the descendants of enslaved people originating from Africa - these are movements that largely contributed to giving new meaning to ancestry analysis in the field of Forensic Anthropology. Thus, based on bibliographical and documentary research, we seek to carry out a study on the new understanding that the topic receives in contemporary times, based on recent articles, theses and writings produced by Brazilian and foreign researchers.

Keywords: Ancestry; Forensic anthropology; Identification; Human rights.

IOANE TEITIOTA CASE AND HIS FAMILY: the initial milestone in the judicialization of environmental refugees in the face of climate change for the guarantee of human rights

**Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro
Thiago Giovani Romero**

Abstract: The chapter analyzes the case of Ioane Teitiota and his family, inhabitants of Kiribati, who sought refuge due to climate change. The general objective is to examine the international protection of human rights for environmental refugees, while the specific objective is to analyze the decisions of the New Zealand Court of Appeal and the UN Human Rights Committee on the subject. The problem addressed lies in the gap in international legislation for the protection of environmental refugees, known in current literature as environmental and/or climate displaces. The chosen methodology involves an inductive method, accompanied by case analysis, through decisions, and doctrinal research in international human rights law.

Keywords: environmental refugees; climate change; environmental displaces.

“NO ONE REALLY KNOW WHAT THIS IS LIKE”: The challenges of Anthropological Expertise in Mato Grosso do Sul.

Ezequias Freire Milan

Abstract: Focusing on the experiences that made up five anthropological expert works legal disputes in the Court of Justice of Mato Grosso do Sul, where Gurani-Kaiowá indigenous people appear, the article discusses

the possible challenges to be experienced by professionals who undertake such a profession. Using the cartographic method, the work also aims to expose part of the rights violations that occur within the biopolitical mechanisms of state care and control, both through the judiciary and health agents.

THE RIGHT TO SEXUAL IDENTITY AND QUEER CRIMINOLOGY AS A WAY OF PROMOTING HUMAN RIGHTS

Rafael Bulgakov Klock Rodrigues
Paula Cristina Santos Pireneus

Abstract: Based on the plurality that human sexuality exhibits, greater protection of the Law is necessary, so that it can have its free expression. Thus, this article aims, on the one hand, to identify and analyze which of the personality rights, within civil law, make up the right to sexual identity, and how these are expressed, and on the other hand, to expose the general assumptions of Queer Theory, and how this generated Queer Criminology, and finally, finding the point of intersection between the first and second themes. The method used was bibliographic, through essential works and scientific articles on the subject. From the analysis of the bibliography, it was understood that personality rights are growing and, consequently, the right to sexual identity as well. In this way, these must adapt to the needs of the moment, with the aim of expanding them, never decreasing them. In relation to Queer theory and criminology, it was concluded that even though these are recent, they may have already impacted personality rights, and that they should continue to be studied, and if possible with more intensity.

Keywords: sexual rights; personality rights; queer criminology.

CRIMINALIZATION OF HOMOFOBIA IN THE WESTERN BALKANS AND IN BRAZIL: a process of enforcement of the symbolic criminal law

Breno Casemiro de Mendonça Alvarez
Marcelo Ioris Köche Júnior

Abstract: This article aims to show a perspective about the criminalization of homophobia, comparing the experience of the Western Balkans, a region that already has penalties for this kind of crime, with the Brazilian experience, and the recent support from the legislative power that this cause has earned. Furthermore, with the comparison mentioned a discussion about the Criminal Law and its symbolic power is started, and which is the real efficiency of the anti-hate crime laws like the one against Homophobia.

Keywords: Symbolic Criminal law, Homophobia, western Balkans, human rights.

DILEMMAS OF PUBLIC SECURITY BETWEEN THE BORDER OF BRAZIL AND PARAGUAY: the importance of bilateral collaboration in combating criminal practices typical of border regions and the legal feasibility for cooperation.

Diosmar Alves da Cruz Junior
Marcelo Ioris Köche Júnior

Abstract: The present study aims to analyze the border context between Brazil and Paraguay and its implications in the realm of public security. In this regard, we sought to identify typical border crimes and demonstrate how bilateral collaboration would mitigate the effects of the growing violence. Thus,

the study was conducted through bibliographic research and analysis of public documents related to the proposed theme. Ultimately, the relevance of the topic is manifested when observing the crime rates in these regions and the positive effects that bilateral collaboration provides.

Keywords: international collaboration; cross-border crimes; public security; borders.