



PUC  
RIO

# Direito, Estado e Sociedade

Jan | Jun 2020  
ISSN 1516-6104

56

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro  
Departamento de Direito

# Revista Direito, Estado e Sociedade (ISSN 1516-6104)

Publicação semestral do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), em circulação desde 1991.

## Missão e Política Editorial

Divulgar intervenções interdisciplinares e inovadoras que tenham qualidade aprovada por pares competentes. As contribuições podem se dar por meio de artigos originais, artigos de revisão, resenhas, entrevistas, palestras, relatórios de pesquisas ou relatos específicos sobre seminários científicos. Alguns números do periódico dedicam-se a temáticas específicas, conforme deliberação do Conselho Editorial. Como o periódico está vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, espera-se que os trabalhos estejam, preferencialmente, vinculados às suas linhas de pesquisa, a saber: Transformações Constitucionais e Pensamento Constitucional Contemporâneo; Direitos Humanos, Democracia e Ordem Internacional; Teoria do Direito, Ética e Construção da Subjetividade.

## Conselho Editorial

André-Jean Arnaud † (Centre National de la Recherche Scientifique; Paris, França); Cecília Caballero Lois † (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Claudio Michelon (The University of Edinburgh; Edimburgo, Escócia); Costas Douzinas (Birkbeck – University of London; Londres, Inglaterra); Eduardo Rabenhorst (Universidade Federal da Paraíba; João Pessoa – PB, Brasil); Giuseppe Cocco (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Joaquim de Arruda Falcão (Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); José Afonso da Silva (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); José Eduardo Campos de Oliveira Faria (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Luiz Moreira (Instituto Brasiliense de Direito Público; Brasília – DF, Brasil); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Marilena Chauí (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Oscar Vieira Vilhena (Fundação Getúlio Vargas – São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma – La Sapienza; Roma, Itália); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Wil Waluchow (McMaster University; Hamilton, Canadá).

## Produção Editorial: PUC-Rio; Rio de Janeiro – RJ, Brasil

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Adjunto); Fernanda Abreu (Editora-Assistente); Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida (Editor-Assistente); Rafael Lelis (Editor-Assistente); Amanda Cataldo (Editora-Assistente); Nina Zur (Editora-Assistente); Glenda Vicenzi (Editora-Assistente); José Antonio Magalhães (Editor-Assistente).

## Apoio gráfico-editorial

Editora PUC-Rio.

## Indexação e Distribuição

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Ministério da Justiça; Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas (CCN); EBSCO; ISI; Ulrich's Periodicals; e VLEX. A Revista é distribuída por meio de permuta e doação.

## Responsabilidade, Conflito de Interesses e Copyright

As opiniões emitidas são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus respectivos autores. Deve ser feito o registro de possível conflito de interesses junto com a submissão. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

## Notas aos Colaboradores

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados preferencialmente pelo endereço eletrônico <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/> ou para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marques de São Vicente 225, Ala Frings – 6º andar – Gávea – Rio de Janeiro – RJ – 22453-900. As normas de publicação e diretrizes de avaliação podem ser encontradas na última página.

---

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 56 Janeiro-Junho 2020

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

1. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

---

# Sumário

## 5 | Carta do editor/*Editorial*

### **Artigos/Papers**

- 10 | O Supremo de “portas abertas”: a colegialidade em ação  
*Brazilian Supreme Court with “open doors”: collegiality in action*  
Carlos Victor Nascimento dos Santos
- 40 | La residencia en el modelo de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición. El CDI entre España y Brasil  
*Residence in the OECD agreement model to avoid double taxation. The DTA between Spain and Brazil*  
Carmen Almagro Martín
- 74 | L'approche de la violence physique par la loi brésilienne à partir des concepts de torture et traitements inhumains et dégradants  
*Brazilian law's approach to physical violence through the concepts of torture and inhuman and degrading treatment*  
Isabella Christina da Mota Bolfarini
- 107 | El concepto neoconstitucionalista-pragmatista del Derecho  
*O conceito neoconstitucionalista-pragmatista do Direito*  
Joana Tavares da Silva Rapozo
- 136 | O estatuto jurídico precário e circunstancial do estado enquanto sujeito precípua da ordem normativa internacional  
*The precarious and circumstantial legal status of the state as the foremost subject of the international normative order*  
Leonardo Nemer Caldeira Brant e Pedro Ivo Ribeiro Diniz
- 167 | Uma outra pena de morte: a violência letal do sistema penal brasileiro  
*Another capital punishment: the lethal violence of the Brazilian penal system*  
Luiz Phelipe Dal Santo

- 198** | Saúde mental e direitos humanos: instrumentos internacionais para garantia de direitos das pessoas com transtornos mentais e/ou deficiência  
*Mental Health and human rights: international instruments for safeguarding the rights of persons with disabilities and/or mental disorders*  
Marilyn Camargo Ferreira da Silva Candido, Carla Aparecida Arena Ventura, Antonia Regina Ferreira Furegato, Jair Lício Ferreira Santos e Marco Antonio Candido
- 231** | Ética, corrupção e os dilemas da práxis social: a percepção de acadêmicos do curso de direito a respeito do exercício profissional  
*Ethics, corruption and the dilemma of social praxis: the perception of Law students about the professional practice*  
Rodolfo Rodrigo Santos Feitosa, Erbs Cintra de Souza Gomes, Zélia Maria Xavier Ramos, Francelle Almeida Silva, Joanny Kathlyn Costa e Ana Clara Marinho Ferreira
- 270** | Que signifie que les droits de l'homme découlent de la dignité humaine? Utilisation des relations de la métaphysique analytique contemporaine  
*What does it mean that human rights derive from human dignity? Employing contemporary analytic metaphysics relations*  
Szymon Mazurkiewicz
- 292** | Humano demasiado inumano: gênero, direitos humanos e discursos em disputa  
*Human too inhuman: gender, human rights and speeches in dispute*  
Tuanny Soeiro Sousa
- 317** | **Notícias e Informações/News and information**  
Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2020 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.
- 329** | **Resumos/Abstracts**

## Carta do editor

É com grande satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro vem apresentar o número 56 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao primeiro semestre de 2020. Neste volume contamos com artigos contendo pesquisas de vasta gama temática, sendo todas vinculadas às áreas de concentração do Programa. Esperamos que a leitura dos artigos publicados nesta edição seja de grande valia à comunidade acadêmica e jurídica, propiciando novos debates e discussões. Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da *Revista de Direito, Estado e Sociedade*, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Lembramos que estamos sempre abertos ao envio de novos artigos, que devem ser submetidos por meio do nosso sistema editorial online em plataforma *Open Journal System*, diretamente na página da Revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>).

Em *O Supremo de “portas abertas”: a colegialidade em ação*, Carlos Victor Nascimento dos Santos reporta os resultados de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial a respeito da atuação do STF. O autor conclui que a literatura a respeito do conceito de colegialidade deixa de lado dimensões importantes dos ritos e tradições do tribunal.

No artigo seguinte, a autora convidada Carmen Almagro Martín discorre sobre a problemática dupla tributação em casos de relações econômicas internacionalizadas, sendo então necessária a determinação de residência dos envolvidos, bem como o estabelecimento de critérios de distribuição. Para tal, aponta a elaboração de um modelo de acordo bilateral pela OCDE para que os países signatários possam evitar a tributação duplicada.

Em *L'approche de la violence physique par la loi brésilienne à partir des concepts de torture et traitements inhumains et dégradants*, Isabella Bolfarini busca extrair o conceito de violência física implicado na legislação brasileira por meio de uma análise dos modelos nela previstos para qualificar (segundo os meios, as finalidades, os agentes e pacientes) e quantificar (segundo a busca de critérios objetivos para a intensidade do sofrimento) essa violência. A autora desenvolve essa análise criticamente sobre o pano de fundo da presunção histórica de uma "sociedade violenta" brasileira, que estaria sempre aquém da civilização e da modernidade, e que por isso pediria, do direito, não a garantia de direitos, mas a imposição da ordem.

Joana Tavares da Silva Rapozo, por sua vez, apresenta um pertinente debate no campo da Teoria do Direito, em que busca refletir sobre uma concepção não essencialista do direito. Para que se possa responder não tanto à pergunta "o que é direito", mas a quais funções são cumpridas por um sistema jurídico, a autora considera fundamental atentar à influência da filosofia pragmatista sobre o neocostitucionalismo.

Analisando a definição da condição de Estado sob a ótica do Direito Internacional, os professores Leonardo Nener Caldeira Brant e Pedro Ivo Ribeiro Diniz apresentam uma agradável leitura sobre a fragilidade dos critérios utilizados nessa determinação do estatuto jurídico da qualidade de Estado. Apontando, por fim, que a caracterização do status de Estado seria mais circunstancial do que propriamente técnica e/ou jurídica.

Na sequência, o artigo *Uma outra pena de morte: a violência letal do sistema penal brasileiro*, escrito por Luiz Phelipe Dal Santo, fornece uma importante análise sobre dados de pesquisas acerca da brutalidade policial no Brasil. Por meio de critérios previamente definidos, o autor faz uma comparação da letalidade policial no país e as formas por meio das quais penas de morte oficiais são implementadas ao redor do mundo e qual seu impacto na população. Desse modo, conclui, de forma bastante fundamentada, que pode se afirmar a existência de uma forma de pena de morte "oficializada" no Brasil, executada pela letalidade policial e salvaguardada por mecanismos institucionais que atuam para ratificar a medida, em diversas instâncias de poder.

Já no artigo *Saúde mental e direitos humanos: instrumentos internacionais para garantia de direitos das pessoas com transtornos mentais e/ou deficiência*, expõe-se uma investigação acerca da proteção de direitos de pessoas com deficiência e pessoas com transtornos mentais no plano internacional. Sendo assim, o trabalho analisa uma série de documentos internacionais, dos sistemas global e

regionais de proteção de direitos humanos, para aferir quais seriam os direitos consagrados a esses grupos de indivíduos. O resultado divide cada uma das previsões legais de acordo com as dimensões de direitos correspondentes, lançando luz sobre um ainda insuficiente paradigma de tutela que consiga abarcar todas as dificuldades diárias enfrentadas por essas pessoas.

Em seguida, o artigo *Ética, corrupção e os dilemas da práxis social: a percepção de acadêmicos do curso de direito a respeito do exercício profissional* apresenta os resultados de pesquisa empírica realizada com acadêmicos ingressantes do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina. A partir desse conjunto de entrevistas, é proposta uma reflexão quanto à importância da ética e da moralidade no contexto de formação profissional, especialmente para carreiras jurídicas.

O autor convidado, Szymon Mazurkiewicz, propõe uma análise sobre a premissa de que os direitos humanos decorrem da dignidade humana. Considerando os estudos da psicologia evolucionista, o autor polonês estabelece a relação fundamental entre natureza humana e dignidade humana. Finalmente, utilizando-se dos conceitos da metafísica analítica contemporânea, Mazurkiewicz propõe que os direitos humanos são (pelo menos parcialmente) baseados na natureza humana.

Em sua contribuição, Tuanny Soeiro Sousa problematiza as redes de poder que estabelecem o que é ser humano e definem os sujeitos dos direitos humanos. A partir de referências inseridos no campo dos estudos discursos, como Judith Butler e Michel Foucault, e da teoria crítica, como Costas Douzinas, a autora evidencia os mecanismos que normalizam identidades sexuais hegemônicas e relega a espaços de abjeção sexualidades e expressões/identidades de gênero dissidentes. Ao final, procura ressaltar como a luta pelo reconhecimento e pela efetivação de direitos se traduz na própria possibilidade de redefinição dos parâmetros de humanidade e superação de padrões de opressão e subordinação.

Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses já defendidas no primeiro semestre de 2020, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

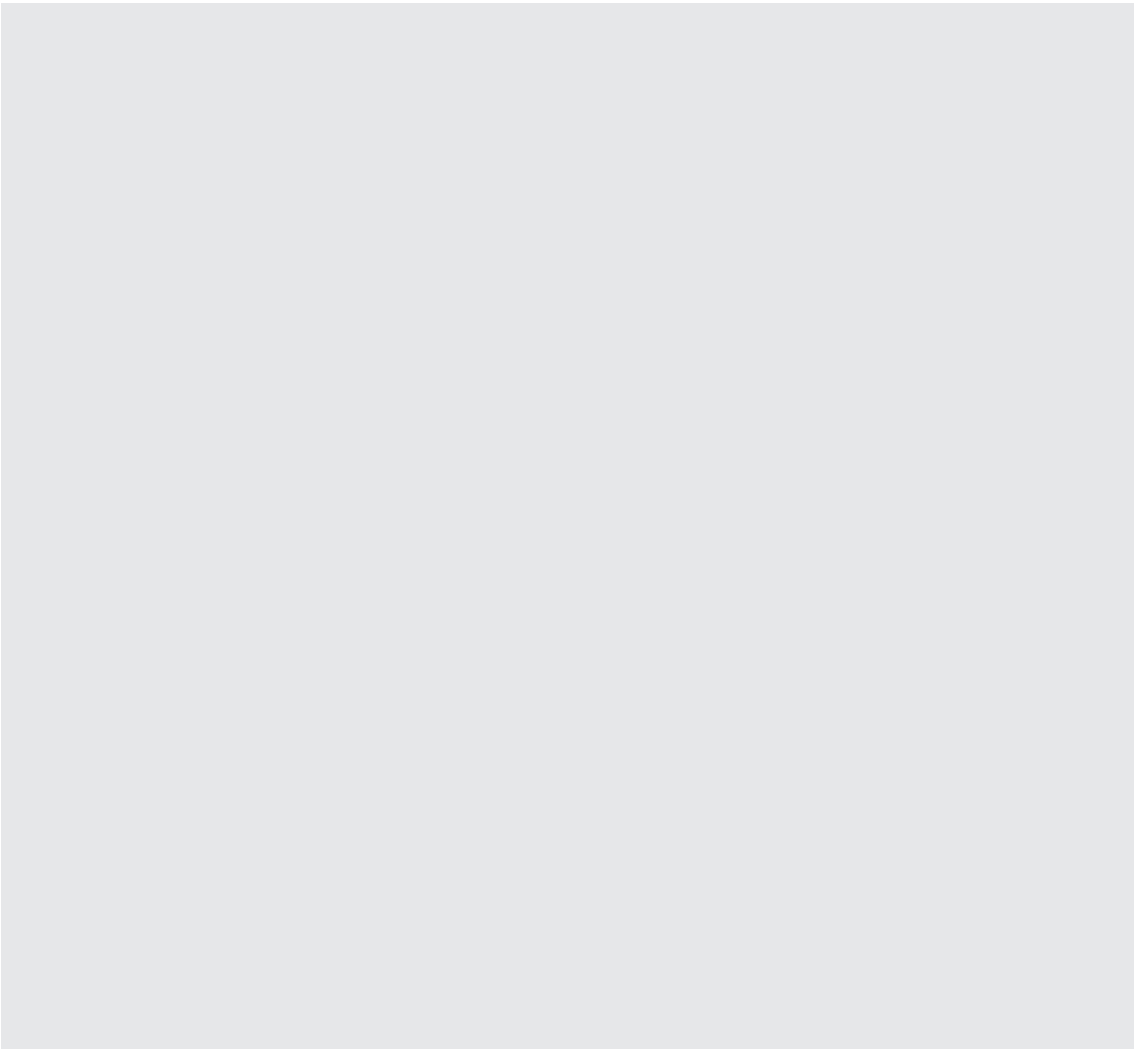
Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner  
*Editor-Chefe*

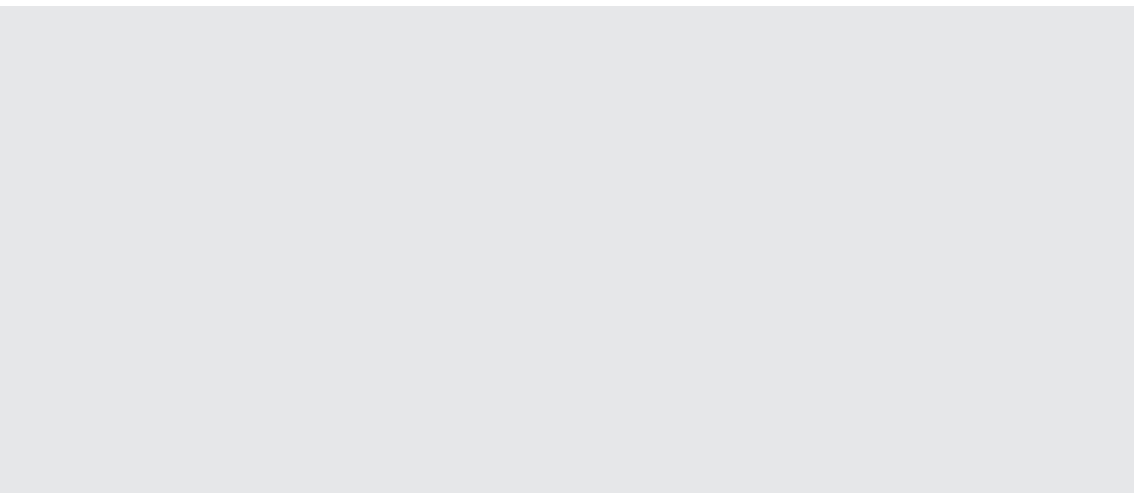
Antonio Pele  
*Editor-Adjunto*







Artigos



# O Supremo de “portas abertas”: a colegialidade em ação

*Brazilian Supreme Court with “open doors”:  
collegiality in action*

Carlos Victor Nascimento dos Santos\*  
*Universidade Federal Fluminense, Macaé – RJ, Brasil.*

## 1. Introdução: o direito constitucional pesquisado

O presente texto representa uma síntese do argumento desenvolvido a partir das observações realizadas em trabalho de campo nas sessões de julgamento no plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). A possibilidade de realização de uma pesquisa empírica qualitativa, nos moldes aqui proposto, se justifica principalmente a partir da escassez de trabalhos já realizados e publicados sobre o problema de investigação destacado. Tendo por base o método qualitativo, a realização do trabalho etnográfico permitiu descrever e compreender as dinâmicas, interações, ritos, dentre outras questões passíveis de observação.

Além das questões acima, a pesquisa também se justifica na tentativa de aproximação do Direito com outras áreas do saber, como as ciências sociais, de modo a ampliar não apenas a capacidade explicativa do objeto pesquisado, mas proporcionar um diálogo maior entre essas diferentes áreas. O aumento de interlocutores sobre o tema de pesquisa permite um diálogo maior e mais qualificado sobre o tema proposto. O que já vem

---

\* Professor Adjunto de Direito na Universidade Federal Fluminense. Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, Brasil. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Rio de Janeiro, Brasil. Graduado em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), Rio de Janeiro, Brasil. Atualmente é pesquisador de temas relacionado ao Direito Constitucional, instituições judiciais e ao ensino do Direito. Email: carlosvictor@oi.com.br.

sendo realizado por diversos pesquisadores que utilizam o Direito como objeto de estudo a partir de um olhar antropológico ou sociológico, utilizando-se de pesquisas etnográficas<sup>1</sup>.

A pesquisa tem por objetivo promover o exercício de relativização de categorias nativas utilizadas pelos sujeitos da pesquisa como forma de ampliar o poder explicativo das dinâmicas e interações que ocorrem nas sessões de julgamento do STF. O estranhamento estimulado e radicalizado pelo trabalho de campo será o recurso necessário e fundamental nesse processo interpretativo, permitindo uma interseção entre duas ou mais disciplinas e enriquecendo o debate sobre questões que lhes são afins. Essa investigação das práticas sociais tendo por base a dimensão empírica contribuirá para desvendar o significado de eventos e situações que têm lugar no grupo social objeto da pesquisa<sup>2</sup>.

Neste sentido, o grupo social objeto da pesquisa será o composto pelos ministros do STF; o espaço de observação e descrição das dinâmicas, interações, procedimentos, ritos etc. será aquele institucionalmente estabelecido a este fim; e o momento, aquele em que se reúnem a portas abertas. E a categoria que sintetiza tais momentos é a colegialidade – representando essa reunião institucional, pública e que tem por objetivo produzir uma decisão judicial (coletiva).

Para melhor desenvolver essa pesquisa, apesar de nascido no Rio de Janeiro e ter morado no mesmo local até a decisão em realizar essa pesquisa, a partir de bolsa CAPES conseguida no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio, mudei-me para Brasília no ano de 2014. Obtendo maior proximidade com o campo que escolhi para melhor conhecer e aprofundar estudos, na semana seguinte à mudança para Brasília dei início ao que alguns autores chamam de campo exploratório<sup>3</sup>. Como a pesquisa etnográfica era pouco conhecida por mim, era preciso me familiarizar com esta nova forma de produção do conhecimento.

No início do trabalho de campo, tudo parecia fazer algum sentido, todos os eventos que aconteciam apresentavam motivações que se aproximavam de meu objeto de pesquisa: se eu chegava ao prédio onde ocor-

---

1 LEWANDOWSKI, 2014; MELO, 2013; GERALDO, 2013; FIGUEIRA, 2007; FONSECA, 2008; EILBAUM, 2006; e BAPTISTA, 2008.

2 CARDOSO DE OLIVEIRA, 1993.

3 FOOTE-WHYTE, 1990.

riam as sessões plenárias e em sua porta tinha uma faixa com o nome da então Presidenta Dilma, estava claro para mim que o tribunal estava fazendo campanha para o Partido dos Trabalhadores e, conseqüentemente, os membros do colegiado poderiam se reunir em busca de praticar atos pró-governo. Em pouco tempo de trabalho de campo, comecei a atribuir novos olhares ao que ocorria em meu redor. Recordo-me de, nas primeiras sessões por mim assistidas, o ministro-presidente convocar o intervalo por volta das 16h “pelo prazo regimental” – para ser fiel às suas palavras, fazendo referência ao prazo de trinta minutos constante no Regimento Interno do tribunal. Cerca de um mês depois, lembro-me de ter me surpreendido com a não realização do intervalo na sessão plenária que assistia. Aquele foi um momento em que percebi um evento se distanciando de um suposto padrão. O que me levou à reflexão a respeito da funcionalidade do intervalo para o colegiado: quando convocá-lo? Por que ignorá-lo? Que funções ele possui? Não demorei a perceber que o intervalo poderia se tornar um dos elementos capazes de atribuir possíveis sentidos àquela reunião ou a momentos específicos dela. E, por conseqüência, percebi que o intervalo era um dos momentos que eu precisava observar, ainda que todos se dispersassem durante a sua realização.

Esse exemplo é significativo para demonstrar que o meu trabalho de campo foi efetivamente iniciado no momento em que comecei a identificar eventos, ritos, posturas, interações que se guiavam por determinados padrões e que se alteravam a partir de novos eventos, ritos, posturas ou interações. O modo como esse padrão se estabelecia e a forma em que se modificava passaram a ganhar minha especial atenção. O que me permitiu, como conseqüência, identificar hábitos em alguns ministros que enunciavam uma discordância, antes mesma dela se manifestar verbalmente, por exemplo. E assim começou efetivamente meu trabalho de campo.

Para realizar uma etnografia das sessões de julgamentos ocorridas no plenário, precisava me deslocar ao STF pelo menos duas vezes por semana, sempre no mesmo horário: quartas e quintas-feiras, de 14h às 18h. O trabalho de campo durou cerca de dois anos: tendo iniciado em agosto de 2014 com duração até dezembro de 2015; e posteriormente, de agosto a dezembro de 2016.

E a partir da realização desse trabalho de campo foi possível destacar ao menos três reflexões: (i) a existência ou não de uma colegialidade no Supremo Tribunal Federal; (ii) a manifestação de práticas rotineiras em

uma elite jurídica<sup>4</sup> como o Supremo Tribunal Federal; e (iii) a proposta de abertura de uma nova agenda de pesquisa em que se torne possível investigar e identificar diferentes modos de como o direito constitucional pode também ser produzido no cotidiano das relações sociais e institucionais a partir do estudo, observação e compreensão das ações de diferentes atores sociais. Para tanto, o caminho percorrido até o alcance de tais reflexões passa primeiro por uma investigação de como os textos tratam da categoria “colegialidade” (sempre fazendo referência aos tribunais, principalmente os brasileiros) para, em seguida, apresentar o modo como a mesma categoria se manifesta no cotidiano das relações institucionalmente estabelecidas pelos atores investigados, a partir das ações observadas no curso do trabalho de campo, o que poderá ser notado já nas páginas seguintes.

## 2. O contraste de discursos como aumento do potencial explicativo da colegialidade

A primeira parte da pesquisa refere-se à construção da categoria “colegialidade”, sempre referida aos tribunais brasileiros. A arqueologia proposta da categoria investigada passa por dois diferentes caminhos. O primeiro deles investiga o modo como autores que se dedicam a escrever e publicar artigos e livros na área de Direito tratam do tema. E o segundo faz referência ao modo como autores dedicados ao estudo e pesquisa da história das instituições brasileiras, área de estudo e aprofundamento próprio da História, empenham esforços para atribuir sentido a essa mesma categoria. Em comum, os dois diferentes discursos apresentam o esforço em atribuir sentidos, ainda que de forma difusa, a uma categoria que não apresenta um estudo mais sistematizado em nenhuma das áreas de análise. Além disso, ambos os discursos destacam diferentes significados e fundamentos à sua existência e funcionalidade, atribuindo à sua constituição e desenvolvimento a influência de uma multiplicidade de fenômenos sociais<sup>5</sup>.

Por fim, buscou-se identificar os sentidos dos discursos produzidos pelos atores sociais investigados<sup>6</sup> (ministros do STF) por ocasião dos depoimentos orais concedidos ao “Projeto História Oral do STF” (doravante

---

4 BOTTOMORE, 1974.

5 WEBER, 1994.

6 SANTOS, 2019.

HOSTF)<sup>7</sup> em razão de pesquisa realizada sobre os vinte e cinco anos da Constituição Federal, que teve por objetivo recontar a história do tribunal a partir do discurso e protagonismo de cada um dos ministros que registram passagens pelo tribunal no período compreendido entre 1988-2013. O que permitiu o contraste entre o modo como os textos dizem que a colegialidade deveria ser e o modo como os próprios atores gostariam que ela fosse notada.

## 2.1 Quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio

Em relação à investigação em textos escritos e publicados na área do Direito, foi possível verificar que o direito brasileiro reivindica uma apropriação da colegialidade do sistema jurídico italiano, sob o fundamento de correção das decisões judiciais proferidas pelos juízos singulares, devido ao potencial para cometimento de injustiças do ser humano<sup>8</sup>. Por estes motivos, a colegialidade estaria relacionada a um conjunto de magistrados que reapreciaria a decisão já proferida pelo magistrado de primeira instância. O fundamento atribuído pelos autores brasileiros à colegialidade, como o fim político da decisão, de evitar o cometimento de injustiças, dentre outros, permitiu a identificação da colegialidade enquanto uma ideologia proveniente do sistema recursal. Enquanto uma ideologia recursal, a doutrina clássica do direito processual civil brasileiro construiu o argumento de que a pluralidade de julgadores geraria uma hierarquia da segunda instância sobre a primeira, devido à possibilidade de um número de magistrados superior ao que proferiu a decisão recorrida melhor analisar o mérito da causa.

Posteriormente, identificou-se que a doutrina clássica brasileira<sup>9</sup> se referia constantemente à doutrina italiana do processo civil para fundamentar a colegialidade e reivindicar uma proximidade entre os sistemas jurídicos brasileiro e italiano. A partir disso, foi feita uma consulta à doutrina italiana sobre o tema da colegialidade, a fim investigar a proximidade ao menos do sistema recursal, reivindicada por autores brasileiros. E tendo acesso à literatura italiana sobre o tema, com referência aos principais autores italianos citados por brasileiros, confirmou-se que a colegialidade estava associada

---

7 Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13570>>. Acesso em: 17.jun.2017.

8 SANTOS, 2017a.

9 PENNA e ENGELMANN, 2017; SANTOS e SILVA, 2015.

ao sistema recursal, mas sob fundamento diverso. No direito processual civil italiano, a colegialidade é fundamentada na oralidade, o que contribuiu à identificação de alguns distanciamentos à colegialidade no Brasil.

A partir de pesquisa sobre a oralidade, percebeu-se que o direito brasileiro incorporou a ideia da colegialidade do direito italiano, mas sem importar categorias fundamentais à sua compreensão e funcionamento, como a discussão oral do mérito da causa e a deliberação secreta. Essas categorias são responsáveis por imprimir uma dinâmica ao órgão colegiado italiano diferente da existente no colegiado brasileiro, onde a discussão oral do mérito é mitigada e a deliberação é pública. Apesar de as distinções serem visíveis, merece destaque o fato de a colegialidade, após se fundamentar enquanto uma ideologia, se consolida no raciocínio jurídico<sup>10</sup> como uma categoria fundamental ao sistema recursal brasileiro.

A ideia da colegialidade foi completamente aceita pela comunidade jurídica, chegando-se a convencionar entre os autores brasileiros tratar-se de uma regra. A colegialidade nos tribunais passou a ser considerada característica básica do sistema jurídico brasileiro. Mesmo no período identificado como havendo um déficit de textos escritos sobre o tema, a colegialidade não foi extinta ou até mesmo mitigada. O modelo criado para revisar decisões judiciais de juízos singulares tornou-se avesso a quaisquer tipos de questionamentos devido à superioridade do número de julgadores a apreciar a decisão recorrida, prevalecendo o jargão “duas cabeças pensam sempre melhor que uma”.

Ao ser considerada um dogma, a categoria da colegialidade volta a ser discutida a partir de um possível esvaziamento de suas funções com o aumento dos poderes do relator. Algumas modificações legislativas permitiram que o relator do processo ou recurso resolvesse a questão judicial envolvida antes mesmo da sua submissão ao colegiado. É possível pensarmos inclusive que o agravo interno, que é uma figura criada para recorrer da decisão do relator e finalmente submetê-la ao colegiado, representaria uma tentativa de preservação ao dogma da colegialidade, demonstrando que o objetivo das modificações legislativas não era diminuir a competência dos órgãos colegiados ou inverter a lógica do sistema recursal para o julgamento singular ou monocrático.

---

10 SCHAUER, 2009.

Entretanto, autores do processo civil viram mais que um possível questionamento ao dogma da colegialidade nessas medidas, enxergando uma violação cada vez maior à categoria. Iniciou-se, assim, um debate relacionando as medidas legislativas e a colegialidade como um campo de disputa pelo “o que é dito” e “como é dito”. Segundo Pierre Bourdieu, “*o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito (...)*”<sup>11</sup>. E os juristas que escreviam à época, em sua grande maioria advogados e juízes aposentados não satisfeitos com as possíveis mudanças no sistema recursal brasileiro, que estaria deixando de ser colegiado para se tornar monocrático, passam a se apropriar de uma “interpretação constitucionalizante” a fim de elevar categorias supostamente violadas a um *status* constitucional e reivindicá-las enquanto princípios.

Por fim, é destacado um movimento iniciado pela publicação do Novo Código de Processo Civil que preza pela retomada da garantia do julgamento colegiado em instância recursal ao diminuir os poderes do relator em hipóteses de manifestações de improcedência do recurso. O que demonstra uma possível medição de forças entre juristas para manter ou diminuir os poderes do relator face ao julgamento colegiado em instância recursal.

Relacionando o espaço de disputas destacado por Bourdieu<sup>12</sup> com o que até agora foi construído, é possível perceber uma mobilização da doutrina jurídica em elevar a categoria da colegialidade a um princípio constitucional, sob o argumento de uma possível constitucionalização do processo civil. No entanto, essa mobilização doutrinária equivaleria tão somente a empoderar um argumento por meio do empenho de um trabalho intelectual específico ao elevar uma determinada categoria jurídica a princípio constitucional. Assim, a categoria elevada a “princípio constitucional” é colocada em posição hierarquicamente superior, dentro do debate, às categorias narrativas no direito. Assim, a construção da autoridade do argumento no direito passa por um processo de elevação de *status*<sup>13</sup>a partir da apropriação de discursos que o torne hierarquicamente superior, construído principalmente em um ambiente de disputas em que os atores reivindicuem o direito de dizer como a própria realidade social funciona.

---

11 BOURDIEU, 1998, p. 212.

12 Idem, p. 211.

13 SANTOS, 2017a.



## 2.2 Herança ibérica, importação de cultura jurídica dos países centrais ou um fenômeno multicausal?

O eixo de análise destacado em linhas anteriores nos remete a uma importante questão: por que juristas brasileiros buscam no direito italiano uma justificativa e fundamentação à colegialidade dos tribunais brasileiros, considerando os distanciamentos existente entre as culturas jurídicas italiana e brasileira? Foi a partir dessa questão que a pesquisa descrita já nas próximas linhas foi realizada, com o incremento de uma reflexão adicional: se o direito processual civil italiano em relação ao exercício da colegialidade nos tribunais apresenta fortes distinções com o sistema judicial brasileiro, por que apropriar um discurso desenvolvido em contexto diverso e aplicá-lo em nova realidade sem qualquer reflexividade acerca de sua adequação? Tentando compreender tais questões, busquei conhecer um pouco mais a categoria da colegialidade a partir de outro eixo de análise: a história das instituições judiciárias brasileiras.

A história das instituições judiciárias<sup>14</sup> nos direciona a uma herança, sobretudo ibérica, da colegialidade nos tribunais brasileiros, respeitados também alguns de seus costumes. No curso deste eixo de análise não há qualquer referência ou análise de uma cultura jurídica italiana capaz de influenciar o funcionamento das instituições judiciárias brasileiras. Isto é, parece existir uma nova disputa no campo jurídico sobre a forma em que a colegialidade é concebida nos tribunais brasileiros, o que dificulta a compreensão de como vem sendo exercida atualmente.

A disputa a que faço referência é a reproduzida nas duas óticas apresentadas por Bourdieu<sup>15</sup>: primeiro busca-se a compreensão do que representaria a colegialidade nos tribunais brasileiros: a produção de decisões da maioria de seus membros ou o reflexo de um posicionamento da instituição?; depois, como essa ideia foi incorporada ao direito brasileiro. Em relação à última, foram apresentados novos eixos de análises, representados pela (i) importação de teorias e circulação de ideias; e pela (ii) história das instituições judiciárias brasileiras, direcionando-os a uma herança ibérica da colegialidade.

14 HESPANHA, 2004.

15 Segundo BOURDIEU (2002), existem dois fatores estruturais que são causadores de mal-entendidos na compreensão de teorias: o fato dos textos circularem sem seus contextos e o modo como foram incorporadas ao novo campo.

No que se refere à circulação e utilização das ideias desenvolvidas por autores brasileiros que buscam fundamentação da colegialidade no direito processual civil italiano, ao destacar a internacionalização da vida intelectual em conferência pronunciada na Universidade de Friburg, Pierre Bourdieu (1989) aponta ao menos dois problemas estruturais na circulação das ideias: (i) textos circulam sem seus contextos, não carregando consigo o seu campo de produção; e (ii) a reinterpretção dos receptores de tais textos sendo feita a partir da estrutura do campo de recepção que possui, e não de acordo com o contexto em que foi produzido.

Outra questão não menos importante e complementar à desenvolvida anteriormente se refere à escolha de uma teoria ou ideia de um “país cêntrico” para ser incorporada ao direito brasileiro sem qualquer reflexão acerca de sua adequação em realidade social distinta. O que nos remete a outras reflexões. A primeira delas refere-se à influência de autores clássicos, assim qualificados em relação ao momento em que produziram suas obras e a frequência em que lhes são feitas referências, na construção dogmática do conhecimento jurídico<sup>16</sup>. É possível citar aqui alguns dos autores preferidos nos livros de Direito para fundamentar a colegialidade e que, por constante referência, passam a ser considerados clássicos: Chiovenda<sup>17</sup>, Pontes de Miranda<sup>18</sup>, Liebman<sup>19</sup>, dentre outros. A segunda está diretamente relacionada à importação de teorias de países cêntricos sob o argumento de maior coerência e organização do trabalho intelectual, capaz de criar inclusive uma dependência de modelos culturais por países ibero-americanos.

De acordo com Lynch<sup>20</sup>, há um movimento feito por autores ibero-americanos em incorporar aos seus pensamentos teorias de países cêntricos, como uma tentativa de integrar uma elite intelectual não periférica capaz de orientar a produção do conhecimento de uma área específica do saber. E quando essa incorporação é feita por autores considerados clássicos no Direito, o argumento ganha ainda mais força, alcançando o status de “argumento de autoridade”<sup>21</sup>.

---

16 SANTOS e SILVA, 2015.

17 CHIOVENDA, 1923.

18 PONTES DE MIRANDA, 1958.

19 LIEBMAN, 1959.

20 LYNCH, 2013, p. 734-735.

21 KANT DE LIMA, 2010.

Em resumo, todo o cenário aqui descrito destaca ao menos duas importantes reflexões. A primeira delas é a de uma possível deformidade no sistema judicial brasileiro: a disputa pelo reconhecimento do modo pelo qual a colegialidade é incorporada aos tribunais brasileiros, somado ao esforço em evitar uma “perifricização” do trabalho intelectual, acentua as incongruências de nosso sistema judicial. Isto é, a reivindicação de uma origem no direito italiano, uma possível herança ibérica acerca da organização das instituições judiciárias, o reconhecimento e preservação de alguns costumes brasileiros e a identificação do início de um processo de autonomização dos tribunais brasileiros a partir da criação de regimentos internos pelos próprios magistrados que compõem os tribunais, tornam o sistema judicial brasileiro caracterizado por múltiplas causas ou fatores. Para Weber (1994) a complexidade é uma das características marcantes da realidade social, em que os fenômenos ocorridos no seio social representam um produto da variedade de causas. Assim é o sistema judicial brasileiro em relação à colegialidade nos tribunais, o que dificulta a sua compreensão e nos estimula cada vez mais a compreender a função que é capaz de cumprir nas instituições judiciárias brasileiras.

### 2.3 Mapeando o dissenso das “onze ilhas”

O presente tópico sintetiza parte da pesquisa em que utilizei fontes criadas pelos depoimentos orais concedidos pelos ministros ao Projeto HOSTF para demonstrar como fazem referência e enxergam procedimentos, dinâmicas necessariamente produzidas para o alcance das sessões de julgamento ocorridas às portas abertas. A partir dos destaques por eles atribuídos, buscou-se estabelecer caminhos a serem percorridos até as sessões de julgamento, desde a chegada de um processo nos gabinetes até o chamamento desse mesmo processo pelo Presidente da Corte para sua apreciação e julgamento pelos demais ministros.

No curso desse processo, foi inevitável a identificação de algumas diferentes dimensões que permitam compreender como um processo chega à sessão de julgamento e, depois de iniciada, alguns possíveis desdobramentos que a sessão de julgamento pode ter. A cada um destes diferentes momentos chamei de dimensão e já na chamada primeira dimensão, foram abordadas duas vertentes: uma do ministro recém-chegado se deparando com a quantidade de processos com que teria que lidar diariamente em

sua nova função; e outra a respeito da chegada constante de processos no gabinete, hipótese em que o ministro seria estimulado a agir como gestor, buscando criar meios para melhor gerir a sua força de trabalho juntamente das atividades a serem desempenhadas. A segunda dimensão identificada revela a relação estabelecida entre ministros e a mídia, imprensa e opinião como uma medição de forças. Se por um lado, os ministros revelam sofrer diferentes pressões por mais celeridade na apreciação de determinadas demandas e até mesmo por tomadas de certas decisões; por outro, os ministros buscam desenvolver meios e práticas capazes de preservar a sua imparcialidade e, conseqüentemente, a legitimidade do exercício da profissão que possuem.<sup>22</sup> No entanto, o estabelecimento de uma relação de proximidade com a mídia, imprensa e opinião pública tornou mais clara uma situação bastante comentada pelos ministros em seus depoimentos pessoais: o convívio isolado quer seja no ambiente de trabalho ou fora dele. O que demonstra a inexistência de diálogos, laços de amizade ou quaisquer outros meios capazes de facilitar o convívio e impactar nas dinâmicas de trabalho que possuem, como: conversarem sobre casos, trocarem votos ou discutirem posicionamentos antes da ocorrência da sessão de julgamento.

A situação acima permite o ingresso na terceira dimensão do mapeamento aqui produzido: a identificação de isolamentos, a falta de diálogos e a necessidade de administração dos conflitos deles proveniente. E uma das medidas criadas institucionalmente para melhor gerir esses conflitos foi a chamada por alguns de “sessões secretas”, ou melhor, sessões a portas fechadas. Essa medida era adotada diante de casos de grande repercussão ou de aparente complexidade e era convocada para diferentes fins: desde combinar posturas nas sessões a portas abertas até deliberarem a respeito de determinadas demandas. E o personagem que ganha destaque principalmente nesse momento é o Presidente do Supremo, responsável por convocar, organizar e presidir as ditas sessões. O Presidente do Supremo surge, então, como um dos administradores do conflito, exercendo sua função por meio da manifestação de poderes que possui ao assumir o cargo representativo não apenas de seus colegas pares na Corte, mas de toda a magistratura nacional. Assim, é dado início à última dimensão que antecede a sessão de julgamento, chamada de “gestão do processo pelo Presidente”, oportunidade em que são apresentadas algumas das funções exercidas pelo

---

22 SANTOS, 2019, p. 188-190.

Presidente do Supremo antes da ocorrência das sessões a portas abertas e que podem impactar direta ou indiretamente as dinâmicas ali ocorridas. Nessa fase, uma das mais comentadas manifestações de poderes pelos ministros entrevistados refere-se à pauta de julgamento, momento em que o ministro-Presidente, a partir dos processos ali inseridos, seleciona quais serão chamados a julgamento, entendido como um dos últimos atos ou fatos ocorridos, relatados nas entrevistas, antes da abertura da sessão de julgamento a portas abertas.

Iniciada a sessão, uma quinta dimensão do dissenso seria capaz de explicitar posturas adotadas devido à existência de padrões comportamentais que devem ser observados pelos ministros, além do desconforto relatado por eles em não ter espontaneidade em suas condutas quando diante do televisualização das sessões plenárias de julgamento. Inicialmente, são apresentadas algumas condutas orientadas tanto pelo regimento interno quanto pelo critério da antiguidade. Estas últimas sequer encontram-se previstas no regimento interno do tribunal, mas são seguidas sem qualquer relutância pelos ministros como forma de atribuição e manutenção da identidade do tribunal. Por fim, os ministros destacam ainda suas impressões (em sua maior parte, negativa) em relação ao televisualização das sessões de julgamento do tribunal, o que impactaria diretamente as dinâmicas ali ocorridas.

As sexta e sétima possíveis dimensões do dissenso estão interligadas. Na sexta dimensão, os ministros descrevem situações comumente ocorridas em uma sessão de julgamento a portas abertas, destacando dois diferentes momentos: a discussão e a deliberação. No entanto, a partir do relato dos ministros foi possível perceber que, diferentemente do notado quando da realização da pesquisa acerca da colegialidade nos textos, a discussão surge a partir da deliberação. Isto é, uma vez que os ministros apresentam seus votos, os colegas de plenário podem fazer “apartes” ou apresentar divergência iniciando, assim, a discussão. E seria durante a discussão que seria dado enfoque ao destaque de opiniões. A sétima e última dimensão identificada pelos ministros entrevistados refere-se ao destaque dado por todos ao que consideram como o maior desconforto que possuem no exercício de suas funções: a imprevisibilidade do posicionamento de seus pares, e não a discordância de alguns deles. O que permite a inferência de que a formação da maioria representa motivo de preocupação entre os ministros, e não a garantia de um consenso ou unanimidade no julgamento. E, uma vez que os ministros destacam esse possível convívio isolado entre eles,

como forma de diminuir a imprevisibilidade que os causa desconforto, os ministros passam a criar e atribuir diferentes classificações aos seus colegas de plenário para, por meio de cada uma delas, apontar características próprias a cada um deles e, conseqüentemente, antecipar posturas, procedimentos e até mesmo posicionamentos levados às sessões de julgamento.

Todas as dimensões aqui descritas representam apenas as que os ministros atribuíram maior destaque em suas entrevistas, atentando para o dado que, pelo esforço empenhado, esses podem ser reconhecidos como alguns dos percursos que os entrevistados gostariam que fossem notados desde a chegada do processo em seu gabinete até a produção de uma verdade jurídica capaz de dar origem a uma decisão judicial. De todo modo, eles são representativos de formas específicas de organização de saberes não antes relatados ou observados, capazes de destacar eventos que podem exercer influências sobre alguns fenômenos sócio-jurídicos de interesse da presente pesquisa como, por exemplo, o empenho dos ministros em registrar que produzem sozinhos suas decisões judiciais e que eles próprios são a sua principal fonte de produção do conhecimento jurídico.

### 3. Dos textos para o campo: a colegialidade em ação

Os possíveis sentidos que a colegialidade nos tribunais brasileiros poderia ter segundo a literatura, representam a construção de uma categoria a partir de um raciocínio jurídico. Este raciocínio de construir uma categoria para, posteriormente, desconstruí-la é muito comum nas pesquisas em Direito. E foi também durante o processo de realização das pesquisas anteriormente descritas que foi iniciado o processo de reflexão a respeito lugar ocupado pelo pesquisador no trabalho de campo: após a compreensão do tratamento que autores e atores dão ao tema, era preciso estabelecer um estranhamento com o objeto investigado. O que não costuma ser simples de realizar, uma vez que o pesquisador com formação estritamente jurídica é treinado para raciocinar juridicamente acerca da existência de fenômenos sociais desde o primeiro dia de aula na faculdade de Direito. E não apenas, mas também durante os seis anos de pós-graduação *stricto sensu* que possuem a oportunidade de cursar, o que os coloca em uma linha tênue entre o encantamento e o estranhamento.

Neste processo, é fundamental a aproximação com outras áreas como a sociologia e a antropologia, aos quais permite um acesso a textos, autores,

professores, pesquisas que contribuem a um processo de amadurecimento capaz de ocorrer ao mesmo tempo em que é realizado o trabalho de campo. Esse “tratamento à base de choque” permite inclusive reler as pesquisas já realizadas, atribuindo-lhes novos sentidos e, sobretudo, mudando suas perspectivas. Durante esse processo, por exemplo, foi possível reler minhas próprias pesquisas e perceber que a compreensão da categoria “portas abertas” seria fundamental a uma melhor investigação de objeto aqui proposto. Desde a edição da Lei de 18 de setembro de 1828, primeira lei de abrangência nacional a regulamentar a organização de um tribunal no Brasil, há disposição que permite (i) que as sessões de julgamento sejam a “portas abertas”, além de (ii) serem debatidas as questões necessárias ao regular desenvolvimento do processo ou recurso por todos os envolvidos na demanda e (iii) que a questão apreciada seja resolvida à pluralidade de votos:

Art. 13. Quando o último tiver visto o processo, o apresentará na mesa no dia, que o Presidente designar, e a **portas abertas**, ilustrado o Tribunal pelos três juízes, que viram os autos, e debatida a questão por todos os membros presentes, decidir-se-á pluralidade de votos, se se deve, ou não, conceder a revista: o resultado se lançará nos autos com as razões, em que elle se fundou. (grifei)

Desde essa disposição, o Supremo Tribunal Federal – diferente do sistema italiano, onde juristas brasileiros afirmar ter origem a colegialidade e organização de diversos ritos do tribunal –, dedica ao mesmo espaço dois diferentes momentos da produção de uma decisão judicial: a discussão e a deliberação. Isto é, a sessão de julgamento a portas abertas torna público parte do processo de produção de uma verdade jurídica. De acordo o disposto no art. 13 da Lei de 18 de setembro de 1828, o tribunal inicia a discussão acerca dos processos em mesa para julgamento e, após, contabiliza os votos de cada um dos ministros presentes. Atualmente, as sessões de julgamento a portas abertas continuam comportando os dois momentos; no entanto, de forma diversa: o primeiro ato de apreciação de um processo é a apresentação de um relatório e voto do ministro-relator, em seguida são colhidos os votos dos demais ministros, sendo permitidos os chamados “apartes”, que ocorrem na hipótese de algum ministro intervir em algumas das falas de seus colegas de plenário para manifestar opinião contrária, acrescentar dados e opiniões, solicitar informações, dentre outras posturas.

E são a partir dos apartes que a discussão é iniciada, transformando o voto como um dos principais atos de regência das dinâmicas ocorridas em uma sessão de julgamento a portas abertas.

Tais questões me estimularam a realizar um trabalho de campo em que pudesse observar e descrever as dinâmicas ocorridas no espaço em que os ministros se reúnem a portas abertas para nos apresentar um suposto exercício da colegialidade, que resultaria na produção de uma decisão judicial não necessariamente coletiva. O próximo tópico, então, reproduzirá algumas reflexões orientadas pela realização do trabalho de campo, estabelecendo um estranhamento e distanciamento do modo como o conhecimento jurídico é produzido para, enfim, ter facilitada a compreensão de como fenômenos sócio-jurídicos podem ganhar sentido a partir das ações de seus próprios atores e, conseqüentemente, orientar suas condutas.

### 3.1 A preservação das tradições e a construção ocasional dos ritos

Quando da criação do tribunal da Relação do Brasil, o Rei Felipe II escreveu na carta que criava os “*estylos*” que deveriam ser preservados na Corte, absorvendo vários deles da Casa de Suplicação, criada antes e que serviu de parâmetro para o tribunal brasileiro<sup>23</sup>. Os “*estylos*” faziam referência aos ritos e tradicionalismos que o tribunal criado deveria seguir. Com o passar dos anos, vários outros tribunais foram criados e alguns desses ritos e tradicionalismos foram incorporados ao seu cotidiano sem a necessidade inclusive de seu registro como exigência a ser seguida. É possível citar como exemplo o uso da toga que era prevista na carta que cria a Relação do Brasil, na lei de criação do Supremo Tribunal Federal e que ainda hoje é observado em todos os tribunais brasileiros sem qualquer previsão legal ou regimental. Vários destes tradicionalismos foram incorporados ao cotidiano das relações institucionalmente estabelecidas pelos ministros do Supremo no desenvolvimento de suas atividades perante o público. O ambiente ritualizado é responsável por organizar minimamente o início e sequência de atividades e, conseqüentemente, estabelecer uma hierarquia entre as pessoas que as conduzem e as que cumprem suas diretrizes.

Por exemplo, independente de aviso prévio, a plateia disposta a assistir às sessões e julgamento tem conhecimento acerca da necessidade de

---

23 SCHWARTZ, 2011, p. 60-61.



levantar de seus assentos ao ouvir o sino tocar – ato representativo da entrada dos ministros no plenário da Corte. O retorno aos seus assentos é determinado pelo ministro-Presidente, após cumprimentar a todos e dizer “podeis se assentar”. Aquele que não o fizer poderá ser repreendido por seguranças presentes para estabelecer uma ordem local, incluindo também a preservação de alguns ritos. É possível citar como exemplo um folheto recebido ainda na recepção do prédio por aqueles que desejam assistir às sessões plenárias. Dentre as regras, consta ali a obrigatoriedade do uso de “terno e gravata” para homens e de “terninho ou um vestido acompanhado de blazer e casaco para as mulheres”. Além disso, “a não observância das condutas previstas ensejará a aplicação dos procedimentos de segurança e das penalidades previstas em lei”.

Além dos ritos que envolvem diretamente a plateia, existem aqueles relacionados especificamente a organização das atividades desempenhadas pelos ministros em sessão. E o Presidente do Supremo é o principal “guardião dos procedimentos” a serem adotados nas sessões plenárias de julgamento, o que significa que tem o dever de administrar possíveis eventos que ocorram no curso regular de uma sessão. E os eventos que podem ocorrer em uma sessão de julgamento são os mais diversos, variando desde um atraso de ministro à sessão até o colhimento de votos e eventual realização de uma audiência pública. Todas elas têm em comum o fato de influenciar diretamente o curso regular da sessão de julgamento, modificando inclusive algumas das dinâmicas capazes de manter ou alterar sua estrutura organizacional.

O ministro-Presidente, enquanto responsável pela preservação dos ritos e gestão do funcionamento da sessão de julgamento, manifesta o poder que possui para manter e alterar ritos que impactam diretamente no desenvolvimento das atividades regulares do tribunal. A administração dos ritos gera impactos diretos na relação com seus colegas de plenário que, ao mesmo tempo em que prezam por sua manutenção, também sentem e reivindicam mudanças. Por exemplo, os ministros não questionam a senioridade enquanto critério de regência das relações e atividades no tribunal. A senioridade impõe a tônica dos julgamentos ao determinar que os ministros mais antigos do tribunal sejam os últimos a manifestar voto, podendo inclusive alterar o entendimento inicialmente construídos pelos que mais recentemente ocuparam o tribunal, demonstrando a possibilidade de ocorrência inclusive de uma disputa geracional entre os ministros.

Apesar das tradições e da senioridade serem responsáveis por estabelecer diversos ritos na sessão de julgamento, os mesmos são mutáveis a partir de determinadas circunstâncias, e podem até mesmo induzir a erro os ministros recém-chegados ao colegiado ou o presidente recém-eleito, ao qual demonstra por meio de diversos erros de procedimento, necessitar de um tempo de maturação no cargo para melhor reger e possivelmente alterar alguns ritos. É possível citar como exemplo postura adotada pelo ministro-Presidente sob o argumento da “celeridade nos julgamentos”: após ser eleito presidente do tribunal, o min. Ricardo Lewandowski indaga aos ministros presentes à sessão se alguém possui divergência com o exposto pelo relator. Após a ausência de resposta, o ministro-Presidente declara o voto do ministro-Relator vencedor por unanimidade. O min. Luiz Fux, então, indaga: “Presidente, mudou a forma de votar? Porque eu não tive o voto individual colhido.” E o ministro-Presidente responde: “Estou fazendo um teste: indago a respeito de alguma divergência, se houver, colho os votos individuais; do contrário, encerramos o caso.” E o min. Marco Aurélio encerra o diálogo dando um sorriso e afirmando: “a votação simbólica é importante para a celeridade.”

Resumindo, os ritos são capazes de serem agrupados da seguinte forma: (i) fenômenos ocasionais, dentre os quais, estão os que decorrem do desenvolvimento regular das sessões, além dos que não são planejados ou previstos; (ii) eventos provocados pelo Presidente do tribunal – eventos institucionais; e (iii) eventos ocorridos por influência do ministro Relator de determinado processo, como a solicitação de uma audiência pública, o que adia a apreciação e julgamento de um processo pelo tribunal, por exemplo. Apesar de o presente tópico representar apenas uma síntese do argumento criado a partir das observações realizadas no trabalho de campo, é possível perceber o modo e influência que alguns ritos podem ter na atribuição de sentidos às ações praticadas por ministros no exercício da colegialidade em plenário, o que poderá ser notado também nos próximos tópicos.

### 3.2 O constrangimento como elemento orientador de condutas no plenário

Assim como no tópico destinado à compreensão acerca da dedicação de autores e livros de Direito em desempenhar trabalhos intelectuais para reconhecer o sentimento como um elemento integrante ou legítimo no pro-

cesso de tomada de decisões do magistrado, como a transformação de uma aparente ideologia no princípio constitucional da colegialidade, o presente tópico representa uma apertada síntese de como o magistrado pode buscar e construir uma legitimação do exercício de sua profissão. Esse processo de legitimação, perceptível a partir do especial foco nas observações das interações ocorridas em plenário principalmente entre partes e ministros e entre os próprios ministros, se torna bastante acentuado quando passa a integrar nesse processo um novo elemento orientador de condutas: o constrangimento.

Em seus ensaios sobre as interações face a face, Goffman<sup>24</sup> destaca diferentes representações que um mesmo indivíduo é capaz de apresentar. A representação a que faço menção refere-se à metáfora teatral de Goffman, em que cada pessoa representa um “eu” para cada interação por ela estabelecida. O que permite que, em cada interação socialmente estabelecida, a pessoa, ao mesmo tempo em que representa um “eu”, também esconde outro, cujo objetivo seria não distorcer ou embaraçar seu propósito caso o mesmo fosse revelado. Goffman<sup>25</sup> complementa ainda afirmando que indivíduos podem sequer perceber estarem atuando em determinada interação, podendo ter o seu comportamento moldado por seu grupo social ou tradição ao qual pertença. A noção de constrangimento e a sua relação com a organização social sugerida por Goffman surge, neste contexto, designando diversos elementos presentes à realidade social capazes de se impor ao indivíduo, pressionando-o a adotar comportamentos que diferem do eu representado naquele momento, chamado também por Goffman<sup>26</sup> de região da fachada – local de execução da representação.

O local de execução da representação ao qual faço especial menção é a sessão plenária de julgamento, local em que se destacam as interações entre as partes, entre as partes e os ministros, e entre os próprios ministros. Em especial nas duas últimas interações é possível notar o empenho de determinados atores em constranger outros para que se obtenha o alcance de determinada postura com quem se esteja interagindo. É comum, por exemplo, que as partes envolvidas no processo, ao realizar suas sustentações orais, procedam à leitura de trechos de decisões e quaisquer outras

---

24 GOFFMAN, 1975.

25 Idem, p. 67.

26 Idem, p. 102.

declarações já feitas por algum dos ministros presentes à sessão como forma de demonstrar uma suposta clareza ou legitimidade do argumento que ora sustentam. O que pode ser encarado também como forma de exercer uma pressão ainda que simbólica sobre o ministro que fez as declarações para concordar com o argumentado pelas partes. Os advogados que realizam sustentações orais se utilizam com frequência de um recurso que parecem acreditar surtir efeito sobre o convencimento dos magistrados dispostos a ouvi-los: a citação constante a decisões recentes quer seja do plenário, turmas e até mesmo decisões monocráticas, cujos relatores tenham sido alguns dos ministros presentes à sessão; além de casos julgados por composições anteriores como forma de demonstrar um entendimento já sedimentado e que a composição atual deveria segui-lo. Para advogados que fazem sustentações orais, a categoria “jurisprudência” faz referência a entendimentos já consolidados pelo tribunal, independente de qualquer mudança em sua composição ou época em que tenha sido formado.

No curso das interações entre os próprios ministros é possível perceber também o esforço de cada um em construir maioria no plenário a partir do constrangimento. Por exemplo, em uma das sessões por mim assistidas, durante a leitura de seu voto, o min. Gilmar Mendes é interpelado pelo min. Marco Aurélio, que o alerta para o fato de estar contrariando decisão do plenário virtual.<sup>27</sup> O min. Gilmar Mendes, então, modifica o seu voto para se alinhar ao plenário virtual. Ou seja, não foi apenas o plenário virtual um dos fatores influenciadores da mudança de voto de um ministro, mas também o destaque público feito por um colega de plenário. Essa publicização de suas posturas, proporcionadas também pelas transmissões ao vivo das sessões plenárias de julgamento, também pode ser considerada uma forma de constrangimento: em processo em que se discutia a chamada “teoria do fato do consumado”, o min. Luís Roberto Barroso direciona o

---

27 Em 2007, o Supremo Tribunal Federal edita a Emenda Regimental n.º 21 que cria uma hipótese de manifestação eletrônica dos Ministros a respeito da existência ou não de repercussão geral, dando criação a um “plenário virtual, sendo regulamentada atualmente pela Resolução n.º 427, de 20 de abril de 2010, com alterações feitas pelas Resoluções n.º 442/2010, 476/2011, 489/2012, 490/2012 e 574/2016. Recentemente, a competência do plenário virtual foi ampliada com a edição da Emenda Regimental n.º 51, de 22 de junho de 2016. O “plenário virtual” voltará a ser mais bem discutido em capítulos posteriores e poderá ter o seu funcionamento brevemente compreendido por meio do link disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI192539,91041-Plenario+virtual+do+STF+otimiza+mas+nao+alavanca+julgamentos+de>>. (Acesso em 04.set.2016)

olhar ao Min. Marco Aurélio e diz que “teoria do fato consumado”<sup>28</sup> é um nome ruim para uma questão constitucional tão relevante. O min. Marco Aurélio o interrompe e diz: “Por favor, Ministro. Não me remeta à apologia ou criação da expressão. Esta sessão está sendo transmitida para todo o Brasil.” Teorias, teses jurídicas e a até a transmissão ao vivo das sessões de julgamento são também consideradas formas em que o constrangimento pode se materializar para orientar condutas no exercício do colegiado.

Além desses elementos, decisões judiciais anteriores também são utilizadas constantemente pelos próprios ministros para justificar a formação de sua convicção, mas de forma diversa a utilizada pelos advogados que realizam sustentações orais. Quando diante da necessidade em construir uma maioria no plenário, os ministros citam decisões já apreciadas pela composição atual da corte ou com pouca diferença em sua composição, mas com algum de seus colegas de plenário tendo sido o ministro-Relator da decisão citada. Quando fazem menção às decisões citadas, os ministros também fazem referência à categoria “jurisprudência”; no entanto, associando-a as composições da corte. Isto é, para os ministros ainda atuantes no Supremo, jurisprudência refere-se aos entendimentos já consolidados (i) pela composição ao qual integram e (ii) na hipótese de composição diferente, o ministro-Relator da decisão julgada precisa ainda estar na atual composição. A partir daí, ministros e advogados estabelecem uma distinção entre jurisprudência da Corte e jurisprudência do tribunal. Para os ministros, eles vinculam-se à jurisprudência da Corte; para os advogados, à jurisprudência do tribunal.

Por fim, há ainda uma categoria mais forte capaz de vincular e constranger ministros a adotarem determinadas posturas: a categoria “precedente”. Os ministros do Supremo referem-se à categoria para fazer menção a um julgado anterior seu (decisão monocrática) ou que tenha sido o ministro-Relator e o seu voto tenha sido o vencedor. O precedente, para os ministros do Supremo, os vincula aos próprios posicionamentos já registrados em decisões anteriores e, por tal motivo, não poderiam votar de forma contrária à convicção já formada e registrada. O que pode ser notado claramente em fala do min. Luís Roberto Barroso após ouvir a sustentação oral

---

28 De acordo com a teoria do fato consumado, criada na década de 60, as situações jurídicas são consolidadas pelo decurso do tempo em decorrência de decisões judiciais que têm como fundamento básico o princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais.

de um advogado: “Meu voto estava inclinado para outro sentido mas, após a citação de um precedente meu em sentido diverso, vou realinhar meu voto para julgar precedente o pedido.” E tais referências não são próprias apenas ao min. Luís Roberto Barroso, o ministro-Presidente (à época do trabalho de campo, o min. Ricardo Lewandowski) cita um precedente seu e de sua vice-presidente para discordar da “jurisprudência da corte”, utilizando-os inclusive como argumento de autoridade<sup>29</sup>: durante a manifestação de voto do ministro-Presidente, o min. Luís Roberto Barroso o interpela e diz: “Eu encontrei jurisprudência da corte.” O ministro-Presidente responde imediatamente: “Eu trouxe um precedente meu e um da min. Carmem Lúcia.” E retorna ao desenvolvimento de seu raciocínio, não apresentando qualquer sinal de constrangimento e retomando o fluxo regular da interação<sup>30</sup>.

Ao sofrer diferentes constrangimentos no ambiente institucional, originados por elementos e situações completamente distintas, os ministros do Supremo orientam as suas condutas no exercício do colegiado de modo a construir uma legitimação ao exercício do cargo que possuem. Esse processo de legitimação é capaz de envolver uma tentativa dos ministros em racionalizar juridicamente aspectos morais para evitar constrangimentos, como os argumentos da coerência com seu posicionamento anterior ou o que telespectadores poderiam pensar ao assistir a sessão de suas casas. A partir daí, diversas posturas podem ser adotadas para evitar o constrangimento e sustentar a sua representação em sessão plenária: a concessão de entrevistas, publicação de artigos sobre teses jurídicas e posterior citação em seus próprios votos, a circulação do voto entre os colegas de plenário antes da ocorrência da sessão a portas abertas, ou até mesmo assumir a existência de conflitos e compor grupos responsáveis por alimentar disputas que impactam diretamente nas dinâmicas da sessão. Algumas dessas questões poderão ser mais bem desenvolvidas já no tópico seguinte.

### 3.3 O ambiente de disputas e a construção da relevância em plenário

O constrangimento enquanto um dos elementos orientadores de comportamentos no curso das sessões de julgamento do plenário é capaz ainda de acentuar diferentes disputas a serem notadas no exercício do colegiado.

---

29 KANT DE LIMA, 2010.

30 GOFFMAN, 2012, p. 107.

Uma das disputas já mencionadas refere-se à existente entre os ministros mais antigos e os recém-chegados ao tribunal. Como a senioridade representa um dos critérios de organização social e institucional, os ministros mais novos no exercício do cargo praticam ações de forma a contestar algumas que são defendidas pelos ministros mais antigos e, por consequência, obrigatoriamente seguidas por todos. Uma das medidas adotadas como protesto pelos ministros mais novos no cargo foi proceder ao envio dos votos em que são relatores dos processos em mesa para julgamento para os demais ministros, antes mesmo da ocorrência da reunião diante do público. Dentre os ministros que adotam ou adotavam tal prática, estão os ministros: Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski. Antes do falecimento do ministro Teori Zavascki, havia seis ministros que compartilhavam seus votos com os demais, o que por si só constrói uma maioria quer seja no julgamento de processos ou na prática aqui descrita. E, dos seis ministros aqui destacados, apenas o min. Ricardo Lewandowski não está dentre os recém-chegados ao tribunal.

A medida permite que os ministros que não são relatores do processo tenham acesso antecipado ao posicionamento do ministro-Relator sobre o caso em análise, o que pode contribuir (i) à diminuição das discussões em plenário e imprimir maior celeridade aos julgamentos, (ii) à realização de votos mais elaborados por quem apresenta posicionamento divergente do relator devido o acesso às razões de seu voto, ou ainda (iii) à diminuição dos pedidos de vista a partir da compreensão maior dos fatos e questões jurídicas envolvidas e, é claro, (iv) à existência de um tempo de convencimento maior do que o existente na sessão de julgamento para o ministro-Relator convencer o seu colega de plenário a acompanhá-lo em sessão, construindo, assim, a maioria entre os presentes e tornando-se voto vencedor. Os demais ministros da atual composição ou não relatam circular antecipadamente seus votos ou não aceitam fazê-los. O min. Marco Aurélio Mello, por exemplo, faz questão de manifestar o não envio ou aceite de votos que não sejam anteriormente discutidos em plenário. Para o min. Marco Aurélio, todas as questões discutidas devem ocorrer no curso da sessão de julgamento, não aceitando conversar a respeito de processos em espaço que não seja diante do público.

Outro evento capaz de ressaltar o ambiente de disputas em que se tornou a sessão de julgamento plenária é o relacionado à leitura de longos votos pelos ministros do Supremo. Não é incomum que ministros saiam

de seus lugares e retornem minutos depois durante a leitura de um voto que já ultrapassa quinze minutos, ou até mesmo sejam flagrados com os olhos fechados durante a própria sessão e, conseqüentemente, recebam constantes críticas por tais posturas. Alguns dos ministros mais novos no tribunal têm adotado postura diversa à leitura de longos votos quando são relatores: apresentam breve resumo do caso, as razões de seus votos em poucas palavras e sugerem uma redação da ementa. Em alguns casos escolhidos por eles próprios, procedem à leitura na íntegra de seu relatório e voto, avisando antes tratar-se de um voto longo e leitura demorada. Diante de tal cenário, a leitura de longo voto por alguns ministros pode servir tanto como estratégia para a construção de uma maioria a partir das explicitações mais detalhadas de suas razões de decidir, como para cansar os demais ministros e, a partir de possível desatenção, induzi-los a votar em determinado sentido, ou até mesmo como forma de atribuir destaque a um processo se comparado aos demais.

Apesar de um dos objetivos da apresentação de resumos dos votos em sessão plenária ser atribuir maior celeridade no julgamento ou aumentar o tempo destinado à discussão e apreciação do processo pelo colegiado, dentre outras medidas, alguns ministros podem não se sentir confortáveis com discussões jurídicas longas. Após um dos ministros fazer um aparte durante a leitura de voto de um de seus colegas de plenário, foi iniciada uma discussão que se alongou por um período não inferior a uma hora e meia. Apresentando desconforto com a situação, o min. Marco Aurélio direcionou o olhar ao min. Ricardo Lewandowski e diz: “Presidente, vamos votar. Aqui ninguém convence ninguém. Todo mundo já vem pra cá convencido”, despertando risos dos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux. Em outras palavras, pode ser que, para o min. Marco Aurélio e alguns de seus colegas de plenário, o isolamento a que os ministros se referem durante a concessão das entrevistas ao Projeto História Oral do Supremo Tribunal Federal seja uma garantia ao livre convencimento motivado, de modo a não compreender o espaço destinado à reunião diante do público como para formar convicções. Assim, o colegiado serviria como um momento de apresentação de convicções e soma de votos, o que resultará em uma decisão. Ou seja, a produção de uma decisão judicial ganhar relevo maior que a compreensão de fatos e da controvérsia jurídica a eles relacionados.

Esse ambiente de constantes disputas é administrado principalmente pelo ministro-Presidente, que possui o poder de gerir não apenas todos



os processos do tribunal a partir da sua inclusão ou retirada de pauta para julgamento, mas o de administrar em que momento um processo em mesa para julgamento será apreciado e por quais ministros deve sê-lo; uma vez que compete ao ministro-Presidente interpretar e definir o quórum necessário à apreciação de determinados processos, além de verificar quais ministros estão presentes à sessão e, dependendo de quem esteja presente, fazer ou não o pregão (chamamento) do processo a ser apreciado pelo colegiado. É possível ainda que o ministro-Presidente proceda a uma gestão do processo e das relações institucionalmente estabelecidas em plenário a partir do chamamento do intervalo, recurso utilizado também quando diante de acaloradas discussões ou um prolongamento capaz de gerar desconforto entre os ministros presentes à sessão, notados principalmente pela desatenção de cada um deles e retiradas constantes e por longos períodos do plenário.

O ambiente de constantes disputas aqui descritas, a possibilidade de ministros já chegarem à sessão de julgamento com a convicção formada, o isolamento e a falta de diálogo e proximidade relatados pelos próprios ministros nas entrevistas concedidas e aqui analisadas estimula a reflexão acerca da existência da colegialidade no tribunal. Ou ainda, se ela existe, que sentidos e funcionalidades lhes podem ser atribuídos. E diante do cenário aqui brevemente descrito, é possível afirmar que a colegialidade tal como preconizada nos livros não existe no Supremo Tribunal Federal. A produção de uma decisão coletiva não existe porque (i) é feita à pluralidade de votos, (ii) a compreensão pode ser substituída pela apresentação de convicções e soma de votos, (iii) a deliberação a portas abertas cria um espaço de constrangimento para os magistrados, capaz também de isolá-los uns dos outros a fim de que possam demonstrar por meio de suas posturas e votos o seu livre convencimento e inexistência de qualquer influência externa.

No entanto, ao observar um suposto exercício do colegiado no plenário do Supremo, foi possível perceber o empenho de ministros em atribuir significação e importância ao encontro realizado diante do público, devido os diversos constrangimentos a que estão submetidos. E as disputas existentes em plenário representam, de um lado, o esforço em demonstrar e realizar atividades consideradas relevantes, e por outro, construir uma legitimação ao exercício das funções que desempenham e aos cargos que ocupam. Em outras palavras, a “colegialidade em ação” promove disputas, conflitos, e não consensos; permitindo que uma mesma decisão judicial não apresente uma, mas várias verdades judiciárias, uma vez que as convicções dos ma-

gistrados representam o sagrado<sup>31</sup>, não sendo deixadas de lado sequer para o aumento da compreensão de fatos ou adequação de normas e teorias a determinados fenômenos sociais.

#### 4. Considerações finais: por uma nova agenda de pesquisa para o direito constitucional brasileiro

O presente trabalho representa não apenas uma pesquisa capaz de estimular reflexões a respeito da existência ou não da colegialidade no Supremo Tribunal Federal, ou ainda acerca da produção de uma decisão coletiva pelo mesmo tribunal. A pesquisa aqui brevemente descrita suscita questões pouco enfrentadas por autores e pesquisadores que possuam o direito constitucional como objeto de pesquisa, como a possibilidade de identificar categorias consideradas sagradas pela chamada doutrina jurídica e compreender a sua utilização prática, o funcionamento e sentidos diversos ao aprendido no curso regular de uma faculdade de Direito. Ou ainda a possibilidade de realização de pesquisas empíricas qualitativas de cunho etnográfico em tribunais superiores, instituições aparentemente distantes do cotidiano das relações sociais e até mesmo jurídico-profissionais e que apresentam questões a serem enfrentadas que se assemelham aos tribunais de primeira instância e demais instituições judiciais.

O Supremo Tribunal Federal é discutido entre autores que pesquisam, escrevem e publicam textos nas áreas do Direito e Ciência Política como uma instituição capaz de abrigar uma elite jurídica responsável pela produção intelectual mais especializada do conhecimento jurídico. E a partir da realização da pesquisa nos moldes aqui propostos, foi compreendido como uma instituição que apresenta ritos, tradições a serem preservadas, também apresenta querelas pouco perceptíveis pela televisão ou por meio da leitura das decisões que ali são produzidas, como: a exposição pública da postura dos ministros; mitigação de suas liberdades; o constrangimento imposto pela mídia, imprensa, academia, sociedade, e até mesmo por seus próprios colegas de plenário e partes envolvidas no processo; os conflitos gerados a partir do constrangimento; além do esforço em construir uma legitimação do exercício da profissão de forma isenta e capaz de despertar admiração a partir do conhecimento jurídico produzido.

---

31 BOURDIEU, 1998.

Além de tais questões, a realização de um trabalho de campo permitiu a desconstrução e compreensão de saberes antes irrefletidos por serem considerados dogmas no Direito, como os diferentes sentidos e funcionalidades atribuídos à categoria “jurisprudência” e “precedente”; a percepção de como magistrados racionalizam juridicamente aspectos morais e ideológicos, como a elevação da colegialidade a um princípio constitucional; além de ressaltar que a apresentação e sustentação de convicções ganham maior relevo na sessão de julgamento se comparados à compreensão dos fenômenos sócio-jurídicos que impulsionaram a apreciação da demanda pelo colegiado; a manifestação de poderes capazes de determinar o momento em que se discute e quem poderá discutir determinada controvérsia jurídica, influenciando inclusive na produção do conhecimento jurídico; dentre outras questões.

O direito constitucional “em ação” é capaz de suscitar todas essas questões, facilitando a compreensão da realidade social e dos fenômenos sócio-jurídicos que nela ocorrem, e permitindo a percepção de que também pode ser produzido a partir de relações social e institucionalmente estabelecidas. O que não significa que o constante nos livros perca o seu valor, mas passe a ser compreendido de forma diversa à instituição de um dogma e sua reprodução irrefletida. O constante nos textos pode ser compreendido também como um dado capaz de (i) mapear que fenômenos foram capazes de estimular a atribuição de sentidos à determinada categoria; (ii) explicitar como a literatura composta por diferentes redes de autores trata do tema pesquisado; além de (iii) contribuir à construção de uma narrativa que aumente o potencial explicativo da categoria investigada. Para o pesquisador em Direito, esse poderia representar um cenário facilitado à sua imersão no campo, de modo a estabelecer um maior estranhamento com seu objeto de pesquisa, confrontando-o com ações por ele observadas, identificando e atribuindo sentidos e, sobretudo, ampliando o poder explicativo dos fenômenos sócio-jurídicos.

Ao mesmo tempo em que a pesquisa etnográfica pode representar uma complementação ao processo de compreensão da produção do conhecimento jurídico, o direito constitucional pesquisado a partir das ações de seus atores sociais pode representar uma ruptura à ideologia de que o Direito é produzido, de um lado, nos tribunais e a partir das decisões proferidas por seus magistrados e, por outro, a partir de um processo de constitucionalização do debate político e jurídico. A reivindicação por uma

nova agenda de pesquisa no direito constitucional representa uma mudança de perspectiva, onde se atribuirá olhar atento às regras, princípios, teorias, teses, argumentos capazes de se reproduzir no cotidiano das relações sociais<sup>32</sup>, ganhando sentidos e instruindo uma organização pragmática da sociedade e suas instituições. Essa mudança de perspectiva foi um dos principais objetivos da realização da presente pesquisa.

## Referências

- ABREU, Luiz Eduardo. Etnografia constitucional: quando o Direito encontra a Antropologia. In: *Os bastidores do Supremo e outras histórias curiosas: estudos de etnografia constitucional*. Organização de Luis Eduardo Abreu. Brasília: UniCEUB, 2013.
- BAPTISTA, Barbara Gomes Lupetti. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto; FONTAINHA, Fernando de Castro; VANNUCCHI, Marco Aurélio; e SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. (Orgs.) *História oral do Supremo (1988-2013)*, v.11. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. – Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- \_\_\_\_\_. *As condições sociais da circulação internacional das ideias*. In: *Atos de pesquisa em Ciências Sociais*, 2002. Tradução de Luiz Felipe Martins Candido.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis. 1993. *A Vocação Crítica da Antropologia*. Anuário Antropológico/90. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 67-81.
- CHIOVENDA, Guiseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. 3ª edição. Napoli: Editrice N. Jovene E G., 1923.
- EILBAUM, Lucía. O corpo do acusado: escrita, oralidade e direitos na Justiça Federal Argentina na cidade de Buenos Aires. In: GROSSI, Miriam Pillar (Org). et al. *Antropologia e direitos humanos*, 4. Blumenau, SC: Nova letra, 2006. p. 243- 302.

---

32 ABREU, 2013, p. 17.

- FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. *O ritual judiciário do tribunal do júri*. Porto Alegre: Sergio Fabris Ed, 2007.
- FONSECA, Regina Lucia Teixeira Mendes da. *Dilemas da decisão judicial: as representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado*. Tese de doutorado em Direito. Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2008.
- FOOTE-WHYTE, W. (1990). Treinando a observação participante. In: Guimarães, Alba Zaluar (org.). *Desvendando máscaras sociais*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, pp. 77-86.
- GERALDO, Pedro Heitor Barros. A audiência judicial em ação: uma etnografia das interações entre juristas e jurisdicionados na França. In: *Revista Direito GV*. N. 18, 2013. Disponível em: <[http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/13-rev18\\_635-658\\_-\\_pedro\\_heitor\\_barros\\_geraldo.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/13-rev18_635-658_-_pedro_heitor_barros_geraldo.pdf)>.
- GOFFMAN, Erving. *Interaction Ritual: Essays in face to face Behavior*. New York: Doubleday, 1967.
- \_\_\_\_\_. *A representação do eu na vida cotidiana*. Editora Vozes: Rio de Janeiro, 1975.
- HESPANHA, Antônio. Manuel. *História das Instituições: época medieval e moderna*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.
- História oral do Supremo (1988-2013)*, v. 01 - 15. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. - Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2015.
- KANT DE LIMA, Roberto. *Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada*. In *Anuário Antropológico/2009 - 2*, 2010: 25-51, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Ensaio de Antropologia e de Direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 289p.
- \_\_\_\_\_. *Da Inquirição ao Júri, do Trial by Jury à Plea Bargaining: Modelos para a Produção da Verdade e a Negociação da Culpa em uma Perspectiva Comparada Brasil/Estados Unidos*. Tese ao Concurso de Professor Titular em Antropologia do Departamento de Antropologia da Universidade Federal Fluminense, 1995.
- LEWANDOWSKI, Andressa. *O direito em última instância: uma etnografia do Supremo Tribunal Federal*. Tese de doutorado. Programa de pós-graduação em Antropologia da Universidade de Brasília, 2014.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Volume II. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1959.
- LYNCH, Christian Edward Caryl. Por que pensamento e não teoria?: a imaginação político-social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970). *Revista Dados*. Edição impressa. Rio de Janeiro, v. 56, p. 727-767, 2013.
- SOUZA, Larissa Maria Melo. Uma análise etnográfica do processo de tomada de decisão na ADI de n.º 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal. In: *Os Bastidores do Supremo e outras histórias curiosas: estudos de etnografia constitucional*. Organização de Luiz Eduardo Abreu. Brasília: UniCEUB, 2013.
- PENNA, Luciana Rodrigues; e ENGELMANN, Fabiano. Doutrinas jurídicas como objeto das Ciências Sociais: publicismo e política no Império brasileiro. In: *Sociologia política das instituições judiciais / organizador Fabiano Engelmann*. –Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017, 175-196.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.
- SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; e SILVA, Gabriel Borges. Entre a academia e os tribunais: a construção social do direito constitucional brasileiro. In: *Confluências – revista interdisciplinar de sociologia e direito*, v. 17, n. 2, 64-85, 2015.
- \_\_\_\_\_. *O exercício da colegialidade no Supremo Tribunal Federal: entre a construção social do discurso e as práticas judiciárias*. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. 307p.
- \_\_\_\_\_. A colegialidade nos tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 3, n. 1, p. 475-524, 2017a.
- \_\_\_\_\_. Como as decisões são produzidas? Uma proposta de reformulação de um problema de pesquisa. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 5, n. 12, p. 171-216, jan./abr./2019.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil Colônia: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609–1751*. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade – Fundamentos da Sociologia Compreensiva*, vol. I. Brasília: UnB, 1994.

Recebido em 29 de junho de 2017.

Aprovado em 11 de junho de 2019.

# La residencia en el modelo de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición. El CDI entre España y Brasil

*Residence in the OECD agreement model to avoid double taxation. The DTA between Spain and Brazil*

Carmen Almagro Martín\*

*Universidad de Granada, Granada, España.*

## 1. Introducción

En las dos últimas décadas se han incrementado exponencialmente las relaciones económicas internacionales dando lugar al proceso que se ha dado en llamar «globalización económica», que conlleva la necesidad de enlazar las economías internas de cada país con la economía internacional, cada vez más presente en todos los mercados.

Uno de los principales problemas que comporta este proceso afecta de forma directa a la tributación de las rentas generadas en estas relaciones internacionales que implican a dos o más países, siendo cada vez más frecuente el fenómeno de la doble imposición internacional, especialmente en el seno de la Unión Europea que promueve la libre circulación de perso-

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Granada (2003). Profesora de Derecho Financiero y Tributario desde 2000. Actualmente desempeño mi labor como Profesora Titular de Universidad. Autora de las monografías “Opciones fiscales en el IRPF” (2005), “Régimen de los colectivos socioeconómicos desfavorecidos en el IRPF” (2013), Régimen fiscal de los trabajadores impatriados y expatriados en el IRPF” (2019) y “Elusión fiscal. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria, simulación y economía de opción” (2019) y coautora junto con Mochón López, Luis y Rancaño Martín María Asunción de la monografía “La fiscalidad de los sistemas de ahorro previsión. Directora (6 años) de la Cátedra “Control del Fraude Fiscal y Prevención del Blanqueo de Capitales” Creada por la Universidad de Granada en colaboración con Broseta abogados S.L. Correo electrónico: calmagro@ugr.es.



nas, capitales, bienes y servicios dentro de su territorio, «en cuya solución van a confluir los propios instrumentos internacionales, inspirados en la noción de soberanía fiscal y las normas del Ordenamiento Jurídico Comunitario, de modo que se podrán generar conflictos normativos, a pesar de la finalidad de conseguir un objetivo común».<sup>1</sup>

Como señala Checa González, la doble imposición internacional se produce «cuando el mismo presupuesto de hecho da lugar a obligaciones tributarias en varios países, por el mismo o análogo título y por el mismo periodo de tiempo o acontecimiento» si bien, el elemento temporal, sólo adquiere relevancia en caso de tributos periódicos.

Debemos advertir que esta definición no hace referencia al elemento subjetivo, es decir, para apreciar la doble imposición económica internacional no es necesario que el sujeto pasivo sometido a tributación en los dos Estados, por un único hecho imponible, sea el mismo. Sin embargo, tal identidad es determinante a la hora de delimitar el concepto jurídico de doble imposición internacional, de forma que sólo podremos hablar de ésta, en términos jurídicos, «cuando de la realización de un mismo presupuesto de hecho se derive el sometimiento de un mismo objeto imponible a la soberanía fiscal de dos o más Estados, por impuestos idénticos o comparables que recaen sobre el mismo sujeto pasivo».<sup>2</sup>

Este fenómeno, el gravamen de las distintas rentas o bienes en más de un país, supone un importante impedimento para la movilidad de los factores de producción, ya sean personas o capitales, que no tiene cabida en el mundo moderno en el que las relaciones internacionales se han tornado fundamentales para el desarrollo económico e incluso político de los Estados. Resulta necesario, por tanto, establecer criterios normativos que pongan fin a esta múltiple tributación, y para ello pueden utilizarse dos caminos diferentes, bien estableciendo reglas internacionales en virtud de las cuales se distribuya la potestad impositiva sobre las distintas manifestaciones de riqueza entre los distintos Estados soberanos implicados (es el caso de los Convenios de Doble Imposición – CDI) o bien estableciendo medidas internas en el ordenamiento jurídico de cada país que sirvan para paliar la doble tributación de tales rendimientos, sin que ninguno de los

---

1 En palabras del profesor SÁNCHEZ GALIANA en el prólogo que realiza a la monografía de NOCETE CORREA, 2008, p. 19.

2 CHECA GÓNZALEZ, 1988, p. 53. Se basa el autor en la afirmación de UDINA, 1949, p. 256.

Estados implicados tenga que renunciar a su potestad tributaria sobre las mismas. Ambas opciones no son excluyentes sino que se complementan en el objetivo común de paliar la doble tributación.

En este contexto, los convenios para evitar la doble imposición internacional, de carácter bilateral (CDI), se han convertido en un instrumento fundamental para luchar contra esta lacra, incorporándose en el ordenamiento interno de los estados firmantes, normalmente con carácter preferente. En este sentido, el artículo 96.1 de la Constitución Española establece que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

En este sentido, los CDI tienen una naturaleza dual ya que, por una parte, suponen el acuerdo entre dos Estados soberanos y, por otra, se integrarán en el ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados contratantes que lo ratifiquen. Además, y a diferencia de otros tratados internacionales, los CDI no sólo regulan relaciones entre Estados, sino que se dirigen directamente a los contribuyentes que los aplicarán de forma inmediata para resolver los conflictos de doble imposición en los que se vean inmersos, determinando en virtud de ellos sus obligaciones tributarias con cada Estado miembro.<sup>3</sup>

Los CDI contienen un reparto de las competencias fiscales entre los Estados contratantes creando un «micro-sistema fiscal» entre ambos, de forma que no llegan a desplazar la normativa interna de tales Estados, interactuando con ella.<sup>4</sup> En palabras de Nocete Correa y, aunque los CDI fundamentalmente constituyen un mecanismo para el reparto del poder tributario, «se aprecia una tendencia a su instrumentalización como sistema de coordinación de ordenamientos tributarios, creando un mini sistema entre los Estados contratantes que condiciona el contenido material de su normativa tributaria interna, a la vez que genera derechos y obligaciones respecto de sus contribuyentes».<sup>5</sup>

---

3 DEL ARCO RUETE, 1979, p. 289 y ss.

4 GARCIA NOVOA, 2006, p. 510 y 511.

5 NOCETE CORREA, 2008, p. 85 y 86. En el mismo sentido, véase, también, CALDERÓN CARRERO & MARTÍN JIMÉNEZ, 2005, p. 29.

El origen de la doble imposición internacional se encuentra en la superposición internacional de dos ámbitos de imposición interna, cuando la normativa tributaria de cada país emplea criterios de sujeción fiscal diferentes o regula una configuración distinta a cada uno de ellos.

Son básicamente dos los principios que provocan este fenómeno:

- El de territorialidad, en virtud del cual se atribuye el poder de imposición al Estado de la fuente, ya que en él se sitúan los bienes o se ejercitan los derechos de contenido económico o se realiza la actividad de la que derivan los rendimientos sometidos a gravamen. Este principio encuentra su justificación en el origen de la renta utilizando criterios muy simples para gravarla «basados en la relación existente entre los principios de asignación y los principios de beneficio como elemento inspirador del sistema tributario».<sup>6</sup>
- El personalista. Según este principio el gravamen de la riqueza corresponderá al Estado donde resida o del que es nacional el titular de los bienes o quien percibe las rentas sometidas a tributación. Se justifica este principio en tanto que es en este país donde se han generado las rentas que después se invierten en el Estado «fuente», produciendo allí nuevos rendimientos.

Será en el Estado de residencia donde se pueda gravar la capacidad económica global del contribuyente, mientras que en el Estado de la fuente se gravan manifestaciones concretas y puntuales de tal capacidad.

Como ya hemos comentado, el problema de la doble imposición tradicionalmente se elimina a través de las medidas adoptadas unilateralmente por cada país en su normativa interna o bien, por aplicación de la normativa internacional que permita la distribución racional del poder tributario entre todos los Estados relacionados con un mismo hecho imponible. Si bien, encontramos algunos tratados multilaterales, en este ámbito predominan los acuerdos de carácter bilateral.

Habitualmente se ha venido prestando especial atención a este fenómeno atendiendo a su perspectiva jurídico-fiscal en tanto que la doble imposición internacional es indeseable y contraria a los principios de justicia tributaria. Sin embargo, no podemos olvidar que esta realidad presenta

---

<sup>6</sup> AMBITE IGLESIAS & LÓPEZ ARRABE, 2014, p. 7.

una vertiente económica<sup>7</sup> cada vez más importante dada la influencia de las relaciones internacionales en el crecimiento de la economía interna de los países. La doble imposición supone un freno al aumento de las operaciones económicas transnacionales de un Estado convirtiéndose en una barrera que limita la libre circulación de personas y capitales derivada hacia aquellos territorios fiscalmente más competitivos, favoreciendo así la evasión fiscal.

Son dos las razones que llevan a los Estados a adoptar medidas para evitar la doble imposición internacional «la primera es, pura y simplemente, una necesidad de justicia, pues se ha de evitar que una persona, por el mero hecho de tener relaciones con varios países, se vea pesadamente más gravada que otra y la segunda por que las medidas que se toman contra ella vengan impuestas por la política económica para estimular la inversión y el comercio internacionales».<sup>8</sup>

En cuanto a las medidas internas adoptadas por cada Estado suelen venir establecidas en torno al criterio de residencia y básicamente se dividen en dos: el método de exención (o reparto), en virtud del cual en el país de residencia del contribuyente no se gravan las rentas obtenidas en otro territorio soberano,<sup>9</sup> renunciando el primero a integrarlas en la base imponible de su correspondiente impuesto. A su vez, este método presenta dos modalidades, la de exención íntegra, que implica la renuncia por parte del país dónde reside el contribuyente a todos los efectos a la integración de las tales rentas, que únicamente tendrán incidencia fiscal en el país fuente de las mismas. Y la de exención con progresividad, en virtud del cual, si bien el Estado de residencia renuncia al gravamen de las rentas generadas en otro territorio, sí que las contempla a la hora de determinar el tipo de gravamen de su tributo.<sup>10</sup>

---

7 Nos estamos refiriendo a la doble imposición internacional económica que, a diferencia de la jurídica, supone el gravamen de un mismo objeto imponible por dos o más estados pero que recaen sobre sujetos pasivos distintos.

8 AMBITE IGLESIAS & LÓPEZ ARRABE, 2014, p. 9 y 10.

9 Es el caso, por ejemplo, de Francia, Noruega y Suiza.

10 De estos dos métodos, el «método de exención con progresividad es más perfecto que el de exención íntegra, ya que tiene en cuenta de un modo verdadero la capacidad impositiva de cada persona, cosa que no sucede con el otro método, que solo implica la no tributación en el país de residencia de unas determinadas rentas, sino también el gravamen de las restantes a un tipo medio al inferior al que hubiese correspondido de no existir dicha exención (...)» CHECA GONZÁLEZ, 1987, p. 161.

El segundo método utilizado por la norma interna para evitar la doble imposición internacional es el de imputación (o crédito). En este caso, y si bien en el país de residencia se integran en la base imponible del impuesto que corresponda las rentas generadas en el extranjero, se permite al contribuyente deducir las cantidades satisfechas por el impuesto exigido en el territorio fuente de tales rentas ya sea de forma íntegra, es decir, el Estado de residencia permite reducir la cantidad total del impuesto satisfecho en el Estado de la fuente; u ordinaria (o limitada) cuando la deducción se limite al importe del impuesto a satisfacer en el Estado de residencia por dichas rentas, importe que actúa como tope máximo de la deducción por doble imposición internacional. Siendo así, las medidas para evitar la doble imposición internacional pueden aplicarse atendiendo a la suma total de las rentas obtenidas en el extranjero comparando la tributación global que éstas han generado fuera y dentro del estado de residencia; o bien haciendo comparaciones parciales ya sea en función del país en el que se han obtenido las rentas y/o de la clase de rendimiento de que se trate. Este es el método seguido para articular la deducción por doble imposición internacional establecida en el artículo 80 de la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en España.<sup>11</sup>

Sin embargo, estas medidas pronto se revelaron insuficientes para solventar los numerosos conflictos que aparecen en el marco de las relaciones entre las distintas soberanías fiscales, lo que derivó en la búsqueda de normas jurídicas, con proyección internacional que, coordinando la normativa propia de cada uno de los países implicados, recojan un sistema autónomo común en virtud del cual se regulen los supuestos de doble imposición internacional, suprimiendo sus perniciosos efectos; nos referimos a los CDI.

---

11 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante LIRPF), cuyo apartado 1 establece: «Cuando entre las rentas del contribuyente figuren rendimientos o ganancias patrimoniales obtenidos y gravados en el extranjero, se deducirá la menor de las cantidades siguientes:

- a) El importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes sobre dichos rendimientos o ganancias patrimoniales.
- b) El resultado de aplicar el tipo medio efectivo de gravamen a la parte de base liquidable gravada en el extranjero».

## 2. Instrumentos para evitar la doble imposición de personas físicas: los CDI

Siendo cada vez más frecuente el desplazamiento de trabajadores, que son desplazados fuera o dentro de nuestras fronteras para desarrollar su labor, resulta evidente que tal circunstancia podrá modificar su residencia fiscal, siendo abundantes los supuestos de doble residencia (y correlativamente de doble imposición internacional) que tales desplazamientos generen. Para solventarlos resultará imprescindible acudir al CDI suscrito entre España y el país del que también sea residente el trabajador en cuestión a fin de resolver dicho conflicto, determinando, asimismo, la distribución de la soberanía fiscal respecto de las rentas obtenidas por el sujeto en cuestión.

Ahora bien, si no existiera tal convenio el trabajador desplazado podrá ser considerado residente en ambos Estados, quedando sometido como tal a tributación en los dos países, de acuerdo a la normativa propia de cada uno, eliminando, o paliando al menos, la doble imposición internacional que ello puede provocar con las medidas internas adoptadas a tal fin por cada Estado.

Por el contrario, en aquellos supuestos en los que el contribuyente (el trabajador) adquiere la residencia fiscal en el país de destino, perdiéndola en el de origen, quedará sujeto por obligación personal en el primero, debiendo tributar en el segundo, el de origen, únicamente por las rentas que eventualmente pudiera obtener allí, como no residente.

Por último, puede haber casos en los que el trabajador desplazado (dentro o fuera de España) deje de ser residente en su país de origen pero no adquiera la residencia en el de destino, es decir supuestos en los que el trabajador no tenga la consideración de residente en ninguno de los dos países implicados, aunque sea de forma transitoria, lo que determinará su tributación en cada Estado, exclusivamente, por la renta obtenida en el mismo según la legislación interna de cada uno de ellos.

Debemos ahora realizar un estudio de los CDI en cuanto a los criterios establecidos para la determinación de la residencia fiscal se refiere. Si bien, con carácter previo analizaremos, siquiera sea brevemente, las principales características de los mismos.

Como sabemos, los CDI son tratados internacionales de carácter bilateral en los que dos Estados ordenan las relaciones fiscales entre ambos para los residentes de cada uno de ellos,<sup>12</sup> que responden a la finalidad

---

12 CALDERÓN CARRERO 2012.

prioritaria de eliminar los supuestos de doble imposición internacional, fortaleciendo la seguridad jurídica de los contribuyentes que actúan bajo su auspicio, favoreciendo así las relaciones económicas internacionales entre los Estados signatarios. Sin embargo, a este fin se ha añadido otro no menos importante como es la lucha contra la evasión y el fraude fiscal, tan necesaria en tiempos como los que vivimos y que se ha convertido en un objetivo intrínseco de tales convenios, estructurado mediante el establecimiento de cláusulas de intercambio de información tributaria entre las partes. En este sentido, el 18 de diciembre de 2017 la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), presentó la última edición de su modelo de convenio tributario, que incorpora importantes cambios desarrollados bajo el Plan de Acción BEPS (*base erosion and profit shifting*) «Erosión de la Base y Traslado de Utilidades».<sup>13</sup>

La mayoría de los convenios suscritos por España,<sup>14</sup> como ocurre en general, pretenden evitar la doble imposición en torno a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y, prácticamente todos ellos siguen el esquema del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE (en adelante MC OCDE) cuya primera versión data de 1963, si bien ha sido objeto de varias revisiones, siendo la más reciente la presentada en diciembre de 2017.<sup>15</sup>

---

13 En concreto, la edición 2017 del modelo de la OCDE refleja la consolidación de las medidas relativas a los tratados derivadas de los trabajos, entre otras, en las siguientes acciones:

- Acción 2 del proyecto BEPS sobre neutralización del efecto de arreglos híbridos incompatibles.
- Acción 6 sobre la prevención de la aplicación de los beneficios del tratado en circunstancias inapropiadas.
- Acción 7 sobre la prevención de la evasión artificiosa del carácter de estatus de establecimiento permanente. Y
- Acción 14 relativa a la eficacia de la resolución de disputas.

14 Según la página web de la Agencia tributaria ([www.agenciatributaria.es](http://www.agenciatributaria.es)), a día de hoy España tiene suscritos CDI con 90 países: Albania, Alemania, Andorra, Arabia Saudí, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Barbados, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Catar, Chequia, Chile, China, Chipre, Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Holanda, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Islandia, Israel, , Italia, Jamaica, Japón, Kazajstán, , Kuwait, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malasia, Malta, Marruecos, México, Moldavia, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Pakistán, Panamá, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Dominicana, Rumanía, Federación Rusa, El Salvador, Senegal, Serbia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Estados de la antigua URSS (excepto Rusia), Uruguay, Uzbekistán, Venezuela y Vietnam.

15 En Junio de 2017, con motivo de la reunión del Consejo de la OCDE en París, España suscribió el convenio multilateral que permite la implantación de las medidas del Proyecto BEPS que pone fin al proceso negociador iniciado en febrero de 2015 cuando el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, con el apoyo de los Ministros de Finanzas y gobernadores de los Bancos Centrales del G-20, aprobó la decisión de crear un grupo de trabajo para desarrollar un instrumento multilateral de medidas para abordar el fenómeno internacional. En el grupo, abierto a cualquier país interesado de forma libre y en igualdad de condiciones,

Otras organizaciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), también han elaborado un modelo de convenio para evitar la doble imposición.<sup>16</sup> Debido a la importancia y prestigio de tales organismos internacionales, estos modelos son tomados como base para las negociaciones entre dos Estados soberanos de las que resultará el concreto CDI que estos suscribirán. Formando España parte de la OCDE,<sup>17</sup> organismo con el que Brasil colabora desde 1994, siendo «Socio Clave»<sup>18</sup> desde que, con fecha 16 de mayo de 2007, el consejo ministerial de la OCDE adoptara una resolución para reforzar sus lazos de cooperación con Brasil, entre otros países.<sup>19</sup> Y siendo el Modelo de Convenio elaborado por dicha organización el seguido por nuestro país, habiendo constituido la base para la negociación y aplicación de la mayoría de los tratados fiscales bilaterales actualmente vigentes, entre ellos el Convenio entre el Estado Español y la República Federativa del Brasil para evitar la doble imposición

---

han participado 98 países entre los que se encuentra España. Para la implementación de algunas de las medidas adoptadas se requiere la modificación de los CDI (es el caso de la nueva definición de establecimiento permanente) a tal fin, y para evitar la negociación bilateral por cada CDI, se creó el convenio multilateral a que nos referimos que se adapta a las necesidades de cada país procurando la actualización del entramado de CDI de una manera más eficiente. Este Documento entrará en vigor cuando al menos cinco de los países que lo hayan suscrito finalicen los procedimientos internos necesarios para ello. Además, se previó la preparación de textos consolidados de los Convenios que faciliten su aplicación, dotando el proceso de mayor seguridad jurídica.

16 Para GARCIA PRATS 2009, p. 105, «la coexistencia de “dos” Modelos de Convenio fiscal elaborados en el plano internacional plantea algunas cuestiones en cuanto a la relevancia y eficacia de los mismos como mecanismos de convergencia del proceso delimitador del ejercicio de las competencias tributarias sobre las rentas de carácter transnacional». Si bien «el proceso actual de coexistencia no puede considerarse de ningún modo como de confrontación entre ambos Modelos sino, más bien, como de convergencia».

17 Actualmente son 37 los países que forman parte de la OCDE: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Colombia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea, Letonia, Luxemburgo, Lituania, México, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, República de Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos.

Si bien, en mayo de 2017 Brasil manifestó expresamente de forma oficial su deseo de integrarse en dicha organización, habiéndose afianzado e incrementado desde entonces las relaciones entre ambas partes.

18 En su condición de socio clave, Brasil podrá asociarse a los distintos órganos de la OCDE, adherirse a sus instrumentos, formar parte de los informes, revisar las políticas sectoriales y asistir como invitado a las reuniones a nivel ministerial de la OCDE desde 1999. Esta relación ofrece a Brasil la oportunidad de contrastar distintas opiniones sobre importantes asuntos de política económica en el seno de un contexto plurilateral que le permite confrontar la experiencia de los Estados pertenecientes a la OCDE que hayan afrontado situaciones similares, al tiempo que se da a conocer en dicha organización, lo que, teniendo en cuenta la importancia creciente de Brasil en una economía altamente globalizada, sin duda constituye un proceso enriquecedor para ambas partes.

19 En concreto también se refería esta resolución a China, India, Indonesia y Sudáfrica.



y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, hecho en Brasilia el 14 de noviembre de 1974,<sup>20</sup> nos centraremos en su estudio.

Para delimitar su estructura podemos distinguir<sup>21</sup> una parte general y otra específica. Dentro de la primera, la parte general, el MC OCDE<sup>22</sup> enmarca su ámbito de aplicación en el Capítulo I, dedicando el artículo 1 al aspecto subjetivo, en virtud del cual se aplicará a todas las personas que sean residentes de uno o de ambos Estados contratantes y su artículo 2 al aspecto objetivo, especificando los impuestos a los que afecta que, como ya hemos indicado, suelen ser mayoritariamente los que gravan la renta y el patrimonio,<sup>23</sup> que se describen con carácter general en dicho artículo. A continuación, en el capítulo II se contiene una serie de definiciones relativas a algunos de los términos y expresiones más utilizados en el Convenio<sup>24</sup> como, por ejemplo, las generales del artículo 3 sobre «persona», «sociedad», o «empresa», destacando la de los conceptos de «residencia» y de «establecimiento permanente» a las que se dedican los artículos 4 y 5, respectivamente.

---

20 Publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) número 314, de 31 de diciembre de 1975.

Este convenio se complementa con la Resolución de 22 de septiembre de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se dispone la publicación de las Cartas de 17 y 26 de febrero de 2003, intercambiadas entre España y Brasil sobre interpretación, en base al artículo 25, del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta entre el Estado Español y la República Federativa del Brasil.

21 Como ya hiciera MEDINA CEPERO, 2001, p. 25 y ss.

22 Si bien, en el CDI ratificado entre España y Brasil la materia no se divide por capítulos, el contenido de sus artículos se ajusta a la estructura del MC OCDE, con alguna excepción que iremos comentando a lo largo de nuestro trabajo.

23 Sabemos que son frecuentes las modificaciones legislativas que en materia fiscal se producen en los diferentes Estados, por ello el artículo 2.4 de MC OCDE contiene una cláusula que permite su aplicación a los impuestos que en el futuro puedan sustituir o añadirse a los vigentes a la firma del convenio.

En este sentido el CDI suscrito con Brasil no es una excepción, estableciendo en su artículo 2.4 que: «El presente Convenio se aplicará también a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se añadan a los actuales o que los sustituyan. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes se comunicarán cualquier modificación relevante que se haya introducido en sus respectivas legislaciones fiscales». Teniendo en cuenta la fecha de ratificación del convenio (que data de 1974) son muchos los cambios acontecidos habiéndose sustituido, modificado o desaparecido todos los Impuestos objeto del Convenio relacionados en el artículo 2 del mismo, pese a lo cual, y gracias a la cláusula que comentamos continúa vigente y resulta perfectamente aplicable en la actualidad.

24 Sin embargo, no son estos los únicos términos expresamente definidos en el MC OCDE, otros, como «propiedad inmobiliaria», «intereses» o «dividendos» se delimitan conceptualmente en los artículos que tratan sobre tales materias. En concreto en el CDI suscrito con Brasil son los artículos 6, 10 y 11 los que, respectivamente, se ocupan de las mismas.

Para la concreta aplicación del Convenio por cualquiera de los Estados contratantes en un momento determinado, hemos de tener en cuenta que, según establece el artículo 3.2 del MC OCDE, todo término o expresión que no aparezca expresamente definido en el mismo, y salvo que de su contexto se deduzca una interpretación diferente, tendrá el significado que en ese momento se le atribuya en la legislación relativa a los impuestos objeto del Convenio del Estado en cuestión, debiendo prevalecer este significado sobre el que resultaría de otras Leyes del mismo Estado.<sup>25</sup>

De esta forma los CDI «intentan establecer un equilibrio satisfactorio entre la necesidad de asegurar la permanencia de los compromisos suscritos por los Estados en el momento de la firma y las exigencias de una aplicación cómoda de los Convenios en el transcurrir del tiempo».<sup>26</sup>

Siguiendo con la estructura del MC OCDE, dentro de la que hemos denominado parte general, englobaríamos también los Capítulos V, VI, Y VII. El Capítulo V se refiere a los métodos establecidos para eliminar la doble imposición, que pueden ser, el de exención o el de imputación o crédito.<sup>27</sup>

25 En este sentido se manifiestan, entre otros, RIBES RIBES, 2003, p. 80 a 82, y CALDERÓN CARRERO & MARTÍN JIMÉNEZ, 2010. p. 62 y ss.

Por el contrario, otro sector de la doctrina postula la interpretación de los CDI utilizando las reglas internacionales de interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Véase, por todos, DÍEZ DE VELASCO, 2007, p. 204 y ss.

26 MEDINA CEPERO 2001, p. 27.

27 Concretamente, en el CDI España-Brasil, es el artículo 23 el que establece los métodos para evitar la doble imposición. Estableciendo que:

«1. Cuando un residente de un Estado Contratante obtenga rentas que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, pueden someterse a imposición en el otro Estado Contratante, el primer Estado, salva lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, deducirá del impuesto que perciba sobre las rentas de este residente un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en el otro Estado Contratante.

Sin embargo, la cantidad deducida no puede exceder de la parte del impuesto sobre la renta, calculado antes de la deducción, correspondiente a las rentas que pueden someterse a imposición en el otro Estado Contratante.

Las disposiciones de este párrafo se aplican en España, tanto a los impuestos generales como a los impuestos a cuenta.

2. Para la deducción mencionada en el párrafo 1, el impuesto sobre los intereses y cánones se considerará siempre que ha sido pagado con las alícuotas del 20 y 25 por 100, respectivamente.

3. Cuando un residente de España obtenga dividendos que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, pueden someterse a imposición en Brasil, España eximirá del impuesto estos dividendos; pero para calcular el impuesto correspondiente a las demás rentas de este residente, puede aplicar el mismo tipo impositivo que correspondería si los dividendos citados no hubieran sido eximidos.

4. Cuando un residente del Brasil obtenga dividendos que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, puedan someterse a imposición en España, Brasil eximirá del impuesto estos dividendos.

No obstante, en cuanto a los cánones y los dividendos hay que tener en cuenta la Resolución de 22 de septiembre de 2003, de la Secretaría General Técnica, reseñada en la nota a pie número 20, suscrita entre ambos Estados.

En el MC OCDE la doble imposición se elimina en dos tiempos, primero al distribuir la potestad tributaria entre los Estados firmantes, estableciendo las reglas de reparto de dicha potestad qué rentas podrá gravar cada parte.<sup>28</sup> Ahora bien, como en virtud de este reparto de poder no existe una individualización absoluta de las rentas que puede someter a tributación cada uno, admitiéndose en muchas ocasiones el gravamen compartido, será en un momento posterior cuando se aspira a terminar con la doble imposición por aplicación de alguno de los métodos anteriormente citados.

Por su parte el Capítulo VI recoge una serie de disposiciones especiales relativas a:

- La no discriminación (artículo 24): Básicamente implica que las personas nacionales de un Estado contratante no serán sometidas en el otro Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia. Este principio también se aplicará a las personas que no sean residentes de uno o de ninguno de los Estados contratantes.
- El procedimiento amistoso (artículo 25): Los CDI regulan un procedimiento amistoso para resolver los problemas que suscite su correcta aplicación.

Cuando una persona considere que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican o pueden implicar para ella una imposición que no esté conforme con las disposiciones del Convenio, al margen de los recursos previstos por el derecho interno de dichos Estados, podrá someter su caso a la autoridad competente del Estado contratante del que sea residente o del que sea nacional (si fuera el caso) que deberá ser planteado dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio.

---

28 El Modelo ONU, por el contrario, busca alcanzar un equilibrio entre los países desarrollados y los que están en vías de desarrollo dotando al país de la fuente de una capacidad más amplia para gravar las rentas, sin llegar a ser exclusiva. En este sentido, puede consultarse el trabajo de BARRAS GARCÍA, 2012, p. 1, en el que hace referencia además al modelo de convenio estadounidense (basado en el MC OCDE con ciertas especialidades relativas a las retenciones), al de la Comunidad Andina (que establece la imposición en el país de la fuente) y el Modelo de Alemania.

La autoridad competente, si la reclamación le parece fundada y si no puede por sí misma encontrar una solución satisfactoria, hará lo posible por resolver la cuestión por medio de un acuerdo amistoso con la autoridad competente del otro Estado contratante, a fin de evitar una imposición que no se ajuste a este Convenio. Este acuerdo será independiente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes.

Las autoridades competentes de los Estados contratantes deberán hacer lo posible por resolver las dificultades o las dudas que plantee la interpretación o aplicación del Convenio por medio de un acuerdo amistoso. También podrán ponerse de acuerdo para tratar de eliminar la doble imposición en los casos no previstos en el Convenio.

Cuando las autoridades competentes no puedan ponerse de acuerdo para resolver el asunto, a instancia del contribuyente, se someterá a arbitraje toda cuestión irresoluta relacionada con ese caso (el arbitraje no será posible cuando un tribunal u organismo administrativo de cualquiera de los Estados contratantes se haya pronunciado previamente sobre dichas cuestiones irresolutas). A menos que una persona a la que concierna directamente el caso rechace el acuerdo amistoso que aplique el dictamen, dicho dictamen será vinculante para ambos Estados.

- El intercambio de información entre los Estados parte (artículo 26): Los CDI contienen una cláusula en virtud de la cual las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar el Convenio o para administrar y exigir lo dispuesto en la legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, en la medida en que tal imposición no sea contraria al Convenio.

La información recibida por un Estado parte será mantenida en secreto de la misma forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos a los que afecta, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos en relación con los mismos o de la supervisión de las funciones anteriores. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para estos fines.

- La asistencia en la recaudación de impuestos (artículo 27): Básicamente implica que los Estados contratantes deberán prestarse asistencia mutua en la recaudación de sus créditos tributarios.
- Los miembros de misiones diplomáticas y de oficinas consulares (artículo 28)<sup>29</sup>: Se trata de una cláusula en virtud de la cual las disposiciones del Convenio no afectarán a los privilegios fiscales de que disfruten los miembros de las misiones diplomáticas o de las oficinas consulares de acuerdo con los principios generales del derecho internacional o en virtud de las disposiciones de acuerdos especiales.
- El derecho a beneficios (artículo 29)<sup>30</sup>: Restringe los beneficios del tratado a los residentes de los Estados contratantes calificados como tal en su apartado 2 (individuo, estado contratante y sus subdivisiones políticas, agencias...), determinadas empresas y entidades que cotizan en bolsa y sus filiales, organizaciones sin ánimo de lucro, fondos de pensiones reconocidos, entre otros).
- La extensión territorial (artículo 30): el MC OCDE establece la posibilidad de ampliar la aplicación del Convenio, tal como se suscribió o con las modificaciones necesarias, a cualquier parte del territorio de los Estados contratantes que esté específicamente excluida de su ámbito de aplicación, o a cualquier otro Estado o territorio de los que alguno de los Estados contratantes asuma las relaciones internacionales, siempre que perciba impuestos de carácter análogo a los que se aplica el Convenio.

En el caso del Reino de España, territorialmente dividido en Comunidades Autónomas a las que se han asignado competencias específicas distintas de las propias del Estado, para determinar el ámbito de aplicación de un tratado internacional en concreto, habrá que atender a la clase de convenio firmado de forma que si, afectando a competencias cedidas, es de aplicación directa (*-self executing-*) dicha aplicación deberá llevarse a cabo

---

29 En el CDI España – Brasil es el artículo 27 el que se encarga de regular esta materia en los mismos términos que señalamos.

30 Según redacción otorgada en la última versión del MCOCDE aprobada en diciembre de 2017. En esta versión se mantiene el contenido de los artículos 29 y 30 pero ahora se recoge en los artículos 30 a 32.

La redacción de este artículo está directamente relacionada con la forma en que los Estados contratantes han decidido implementar su intención común, reflejada en el preámbulo de la Convención e incorporada en la norma mínima como parte del Proyecto de Erosión de Bases y Cambio de Utilidades de la OCDE / G20, para eliminar la doble imposición sin crear oportunidades para la no imposición o reducción de impuestos a través de la evasión o elusión fiscal.

por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas; o si se trata de un convenio que necesita de un desarrollo normativo para su aplicación (-*not self executing*-) tales normas deberán ser aprobadas por las distintas comunidades Autónomas.<sup>31</sup>

Además, también podrá ampliarse su ámbito de aplicación a cualquier otro Estado o territorio de los que cualquiera de los Estados contratantes asuma las relaciones internacionales, cuando aquel perciba impuestos de carácter análogo a aquellos a los que se aplica el Convenio.

Se configuran pues como tratados internacionales, por los que dos Estados soberanos se ponen de acuerdo en los criterios a seguir para dirimir los supuestos de doble imposición en ambos territorios.

Por último, también se integrarían en la parte general del MC OCDE el Capítulo VII, sobre la entrada en vigor (artículo 31)<sup>32</sup> y la denuncia (artículo 32).<sup>33</sup>

31 Sobre la relación entre la normativa autonómica y el Derecho europeo, véase ADAME MARTÍNEZ, 2015, p. 83 a 110.

32 Artículo 29 del CDI España - Brasil, según el cual: «El presente Convenio será sometido a ratificación de acuerdo con los respectivos ordenamientos constitucionales y los correspondientes instrumentos de ratificación serán intercambiados en Madrid lo antes posible.

El Convenio entrará en vigor una vez intercambiados los instrumentos de ratificación y sus disposiciones se aplicarán por primera vez:

a) en España:

I. para los impuestos retenidos en la fuente, a los impuestos exigibles en él o después del primer día de enero del año natural inmediatamente siguiente a aquel en que el Convenio entre en vigor;

II. por lo que afecta a los otros impuestos sobre la renta, a las rentas obtenidas durante el ejercicio fiscal que comience en él o después del primer día de enero del año natural inmediatamente siguiente a aquel en que el Convenio entre en vigor:

b) en Brasil:

I. por lo que afecta, a los impuestos percibidos por vía de retención en la fuente, a las sumas pagadas en el o después del primer día de enero del año natural inmediatamente siguiente a aquel en que el Convenio entre en vigor;

II. por lo que afecta a los otros impuestos sobre la renta, a las sumas recibidas durante el ejercicio fiscal que comience en el o después del primer día de enero del año natural inmediatamente siguiente a aquel en que el Convenio entre en vigor.

33 Artículo 30 CDI España – Brasil que establece lo siguiente: «Cualquiera de los Estados Contratantes podrá denunciar el presente Convenio después de un período de tres años, a contar de la fecha de su entrada en vigor, mediante un aviso escrito de denuncia entregado al otro Estado Contratante por vía diplomática, siempre que tal aviso tenga lugar hasta el día 30 de junio de cualquier año natural. En este caso, el presente Convenio se aplicará por última vez:

a) en España:

I. por lo que afecta a los impuestos percibidos por retención en la fuente, a los impuestos exigibles antes de la expiración del año natural en que la denuncia haya tenido lugar;

II. por lo que afecta a los otros impuestos, a las rentas obtenidas en el ejercicio fiscal que comience en el año natural en que la denuncia haya tenido lugar;

b) en Brasil:

I. por lo que afecta a los impuestos percibidos por vía de retención en la fuente, a las sumas pagadas antes

En cuanto a la parte específica del MC OCDE, estaría integrada por el capítulo III, relativo a la «imposición de las rentas», que desgrana en sus artículos 6 a 21 el tratamiento específico que el MC otorga a cada uno de los tipos de rentas. Y finalmente, el Capítulo IV sobre la «imposición del patrimonio», contenida en el artículo 22 del texto.

No obstante, el CDI ratificado entre España y Brasil no incluye la tributación sobre el patrimonio,<sup>34</sup> regulando su artículo 22 la «cláusula de cierre» en virtud de la cual las rentas que pueda obtener cualquier residente de uno de los Estados Contratantes que no aparezcan expresamente referidas en los artículos anteriores podrán someterse a imposición en ambos Estados.

Por otro lado, dada la fecha de ratificación del CDI entre España y Brasil no figuran en el mismo la regulación relativa a la asistencia en la recaudación de impuestos, la restricción de los beneficios del tratado, ni la posibilidad de ampliar la extensión territorial de aplicación del CDI, que se incorporaron con posterioridad al MC OCDE.

Teniendo en cuenta las numerosas versiones del MC OCDE que se han sucedido a lo largo del tiempo resulta importante, sin entrar en la controversia en torno al tratamiento que debe darse al modeló de convenio y a sus comentarios, como hemos expuesto líneas más arriba, para la aplicación de un Convenio por cualquiera de los Estados contratantes el artículo 3.2 del MC OCDE, establece que todo término o expresión que no aparezca expresamente definido en el mismo, y salvo que de su contexto se deduzca una interpretación diferente, tendrá el significado que en ese momento se le atribuya en la legislación relativa a los impuestos objeto del Convenio del Estado en cuestión, debiendo prevalecer este significado sobre el que resultaría de otras Leyes del mismo Estado. Ahora bien, la referencia que se hace en la introducción del MC OCDE (concretamente en el tercer párrafo de la Recomendación inicial) a que, a la hora de interpretar un determinado CDI se tenga en cuenta la última versión de los Comentarios del MC OCDE, puede inducir a confusión en cuanto a la determinación de los criterios de interpretación jurídicamente válidos, por lo que resulta conveniente precisar que «la interpretación dinámica de los Convenios se refiere (...) a la remisión que debe realizarse a la normativa interna – tributaria preferentemente – del Estado que aplica el Convenio y

---

de la expiración del año natural en que la denuncia haya tenido lugar;

II. por lo que afecta a los otros impuestos comprendidos en este Convenio, al ejercicio fiscal que comience en el año natural en que la denuncia haya tenido lugar.

34 El texto original hacía referencia en su artículo 2.3.a).4), a los impuestos sobre los rendimientos del trabajo y de patrimonio del Sahara ya desaparecido.

no a la interpretación conforme a alguno de los elementos que conforman el contexto del convenio».<sup>35</sup>

Pasamos a analizar ya el concepto de residencia en el modelo de convenio de la OCDE.

### 3. La residencia como criterio de sujeción en el MC OCDE

A la hora de establecer los criterios que debemos seguir para determinar la residencia de una determinada persona física (particularmente de los trabajadores), debemos hacer una mención especial a los CDI.<sup>36</sup> Ya que la práctica totalidad de los suscritos por España y en particular el ratificado con Brasil, se ajustan al MC OCDE nos centraremos en su estudio.<sup>37</sup>

Como afirma Bustos Buiza, «el reconocimiento mundial de las disposiciones del Convenio Modelo y su incorporación a la mayoría de los convenios bilaterales ha contribuido a convertir los Comentarios a las disposiciones del Modelo en una guía ampliamente aceptada para la interpretación y aplicación de las disposiciones de los convenios bilaterales existentes. Esto, sin duda, ha facilitado la interpretación y la aplicación uniforme de los convenios bilaterales. A medida que la red de convenios fiscales continúa ampliándose, la importancia del Modelo, y en particular de sus Comentarios, se hace mayor».<sup>38</sup>

El de residencia es un concepto básico; ya en su artículo 1.1<sup>39</sup> el MC OCDE establece que «el presente Convenio se aplica a las personas *residentes* de uno o de ambos Estados contratantes».

35 GRACIA PRATS, 2009, p. 111.

36 LUCAS DURÁN, 2018, p. 14 a 38.

37 GIL GARCÍA, 2018. P. 360 y 361, señala las particularidades que sobre este criterio contiene los distintos convenios suscritos por España.

38 BUSTOS BUIZA, 2001, p. 5.

39 La nueva versión del MC OCDE de 2017, añade dos apartados a este artículo, en virtud de los cuales:  
2. A los efectos del presente Convenio, los ingresos obtenidos a través de una entidad total o parcialmente transparente a efectos fiscales, con arreglo a la legislación tributaria de cualquiera de los Estados contratantes se considerarán ingresos de un residente de un Estado contratante, únicamente en la medida en que se trate dicho ingreso, a los fines de tributación por ese Estado, como los ingresos de un residente de ese Estado.  
3. El presente Convenio no afectará a la imposición, por un Estado Contratante, de sus residentes, excepto con respecto a los beneficios otorgados en virtud del párrafo 3 del Artículo 7, el párrafo 2 del artículo 9 y los artículos 19, 20, 23 [A] [B], 24, 25 y 28.

La adición del párrafo 2, sobre las entidades transparentes, responde al capítulo 14 del informe sobre la Acción 2, neutralizando los efectos de los arreglos de desajuste híbrido, mientras que el nuevo párrafo 3, contiene la “cláusula de salvaguardia” que aparece en el Informe final 2015 de la OCDE sobre la Acción 6. Lógicamente, dada su antigüedad, en el CDI suscrito con Brasil el texto reproducido coincide con su artículo 1, que carece de otros apartados.



Si bien son muchos los comentarios que sobre este artículo se realizaban en la versión 2014 del MC OCDE,<sup>40</sup> nos parece especialmente interesante destacar los que contenía el punto 7, donde se ponía de manifiesto que, siendo el principal objetivo de los convenios de doble imposición promover los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales y personas mediante la eliminación de la doble imposición internacional, así como evitar la elusión y la evasión fiscal, existe la posibilidad de que los contribuyentes puedan tener la tentación de hacer un uso abusivo de la legislación tributaria aprovechando las diferencias legislativas de los países. También son reseñables los del apartado 8, que señalaba que la extensión de la red de convenios de doble imposición eleva el riesgo de que haya abusos, al posibilitar la utilización de construcciones jurídicas artificiales diseñadas para obtener tanto los beneficios fiscales previstos en determinadas legislaciones internas como las desgravaciones impositivas establecidas en los convenios de doble imposición.

Por su parte, en el comentario 1 sobre el artículo 1.1 de la versión actual del MC OCDE, se indica que, si bien los primeros Convenios, que en general concluyeron en la primera parte del siglo XX, fueron aplicables a los «ciudadanos» de los Estados contratantes, los posteriores casi siempre se aplican a los «residentes» de uno o ambos de los Estados signatarios, independientemente de su nacionalidad. Este es el enfoque que se confiere a este párrafo (el 1 del artículo 1), añadiendo a continuación un límite fruto de las modificaciones para adaptar el MC OCDE a las BEPS ya que, tras indicar que el término “residente” se define en el artículo 4, señala que el hecho de que una persona sea residente de un Estado contratante no significa que la misma tenga automáticamente derecho a los beneficios del Convenio, ya que algunos o todos ellos, pueden ser denegados en virtud de diversas disposiciones del Convenio, incluidas las del (nuevo) artículo 29.<sup>41</sup>

Es pues fundamental determinar la residencia de los sujetos que, al fin y a la postre, nos llevarán a evitar la doble imposición internacional. Para ello, no podemos olvidar que la consideración de cualquier persona como residente o no de un país se determinará por aplicación de su legis-

---

40 En la versión actual se han modificado los comentarios al artículo 1, haciendo referencia la mayoría de ellos a los nuevos párrafos del mismo. Sin embargo, creemos que continúan siendo aplicables algunos de los comentarios a la versión de 2014, a los que hacemos referencia.

41 Limitación que, como ya se ha puesto de manifiesto, no se contempla en el CDI España – Brasil.

lación interna y únicamente cuando, en virtud de esa normativa interna, un determinado sujeto tenga la consideración de residente en dos (o más) Estados, habrá que acudir a los criterios establecidos en el CDI suscrito entre éstos para resolver el conflicto, determinando el país del que será considerado residente a los efectos de dicho convenio. Así lo deja claro el MC OCDE en su artículo 4.1<sup>42</sup> cuando indica que la expresión «residente en un Estado contratante» se refiere a toda persona que, en virtud de las leyes de ese Estado, pueda ser gravada en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales, así como los fondos de pensiones reconocidos por ese Estado. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en dicho Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el mismo o por el patrimonio ubicado en él,<sup>43</sup> que podrán gravarse por impuestos sobre la renta específicos, como nuestro Impuesto sobre la Renta de los No Residentes.<sup>44</sup>

Según el citado MC OCDE, artículo 4.2,<sup>45</sup> los conflictos de doble residencia de las personas físicas (creados por aplicación de la normativa interna de cada uno de los Estados miembros) se solucionarán por aplicación de los siguientes criterios dirimientes, siguiendo el orden establecido<sup>46</sup>:

42 En este sentido se manifiesta el artículo 4.1 del CDI España - Brasil, que establece: «A los efectos del presente Convenio, la expresión «residente de un Estado Contratante» designa cualquier persona que, en virtud de la legislación de este Estado, esté sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, su residencia, su sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga».

43 Según los Comentarios al artículo 4.1 del MC OCDE, esta última limitación puede generar importantes problemas por lo tanto su interpretación debe llevar a excluir únicamente a las personas que no queden sujetas por la totalidad de sus rentas en aquellos Estados con régimen de sujeción plena. De lo contrario se estaría excluyendo del ámbito de aplicación del CDI a los residentes de los Estados con un sistema fiscal basado en la territorialidad.

44 Regulado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre La Renta de los No Residentes.

45 Que ya se contenían, en los mismos términos, en el artículo 4.2 del CDI firmado entre España y Brasil.

46 La nueva redacción del MC OCDE, mantiene los criterios para determinar la residencia de las personas físicas, si bien modifica el punto tercero del artículo a fin de evitar maniobras «fraudulentas» que permitan a las entidades beneficiarse de la normativa más favorable en base a su residencia, estableciendo ahora que: cuando, en virtud de las disposiciones del apartado primero una persona que no sea un individuo -persona física-, sea residente de ambos Estados Contratantes, las autoridades competentes de los Estados contratantes se esforzarán por determinar de común acuerdo el Estado del cual dicha persona se considerará residente a efectos de la Convención, teniendo en cuenta su lugar de gestión efectiva, el lugar donde se encuentre incorporado o constituido de otra manera y cualquier otro factor relevante. En ausencia de tal acuerdo, dicha persona no tendrá derecho a ningún beneficio o exención impositiva prevista en este Convenio, salvo

- 1º – El primero de ellos atiende al lugar donde radica la vivienda permanente a disposición de la persona en cuestión.
- 2º – El segundo criterio, para el caso de que la persona tuviera vivienda permanente en ambos Estados, se basa en el lugar donde la persona tenga relaciones personales y económicas más estrechas, lo que se ha dado en llamar «centro de intereses vitales».
- 3º – Si ninguno de los anteriores es determinante de la residencia del sujeto, se atenderá al lugar donde viva habitualmente dicha persona física.
- 4º – En cuarto lugar, ante el fracaso de los anteriores criterios en nuestro propósito, se atenderá a la nacionalidad del sujeto.
- 5º – Por último, en quinto lugar y cuando no se haya podido determinar la residencia del individuo en base a ninguno de los criterios anteriores, habrá que estar al común acuerdo de las autoridades competentes.

Antes de entrar en el análisis detallado de cada uno de estos criterios hemos de hacer referencia a la pauta interpretativa que nos indica el punto 9 de los Comentarios a las disposiciones de este artículo (apartado 2), según el cual: para resolver este conflicto es preciso establecer reglas especiales que den preferencia al vínculo con un Estado frente al vínculo con el otro. En la medida de lo posible, el criterio de preferencia habrá de ser tal que no permita dudas, de forma que la persona de que se trate cumpla las condiciones requeridas solamente en un Estado y, al mismo tiempo, reflejará una vinculación de tal naturaleza que justifique la atribución de la potestad tributaria al Estado en cuestión. Los hechos a tomar en consideración, a los efectos de las reglas especiales, serán aquellos que se produzcan durante el período en que la residencia del contribuyente afecta a su sujeción a imposición, período que puede ser de duración inferior al período impositivo.

### 3.1 El criterio de la vivienda permanente a su disposición

Como señala el apartado 13 de los comentarios al artículo 4.2 del MC OCDE, lo importante es el «carácter permanente de la vivienda» lo que implica que la persona física ha dispuesto lo necesario para que el alojamiento esté disponible en cualquier momento, de una manera continuada

---

en la medida y en la forma que se acuerde por las autoridades competentes de los Estados contratantes.

y no ocasionalmente para estancias de corta duración, cualquiera que fuese el motivo de las mismas, citando como ejemplo «los viajes de placer, de negocios, de estudios, asistencia a cursos en escuelas», etc.

Este criterio pondrá fin al conflicto de doble residencia únicamente cuando el trabajador tenga a su disposición una vivienda permanente tan sólo en uno de los Estados miembros, resolviéndose a su favor la controversia. Y ello independientemente de que en el otro Estado pueda disponer de algún alojamiento temporal en el que hospedarse durante el tiempo que pase en el mismo.

Dicho esto, se admiten viviendas de cualquier tipo (casas, apartamentos, habitación amueblada alquilada...) y cualquiera que sea el título jurídico que se ostenta sobre la misma, ya sea en propiedad, usufructo, arrendamiento con o sin muebles, etc. Ahora bien, como expresamente se aclara en la nueva versión de los Comentarios al MC OCDE (apartado 13), si una persona posee una casa en propiedad, esta no puede considerarse a su disposición mientras que esté alquilada y puesta efectivamente a disposición del inquilino (no relacionado con el propietario); puesto que al no tener la posesión de la casa también carece de la posibilidad de permanecer en ella.

Hemos de tener en cuenta que este criterio tiene «un carácter esencialmente cualitativ(o) y no tanto cuantitativo»,<sup>47</sup> es decir para estimar su concurrencia basta con que la persona en cuestión (en nuestro caso el trabajador), tenga a su disposición permanente la vivienda, independientemente del tiempo real durante el que la ocupe,<sup>48</sup> si bien dicha ocupación puede servir como indicio del carácter permanente de la vivienda.

### 3.2. El centro de intereses vitales

Cuando el trabajador disponga de una vivienda permanente en ambos Estados contratantes, para determinar su residencia habrá que determinar la ubicación de su «centro de intereses vitales», esto es, el lugar donde mantiene relaciones personales y económicas más estrechas, criterio, en principio, muy etéreo.

---

47 LÓPEZ LÓPEZ, 2015, p. 48.

48 Dato que servirá como base para la aplicación del tercero de los criterios previstos (artículo 4.2.b) del MC OCDE), que resuelve la residencia a favor del estado en el que more el sujeto.

A diferencia de lo que ocurre con nuestra normativa interna, en virtud de la cual se considerará residente en territorio español<sup>49</sup> a aquella persona cuyo núcleo principal o base de sus actividades o intereses económicos radique en nuestro país, el MC OCDE da cabida en el artículo 4.2.a), que comentamos, no sólo a los intereses económicos del trabajador sino también a sus relaciones personales. Para ello será necesario examinar de forma individual aquellos datos que pongan de manifiesto, a nivel personal, sus relaciones familiares y sociales, sus actividades lúdicas, deportivas, políticas, culturales o de cualquier otro tipo y, en el ámbito económico, la localización de sus actividades empresariales o profesionales, la sede de administración de su patrimonio, etc.

No obstante, tratándose de trabajadores que efectivamente son desplazados para prestar sus servicios en otros países por períodos más o menos largos de tiempo, será normal que se desarrollen actividades personales y económicas en ambos Estados. Por ello, como aconseja López López,<sup>50</sup> sería preferible atender a las circunstancias del sujeto que pongan de manifiesto una relación más profunda y duradera en uno de ellos, más allá de aquellas que se refieren a sus necesidades diarias, como parece exigir la determinación del «centro de intereses vitales» de una persona. La atención excesiva a estas últimas puede favorecer la tendencia del trabajador a inclinar su tributación hacia el Estado que le ofrezca un tratamiento más favorable, preconstituyendo pruebas a tal fin. Es decir, se trataría de evitar aquellos hechos, datos o pruebas de fácil acceso para el sujeto que, por sí solos, no servirían para demostrar su residencia en uno de los Estados, atendiendo a los que demuestren un vínculo permanente con alguno de los países en cuestión como pueden ser los hijos, familiares más allegados, el hogar de la familia, los amigos, el conocimiento del idioma o la asistencia sanitaria, entre otros.

En cualquier caso, estas circunstancias deben examinarse en su conjunto, pero es evidente que las consideraciones basadas en el comportamiento personal del trabajador deberían recibir especial atención. Si una persona que tiene una vivienda en un Estado establece una segunda vivienda en el

---

49 Artículo 9 de la LIRPF, que además, con carácter general, contempla otra circunstancia a tal fin: la permanencia en España más de 183 días durante el año natural. Bastando con que se dé cualquiera de ambos requisitos, sin que exista preferencia sobre ninguno de los dos.

50 LÓPEZ LÓPEZ, 2015, p. 49.

otro Estado al tiempo que mantiene la anterior, el hecho de la conservación de la primera vivienda en el entorno donde ha vivido siempre, donde ha trabajado y donde están su familia y sus bienes puede, junto con otros elementos, contribuir a demostrar que ha conservado el centro de sus intereses vitales en el primer Estado.<sup>51</sup>

Sin embargo, para establecer la residencia en base al centro de intereses vitales del trabajador habrá que sopesar de forma conjunta sus relaciones personales y económicas, en igualdad de condiciones.<sup>52</sup> El artículo 4.2 del MC OCDE no establece diferencia alguna entre ambos tipos de relaciones, de forma que cuando una persona tenga las relaciones personales más estrechas en uno de los Estados contratantes, pero mantenga en el otro mayores relaciones económicas, no resultará de utilidad este criterio debiendo determinar la residencia del sujeto en base a los siguientes.<sup>53</sup>

No obstante, quizás sea este el criterio cuya aplicación ha generado más controversia, de forma que hay pronunciamientos en los que los tribunales parecen dar más importancia a los aspectos personales valorando los económicos cuando los primeros no sean determinantes para establecer el centro de intereses vitales de un sujeto. Sirva como ejemplo la Sentencia de la Sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005<sup>54</sup> (Recurso número 702/2001), sobre el lugar de residencia del recurrente, considerando la Administración tributaria que es España mientras que el interesado mantiene que lo hace en Suiza, a cuyo fin presenta certificado de residencia en este país, alegando la infracción del CDI entre ambos Estados. Si bien, el Convenio deja a la legislación interna de cada Estado la determinación de la residencia habitual en el territorio de cada uno de ellos, ante un caso de doble residencia, hay que estar a los criterios dirimientes establecidos en el Convenio; así, en el Fundamento de Derecho cuarto señala que «llegados a la conclusión, que el recurrente rechaza, de que el mismo es residente de ambos Estados contratantes - Suiza

---

51 En este sentido se manifiesta el apartado 15 de los comentarios al MC OCDE.

52 En este sentido, véase VELÁZQUEZ DE CUETO, 2012, p. 198.

53 En esta línea se pronuncia, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid en su sentencia 148/2009 de 30 de Junio.

54 En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) (Sala de lo contencioso Administrativo) de 4 de julio de 2006 (relativa al mismo sujeto pero con relación al IRPF, mientras que la anterior se refiere al IP) o las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2009 y de 15 de noviembre de 2000.

y España –, se hace preciso acudir, para la resolución del caso, a las Reglas previstas en el art. 4.2 del Convenio. (...) teniendo vivienda permanente a su disposición en España y Suiza, es preciso acudir al segundo de los criterios que el art. 4.2.a) del Convenio utiliza: el de considerarse residente de aquel Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas. Este criterio atiende a una pluralidad de circunstancias: personales, familiares, sociales, económicas, etc. (...) En conclusión, a la vista de la dificultad de situar en España o en Suiza el núcleo fundamental de sus relaciones personales, se hace preciso fijarse en los aspectos económicos, menos sutiles pero más susceptibles de acreditación. Y en las actuaciones documentadas ha quedado suficientemente probado que es en España donde radican la mayor cantidad de bienes y rentas. Ante la ausencia de datos sobre los bienes y rentas del recurrente fuera del territorio español, los bienes y derechos situados o que pueden ejercitarse en España son de tal entidad que no resulta aventurado mantener que es España y no Suiza el centro del núcleo principal de sus intereses económicos, por lo que, en definitiva, es España a la que cabe considerar como país de residencia (...).».

Mientras que otras parecieron dar más peso a las relaciones económicas. Así, la sentencia de 21 de abril de 2010 de la Audiencia Nacional, para determinar la residencia fiscal de un contribuyente en España o en Portugal (residente en ambos países según la normativa interna de cada Estado) aplicará el CDI suscrito entre ambos países (concretamente su artículo 4.2) y puesto que el sujeto dispone de vivienda en los dos territorios, atiende al criterio del centro de intereses vitales del mismo indicando que «(...) a efectos de determinar la residencia fiscal, no son suficientes los vínculos afectivos, sino también, y estos son los más determinantes, los vínculos económicos (...).».

Para finalmente decantarse por la valoración conjunta de ambas relaciones sin que prevalezca ninguna de ella sobre la otra, como preceptúa el artículo 4.2.a) del MC OCDE, en este sentido se pronuncia, entre otras la Consulta vinculante (CV) 0219-02, de 11 de febrero de 2002, sobre un trabajador de nacionalidad holandesa y residente en España que trabaja para una empresa holandesa que le practica retenciones en Holanda, cuando entiende que aunque el consultante no permanece en territorio español por más de ciento ochenta y tres días durante el año 1999 y no parece que tenga en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses

económicos; dado que su cónyuge reside habitualmente en España se presume que el consultante tiene su residencia habitual en territorio español, salvo que se pueda demostrar lo contrario.

Si, de acuerdo con la legislación interna holandesa, fuera también considerado residente a efectos fiscales en Holanda, la cuestión se resolverá aplicando el artículo 4 del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Holanda.<sup>55</sup>

### 3.3 El lugar donde viva habitualmente el sujeto

El tercero de los criterios establecidos en el MC OCDE para determinar la residencia de las personas físicas, de los trabajadores, se aplica en dos situaciones diferentes:

- En caso de que el trabajador tenga una vivienda permanente a su disposición en ambos Estados contratantes y no sea posible determinar en cuál de ellos radica su centro de intereses vitales, y
- En caso de que el sujeto en cuestión no tenga una vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados parte.<sup>56</sup>

En ambos supuestos, se da preferencia al Estado contratante donde el trabajador more, es decir, donde viva habitualmente.

Como establecen los Comentarios al MC OCDE, apartados 17, 18 y 19,<sup>57</sup> en la primera de las situaciones descritas, es decir, en caso de que el sujeto disponga de un hogar permanente en ambos Estados, atenderemos al lugar donde more habitualmente como criterio que incline la balanza hacia el Estado donde se aloje con mayor frecuencia, es decir, será considerado residente del país donde permanezca más tiempo. A tal fin, se deberán tener en cuenta no sólo las estancias del trabajador en su vivienda

---

55 De fecha 16 de junio de 1971 (BOE de 16 de octubre de 1972).

56 Siendo así, careciendo el trabajador de vivienda a su disposición en ambos Estados, en ningún caso se determinará su residencia en virtud del centro de intereses vitales, sino que se pasará a aplicar el criterio del lugar donde viva habitualmente.

57 Tras la última revisión del MC OCDE, los comentarios 19 y 19.1 se aclara definitivamente la controversia que existía en torno a si, para poder aplicar el criterio de la mora, bastaba con atender al cómputo de días que el interesado pasa en un país y otro o por el contrario se requería determinar en cual está presente con habitualidad, decantándose claramente por esta última posibilidad, en los términos que analizamos en este apartado. En este sentido, puede consultarse FERRERAS GUTIÉRREZ, 2018, p. 26.



permanente en el Estado en cuestión, sino también las que pase en cualquier otro lugar del mismo, sin importar el motivo que las provoca.

Por su parte, en la segunda de las situaciones previstas, esto es, en caso de que el trabajador no tenga un hogar permanente a su disposición en ninguno de los Estados contratantes (por ejemplo, cuando la persona va de un hotel a otro), para aplicar este criterio se tendrán en cuenta todas las estancias hechas en cada Estado, independiente de los causas que las motiven. Es decir, en el caso de trabajadores desplazados sin vivienda permanente, para determinar su residencia en virtud del lugar donde more, no debemos computar sólo el tiempo de permanencia en el Estado de desplazamiento «por trabajo», sino cualquier período de estancia en el mismo.

La aplicación de este criterio requiere determinar si el sujeto/trabajador «moró», en el sentido de «estar físicamente presente», de forma habitual en uno de los dos Estados contratantes y no en el otro, durante un período de tiempo concreto. No bastará con determinar simplemente en cuál de los dos Estados pasó más días el trabajador durante ese período temporal, la frase «*séjourne de façon habituelle*», que se utiliza en la versión francesa de este apartado del MC OCDE, proporciona una perspectiva más útil sobre el significado de la expresión «morada habitual», que se refiere a la frecuencia, duración y regularidad de las estancias que constituyen la rutina de la vida de cada persona y, por tanto, sea más que transitoria.

No concreta el MC, ni en su versión más reciente ni en las anteriores, el período temporal en torno al cual se establece la comparación para determinar donde mora habitualmente un sujeto, indicando en su cometario 19.1 que la comparación debe cubrir un período de tiempo suficiente para que sea posible determinar la frecuencia, duración y regularidad de las estancias que son parte de la rutina vital de la persona en cuestión, poniendo especial cuidado en tomar un período temporal durante el cual no se hayan producido cambios importantes en sus circunstancias personales que claramente afectarían a este asunto (como por ejemplo la separación o divorcio de su cónyuge). También aclara que el lapso temporal relevante para la determinación de la residencia habitual de un sujeto en uno o ambos Estados no siempre corresponderá al período de doble residencia, especialmente cuando este sea muy corto.<sup>58</sup>

---

58 Esto se ilustra con el siguiente ejemplo: supongamos que un residente individual del Estado C se muda al Estado D para trabajar en diferentes ubicaciones por un período de 190 días. Durante ese período y en

Si bien, y con carácter general, coincidimos con López Lopez cuando afirma que «lo más sensato sería tomar como referencia el ejercicio o período fiscal, concreto respecto del cual se pretende determinar el lugar de residencia del sujeto y, a partir de ahí, determinar el Estado donde permanece más tiempo»,<sup>59</sup> sin caer en el cómputo meramente cuantitativo del número de días que pasa en un país y otro ya que, como hemos visto, este criterio exige que podamos calificar dicha estancia como «mora habitual» del sujeto, que vas más allá del cómputo exacto de los días que pasa en cada país, llevándonos a valorar las circunstancias concretas de cada caso.

Será por tanto, perfectamente posible, que un sujeto, en lo que aquí nos interesa, un trabajador desplazado, reúna los requisitos para ser residente de ambos Estados<sup>60</sup> o, por el contrario, no los cumpla para ninguno de ellos, en base a este criterio.

### 3.4 La nacionalidad

Cuando no ha sido posible determinar la residencia de una persona por aplicación de los criterios anteriores, habrá que estar a la nacionalidad del sujeto. La adquisición de la nacionalidad de un Estado concreto requiere de una serie de requisitos difíciles de «aparentar», siendo compleja tanto su adquisición (no la que corresponde desde el nacimiento, sino a pos-

---

virtud de la legislación interna de cada Estado, se lo considera residente de ambos, C y D. Este sujeto vivió en el Estado C muchos años antes de mudarse al Estado D, donde permaneció exclusivamente el tiempo que duró su trabajo allí, regresando al Estado C para vivir allí permanentemente al final del período de 190 días. Mientras permaneció en el Estado D, el trabajador no goza de vivienda disponible ni en el Estado C, ni en el Estado D. Para determinar si este sujeto tiene su residencia habitual en uno o ambos Estados, sería apropiado tomar en consideración un período de tiempo más largo que los 190 días de residencia dual, a fin de poder establecer la frecuencia, duración y regularidad de las estancias que forman parte de su rutina de la vida.

59 LÓPEZ LÓPEZ, 2015, p. 54.

60 Y cita el comentario 19 de MC OCDE el siguiente ejemplo que ilustra esta situación: supongamos que durante un período de cinco años, un individuo posee una casa a su disposición en cada uno de los Estados parte, A y B, sus circunstancias concretas no permiten determinar en cual de ambos está situado su centro de intereses vitales. Este sujeto trabaja en el Estado A donde vive habitualmente, pero regresa al estado B dos días al mes y una vez al año durante unas vacaciones de tres semanas. Parece claro que en este caso, dicho sujeto tendrá una residencia habitual en el Estado A y no en el Estado B. Sin embargo, supongamos que durante el mismo período de cinco años, este individuo trabaja períodos cortos de tiempo en el Estado A, al que regresa 15 veces al año para estancias de dos semanas cada vez, estando presente en el estado B el resto del tiempo y suponiendo que tampoco en esta ocasión podamos determinar la localización de su centro de intereses vitales, podemos afirmar que este sujeto tendrá su domicilio habitual tanto en el Estado A como en el Estado B.

teriori), como su pérdida, toda vez que conlleva una serie de derechos reconocidos por el Estado cuya nacionalidad se ostenta. La apreciación de este criterio no requiere obligatoriamente de un nexo territorial con el Estado del que se es nacional, siendo relativamente fácil su aplicación práctica. No obstante, tampoco sirve para resolver todos los conflictos de doble residencia, puesto que se dan casos en los que el trabajador ostenta la nacionalidad de ambos Estados o de ninguno, supuestos que se solucionarían por aplicación del último de los criterios previstos, el acuerdo entre los Estados contratantes, que pasamos a comentar.

### 3.5 El acuerdo entre Estados

Se trata del último criterio fijado en el MC OCDE para dirimir los supuestos de doble residencia de las personas físicas, regulado en el artículo 4.2.d) del MC OCDE en virtud del cual, si el sujeto «fuera nacional de ambos Estados, o no lo fuera de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los Estados contratantes resolverán el caso de común acuerdo». A tal fin se establece un «procedimiento de acuerdo mutuo» en el artículo 25 del MC OCDE, cuyo apartado 3 establece que dichas autoridades se esforzarán por resolver de común acuerdo cualquier dificultad o duda que surja en cuanto a la interpretación o aplicación del Convenio. Instándolas, en el apartado 4, a comunicarse directamente entre sí, incluso a través de una comisión conjunta compuesta por ellos mismos o sus representantes, con el fin de lograr dicho acuerdo. Sin embargo, nada se dice, más allá de tan buenos propósitos, de cómo alcanzar dicho acuerdo.

### 3.6 Criterios para resolver los conflictos de doble residencia de las personas no físicas

Antes de terminar este epígrafe quisiéramos hacer una breve referencia al artículo 4.3 del MC OCDE, relativo a los criterios para resolver los problemas de doble residencia para aquellos sujetos que no sean personas físicas, que se modifica en la versión del MC OCDE de 2017. Establece dicho artículo que «cuando, en virtud de las disposiciones del apartado primero una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados Contratantes, las autoridades competentes de los Estados contratantes se esforzarán por determinar de común acuerdo el Estado del cual dicha persona se considerará residente a efectos del Convenio, teniendo en cuenta

el lugar donde se encuentra la sede de su gestión efectiva, el lugar donde se encuentre incorporada o constituida de otra manera y cualquier otro factor relevante. En ausencia de tal acuerdo, dicha persona no tendrá derecho a ningún beneficio o exención impositiva prevista en este Convenio, salvo en la medida y en la forma que se acuerde por las autoridades competentes de los Estados contratantes».

Nos referimos a las empresas y otras entidades que no tengan la consideración de personas físicas, independientemente de si son personas jurídicas o no. Sería el caso, por ejemplo, de una empresa que tiene la consideración de residente en el Estado donde radica su sede efectiva de dirección y también en el que está registrada, siempre de acuerdo a la normativa interna de cada uno de estos países.

En su redacción anterior del párrafo 3, del artículo 4 del MC OCDE se estableció un criterio único para dirimir estos conflictos en base al lugar donde radicaba la gestión efectiva de la empresa, restando importancia a aquellos aspectos puramente formales, como por ejemplo el país donde aquella se encontraba registrada. Sin embargo, y aunque el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE reconoció que las situaciones de doble residencia de entidades distintas de las personas físicas eran relativamente raras, se habían dado varios supuestos de evasión fiscal en los que estaban involucradas compañías con doble residencia, que utilizaban esta situación para orientar su tributación hacia territorios de baja tributación. Para poner fin a esta práctica fraudulenta se optó por abrir el abanico de criterios para resolver estos conflictos, realizando un análisis individual de cada caso, que permita a los Estados intervinientes ponerse de acuerdo sobre el particular, privando de cualquier exención o beneficio que pueda establecer el concreto CDI para la citada entidad en caso de que no llegaran a alcanzar tal acuerdo, salvo aquellos que dichos estados quisieran concederles.<sup>61</sup>

---

61 No obstante, algunos Estados prefieren tratar los casos de doble residencia de entidades por aplicación del criterio del «lugar de gestión efectiva» que operaba en el MC antes de la modificación de 2017, considerando que esta regla puede interpretarse de forma que se eviten las situaciones de abuso.

Para estos casos los Comentarios a este artículo prevén la posibilidad de incluir en el concreto CDI la siguiente versión del citado artículo: Cuando en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, una persona que no tenga la consideración de persona física sea residente de ambos Estados contratantes, se la considerará residente únicamente del Estado en el que se ubica su lugar de gestión efectiva.

Sin duda es este el criterio establecido en el artículo 4.3 del CDI entre España y Brasil, en virtud del cual: «Cuando en virtud de las disposiciones del párrafo 1, una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados Contratantes, se considerará residente del Estado Contratante en que se encuentre su sede de dirección efectiva».

En este esfuerzo por determinar de mutuo acuerdo la residencia de cualquier entidad (siempre que no sea una persona física) las autoridades competentes deben aplicar el citado párrafo 3 teniendo en cuenta varios factores, como el lugar dónde se reúna habitualmente la junta directiva de tal entidad u órgano equivalente de la misma, o donde generalmente desarrolle su actividad el director ejecutivo y otros altos cargos, o donde se lleva a cabo su gestión diaria o el lugar donde se localizan sus oficinas centrales, o donde se lleven sus registros contables.

Como quiera que de la decisión final de las autoridades competentes dependerá la residencia de la persona (no física) en cuestión y para evitar una aplicación indebida de las disposiciones del CDI los países que consideren que las autoridades no deberían resolver estos supuestos de doble residencia discrecionalmente pueden completar esta disposición indicando concretamente a los criterios que entiendan relevantes para adoptar la decisión que corresponda.

Teniendo en cuenta que las concretas circunstancias en base a las que se resuelvan los conflictos de doble residencia pueden cambiar con el tiempo, las autoridades que tomen una decisión en virtud de esa disposición deberían aclarar qué período temporal cubierto por dicha decisión.

Como sabemos, el último inciso del párrafo 3 del artículo 4, que comentamos, establece que a falta de acuerdo de las autoridades competentes, la persona con doble residencia no tendrá derecho a ningún beneficio o exención de los establecidos en el Convenio, salvo en la medida y de la manera que se acuerde por dichas autoridades. No obstante, esto no impedirá que el contribuyente se considere residente de cada Estado contratante para fines distintos de a la concesión de tales beneficios.

Siendo así, no se darán los requisitos establecidos en el párrafo segundo, letra b), del artículo 15 del MC OCDE sobre los rendimientos del trabajo. Según el citado artículo, la remuneración obtenida por el residente de un Estado contratante con respecto a un trabajo desempeñado en el otro Estado contratante, solo podrá someterse a tributación en el primer estado si se dan los tres requisitos exigidos, uno de los cuales (el de la letra b) requiere que la remuneración sea pagada por, o en nombre de, un empleador que no es residente del otro Estado; lo que no se cumplirá respecto de los empleados de las entidades que se consideren residentes de ambos países.

#### 4. Conclusión

La globalización de la economía que impera en el mundo moderno conlleva un importante incremento de las relaciones internacionales, lo que implica la necesidad de enlazar las economías internas de cada país con la economía mundial, un factor este, el de la globalización, cada vez más presente en todos los mercados. Uno de los principales problemas que genera este proceso es el de la doble imposición que afecta a la tributación de las rentas generadas en el seno de las relaciones que implican a dos o más países, lo que puede suponer un importante impedimento para la movilidad de los distintos factores de producción, que podrían frenar el proceso de internacionalización, algo fundamental para el desarrollo económico – incluso político – de los Estados, creando importantes distorsiones en beneficio de aquellos territorios que resultan fiscalmente más competitivos, favoreciendo así la evasión fiscal.

Resulta imprescindible, por tanto, establecer criterios normativos que eliminen esta múltiple tributación, tanto a nivel nacional como supranacional, para fomentar las inversiones y operaciones comerciales a nivel internacional, evitando que esta interacción con varios países provoque una mayor carga fiscal en los contribuyentes.

Siendo cada vez más frecuente el desplazamiento de trabajadores, fuera o dentro de nuestras fronteras para desarrollar su labor, resulta evidente que tal circunstancia podrá modificar su residencia fiscal, siendo abundantes los supuestos de doble residencia y correlativamente, de doble imposición internacional. Para solventarlos resultan de fundamentales los CDI suscritos entre un país y aquél otro del que también sea residente el trabajador en cuestión, a fin de resolver dichos conflictos, determinando, asimismo, la distribución de la soberanía fiscal respecto de las rentas obtenidas por el sujeto, fortaleciendo la seguridad jurídica de los contribuyentes que actúan bajo su auspicio y favoreciendo las relaciones económicas internacionales entre los Estados signatarios.

Organizaciones internacionales como la OCDE y la ONU han elaborado un modelo de convenio para evitar la doble imposición que, debido a la relevancia de tales organismos, son tomados como base para las negociaciones entre dos Estados soberanos, de las que resultará el concreto CDI que estos suscribirán. Formando España parte de la OCDE, organización con la que Brasil colabora desde 1994, de la que es «Socio Clave» y siendo

el Modelo de Convenio elaborado por la misma el seguido mayoritariamente por nuestro país para la negociación y aplicación de la mayoría de los tratados fiscales bilaterales actualmente vigentes, entre ellos el Convenio entre el Estado Español y la República Federativa del Brasil para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, a la hora de analizar los criterios para determinar la residencia de una determinada persona física (particularmente de los trabajadores), hemos de hacerlo en referencia al MC OCDE, cuyas disposiciones y sus comentarios constituyen un instrumento generalmente admitido para la interpretación y aplicación de los convenios bilaterales existentes, tal como ha quedado expuesto en nuestro trabajo.

## Referencias

- ADAME MARTÍNEZ, Francisco David. La compatibilidad de diversas medidas adoptadas por las Comunidades autónomas con el Derecho europeo, en la obra colectiva coordinada por PATÓN GARCÍA, Gemma, *Libertades comunitarias, autonomía tributaria y medio ambiente*, CEF, Madrid, 2015.
- AMBITE IGLESIAS, Ana María & LÓPEZ ARRABE, Carlos. Doble imposición Internacional en una economía globalizada. Problemática en la empresa española, Centro de Estudios Financieros, Cuadernos de formación, colaboración 1/14, volumen 17/2014.
- BARRAS GARCÍA, Pedro. J. Interpretación dinámica en relación con la cláusula de transparencia fiscal de los convenios para evitar la doble imposición internacional, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n. 34, 2012, BIB 2012/372.
- BUSTOS BUIZA, José Antonio. Los convenios y tratados internacionales en materia de doble imposición, *Documentos –Instituto de Estudios Fiscales*, n. 9, 2001.
- CALDERÓN CARRERO José Manuel y MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Los tratados internacionales. Los convenios de doble imposición en el ordenamiento español: naturaleza efectos e interpretación, en la obra colectiva Coordinada por CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor. *Convenios fiscales internacionales 2005*, CISS, Valencia, 2005.

- \_\_\_\_\_. Los tratados internacionales. Los convenios de doble imposición en el ordenamiento español: naturaleza efectos e interpretación, en Coord.: CARMONA FERNANDEZ, N.: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS grupo Wolters Kluwer, Valencia, 2010.
- CALDERÓN CARRERO, José Manuel. A vueltas con las reglas interpretación y calificación de los convenios de doble imposición al hilo de una resolución del TEAC sobre híbridos financieros: la reciente reacción de la OCDE frente al arbitraje fiscal internacional, *Quincena Fiscal*, n. 12/2012, BIB 2012/1081.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente. Medidas y métodos para evitar la doble imposición internacional, *Anuario de la Facultad de Derecho* n. 5, 1987.
- \_\_\_\_\_. Medidas y métodos para evitar la doble imposición internacional, *Impuestos*, n. 12, 1988.
- DEL ARCO RUETE, Luis. Doble Imposición internacional y Derecho Tributario español. Ed. Escuela de Inspección Financiera, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1979.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel. Los tratados internacionales (III): el tratado desde su entrada en vigor hasta su terminación, en la obra colectiva dirigida por DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho internacional Público*, 16ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- FERRERAS GUTIÉRREZ, Jorge Alberto. Cambios en relación con la residencia fiscal en la próxima actualización del Modelo de Convenio de la OCDE (MC OCDE), en la obra colectiva dirigida por LUCAS DURÁN, Manuel y DEL BLANCO GARCÍA, Álvaro, *Residencia y establecimiento permanente como puntos de conexión en la fiscalidad internacional: reflexiones y propuestas de futuro*. Documentos de Trabajo 3/2018, IEF, Madrid, 2018.
- GARCIA NOVOA, César. Interpretación de los Convenios de Doble Imposición, *Revista Española de Derecho Financiero (Civitas)*, n. 131, 2006.
- GARCIA PRATS, Francisco Alfredo. Los Modelos de Convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición, *Crónica Tributaria*, n. 133/2009.
- GIL GARCÍA, Elizabeth. La residencia como criterio de aplicación de los CDI. La cláusula del centro de intereses vitales y otros criterios para resolver la doble residencia, en la obra colectiva dirigida por MERINO JARA. Isaac, *Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas*



- interna, comunitaria e internacional, Documentos de Trabajo 7/2018, IEF, Madrid, 2018.
- LÓPEZ LÓPEZ, Hugo. Régimen Fiscal de los Trabajadores Desplazados al extranjero, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- LUCAS DURÁN, Manuel. Residencia y territorialidad: BEPS y la necesidad de revisar los principios tradicionales de la fiscalidad internacional, en la obra colectiva dirigida por MERINO JARA. Isaac, Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas interna, comunitaria e internacional, Documentos de Trabajo 7/2018, IEF, Madrid, 2018.
- MEDINA CEPERO, Juan Ramón. Los Convenios para evitar la doble imposición. Anotados y Comentados conforme a la legislación y la jurisprudencia más reciente. Trivium, Madrid, 2001.
- NOCETE CORREA, Francisco José. Los Convenios de Doble Imposición (Incidencia en el Derecho Comunitario), Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2008.
- RIBES RIBES, Aurora. Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2003.
- UDINA, Manlio. Il diritto internazionale tributario, Cedam, Padova, 1949.
- VELÁZQUEZ DE CUETO, Francisco Antonio. La residencia fiscal de las personas físicas, según la legislación española y el Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio. Consideraciones y aspectos prácticos. Cuadernos de Formación IEF, colaboración 17/12, Vol. 15/2012.

**Autora convidada.**

# L'approche de la violence physique par la loi brésilienne à partir des concepts de torture et traitements inhumains et dégradants

*A abordagem da violência física pela lei brasileira a partir dos conceitos de tortura e tratamentos desumano e degradante*

*Brazilian law's approach to physical violence through the concepts of torture and inhuman and degrading treatment*

Isabella Christina da Mota Bolfarini\*

*Université Presbytérienne Mackenzie – SP, Brésil.*

## 1. Introduction

Il ne serait pas opportun de penser que la violence ne fait partie que de l'histoire des anciennes et plus puissantes nations qui ont conduit le destin de l'humanité à nos jours. Même les jeunes nations comme le Brésil ont marqué l'histoire de la violence parmi les Hommes.

Au Brésil, la période dictatoriale a été frappée par la perpétuation d'une violence qui existait bien avant, depuis la colonisation du pays. Bien d'autres formes de violence ont vu le jour, comme l'esclavage, la répression par la monarchie des mouvements et protestations collectives au XIX<sup>ème</sup> siècle, la période dictatoriale, le régime républicain d'après qui a aussi réprimé de façon violente les grèves ouvrières et les manifestations populaires de désobéissance civile, entre autres<sup>1</sup>.

---

\* Docteur en Droit Politique et Économique à l'Université Presbytérienne Mackenzie; D.E.S. en Droits de l'Homme par l'Université Catholique de Louvain la Neuve (Belgique), D.E.A en Droit Comparé par l'Université Libre de Bruxelles (Belgique), Spécialiste en Éducation en Droit de l'Homme par l'Institut Interaméricain des Droits de l'Homme (Costa Rica) et en Éducation et Droit par l'Université Catholique de l'Uruguay. Chercheur en Droits de l'Homme, e-mail: isabolfarini@hotmail.com.

1 ADORNO, 1996, p. 62-63. (Notre traduction)

Après la dictature, qui a duré 21 ans (1964-1985), la société brésilienne s'est lancée dans un processus de '*reconstruction démocratique*', avec de grandes perspectives de changement au niveau de la promotion des droits fondamentaux, par

[...] l'élargissement des droits civils, sociaux et politiques, la réouverture du dialogue entre la société civile et l'Etat, reconnaissance des libertés civiles et publiques, l'abolition des organisations paramilitaires, la transparence des décisions et actions politiques, la soumission du pouvoir public à l'empire de la loi démocratiquement votée et l'existence des élections libres<sup>2</sup>.

Piovesan, mentionne deux périodes principales pour le contexte du développement sudaméricain: la période des régimes dictatoriaux e la transition politique aux régimes démocratiques, marqué par la fin de dictatures militaires dans les années 1980, en Argentine, Chile, Uruguay et Brésil<sup>3</sup>. Cet environnement n'était pas favorable à un État de Droit, aux Droits de l'Homme et à la Démocratie.<sup>4</sup> Pourtant, la violence a continué d'être présente dans les relations entre l'Etat et les particuliers, ce qui a été, selon Adorno, un obstacle à l'effective instauration de l'Etat démocratique:

[...] les graves violations des droits de l'homme ont persisté, résultat d'une violence endémique, enracinée dans les structures sociales, dans les coutumes, manifestée soit dans les comportements des groupes de la société civile, soit dans les comportements des agents chargés de préserver l'ordre public<sup>5</sup>.

De son côté, Abramovich explique que le changement du scénario politique sudaméricain a aussi engendré un changement dans les schémas de violation des droits dans cette région, ce qui ne signifie pas, cependant, le dépassement des vieux problèmes déjà rencontrés dans ces pays, comme dans l'exemple du haut niveau de violence<sup>6</sup>. Le nouveau contexte démocratique a fait place à des nouveaux défis liés surtout aux questions structurelles et institutionnelles qui font persister les inégalités sociales<sup>7</sup>.

---

2 Idem, p. 65.

3 PIOVESAN, 2013, p. 166. (Voir aussi: PIOVESAN, 2014, pp. 77 – 101 et NEVES, 2016, p. 76).

4 NEVES, FRANCO NETO, 2016, p. 76.

5 Idem, p. 66-67.

6 ABRAMOVICH, 2009, p. 16.

7 BOLFARINI, 2019, p. 39.

Ces problèmes ont montré que, bien qu'il y ait eu une transition de régime, les démocraties restaient fragiles et dépendantes de gouvernements qui, même légitimement élus, n'avaient pas la force nécessaire pour inverser l'héritage institutionnel autoritaire des régimes précédents<sup>8</sup>.

Ce contexte historique a pu être confirmé par une recherche sur la force contraignante des sentences de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme<sup>9</sup> qui a possibilité la compréhension des schémas des violations systématiques des droits commis dans les pays membres du Système Interaméricain<sup>10</sup>. Dans la plupart des cas, les violations ont été perpétrées par des agents de l'État. Le premier schéma identifié était d'ordre formel et faisait référence à des situations dans lesquelles les États n'adoptaient pas de règles en droit interne, ne fournissaient pas (ou pas suffisamment) des garanties judiciaires nécessaires<sup>11</sup> et n'accordaient pas la protection judiciaire aux victimes<sup>12</sup>. Le deuxième schéma, d'ordre matériel, était lié aux situations où les États ne respectaient pas l'obligation de garantir, de promouvoir et de protéger le droit à la vie<sup>13</sup>, à l'intégrité<sup>14</sup> et à la liberté personnelle<sup>15</sup>.

8 PINHEIRO, 2002, p. 15-31.

9 BOLFARINI, 2019, *op. cit.*, p. 76.

10 Système Interaméricain des Droits de l'Homme – SIDH.

11 Castillo Páez *c/ Pérou*; Cantoral Benavides *c/ Pérou*; Durand et Ugarte *c/ Pérou*; Barrios Altos *c/ Pérou*; “Panel Blanca” (Paniagua Morales et autres) *c/ Guatemala*; Blake *c/ Guatemala*; Bámaca Velásquez *c/ Guatemala*; Genie Lacayo *c/ Nicaragua*; Caracazo *c/ Venezuela*; Trujillo Oroza *c/ Bolivie*; Las Palmeras *c/ Colombie*.

12 Loayza Tamayo *c/ Pérou*; Castillo Petruzzi et autres *c/ Pérou*; Cesti Hurtado *c/ Pérou*; Tribunal Constitutionnel *c/ Pérou*; Hilaire *c/ Trinidad et Tobago*; Benjamin et autres *c/ Trinidad et Tobago*; Constantine et autres *c/ Trinidad et Tobago*; Maqueda *c/ Argentine*; Cantos *c/ Argentine*; Genie Lacayo *c/ Nicaragua*; Baena Ricardo et autres *c/ Panama*; Suárez Rosero *c/ Equateur*.

13 “Panel Blanca” (Paniagua Morales et autres) *c/ Guatemala*; Blake *c/ Guatemala*; “Niños de la Calle” (Villagrán Morales et autres) *c/ Guatemala*; Neira Alegría et autres *c/ Pérou*; Cayara *c/ Pérou*; Barrios Altos *c/ Pérou*; Aloboetoe et autres *c/ Suriname*; El Amparo *c/ Venezuela*; Genie Lacayo *c/ Nicaragua*; Las Palmeras *c/ Colombie*.

14 DISPARITION FORCÉE : Velásquez Rodríguez *c/ Honduras*; Fairén Garbi et Solís Corrales *c/ Honduras*; Godínez Cruz *c/ Honduras*; Castillo Páez *c/ Pérou*; Durand et Ugarte *c/ Pérou*; Caballero Delgado et Santana *c/ Colombie*; Garrido et Baigorria *c/ Argentine*; Trujillo Oroza *c/ Bolivie*; Bámaca Velásquez *c/ Guatemala*. TORTURE, TRAITEMENTS CRUELS ET DÉGRADANTS ET VIOLATION DU DROIT À L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE ET PSYCHIQUE : Cayara *c/ Pérou*; Loayza Tamayo *c/ Pérou*; Cantoral Benavides *c/ Pérou*; Barrios Altos *c/ Pérou*; El Amparo *c/ Venezuela*; “Panel Blanca” (Paniagua Morales et autres) *c/ Guatemala*; Benavides Cevallos *c/ Equateur*. CONDITIONS DE DÉTENTION : Hilaire *c/ Trinidad et Tobago*; Benjamin et autres *c/ Trinidad et Tobago*; Constantine et autres *c/ Trinidad et Tobago*. IMPOSITION DE LA PEINE DE MORT : Hilaire *c/ Trinidad et Tobago*; Benjamin et autres *c/ Trinidad et Tobago*; Constantine et autres *c/ Trinidad et Tobago*.

15 “Panel Blanca” (Paniagua Morales et autres) *c/ Guatemala*; Blake *c/ Guatemala*; “Niños de la Calle”

Du côté des problèmes structurels<sup>16</sup>, les principales victimes des violations des droits sont celles qui se trouvent dans les sphères les plus touchées par les inégalités<sup>17</sup>. De ce point de vue, il était important pour le droit avoir une approche beaucoup plus « substantielle » que simplement « procédurale » des plaintes présentées devant les tribunaux<sup>18</sup>, surtout parce que la violence sur le corps touche aussi la subjectivité de l'individu et dépend d'une appréciation capable de dépasser les limitations normatives. Notamment, cela pourrait impliquer des grandes impacts dans la façon de décider et de légiférer.

---

(Villagrán Morales et autres) c/ Guatemala; Cantoral Benavides c/ Pérou; Cesti Hurtado c/ Pérou; Suárez Rosero c/ Equateur; Benavides Cevallos c/ Equateur; Velásquez Rodríguez c/ Honduras; Gangaram Panday c/ Surinam; Caballero Delgado et Santana c/ Colombie.

16 Comme l'expliquent Salomão Filho, Ferro et Ribeiro, « Le processus de colonisation a laissé dans plusieurs pays un héritage de pauvreté chronique et d'inégalité dans la répartition des revenus, une situation qui persiste à travers les siècles et qui résiste à toutes sortes de politiques publiques. Le processus d'occupation du Nouveau Monde et d'autres régions a été guidé par l'extraction maximale des revenus par un groupe très restreint de personnes, et a abouti à la concentration économique qui est à l'origine du sous-développement de la région ». (SALOMÃO FILHO, Calixto; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; RIBEIRO, Ivan César. *Concentração, estruturas e desigualdade: As Origens Coloniais da Pobreza e da Má Distribuição de Renda*. São Paulo : Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento - IDCID, 2008, pp. 13. Notre traduction). Ce processus peut être vu dans des différents pays du continent Américain (et d'autres), et se traduit par des inégalités et la pauvreté. Pour que la concentration des revenus et du pouvoir pourrait continuer, il a fallu créer un appareil spécial, dans lequel certaines structures et institutions ont développé un rôle fondamental.

En utilisant le concept introduit par Helpman, les auteurs mentionnent que « les institutions sont ces éléments (normes, croyances, culture et organisations) conçus pour produire la prévisibilité des comportements des agents économiques, afin de faciliter les transactions et ainsi réduire les coûts de transaction ». (Idem, p. 14, citant HELPMAN, Elhanan. *The mystery of economic growth*. Cambridge : Harvard University Press, 2004, Chapitre 7). Dans cette perspective, le niveau de performance des économies périphériques est directement lié à des politiques macroéconomiques mal formulées et à l'absence (ou à la fragilité) d'institutions appropriées, puisque le déficit des institutions "perpetuariam inicialmente o subdesenvolvimento e, por meio do baixo crescimento econômico, perpetuariam também a pobreza e a desigualdade social", (« perpétuerait d'abord le sous-développement et, grâce à une faible croissance économique, perpétuerait également la pauvreté et les inégalités sociales »). (Ibidem).

17 Parmi ces groupes figurent les peuples autochtones, les populations afro-descendantes, les femmes (par rapport à l'exercice de certains droits, tels que la protection de l'intégrité physique et le droit à la participation politique); les enfants et les adolescents vivant dans la pauvreté; les immigrants; la population rurale déplacée de son territoire; les personnes dans l'extrême pauvreté; porteurs du virus du VIH, etc. (ABRAMOVICH, 2009, *op. cit.*, pp. 19 – 20. Voir aussi: FRY, 2002, pp. 191-212; ARIAS; YAMADA; TEJERINA, 2004, pp. 215-236).

Autre recherche intéressante qui prouve empiriquement cette déclaration a été développé par Ron, Crow et Golden, sur la familiarité de la population avec les droits de l'homme à partir de l'optique socio-économique. Dans l'étude, les auteurs ont montré que ce type de facteur peut influencer directement le niveau de connaissance et de familiarité des personnes ayant ces droits. (RON; CROW; GOLDEN, 2014, pp. 343 – 360).

18 DULITZKY, 2007, p. 34.

Adorno soulève encore les obstacles qui empêcheraient le contrôle légal de la violence. Premièrement, il mentionne l'action limitée des groupes organisés de la société civile. Deuxièmement, il observe la question de l'impunité des agresseurs. Finalement, il constate que le troisième obstacle se situe dans l'absence d'un contrôle effectif par le pouvoir civil des actions d'ordre répressif.

Cette perspective sur le '*parcours*' de la violence dans la société brésilienne a certainement joué un rôle très important sur le processus législatif du pays, car elle a influencé l'emprise du droit national par rapport à la maîtrise de la violence. Pour analyser ces constatations, il faut mentionner que l'amplitude de l'expression 'société violente' dépasse le taux des crimes et d'infractions commis dans une communauté précise. Cette expression a un sens beaucoup plus large, car elle désigne l'ensemble du groupe 'société' et non pas seulement une partie de ses membres.

De ce point de vue, il serait pertinent essayer de contribuer avec une analyse des différentes dimensions que le concept de violence physique peut avoir dans l'ordre juridique interne. Tout d'abord, il faut mentionner qu'en droit brésilien ces dimensions sont directement liées aux concepts de torture et traitements inhumains et dégradants, mais en même temps, elles sont fort attachées au contexte socio-économique du pays. Pour cela, l'approche qu'on propose ici, c'est un essai de distinguer les différents critères utilisés par les lois nationales (les plus pertinentes sur le sujet) pour mesurer la violence physique. D'un côté, on propose une analyse qualitative à l'égard des sujets (auteurs et victimes) et des moyens utilisés pour la typification de la violence physique et, de l'autre, l'approche est plutôt quantitative (mais ne laisse pas d'être qualitative non plus), lorsqu'elle observe comment cette législation aborde l'intensité des souffrances.

## 2. L'extension du concept de violence physique par rapport au contexte socio-économique brésilien

Au Brésil, il y a eu plusieurs études sur l'augmentation de la violence qui a touché la plupart des citoyens brésiliens au cours de leur vie, directement ou indirectement (victimes directes/indirectes ou auteurs). Dans ce contexte, on revient à la notion première de violence qui implique un rapport de pouvoir en tant que « contrainte illicite, acte de force dont le caractère illégitime tient à la brutalité du procédé employé (violence phy-

sique ou corporelle, matérielle) ou (et), par effet d'intimidation, à la peur inspirée (violence morale)<sup>19</sup> ».

En 2003 Nancy Cardia a développé une recherche très intéressante sur les effets de l'exposition à la violence<sup>20</sup>. Son analyse a priorisé l'étude des effets de la violence sur deux approches différentes : d'un côté, elle a déterminé le profil des personnes les plus exposées à la violence et, de l'autre, elle a considéré l'opinion de la société elle-même sur l'usage de la force par les agents de l'Etat comme moyen de répression et dissuasion.

Les chiffres présentés sont vraiment importants dans la mesure où il est possible d'analyser les situations du changement de comportement des personnes exposées à la violence à la délégation sociale du pouvoir d'utiliser la force à la police, en passant par la conception individuelle des peines et traitements que les personnes estiment être nécessaires pour combattre la criminalité. En même temps qu'il est possible d'apercevoir que la société s'est endurci à l'égard de l'augmentation de la criminalité, - en exigeant plus de sévérité de la part des autorités -, il est également possible d'entrevoir une augmentation de la violence symbolique qui vise le processus de socialisation de l'individu ou l'influence qu'il peut subir qui déterminera sa place dans la société, et représente un type de « pression dont l'agent n'a pas conscience [...] »<sup>21</sup>, car elle - la violence symbolique -, « [...] a besoin du consentement de celui qui la subit »<sup>22</sup>.

Cependant, la population aura tendance à développer un sentiment de peur traduit par l'adoption de certaines mesures pour accroître la sécurité personnelle de l'individu, - ce qui indique également le degré d'insatisfaction à l'égard du pouvoir de l'Etat de combattre la criminalité -.

Un autre constat important doit être fait : ces chiffres ne représentent pas la totalité des crimes, car une partie de la population victime d'actes de violence ne dénonce pas les agressions, soit parce qu'elle a peur des représailles, soit par le ressentiment, la honte ou son impuissance devant la restauration du *status quo ante* de l'agression.

D'autres exemples de violence au Brésil peuvent être cités, mais un seul article ne suffirait pas à l'analyse exhaustive de ces faits. Pour cela, il est

---

19 CORNU, 2002, p.921-922.

20 CARDIA, 2003, p. 299-328.

21 LAHOUARI, 2001/6, p. 950.

22 Idem, p. 952.

plus pratique de soulever quelques chiffres au niveau national qui ont été regroupés, par exemple, dans le Rapport final de la Campagne nationale permanente pour le combat de la torture et de l'impunité au Brésil<sup>23</sup>, du Mouvement National des Droits de l'Homme (MNDH). Cette campagne a comptabilisé entre octobre 2001 et juillet 2003, 25.698 appels sur le S.O.S. Torture, sur lesquels 1.336 ont été considérés comme des cas de torture institutionnelle. Selon le MNDH, il y a eu des constats de torture dans tous les Etats de la Fédération et les auteurs les plus fréquemment dénoncés sont les policiers civils et militaires et les agents pénitentiaires.

Dans ce contexte, il est possible de faire appel aux conceptions modernes d'Etat et de violence, où l'Etat, selon l'approche wébérienne, se compose de trois éléments essentiels, à savoir, le « monopole légitime de la violence, la domination et le territoire<sup>24</sup> ». Seulement, l'Etat a la légitimité d'employer la violence pour résoudre les conflits en société, mais cet emploi doit aussi respecter certaines limites - sous peine de devenir un pouvoir arbitraire -, situées entre la nécessité d'assurer la perpétuité de la domination étatique et l'urgence de combattre les menaces qui ne sont pas justifiables. Cette vision moderne de l'Etat justifie la légalité de l'emploi de la violence légitime, par un parcours qui va du recours à la violence par l'Etat à son pouvoir exclusif d'interdiction et prescription de la violence.

De son côté, Wieviorka<sup>25</sup> expose une nouvelle approche du pouvoir de l'Etat à l'égard de la violence, car selon lui, l'Etat est de plus en plus faible et sa capacité de gérer les affaires internes d'ordre socio-économique représente une véritable limitation à la puissance de cette institution. Cet argument a été réaffirmé par Adorno<sup>26</sup>, quand il fait référence à l'obstacle de la légitimité de la violence, par rapport à la formule et l'effectivité des politiques publiques sécuritaires qui limitent l'efficacité des organes chargés de combattre la violence. Il mentionne

[...] la faible efficacité de ces agences – spécialement les Polices militaires et civiles dans la prévention et l'investigation des crimes, et puis du corps judiciaire en général (Ministère Public et Tribunaux de Justice) dans la punition

---

23 PINHEIRO, 2004, p. 6.

24 Idem, p. 8.

25 WIEVIORKA, 1997, p. 5-41.

26 ADORNO, 2002, p. 28-29 (Notre traduction).



des agresseurs – , associée aux obstacles traditionnels d'accès à la justice par le citoyen, stimulent l'adoption de solutions privées pour les conflits d'ordre social (comme les 'linchamentos' et les exécutions sommaires) et contribuent à l'augmentation excessive d'un sentiment de peur et d'insécurité collectifs. Dans la mesure où ce cercle vicieux s'accroît, la perte de confiance dans les institutions de justice et dans les agents responsables pour leur distribution et exécution augmente également<sup>27</sup>.

Il est possible de voir que la réaffirmation de cette conception contemporaine de la violence est poursuivie par l'idée d'un dépassement de l'État, qui a toujours eu la légitimité du recours à la violence, comme « lorsqu'il s'agissait d'expliquer les luttes et les révolutions sociales, dans les années 60 et 70 [...]. La tendance dominante est différente, car elle se définit par des expériences où la violence apparaît parmi les manques de l'État<sup>28</sup> ». L'augmentation de la violence et le parcours de son développement au sein de la société brésilienne<sup>29</sup> a généré pourtant un sentiment d'insécurité justifié par l'incapacité de l'Etat à accomplir son devoir de protection. Cela étant, ce sentiment, à son tour, a donné place à une autre circonstance, le développement d'une politique répressive éloignée de la prévention. Tandis que la société demande des peines plus sévères pour combattre la criminalité, l'Etat, de son côté, a failli à son devoir de combattre les inégalités sociales, considérées comme un facteur important de génération de violence.

---

27 Pour pouvoir renforcer ces affirmations, il est très pertinent d'analyser à l'occasion les chiffres montrés par Nancy Cardia, lors de sa recherche développée au tour des effets sur les mœurs, craintes et convictions des personnes une fois exposées à la violence. CARDIA, 2003, p. 299-328.

28 WIEVIORKA, 1997, p. 20-21.

29 En ce qui concerne la violence,

« [...] la société brésilienne a expérimenté depuis plus de deux décennies, quatre tendances différentes :

- a) la croissance de la délinquance urbaine, notamment les crimes contre les biens (vol, extorsion par enlèvements) et contre la personne, plus particulièrement les homicides intentionnels ;
- b) l'émergence du crime organisé, notamment autour du trafic international de stupéfiants qui modifie les modèles et profils traditionnels de la délinquance urbaine et propose de nouveaux problèmes pour la loi et le fonctionnement de la justice pénale ;
- c) les graves violations des droits de l'Homme qui portent atteinte à la consolidation d'une société démocratique au Brésil ;
- d) l'explosion des conflits dans les relations interpersonnelles, plus spécifiquement les conflits de voisinage, qui ont tendance à converger vers une issue fatale. Ce sont des tendances qui, bien que liées entre elles, ont à l'origine des causes/raisons pas nécessairement identiques » (ADORNO, article disponible sur le site : [http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com\\_content&task=view&id=872&Itemid=96](http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=872&Itemid=96), consulté le 03/10/2016. Notre traduction).

Plusieurs études sociologiques ont déjà démontré que la pauvreté, en soi, n'est pas la source directe de la violence. Le Brésil, par exemple, a réussi à stabiliser sa monnaie et à combattre l'hyperinflation. Cependant, même devant un scénario optimiste par rapport à l'amélioration des conditions de vie de l'ensemble de la société, la criminalité dans les grandes villes n'a fait qu'augmenter.

Selon Peralva<sup>30</sup>, « quelle que soit l'importance des inégalités sociales [...], il n'est pas possible d'ignorer que les taux de délinquance croissent là même où les inégalités décroissent ». Dans la continuité de cette logique, Salama explique que même si le Brésil est rentré dans les voies du développement avec une amélioration des conditions de vie et une baisse de la pauvreté, il continue d'être l'un des principaux pays au monde à avoir les plus grands chiffres d'inégalités sociales.

Bien que la pauvreté soit définie de manière absolue dans les pays sous-développés, la référence à la distribution des revenus est constante de telle sorte qu'une trop grande inégalité peut être associée à une injustice source de remise en cause possible des codes de valeurs et ce faisant de violence. [...] La pauvreté pourrait ne pas être source de violence si elle ne s'accroît pas et surtout si elle ne s'accompagne pas d'une accentuation des inégalités, et ne pas générer une montée de la violence. Par contre, si les inégalités varient, si les solidarités se délitent avec la 'marchandisation' croissante, alors la violence peut augmenter et générer à nouveau pauvreté et inégalités croissantes<sup>31</sup>.

### 3. L'analyse qualitative et quantitative des critères d'ordre relatif et universel

Le droit brésilien s'est entouré de certains critères pour déterminer la mesure de la violence dans la tentative de combattre ce que Dahrendorf<sup>32</sup> appelle « l'érosion de la loi et de l'autorité »<sup>33</sup>, originaire du sentiment d'insécurité auparavant mentionné. Néanmoins, Adorno<sup>34</sup> observe qu'en

---

30 PERALVA, 2001, p. 8, cité par SALAMA, 2002, p. 38.

31 SALAMA, op.cit., p. 38-39.

32 DAHRENDORF, 1985, critiqué par ADORNO, 1996, p. 01-37, (Notre traduction).

33 Idem, p. 05.

34 Idem, p. 19.

réalité la loi en question ne joue pas un rôle d'instrument de limitation du pouvoir arbitraire ou de garantie des droits fondamentaux, mais plutôt d'un outil d'imposition autoritaire de l'ordre par la voie des sanctions, traduite par une relation de cause à effet entre le mouvement de la criminalité et celui de la punition. Il ajoute encore que le problème de l'impunité dans la société brésilienne « n'est pas le résultat d'une crise de l'autorité ou de l'érosion de la loi, mais d'une crise plus profonde de la société, laquelle résiste à rentrer dans le processus 'civilisateur' et se modernise dans la tradition »<sup>35</sup>.

La sévérité du corps législatif reflète alors, d'une certaine façon, un type de vengeance sociale, surtout à l'égard de l'impunité qui est encore très présente au Brésil. Ce sentiment est si étendu qu'il touche directement les autorités chargées de garantir l'ordre et la sécurité. En réalité, les autorités publiques, selon Adorno, prennent la place des « vengeurs »<sup>36</sup> sociaux qui n'ont pas pour rôle la garantie des droits, mais la punition exemplaire et rigoureuse de ceux qui ont désobéi à la norme. Le problème se pose lorsqu'il y a un dépassement des restrictions légales, par ces autorités, d'où il apparaît les abus de pouvoir.

Un exemple à prendre est le contexte social qui a occasionné l'adoption de la Loi contre la Torture, comme l'explique Bierrenbach<sup>37</sup>

(...) en 1997, la violence pratiquée par la Police Militaire de l'Etat de Sao Paulo, pendant l'événement appelé 'Caso da Favela Naval' située à Diadema, dans la grande Sao Paulo, a mobilisé le pays. Cela parce que les méthodes brutales utilisées par l'institution ont été rendues publiques par la transmission des faits par les médias, dans les chaînes nationales. La publicité des événements (...) a conduit au mouvement du projet de loi qui avait été oublié par le Sénat et qui s'est transformé en Loi n° 9.455/97.

Dans le Rapport de synthèse de l'étape étatique de la Conférence Nationale des Droits de l'Homme au Brésil<sup>38</sup>, les représentants des Etats fédérés ont, à leur tour, soulevé que la difficulté du respect des droits de l'Homme

---

35 Idem, p. 48.

36 Idem, p. 47.

37 BIERRENBACH; LIMA, 2006, p. 35-36.

38 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, (et.al.), 2004, p. 9.

dans le pays ne se trouve pas seulement dans la nécessité d'adopter des traités et des lois, mais aussi dans la difficulté de l'effectivité des normes déjà existantes, résultat d'une « longue histoire d'inégalités et de problèmes structureaux »<sup>39</sup>.

Il y a possible alors d'entrevoir, au Brésil, une certaine 'violence sociale' à tous les niveaux, - société et autorités -. Cette violence dite 'symbolique'<sup>40</sup> a beaucoup influencé le législateur brésilien qui fait partie, lui aussi, du corps social.

Si une telle influence est admissible, il est impératif pour l'analyse du droit interne, de garantir une harmonisation des critères d'observation. Pour cela, il faut adopter un schéma pour observer comment le droit interne mesure la violence. Il faut faire appel aux critères relatifs aux sujets, aux moyens utilisés et à l'intensité des souffrances, critères qui ont défini les mesures qualitatives et quantitatives de la violence physique.

La principale loi qui détermine les premières mesures des actes de violence physique est le Code Pénal Brésilien, qui rassemble l'ensemble des actes qui portent atteinte au droit. Cependant, il est d'extrême importance de faire appel à l'analyse comparative de certaines lois spéciales comme celle des Crimes d'abus d'autorité<sup>41</sup>, celle des Crimes Odieux<sup>42</sup> et la loi des Crimes de torture<sup>43</sup>.

### 3.1 Les mesures qualitatives

Pour analyser les mesures qualitatives du droit brésilien par rapport à la violence physique, il faut commencer par les dispositifs constitutionnels qui placent la sécurité publique comme l'un des principaux objectifs de la Justice pour combattre la violence. Tant la Constitution Fédérale que les Constitutions des Etats Fédérés comportent des dispositions sur la

39 Idem, § 35, p. 9-10.

40 “[...] que correspond couramment à un moment dans des processus et des relations sociales d'où surgissent ensuite des violences matérielles, physiques, qui, elles-mêmes, alimenteront, exacerberont ou renouvelleront, en spirale, d'autres expressions de violence, les unes symboliques et les autres concrètes.». WIEVIORKA, (et.al.), 1999, p. 16-17.

41 Loi n.° 4.898, du 9 décembre 1965 qui régleme le droit de représentation et la procédure de responsabilité administrative, civile et pénale, dans les cas d'abus d'autorité.

42 Loi n.° 8.072, du 25 juillet 1990 qui dispose sur les crimes odieux ('*crimes hediondos*' traduit au portugais), dans les termes de l'article 5°, XLIII, de la Constitution Fédérale.

43 Loi n.° 9.455, du 7 avril 1997 qui définit les crimes de torture.

nécessité de garantir la sécurité des individus<sup>44</sup> et de la collectivité, mais l'un des aspects les plus intéressants de ces dispositifs est le fait que la responsabilité de la garantie sécuritaire est partagée entre les membres de la société. Quand la Constitution Fédérale prescrit dans son article 144 que « La sécurité publique, devoir de l'État, droit et responsabilité de tous, est exercée afin de préserver l'ordre public et la sécurité des personnes et des biens [...] »<sup>45</sup>, elle partage la responsabilité de la garantie et de l'assurance de l'ordre, de la paix, de la tranquillité et de la sûreté entre l'ensemble du corps social. Presque toutes les normes constitutionnelles étatiques ont adopté la même prescription, sauf les Constitutions de certains Etats qui ont prévu un texte encore plus étendu lorsqu'elles disposent que la sécurité publique est exercée non seulement pour « préserver l'ordre public et la sécurité des personnes et des biens »<sup>46</sup>, mais également pour assurer les « garanties et libertés fondamentales »<sup>47</sup>, « les droits collectifs, sociaux et politiques »<sup>48</sup>, « l'environnement »<sup>49</sup> et « les prérogatives de la citoyenneté »<sup>50</sup>.

Tandis que ces dernières Constitutions ont un caractère général sur l'extension de la sécurité comme moyen de combattre la violence, les Constitutions des Etats du Ceará, article 178, du Mato Grosso, article 74 et de Minas Gerais, article 133, ont fixées des cibles encore plus extensives. Selon ces dispositifs, la sécurité publique est un objectif « d'intérêt général, avec la responsabilité civique de chacun dans la préservation de

---

44 Constitution de la République Fédérative du Brésil, article 144 ; Constitution de l'Etat d'Alagoas, article 244 ; Constitution de l'Etat d'Amazonas, article 2, V et article 114 ; Constitution de l'Etat d'Amapa, article 75 ; Constitution de l'Etat de Bahia, article 146 ; Constitution de l'Etat de Ceara, article 178 ; Constitution de l'Etat de l'Espírito Santo, article 124 ; Constitution de l'Etat de Goiás, article 121 ; Constitution de l'Etat du Maranhão, article 112 ; Constitution de l'Etat de Mina Gerais, articles 2, V ; 43, II ; 133, I a III et 136 ; Constitution de l'Etat du Mato Grosso do Sul, article 40 ; Constitution de l'Etat du Mato Grosso, articles 74, I a III et 75 ; Constitution de l'Etat de la Paraíba, articles, 2, V et 42 ; Constitution de l'Etat du Pernambuco, article 101 ; Constitution de l'Etat du Pauí, article 156 ; Constitution de l'Etat du Paraná, article 46 ; Constitution de l'Etat du Rio de Janeiro, article 183 ; Constitution de l'Etat du Rio Grande do Norte, article 90 ; Constitution de l'Etat de Rondônia, article 143 ; Constitution de l'Etat de Roraima, article 175 ; Constitution de l'Etat du Rio Grande do Sul, article 124 ; Constitution de l'Etat de Santa Catarina, articles 8, III et 105 ; Constitution de l'Etat de Sergipe, article 125 ; Constitution de l'Etat de São Paulo, article 139 ; Constitution de l'Etat de Tocantins, articles 6, VII et 114.

45 Notre traduction.

46 Article 144, Constitution Fédéral Brésilienne (Notre traduction)

47 Constitutions des Etats de Sergipe, article 125 ; de Pernambuco, article 101 et de Paraíba, article 42.

48 Constitutions des Etats de l'Espírito Santo, article 124 ; de Goiás, article 121 et de Roraima, article 175.

49 Constitutions des Etats de Goiás, article 121 et de Roraima, article 175.

50 Constitution de l'Etat du Rio Grande do Sul, article 124.

l'ordre collectif »<sup>51</sup> qui implique « le droit de chaque personne » d'avoir une « protection légitime (...) en cas de malheur ou de catastrophe »<sup>52</sup>. Ces articles ont prévu un traitement spécifique pour la question de la violence physique, soit par « la protection de la personne humaine et le combat des atteintes à ses droits, par l'adoption des mesures légales adéquates pour lutter contre les dommages physiques et aux biens, en assurant la paix sociale (...) »<sup>53</sup>, soit par la promotion de « l'intégration sociale, qui a pour but la prévention de la violence, avec le sauvegarde de la citoyenneté, par le biais de l'aide aux différents segments exclus du processus de développement socio-économique »<sup>54</sup>.

Il est alors possible de constater l'intention du législateur de partager la responsabilité de la sécurité publique avec la société, nonobstant le sentiment d'insécurité des personnes au fait que l'Etat n'est pas en mesure, lui seul, de combattre la violence. Ce partage de responsabilité marque encore davantage la perception d'une violence symbolique au sein de la société qui peut engendrer la spirale de la violence matérielle et physique.

Cela étant, il faut faire face au constat que, s'il y a un partage de la responsabilité sécuritaire entre les différents acteurs sociaux et que si l'Etat n'arrive pas à garantir pleinement son devoir de protection, il paraît évident que toutes les personnes concernées par la responsabilité de la sécurité publique envisagent l'adoption de lois beaucoup plus sévères. Ce transfert de responsabilité pourrait également être perçu comme l'une des justifications du changement de comportement des personnes soumises à une forme quelconque de violence. Une personne peut devenir plus agressive lorsque quelqu'un d'autre porte atteinte à un bien, valeur ou individu qui se trouve sous sa responsabilité, car elle doit répondre directement aux manquements de son devoir de garde ou de protection.

### 3.1.1 Par rapport aux moyens utilisés pour la criminalisation de la violence physique par les lois pénales brésiliennes

Le droit pénal est le domaine/ la branche du droit le/la plus lié(e) à la question de la violence, soit parce qu'il définit quels sont les actes 'violents' qui

---

51 Constitution de l'Etat du Ceara, article 178, *caput*.

52 Ibidem.

53 Idem, paragraphe unique.

54 Constitutions des Etats du Mato Grosso, article 74, III et de Minas Gerais, article 133, III.

vont tomber sous la sphère juridique, soit parce qu'il détermine les sanctions applicables. Le crime, en soi, est un acte violent, peu importe l'objet visé et les personnes concernées, d'où l'importance du droit pénal et des législations pénales spéciales.

L'article 2 §1 du Code Criminel/ Pénal Brésilien de 1830 décrivait le crime comme « toute action ou omission contraire aux lois pénales ». De son côté, l'article 7 du Code Pénal de 1890 a défini le crime comme une « violation imputable et involontaire de la loi pénale » et la Loi d'introduction au Code Pénal Brésilien n°. 3.914/41, dispose que le crime est

[...] l'infraction pénale pour laquelle la loi prévoit une peine de réclusion ou détention, séparément, alternativement ou cumulativement à une amende ; et contravention est l'infraction pour laquelle la loi prévoit, séparément, une peine simple ou une amende, ou les deux, alternativement ou cumulativement.<sup>55</sup>

Sous l'aspect matériel, Fragoso prévoit que le crime est une dévalorisation sociale qui génère des dommages et met en péril les valeurs de la vie en société<sup>56</sup>.

Ces premières notions sur le concept de crime laissent place à une interprétation extensive de la violence, car si la violence est vue comme une « contrainte illicite » ou « acte de force dont le caractère illégitime tient à la brutalité du procédé employé <sup>57</sup> », le concept de crime vient justement 'rendre justiciable' la violence.

En ce qui concerne la question spécifique de la violence physique, le Code Pénal brésilien actuel, dans sa partie spéciale consacrée aux crimes, a pénalisé/criminalisé les contraintes physiques, surtout dans les titres consacrés aux crimes contre les personnes, les biens et les crimes contre la liberté sexuelle. Néanmoins, pour la présente recherche, il est impératif de limiter l'analyse à certains crimes spécifiques, d'où la nécessité d'une étude comparative entre les lois de la torture, de l'abus d'autorité, des crimes odieux, des dispositifs respectifs du Code Pénal et de la Constitution Fédérale, à partir des mêmes mesures basées sur les sujets, les moyens et l'intensité des souffrances.

---

55 FRAGOSO, 2004, p. 174. (Notre traduction).

56 MACHADO, 2006, p. 433. (Notre traduction)

57 CORNU, 2002, p 921-922.

Le Code Pénal brésilien actuel aborde la torture dans l'article 61, II, aliéna 'd' qui prescrit comme circonstance aggravante du crime « l'utilisation de poison, de feu, d'explosifs, de la torture ou d'autres moyens insidieux ou cruels ou qui pourraient occasionner le danger commun » ; et dans l'article 121, §2, III qui prévoit l'homicide aggravé pour « l'utilisation de poison, de feu, des explosifs, de la suffocation, de la torture ou d'autres moyens insidieux peines ou traitements cruels, ou qui peuvent résulter un danger commun ». Nonobstant l'égalité de ces dispositifs à l'égard de l'aggravation du crime par le recours à la torture, le crime de torture en soi, n'est pas prévu dans le Code Pénal ; il y a donc eu la nécessité d'adopter une loi spécifique pour sa criminalisation.

Cependant, il est important de faire la distinction entre l'homicide aggravé<sup>58</sup>, la torture qualifiée par le décès<sup>59</sup> et le concours matériel entre la torture et l'homicide. Bierrenbach<sup>60</sup> explique que dans le premier cas « l'auteur agit avec l'intention de tuer et, pour cela, il utilise un moyen cruel pour arriver à son but », dans le deuxième « l'intention de l'auteur est de torturer la victime, mais par culpabilité il finit par donner la mort à la victime » et finalement, dans le troisième cas « il est possible qu'après avoir torturé la victime, l'auteur décide tout simplement de la tuer », mais dans ce dernier cas il n'y a pas la présence de la culpabilité.

Donnons un premier exemple de mesure qualitative par rapport aux moyens utilisés : la criminalisation de la torture se trouve au niveau des résultats visés. Selon la loi brésilienne sur la Torture, cette pratique est définie en tant que contrainte violente ou menace grave à l'intégrité physique ou morale visant une grande souffrance de la victime « afin d'obtenir information, déclaration ou confession de la victime ou d'une tierce personne »<sup>61</sup>, « pour provoquer une action ou omission de nature criminelle »

58 Article 121, §2, III du Code Pénal.

59 Article 1, §3, 2ème partie de la Loi sur la Torture, n° 9.455/97.

60 BIERRENBACH, 2006, p.29.

61 Article 1er de la Loi sur la Torture, n° 9.455/97 :

« Le crime de torture constitue :

I – Contraindre quelqu'un par l'emploi de la violence ou menace grave, afin d'occasionner sa souffrance physique ou mentale :

a – afin d'obtenir information, déclaration ou confession de la victime ou d'une tierce personne ;

b – pour provoquer une action ou omission de nature criminelle;

c – en raison de discrimination raciale ou religieuse;

II – Soumettre quelqu'un qui se trouve sous sa garde, pouvoir ou autorité, par l'emploi de violence ou



ou pour l'application « d'un châtement personnel ou d'une mesure préventive »<sup>62</sup>. L'article 1<sup>er</sup> prévoit encore l'incrimination de la torture « en raison de discrimination raciale ou religieuse », ce qui sert de complément à la Loi sur le Racisme<sup>63</sup> qui n'avait pas prévu la pénalisation de cet acte. Ces normes laissent entrevoir que l'intention consciente et l'envie de torturer doivent être complétées par la détermination d'un but spécifique ou que l'auteur soit motivé par une circonstance quelconque, ce qui pourrait relativiser la gravité de l'action violente.

Selon l'analyse de la Loi 9.455/97 faite dans le Rapport Final de la Campagne Nationale Permanente pour le Combat de la Torture au Brésil<sup>64</sup>, le texte de l'article 1<sup>er</sup> différencie plusieurs modalités de torture. La première est la 'Torture-Preuve', car elle est employée pour « obtenir information, déclaration ou confession de la victime ou d'une tierce personne ». La deuxième est la 'Torture en tant que Crime-Moyen', lorsqu'elle vise à occasionner une « action ou omission de nature criminelle ». La troisième est la 'Torture Raciale ou Discriminatoire' quand l'action est motivée par la discrimination religieuse ou raciale. La quatrième est la 'Torture-Châtiment' par le fait de « soumettre quelqu'un qui se trouve sous sa garde, pouvoir ou autorité, à une souffrance physique ou mentale intense, comme moyen d'appliquer un châtement personnel ou une mesure préventive ». Finalement, la dernière modalité est la 'Torture de l'Incarcéré' basée sur « l'assujettissement d'un prisonnier ou d'une personne soumise à une mesure de sûreté à une souffrance physique ou mentale, par acte non prévu dans la loi ou non résultant d'une mesure légale ».

Un autre acte incriminé par le Code Pénal est celui de la violence arbitraire, prescrit par l'article 322 qui dispose, « pratiquer la violence, dans l'exercice de sa fonction ou sur le prétexte de la pratiquer : Peine de détention [...], au-delà de la peine correspondant à la violence ». Cette disposition a été l'objet de plusieurs discussions après l'adoption de la Loi

---

menace grave, à une souffrance physique ou mentale intense, en tant que moyen d'appliquer un châtement personnel ou une mesure préventive.

Peine – réclusion de deux à huit ans. [...] » (Notre traduction).

62 Ibidem.

63 Loi n° 7. 716 du 05 janvier 1989.

64 MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS e SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS, 2004, p. 16-17.

sur l'abus d'autorité<sup>65</sup>, - qui rend justiciable certains actes commis par les autorités publiques, comme par exemple, les atteintes à la liberté d'aller et venir, au secret des correspondances, à la sécurité physique de l'individu, aux droits et garanties légales assurées à l'exercice professionnel, l'ordre ou l'exécution de mesures privatives de liberté sans le respect des prescriptions légales ou par l'abus de pouvoir, la soumission par une autorité d'une personne qui se trouve sous sa garde à tout type d'humiliation ou contrainte non autorisée par la loi, entre autres<sup>66</sup>. Le débat autour de l'article 322 a ciblé la révocation de ce dispositif sur l'argument qu'il devait être absorbé par la Loi sur l'abus d'autorité<sup>67</sup>. Dans ce même contexte, on retrouve la Loi que délimite ces types spécifiques de crimes<sup>68</sup> (d'abus d'autorité) en tant que ceux commis par un agent public qui, dans l'exercice de leurs fonctions ou sous prétexte de les exercer, abuse du pouvoir qui lui a été assigné<sup>69</sup>.

Toujours dans le cadre de l'analyse des aspects de violence physique trouvés dans le Code Pénal brésilien, il est intéressant de constater que le 'simple' risque d'exposition de quelqu'un à une situation qui peut porter atteinte à son intégrité physique, sa vie et sa santé, est considéré comme acte de violence matérielle<sup>70</sup>. Les crimes de danger collectif, notamment l'incendie, l'explosion, l'usage de gaz toxique ou asphyxiant, l'inondation, ou danger d'inondation, l'effondrement ou glissement de terrain provoqués intentionnellement, sont des actes qui caractérisent la violence physique par les résultats qu'ils peuvent occasionner, à savoir l'atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou aux biens des personnes.

Pour une dernière analyse, il faut faire appel au traitement de la violence physique par la Loi des Crimes Odieux qui prévoit toute une liste des crimes les plus barbares et révoltants qui méritent une plus grande ré-

---

65 BIERRENBACH, 2006, p. 30-31.

66 Articles 3 et 4 de la Loi sur l'abus d'autorité, n° 4.898/65.

67 BIERRENBACH, 2006, p. 32. L'auteur mentionne encore que l'article 350 du Code Pénal lui aussi a été l'objet de nombreuses discussions après l'adoption de la loi en question, parce qu'il prévoit la criminalisation de l'exercice arbitraire et l'abus de pouvoir.

68 Loi sur les crimes d'abus d'autorité, n° 13.869 du 05 de septembre de 2019.

69 Article 1<sup>er</sup> de la Loi n°. 13.869/2019.

70 Selon la prescription des articles 132, sur le crime de danger pour la vie et la santé de l'autre ; 135, sur l'omission d'assistance et 136, sur les mauvais traitements, du Code Pénal.

préhension par l'Etat<sup>71</sup>, notamment, l'homicide intentionnel et l'homicide commis lors d'une activité typique des groupes d'extermination, même quand l'acte n'est pratiqué que par un seul auteur; le viol suivi de mort; l'extorsion aggravée par la mort; l'extorsion par l'enlèvement dans la forme aggravée ; le viol ; l'atteinte grave à la morale; l'épidémie qui entraîne la mort et le génocide.

Pour l'incrimination d'un acte en tant que crime odieux, la violence ne doit pas être nécessairement consumée car la 'simple' tentative est suffisante, selon l'intitulé de l'article 1<sup>er</sup> et son paragraphe unique. La loi en question dispose dans son article 8 que « les crimes odieux, la pratique de la torture, le trafic illicite de stupéfiants et des drogues apparentées et le terrorisme ne sont pas susceptibles d'amnistie, grâce ou clémence ; ils ne sont pas susceptibles de libération sous caution ou de libération conditionnelle » et finalement que « la peine [...] sera purgée intégralement dans le régime fermé ». Il est possible d'observer que le but du législateur a été d'assimiler la torture et certaines autres pratiques criminelles aux crimes odieux, ce qui implique qu'il faut attendre de l'Etat une forte répréhension et ce qui exclut toute forme de clémence pour l'auteur de l'acte.

Cette question pourrait être considérée comme un paradoxe entre la définition de la torture donnée par la Loi sur la Torture et l'assimilation de ces actes aux crimes odieux. L'article 1 de la Loi 9.455/97 détermine que, pour qu'un acte puisse tomber sous le coup de la torture, il faut que l'auteur (au-delà de la conscience et de l'envie de torturer) vise l'un des buts mentionnés par le dispositif ou qu'il soit motivé par le racisme ou la discrimination raciale. Ici on peut observer que le législateur a relativisé la gravité de l'action de torturer.

Si les buts ou la motivation ne sont pas présents, indépendamment de la gravité des actes et des souffrances occasionnées à la victime, la violence ne sera pas incriminée en tant que torture. Cela étant, l'auteur pourra jouir des bénéfices de la clémence, de la liberté conditionnelle ou de l'avantage de la progression de peine. Le paradoxe se positionne alors entre la nécessaire sévère répréhension par l'Etat des crimes odieux et pervers et la 'banalisation' des actes d'extrême gravité qui ne sont pas considérés comme de la torture lorsqu'ils ne sont pas motivés et ne poursuivent pas les buts fixés par la Loi 9.455/97.

---

71 Article 1<sup>er</sup> de la Loi n° 8.072 du 25 juillet 1990.

### 3.1.2 Par rapport aux sujets

L'un des critères qualitatifs utilisés pour mesurer la violence est la détermination du sujet - auteur ou victime -. Le Code Pénal, dans la grande majorité de ses dispositifs, ne détermine pas les sujets, ce qui implique que la plupart des délits peuvent être perpétrés par toute personne contre n'importe quel individu. Cependant, il y a certains actes de violence physique qui sont criminalisés de façon aggravée justement par rapport à la victime, comme dans les cas des crimes commis contre les mineurs, les personnes âgées, les femmes enceintes, les personnes avec un handicap, les malades mentaux, les prisonniers, entre autres ; ou encore par rapport à son auteur, comme pour les crimes commis par les autorités et les agents publics.

L'article 327 du Code Pénal prescrit qu'un fonctionnaire public est la personne qui exerce un office, emploi ou fonction publique, même à titre personnel ou sans rémunération, dans des organismes étatiques ou para-étatiques, société de prestation de service qui a signé un contrat ou accord pour l'exécution d'activités typiques de l'Administration Publique. Cette définition se rapproche beaucoup de celle donnée par l'article 5 de la Loi d'abus d'autorité, qui détermine que l'autorité publique est la personne qui exerce office, emploi ou fonction publique de nature civile ou militaire, même temporairement et sans rémunération. A l'égard des personnes privées de liberté, la Loi d'Exécution Pénale<sup>72</sup> et la Résolution sur les Règles Minima pour le Traitement des Prisonniers<sup>73</sup> ont déterminé que les autorités publiques sont obligées de respecter l'intégrité physique et morale des condamnés et détenus provisoires.

Pour la Loi 9.455/97, l'auteur du crime est également indéterminé, selon le texte de l'article 1, I, ce qui pourrait entraver l'application effective de la loi et contredire les dispositifs internationaux en matière de torture où l'auteur est un agent ou autorité publique. Au moment où la loi brésilienne n'adopte pas le même critère du droit international pour déterminer l'auteur, elle '*nationalise*' le crime de torture et le place au même rang que les crimes communs, ce qui pourrait aussi relativiser son efficacité par rap-

---

72 Articles 40 et 45, 83 de la Loi n°7.210 du 11 juillet 1984.

73 Article 3 de la Résolution sur les Règles minima pour le Traitement des Prisonniers établies par le CNPCP – Conseil National de Politique Criminelle et Pénitentiaire -, n° 14 du 11 novembre 1994.

port à celle des crimes universellement prohibés<sup>74</sup>.

[...] Les traités internationaux estiment alors que la torture est directement liée à l'action ou l'omission de l'Etat. En d'autres termes, la torture implique une responsabilité de l'Etat, soit par les actes de leurs agents, qui peuvent l'utiliser comme une méthode pour obtenir des renseignements ou des aveux de certains individus ou comme une forme de châtiment corporel et mental, ou par l'omission de ses agents, en l'absence de mesures pour prévenir la torture.<sup>75</sup>

Nonobstant l'indétermination de la loi brésilienne, le paragraphe 4, incise I de l'article 1<sup>er</sup>, prévoit l'aggravation de la peine quand l'acte est perpétré par une autorité publique. Il est important de soulever l'observation faite par Bierrenbach<sup>76</sup>, car cette imprécision est le fruit de l'influence des questions sociales sur l'ordre juridique. En d'autres termes, le législateur brésilien a laissé une place pour l'incrimination de la torture commise par les particuliers, ce qui est tout à fait compréhensible si l'on prend comme échantillon les crimes barbares pratiqués par les particuliers dans les communautés du Rio de Janeiro, par exemple. L'adaptation de la loi brésilienne à un besoin d'ordre social pour ne pas relativiser et régionaliser un impératif international.

Le § 2<sup>o</sup> de la Loi 9.455/97, prescrit : « Celui qui s'omet devant ces comportements (torture), lorsqu'il avait le devoir de les éviter ou les poursuivre, encourt la peine de détention de un à quatre ans »<sup>77</sup>. Dans ce cas, l'omission est attribuée à l'Etat qui a le devoir d'éviter et de pénaliser cet acte. L'article 13 du Code Pénal détermine que l'imputabilité d'un acte (de torture) à une personne est liée au résultat du délit<sup>78</sup>, selon ce dispositif

---

74 Dans la même optique, Villanueva considère que "There is a legal framework that is precisely the basis of the Istanbul Protocol that cannot be set aside or ignored, since it allows us to approach the topic of torture. Torture, in this context and from a legal standpoint, can be analyzed from two perspectives : as a human rights violation, a violation qualified as inhumanity, which constitutes one of the most censurable in humanity. On the other hand, it is also feasible to see torture from a penal standpoint, as we would express it technically, or colloquially as a crime. The elements that form each of these concepts, even when they are closely related, have substantial differences". VILLANUEVA, 2003, p. 262.

75 JESUS, 2009, pg. 102. (Notre traduction).

76 BIERRENBACH, 2006, p. 39-40.

77 Notre traduction.

78 Article 13 :

« Le résultat, qui dépend de l'existence du crime est attribuable uniquement à celui qui l'a causé. La cause est considérée comme l'action ou l'omission sans quoi le résultat n'aurait pas eu lieu.

l'auteur ne peut être poursuivi que s'il a provoqué le préjudice, soit par son action, soit par son omission. La pratique de la torture par un particulier ne sera alors opposable à l'Etat, selon le Code Pénal, que si l'omission étatique a généré le résultat, ce qui pourrait contredire l'article 1, I de la Loi sur la Torture qui prévoit la torture entre particuliers<sup>79</sup>.

De plus, l'article 135 de ce Code pénalise l'omission de secours en tant que manquement d'assistance quand il était possible de le faire sans risque personnel pour l'auteur ou lorsqu'il n'a pas demandé l'aide des autorités publiques quand il avait le moyen de le faire, mais dans ce cas, la norme a déterminé la victime comme « enfant abandonné ou égaré, une personne invalide ou blessée, au démuné ou à celui qui est en grave et imminent danger »<sup>80</sup>. L'omission de secours est alors un crime en soi qui exige une action spécifique de l'auteur (manquement au devoir d'aider quand il avait la possibilité et l'obligation de le faire).

Mais un paradoxe se présente lorsqu'on observe les demandes présentées à la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (Cour IDH) à l'encontre du Brésil. Bien que le droit interne ait prévu un appareil juridique solide pour faire face aux situations de violence, il est possible de constater que, dans ces dernières années (à partir de 2001), le nombre de demandes présentées contre le Brésil devant la Cour IDH a augmenté. Dans la plupart des cas, on aperçoit des violations de droits commis par des agents de l'État brésilien, dans d'autres, on constate des situations d'impunité des responsables<sup>81</sup>, des violations du droit au procès équitable,

§ 2 – L'omission est pénalement importante lorsque son auteur devait et pourrait agir pour éviter le résultat. Le devoir d'agir incombe à celui qui :

- a) a l'obligation légale de garde, de protection ou de surveillance;
- b) d'une autre façon, a assumé la responsabilité d'empêcher le résultat;
- c) par son comportement antérieur, a occasionné le risque de l'atteinte du résultat ». (Notre traduction).

<sup>79</sup> Il faut analyser ce point sous l'angle, par exemple, des tortures perpétrées par les factions criminelles qui règnent dans les grandes favelas brésiliennes, où l'Etat n'arrive pas à s'imposer et se voit dans l'impossibilité d'accomplir son devoir de protection et sureté. Dans ce scénario, si la justice étatique n'est pas efficace, l'Etat pourrait devenir le responsable indirect des tous les crimes de torture commis par les particuliers. Par contre, la Loi 9.455/97 a ouvert une voie pour combler ce danger, qui est la responsabilité individuelle du particulier qui a commis la torture, sans l'engagement de la responsabilité étatique.

<sup>80</sup> Notre Traduction.

<sup>81</sup> Ximenes Lopes Vs. República Federativa del Brasil; Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil; Garibaldi vs. Brasil; Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil; Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil; Favela Nova Brasilia vs. Brasil.

des garanties et de protection judiciaire<sup>82</sup>, des cas de torture, traitement cruel et dégradant (violation du droit à l'intégrité physique et psychologique)<sup>83</sup>, meurtre<sup>84</sup>, disparition forcée<sup>85</sup>, persécution et meurtre de défenseurs des droits de l'homme<sup>86</sup> et exploitation du Travail (nouvelles formes d'esclavage)<sup>87</sup>, par exemple.

### 3.1.3 Par rapport à l'intensité des souffrances

Le droit brésilien a essayé d'établir une échelle de l'intensité des souffrances physiques et mentales pour pouvoir pénaliser l'action criminelle de façon plus ou moins sévère. Néanmoins, ce critère ne doit pas être analysé séparément de toutes les autres circonstances du crime et notamment celles concernant l'auteur et la victime, pour la détermination de la peine.

L'emprise du droit international sur la violence physique<sup>88</sup> utilise des mesures basées d'un côté sur l'intensité de la violence de l'acte (gravité de l'action criminelle) et de l'autre sur l'intensité des souffrances occasionnées aux victimes. Il est possible de voir que ce critère est lié à celui de la détermination des sujets, qui prétend déterminer l'auteur et la victime du délit. Cette même démarche a été reprise par le droit pénal brésilien.

Au terme d'une lecture dynamique de la mesure quantitative de la violence physique dans la loi pénale brésilienne, il est possible de constater que le Code Pénal a abordé la question à partir de trois volets différents : le premier par la gravité de l'action en tant qu'élément constitutif du crime, le deuxième par l'intensité des souffrances occasionnées aux victimes ('violence-résultat' – qui aggrave la peine quand le résultat génère la mort ou une grave lésion à la victime) et finalement, par l'intensité de la violence pour l'aggravation de la peine ('violence-moyen' – aggrave la peine quand le crime est pratiqué avec violence).

---

82 Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil; Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil; Favela Nova Brasilia vs. Brasil.

83 Ximenes Lopes Vs. República Federativa del Brasil; Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil; Favela Nova Brasilia vs. Brasil.

84 Ximenes Lopes Vs. República Federativa del Brasil.

85 Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil.

86 Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil.

87 Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.

88 BOLFARINI, 2017, p. 219 - 249.

Dans le premier cas, il faut mentionner qu'une grande partie des dispositifs du Code Pénal quantifie la gravité de l'action en tant qu'élément qui constitue le crime par l'emploi de l'expression '*violence ou menace grave*', par exemple, dans les crimes de contrainte illégale, d'extorsion, entre autres. La violence ou la menace grave est alors indispensable pour l'incrimination de l'action tout comme en droit international, par la criminalisation des actes qui portent atteinte à l'intégrité physique des personnes.

En revanche, il y a d'autres crimes, comme par exemple, la facilitation de la prostitution ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le trafic interne ou international des personnes à fin d'exploitation sexuelle, où l'emploi de la violence ou de la menace grave, qui seront sera considérés comme un moyen d'aggraver la peine (aggravation de la peine par le recours à la '*violence-moyen*').

Finalement, il est possible d'observer le troisième volet par l'exemple des crimes de mauvais traitements, de lésion corporelle, de séquestration et détention privée, d'extorsion par l'enlèvement, de viol de personne vulnérable, lorsque l'action criminelle entraîne la mort ou provoque de graves lésions physiques (aggravation de la peine par la '*violence-résultat*').

Le Code Pénal prévoit aussi des dispositifs qui ont un critère hybride de la violence comme par exemple le viol et le vol. Il faut constater que le législateur a utilisé la mesure quantitative de la violence à deux reprises ; dans les deux exemples il utilisera l'élément constitutif du crime (premier moment) et le moyen d'aggraver la peine par la '*violence-résultat*' (deuxième moment), car l'intensité des souffrances de la victime dépendra des conséquences du crime - la mort ou grave lésion – qui aggraveront la peine.

De son côté, la Loi sur la Torture a mis un point final sur les discussions à l'égard du concept de torture qui, jusqu'à son édition, était disposé indirectement dans les dispositifs du Code Pénal, auparavant mentionnés. Selon l'intitulé de l'article 1<sup>er</sup> de la loi, la torture est la « contrainte de quelqu'un par l'emploi de la violence ou menace grave, afin d'occasionner sa souffrance physique ou mentale »<sup>89</sup>, qui peut donner lieu à différents résultats engendrés par des actions et des motifs distincts. La torture implique une relation de pouvoir entre tortureur et victime où il existe une nette supériorité de force physique et psychologique de l'un envers l'autre<sup>90</sup>. Une autre logique de cette relation de force est celle présentée par

89 Notre traduction.

90 JESUS, 2009, p. 107.



Caldeira, quand elle aborde le traitement du corps humain dans la société brésilienne :

Le corps est conçu comme un 'locus' de punition, justice et exemple au Brésil. Il est conçu par la plupart comme l'endroit approprié pour l'établissement de l'autorité à travers l'inflation de la douleur. Dans le corps des dominés - enfants, femmes, Noirs, pauvres ou criminels présumés - ceux qui sont placés en position d'autorité marquent leur pouvoir et recherchent, par la douleur, la purification des âmes de leurs victimes, la correction de leur personnalité, l'amélioration de leur comportement et la production de la soumission. (...) Ces conceptions de la peine sont liées à d'autres notions qui légitiment les interventions sur le corps et au manque de respect des droits individuels. (...) Au Brésil, où le système de justice est publiquement discrédité, le corps (et la personne) n'est généralement pas protégé par un ensemble de droits qui les limiterait, dans le sens d'ériger des barrières et des limites à l'ingérence ou d'abus des autres<sup>91</sup>.

Le texte de la Loi n° 9.455/97, n'établit pas directement un seuil de gravité de l'action ou des souffrances, comme ce qui a été fait dans les textes conventionnels contre la torture qui différentient la torture des traitements cruels, inhumains et dégradants. En réalité, la loi n'aborde que le crime de torture et prévoit une échelle de souffrance basée sur les termes « emploi de violence ou de menace grave » ou « de souffrance physique ou morale intense »<sup>92</sup>, laquelle est considérée comme élément constitutif du délit. Bierrenbach mentionne que la référence à la violence fait appel à la contrainte physique qui s'exerce sur le corps de la victime pour affaiblir ou annuler son pouvoir de résistance qui peut s'exercer de façon directe (sur le corps de la victime) ou indirecte (sur le corps d'une autre personne afin de faire pression sur la victime). L'analyse de la gravité de l'acte et

---

91 CALDEIRA, 2003, p. 370 (Notre traduction).

92 D'ailleurs, le Code Pénal a abordé les traitements inhumains de façon directe dans l'article 136 concernant le crime de mauvais traitements -, et indirectement dans l'article 129, sur les lésions corporelles ; l'article 148, sur le crime de séquestration et détention privée (qui aborde l'intensité des souffrances par les mauvais traitements comme moyen d'aggraver la peine) ; l'article 353, sur le ravissement des prisonniers ( les mauvais traitements sont éléments constitutifs du crime, ils sont la motivation qui caractérise le délit) et l'article 149 sur le crime de réduction de quelqu'un à la condition analogue à celle de l'esclave ( où le législateur emploie le terme « conditions dégradantes de travail »), tandis que la Loi n° 4.898/65 prévoit, dans l'article 4, alinéas 'b' et 'h', comme élément constitutif du crime d'abus d'autorité la soumission d'une personne gardée par l'autorité à une humiliation ou contrainte non autorisée par la loi ou encore à une atteinte à l'honneur de l'individu, qui peuvent caractériser des actes dégradants.

des souffrances sera observée selon les paramètres de l'article 129 sur les lésions corporelles<sup>93</sup> (voie indirecte du traitement inhumain ou dégradant créée par le législateur brésilien). Sur la même ligne, l'article 1, II de la loi détermine que la souffrance de la victime soumise à la torture-châtiment doit être intense pour que l'acte soit incriminé, ce qui marque la différence par rapport au crime des mauvais traitements.

Une autre caractéristique de la Loi sur la torture est la qualification de la torture par le résultat, ce qui n'a pas été déterminé en droit international. Le paragraphe 3 de l'article 1<sup>er</sup> de la loi<sup>94</sup> prévoit que la mort ou les graves ou très graves lésions corporelles générées par l'action violente qualifient le crime et établissent un degré plus élevé de sévérité pour la peine. Pour finir cette analyse, il faut faire allusion au fait que ce dispositif a prévu une échelle de violence à trois niveaux, basée sur les conséquences de l'action, à savoir, la mort, les lésions corporelles très graves et les lésions corporelles graves, ce qui montre une fois de plus la volonté du législateur de mesurer la violence par la quantification objective d'un critère subjectif et relatif, à savoir l'intensité des souffrances des victimes.

#### 4. Considérations finales

La préoccupation avec la violence a toujours été au cœur de la pensée juridique. Tant le droit international que les corps législatifs internes, ont porté une attention spéciale sur la question de la violence et ses conséquences dans les sphères de la vie publique et privée.

Dans le cadre de nos recherches, nous avons pu voir que le Brésil a encore un long chemin à parcourir pour pouvoir faire face à la violence. Ce constat se fait par deux points principaux. Tout d'abord, il faut soulever qu'en même temps que la législation nationale ouvre une porte plus extensive pour la protection de la vie, de l'intégrité physique et morale, une fois qu'elle apporte des critères suffisants pour mesurer la violence dans la plupart des situations, elle revient en arrière soit par les limitations des sujets (auteurs et victimes), des moyens utilisés, de l'intensité des souffrances des

---

93 BIERRENBACH, 2006, p. 45.

94 « Article 1, § 3<sup>o</sup>: Si la torture résulte en une lésion corporelle de nature grave ou très grave, peine de réclusion de 4 (quatre) à 10 (dix) ans; si elle entraîne la mort, la réclusion est de 8 (huit) à 16 (seize) ans ». (Notre traduction).

crimes de torture, mauvais traitements et de la violence. Et pourquoi nous nous retrouvons dans ce cadre ? Parce que lors de l'analyse de ces critères, il a été possible voir que l'objectivité de loi est toujours en retard à l'égard de la subjectivité de l'individu. C'est-à-dire, même si la norme apporte des critères objectives pour mesurer la violence, elle s'échappera toujours des subjectivités individuelles que construisent la personnalité de chacun.

Le deuxième point fait référence à l'image de l'État perçue par la société. Cette image peut être reflétée dans les sphères nationale et internationale. Dans de premier cas, on a pu voir la posture des brésiliens en face de la crédibilité des institutions nationales, surtout, celles liées à la justice. Les sentiments d'insécurité et d'impunité ont été exprimés par une grande partie de la population lors de l'évaluation des systèmes judiciaires et des institutions politiques. Cela peut avoir aussi des réflexes dans la sphère internationale, ce qui a pu être constaté dans l'exemple de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (en général et envers le Brésil). D'ailleurs, la posture de l'Etat en face de la protection des droits des individus et collectivités est déterminante pour l'augmentation de la violence. Au plan des demandes portées devant la Cour IDH, cela peut être constaté par les cas spécifiques de la répression des crimes contre l'humanité, des disparitions forcées, des exécutions extrajudiciaires, de l'esclavage et encore d'autres circonstances d'emploi de la violence comme la torture, des peines et traitements inhumains et dégradants.

En niveau international, c'est surtout grâce à l'évolution des Droits L'Homme, que l'individu a trouvé sa place dans le cadre de sujet international de droit. La concrétisation de cela passe par l'œuvre des juges, chargé des matérialiser et appliquer la norme au cas concret. En niveau national (brésilien), le législateur a lutté pour émettre des normes capables de protéger l'individu, mais en gardant toujours un pas derrière le complexe réseau des subjectivités qui forme la personnalité de chacun. C'est là que «l'art de juger» doit faire face aux limites imposées par la loi et aux comblements des lacunes et vides existantes dans les textes législatifs, tout en utilisant d'une perspective d'efficacité évolutive.

Que ce soit le juge ordinaire ou celui placé au niveau international, leur raisonnement sera établi toujours à partir d'une analyse circonstancielle qui trouve son fondement dans chaque cas d'espèce, malgré la différence basée sur la possibilité d'établir la responsabilité pénale des individus qui appartienne aux tribunaux pénaux et pas aux juridictions contentieuses des Droits de l'Homme.

La considération par le juge national de la chose jugée et la chose interprétée des tribunaux internationaux des droits de l'homme représente une possibilité réelle d'augmenter l'efficacité des lois internes. Cette affirmation fait appel, par exemple, à la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, dont la formule est basée sur la considération de la loi ou de l'interprétation jurisprudentielle la plus protectrice des droits fondamentaux, soit au niveau interne, soit au niveau international.

### Références bibliographiques

- ABRAMOVICH, V. De las Violaciones Masivas a los Patrones Estructurales: Nuevos Enfoques y Clásicas Tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos* – vol. 6, n. 11. São Paulo, DIC. 2009, p. 07 – 39.
- ADORNO, S. *A gestão urbana do medo e da insegurança. Violência, crime e Justiça Penal na Sociedade Brasileira Contemporânea*. São Paulo : Tese para o Concurso de Livre-Docência em Ciências Humanas, Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1996.
- ADORNO, S. *Crianças e adolescentes e a violência urbana*. São Paulo: NEV/USP, article disponible sur le site: [http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com\\_content&task=view&id=872&Itemid=96](http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=872&Itemid=96), consulté le 03/10/2016.
- ARIAS, O.; YAMADA, G.; TEJERINA, L.. Ingresos y color en Brasil: una historia compleja. In: BUVINIC, M.; MAZZA, J.; PUNGILUPPI, J.; DEUTSCH, R. *Inclusión Social y desarrollo económicos en América Latina*. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2004, p. 215-236.
- BIERRENBACH, F; FERNANDES LIMA, W.. *Comentários à Lei de Tortura. Aspectos Penais e Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- BOLFARINI, I. C. M.. *Força Vinculante das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- BOLFARINI, I. C. M.. L'emprise du droit international sur la violence physique. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XVII, 2017, p. 219 - 249.

- CARDIA, N.. Exposição à violência : seus efeitos sobre valores e crenças em relação a violência, polícia e direitos humanos. *Lusotopie*, São Paulo, Setembro de 2003, p. 299-328.
- CORNU, G. *Vocabulaire Juridique*. 3<sup>a</sup> edição. Paris : Association Henri Capitant. Ed. Quadrige/PUF, 2002.
- DAHRENDORF, R. *Law and Order*. London : Stevens & Sons Ltd. 1985.
- DULITZKY, A. 50 años del sistema interamericano de derechos humanos: una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios. Ponencia ofrecida en el seminario conmemorativo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que llevó adelante el IIDH el 28 de mayo de 2008 en Bogotá D.C., en colaboración con la Alcaldía Mayor. *Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. 2007, Vol. 46.
- FRAGOSO, H. C.. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro : Forense, 2004.
- FRY, P. Color e imperio de la ley en Brasil. In: MENDEZ, J.; ODONELL, G.; PINHEIRO, P. S. (Org.). *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*. Buenos Aires, Barcelona, Mexico: Paidós, 2002, pp. 191-212.
- HELPMAN, E.. *The mystery of economic growth*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- JESUS, M. G. M. de. *O Crime de Tortura e a Justiça Criminal : Um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo*. São Paulo : Dissertação apresentada para a obtenção do título de Mestre em Sociologia. Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas de Universidade de São Paulo, 2009.
- LAHOUARI, A.. Violence symbolique et statut du politique dans l'œuvre de Pierre Bourdieu. *Revue Française de Science Politique*, vol. 51, pp. 949-963, 2001/6.
- MACHADO, N. B. C.. Violência Urbana : uma reflexão sob a ótica do Direito Penal. *Revista da Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes*, Ano VII, Nº 8, pp. 429-462, Junho de 2006.
- MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS e SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Final da Campanha Nacional Permanente de Combate à Tortura e à Impunidade*. Brasília: MNDH, 2004.
- NEVES, R. T. S.; FRANCO NETO, L. D.. *Dez anos da primeira condenação internacional do Brasil: Sistema Interamericano e o problema da compliance*.

- XXV CONGRESSO DO CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Curitiba, 2016, p. 76 - 92.
- PERALVA, A.. Perspectives sur la violence brésilienne. *Revue Tiers Monde*, Presses Universitaires de France, n° 167, pp.537-554, 2001.
- PINHEIRO, P. S.. Prefácio. In : Secretaria Especial de Direitos Humanos e Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH). *Relatório Final da Campanha Nacional Permanente de Combate à Tortura e à Impunidade*. Brasília: 2004.
- PINHEIRO, P. S.. La Efectividad de la ley y los Desfavorecidos en América Latina. In: PINHEIRO, P. S.; MENDEZ, J. E.; O'DONNELL, G. A. (Coord.). *La (In) efectividad de la Ley y la Exclusión Social en América Latina*. Buenos Aires: Paidós, 2002, p. 15-31.
- PIOVESAN, F. Diálogo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios da reforma. *Revista Campo Jurídico*. N. 01, Março 2013, p. 163 - 186.
- PIOVESAN, F. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais, e os desafios da reforma. *REDESG / Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 3, n. 1, jan. jun/2014, pp. 77 – 101
- PIRES DO RIO CALDEIRA, T.. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora 34 e Editora da Universidade de São Paulo, 2003.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, (et. al.). *Relatório consolidado da etapa estadual*. IX Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília : 2004.
- RON, J.; CROW, D.; GOLDEN, S.. Familiaridade com direitos humanos e status socioeconômico: Um estudo sobre quatro países. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos*. Vol. 11, n. 20. São Paulo, jun.-dez. 2014, pp. 343 – 360.
- SALAMA, P. La violence latino-américaine vue par les économistes. *Revue de Sciences Sociales*. Les cahiers de la Sécurité Intérieure et l'Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, n° 47, 2002, pp. 31-49.
- SALOMÃO FILHO, C.; FERRÃO, B. L. de M.; RIBEIRO, I. C.. *Concentração, estruturas e desigualdade: As Origens Coloniais da Pobreza e da Má Distribuição de Renda*. São Paulo: Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento - IDCID, 2008.
- VILLANUEVA, R. P. Implementation of the Istanbul Protocol. In: ASATASHVILI, A.; FIERRO, M. C. F.; LOZANO, M. E. (Org.). *International*

*Seminar on Indicators and Diagnosis on Human Rights: The Case of Torture in Mexico.* Merida, Mexico : National Commission for Human Rights, 2003, pp. 261-266.

WIEVIORKA, M.. O novo paradigma da violência. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, n° 9(1), pp. 5-41, maio de 1997.

WIEVIORLA, M.; BATAILLE, P.; CLEMENT, K.; KHOSROKHAVAR, F.; LABAT, S.; MACE, E.; REBUGHINI, P. et TIETZE, N.. *Violence en France.* Paris : Editions du Seuil, 1999.

### Législation consultée:

Decreto-Lei no 2.848, de 07 de dezembro de 1940, que estabelece o Código Penal Brasileiro.

Lei n.º4.898, de 09 de dezembro de 1965, que regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.

Lei n.º7.210, de 11 de julho de 1984, que Institui a Lei de Execução Penal.

Lei n.º 7.716, de 05 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Lei n.º 8.072, de 25 julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

Resolução n. 04, de 11 de novembro 1994, sobre as Regras Mínimas para o tratamento de Prisioneiros, CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Lei n.º 9.455, de 07 de abril de 1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências.

Lei sobre crimes de abuso de autoridade, n.º 13.869 de 05 de setembro de 2019.

Constitution de la République Fédérative du Brésil.

Constitution de l'Etat d'Alagoas.

Constitution de l'Etat d'Amazonas.

Constitution de l'Etat d'Amapa.

Constitution de l'Etat de Bahia.

Constitution de l'Etat de Ceará.

Constitution de l'Etat de l'Espírito Santo.

Constitution de l'Etat de Goiás.

Constitution de l'Etat du Maranhão.  
Constitution de l'Etat de Mina Gerais.  
Constitution de l'Etat du Mato Grosso do Sul.  
Constitution de l'Etat du Mato Grosso.  
Constitution de l'Etat de la Paraíba.  
Constitution de l'Etat du Pernambuco.  
Constitution de l'Etat du Pauí.  
Constitution de l'Etat du Paraná.  
Constitution de l'Etat du Rio de Janeiro.  
Constitution de l'Etat du Rio Grande do Norte.  
Constitution de l'Etat de Rondônia.  
Constitution de l'Etat de Roraima.  
Constitution de l'Etat du Rio Grande do Sul.  
Constitution de l'Etat de Santa Catarina.  
Constitution de l'Etat de Sergipe.  
Constitution de l'Etat de Sao Paulo.  
Constitution de l'Etat de Tocantins.

### **Jurisprudence consultée:**

“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala: Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo); Sentencia de 26 de mayo de 2001 (Reparaciones y Costas).

“Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala: Sentencia del 8 de marzo de 1998 (Fondo), Sentencia de 25 de mayo de 2001 (reparaciones y costas).

Aloeboetoe y otros Vs. Surinam: Sentencia de 4 de diciembre de 1991 (Fondo); Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas).

Baena Ricardo y otros Vs. Panamá: Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Bámaca Velásquez Vs. Guatemala: Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo); Sentencia de 22 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas).

Barrios Altos Vs. Perú: Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo); Sentencia de 30 de noviembre de 2001 (Reparaciones y Costas).

Benavides Cevallos Vs. Ecuador: Sentencia de 19 de junio de 1998 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago: Sentencia de 1 de septiembre de



2001 (Excepciones Preliminares).

Blake Vs. Guatemala: Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo); Sentencia de 22 de enero de 1999 (Reparaciones y Costas).

Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia: Sentencia de 8 de diciembre de 1995 (Fondo); Sentencia de 29 de enero de 1997 (Reparaciones y Costas).

Cantoral Benavides Vs. Perú: Sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo); Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Reparaciones y Costas).

Cantos Vs. Argentina: Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caracazo Vs. Venezuela: Sentencia de 11 de noviembre de 1999 (Fondo); Sentencia de 29 de agosto de 2002 (Reparaciones y Costas).

Castillo Páez Vs. Perú: Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Fondo); Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas).

Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú: Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Cayara Vs. Perú: Sentencia de 3 de febrero de 1993 (Excepciones Preliminares).

Cesti Hurtado Vs. Perú: Sentencia de 29 de septiembre de 1999 (Fondo); Sentencia de 31 de mayo de 2001 (Reparaciones y Costas).

Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago: Sentencia de 1 de septiembre de 2001 (Excepciones Preliminares).

Durand y Ugarte Vs. Perú: Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo); Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Reparaciones).

El Amparo Vs. Venezuela: Sentencia de 18 de enero de 1995 (Fondo); Sentencia de 14 de septiembre de 1996 (Reparaciones y Costas).

Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras: Sentencia de 15 de marzo de 1989 (Fondo).

Gangaram Panday Vs. Surinam: Sentencia de 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Garrido y Baigorria Vs. Argentina: Sentencia de 2 de febrero de 1996 (Fondo); Sentencia de 27 de agosto de 1998 (Reparaciones Y Costas).

Genie Lacayo Vs. Nicaragua: Sentencia de 29 de enero de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Godínez Cruz Vs. Honduras: Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo); Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas).

Hilaire Vs. Trinidad y Tobago: Sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Las Palmeras Vs. Colombia: Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (Fondo); Sentencia de 26 noviembre de 2002 (Reparaciones y Costas).

Loayza Tamayo Vs. Perú: Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo); Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas).

Maqueda Vs. Argentina: Resolución de 17 de enero 1995 (Excepciones Preliminares).

Neira Alegría y otros Vs. Perú: Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo); Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (Reparaciones y Costas).

Suárez Rosero Vs. Ecuador: Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo); Sentencia de 20 de enero de 1999 (Reparaciones y Costas).

Tribunal Constitucional Vs. Perú: Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Trujillo Oroza Vs. Bolivia: Sentencia de 26 de enero de 2000 (Fondo); Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas).

Velásquez Rodríguez Vs. Honduras: Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo); Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas).

Escher y Otros vs. Brasil: Sentencia de 6 de julio de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Favela Nova Brasilia vs. Brasil: Sentencia de 16 febrero de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Garibaldi vs. Brasil: Sentencia de 23 de septiembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil: Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil: Sentencia de 28 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares y Fondo).

Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil: Sentencia de 20 octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Ximenes Lopes Vs. República Federativa del Brasil: Sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Excepción Preliminar); Sentencia de 4 de julio de 2006.

**Recebido em 4 de outubro de 2016.**

**Aprovado em 7 de fevereiro de 2020.**

# El concepto neoconstitucionalista-pragmatista del Derecho

*O conceito neoconstitucionalista-pragmatista do Direito*

Joana Tavares da Silva Rapozo\*

*Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, Espanha*

## 1. Introducción

Todavía vivimos en un contexto de consolidación del constitucionalismo o neoconstitucionalismo, basado en la reinclusión de la razón práctica en el Derecho, a través del constructivismo contemporáneo de inspiración rawlsiana. El gran ejemplo de ese planteamiento es la teoría de Ronald Dworkin, que transfirió al ámbito jurídico aquello que John Rawls hizo en el campo de la filosofía política, posibilitando una amplia rehabilitación del discurso práctico en el Derecho.

Sin embargo, la rehabilitación del discurso práctico en la metodología jurídica no se debe solamente a las teorías que se inspiraron en el constructivismo ético. El pragmatismo también tiene una importancia fundamental en el desarrollo de estas ideas, pues propone una intersubjetividad social de la investigación que coincide con la crítica al subjetivismo inherente a la teoría del discurso habermasiana, que, a su vez, nutre las teorías principales de la argumentación jurídica. El pragmatismo se aproxima, así, mucho más de lo que se suele imaginar a los presupuestos de la actual escena jurídica neoconstitucionalista, especialmente reconocida en los países de democratización tardía como es el caso de España y Brasil.

---

\* Doutora em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha, com revalidação do diploma pela USP. Mestre em Direito Público e graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do TCE-RJ. E-mail: jojoanatavares@gmail.com.

No obstante, apesar de que tanto el constructivismo neoconstitucionalista como el pragmatismo sean actualmente objeto de mucha reflexión por separado, la relación entre los dos movimientos no parece haber disfrutado de la atención merecida. Por tal motivo, elegí como objeto del presente estudio los presupuestos del pragmatismo y sus repercusiones en al menos uno de los ámbitos de la filosofía del Derecho: la teoría sobre el concepto del Derecho. Así es que abordaré la cuestión conceptual que involucra la pregunta persistente acerca de “qué es el Derecho” y en qué sentido (esencialista o bien convencionalista-pragmatista) las interpretaciones de dicha pregunta merecen ser revisadas dentro del contexto neoconstitucionalista.

## 2. Orígenes y características de la filosofía pragmatista

El pragmatismo como movimiento intelectual comenzó su andadura en los Estados Unidos a finales del siglo XIX, más precisamente en el año de 1898, cuando el término fue utilizado por primera vez por el psicólogo William James, en una conferencia dictada en Berkeley, Universidad de California. En aquella ocasión, James lo presentó como una crítica dirigida contra ideas abstractas y absolutas y como una filosofía orientada a la práctica y a la acción. Ahora bien, en realidad, como el propio James se encargaría de subrayar posteriormente, él no hacía otra cosa que abundar en los planteamientos que su amigo, el lógico Charles Peirce, ya había estado desarrollando hacía más de veinte años antes<sup>1</sup>. Por consiguiente, desde este punto de vista es Peirce quien deberá ser considerado el verdadero fundador del pragmatismo<sup>2</sup>. Dentro de la tradición americana, el pragmatismo surgió, pues como una doctrina eminentemente orientada a resultados y como una forma de solucionar disputas metafísicas, al proporcionar herramientas para la práctica, sin tomar partido de ningún resultado especial<sup>3</sup>.

---

1 “Se inicia el pragmatismo americano con un artículo de Ch. S. Peirce sobre *Nominalism and Realism*, en *Journal of Speculative Philosophy*, año 1868. Hasta diez años después, en 1878, no acierta Peirce con el Nuevo nombre, Pragmatism. Nosotros hemos demostrado que ese nombre – con otras variants – ya existía en la Filosofía alemana desde 1851, más aún, desde 1829.” SALDANA, 1924, p. 17.

2 DICKENSTEIN, 1998, p. 1-18.

3 Debe subrayarse que eso no significa que los pensadores pragmatistas no tuvieran consciencia de su responsabilidad como pensadores. Está claro en el caso de Dewey, por ejemplo, cuyos esfuerzos se dirigían hacia la clarificación ética y política del significado de una democracia real. FAERNA, 1996, p. 173.

En la perspectiva de John Dewey, el tercer autor más importante de la fase inicial del pragmatismo clásico después de Peirce y James, influyeron poderosamente las ideas evolucionistas inspiradas por el historicismo de Hegel y el naturalismo de Darwin, que, por su parte, fue responsable por la quebra de la concepción inmutable de la naturaleza<sup>4</sup>. Así para la filosofía pragmatista la verdad es provisional, basada en la historia y en la experiencia y no en la naturaleza de las cosas. A las antiguas ideas de autoridad, el pragmatismo propuso como respuesta la incertidumbre y la noción de pluralidad<sup>5</sup>. Tal ruptura con el pasado significó un nuevo enfoque sobre la historia del conocimiento, que adquirió una particular relevancia en la esfera del Derecho.

La construcción del Derecho pasó a ser contemplada por esta corriente de pensamiento, más como el desarrollo de un proceso que como una identificación con un conjunto determinado de principios fijos y rígidos. Merece destacarse que esta forma de comprender el mundo tiene suma importancia cuando la consideramos en la discusión acerca del concepto de Derecho, como será posible verificar al largo de este trabajo.

### 3. Diferentes acepciones del pragmatismo en el Derecho

Desde siempre ha resultado común asociar el pragmatismo jurídico a la idea de compromiso con la consideración de las consecuencias en la aplicación del Derecho. Ahora bien, en términos prácticos, se observa una gran dificultad a la hora de determinar exactamente lo que la idea de pragmatismo jurídico significa, puesto que, en principio, se trata de una categoría poco tratada por la doctrina jurídica continental y sus respectivas herederas (Brasil es un ejemplo) en relación con la interpretación y aplicación del Derecho<sup>6</sup>. Además, en los Estados Unidos, aunque el asunto es tema de debate desde los inicios del siglo pasado, bajo la propia rubrica del pragmatismo jurídico, también se ha confundido bajo la influencia de movimientos similares, por ejemplo, el realismo jurídico<sup>7</sup>.

---

4 DICKENSTEIN, 1998, p. 3.

5 *Ibidem*, p. 5.

6 Sin embargo, en los últimos años, se han producido algunos trabajos sobre el tema en la academia: ANDRADE, 2010; ARGUELHES, 2006.

7 Esto se refiere más específicamente al realismo jurídico norteamericano, pues este nació paralelamente al pragmatismo. Vid. CASANOVAS y MORESO, 1994, p. 235 y ss.

La expresión “pragmatismo jurídico” ha sido empleada de disímiles maneras, al punto que, en algunos casos estos usos llegan incluso a ser opuestos entre sí. “Pragmatismo jurídico” puede abarcar desde lo que defiende el juez norteamericano Richard Posner – el Derecho no debe ignorar nociones del campo económico – hasta lo que defiende su mayor crítico, el Profesor Ronald Dworkin. Este último se ha dedicado a elaborar una concepción en contra de la aplicación del pragmatismo en la labor del juez<sup>8</sup>. Estas divergencias encontradas en el seno del pragmatismo jurídico también están presentes en el pragmatismo filosófico que, a su vez, hace referencia a pensadores de muy distinta orientación<sup>9</sup>.

No obstante, lo que hace el tema de la indefinición del pragmatismo jurídico aún más complejo es el hecho de que esta dificultad alcanza la propia finalidad de su estudio, frente al gran número de objetivos a los que puede hacer referencia. El pragmatismo jurídico puede ser visto, por ejemplo, como una manera de comprender el fenómeno jurídico frente a otros fenómenos sociales que con él se relacionan. Por ejemplo, vale destacar la aproximación que hace Jules Coleman al proponer un pragmatismo técnico relacionado con la idea de significado semántico de los conceptos y de reglas de inferencia y que son más cercanas a los postulados de Quine, Donald Davidson y Hilary Putnam que a las propuestas de Peirce o de James. También se puede identificar el pragmatismo jurídico con la teoría que describe los elementos que forman parte del comportamiento de los jueces en el momento de decidir cuándo deben considerar las consecuencias de la realidad de los hechos<sup>10</sup>.

---

8 Hay quienes consideran pragmatista a todos los teóricos de la decisión judicial que defienden el uso del Derecho como herramienta de desarrollo de los intereses sociales, incluso en los casos donde esto no coincide con lo que está escrito en el texto de la norma jurídica. Thomas Grey, al hacer tal afirmación, divide a los pragmatistas en dos tipos: uno reconoce un valor mayor a los derechos frente a otros intereses sociales y el otro defiende que los derechos no tienen ningún valor intrínseco más elevado frente a otros intereses. Ronald Dworkin, según el autor, pertenecería al primer grupo. GREY, 2003, p. 473-511.

9 “...[L]a expresión “filosofía pragmatista” se ve también cuestionada por el hecho de que sus representantes señeros – Peirce, James, Mead, Lewis – elaboraron en realidad sistemas teóricos notablemente distintos.” (FAERNA, 1996, p. 4 y 7).

10 COLEMAN, 2001. José Vicente Santos de Mendonça afirma que el pragmatismo de Coleman es un pragmatismo del tipo “hardcore”. Coleman lamenta que el término “pragmatismo”, con una historia larga e ilustre en la filosofía norteamericana, haya caído en el gusto de los juristas. SANTOS DE MENDONÇA, 2010.

Si se adopta la propuesta del juez norteamericano Richard Posner, los rasgos más importantes del pragmatismo jurídico serían: eclecticismo, instrumentalismo, reflexión histórica, antiformalismo, empirismo y empleo de la retórica. Al menos los dos primeros tienen reflejos sobre el análisis del concepto del Derecho. La primera característica se relaciona con la idea de que el pragmatismo no necesita formular una gran teoría omnicompreensiva para captar aquello que es importante en el Derecho. El instrumentalismo, a su vez, sería la orientación hacia resultados, o sea, el pragmatismo jurídico se preocupa más por el bienestar de la comunidad que por la integridad o pureza de una determinada doctrina legal<sup>11</sup>.

Los partidarios de Posner se ocupan de cuestiones que se encuentran en un ámbito de la investigación que lo aproximan al “pragmatismo aplicado” cuyo objeto central es si la decisión puede o debe seguir orientaciones de orden pragmática<sup>12</sup>. Por otro lado, existen otros propósitos que inspiran al pragmatismo jurídico, además de la búsqueda de una teoría normativa de la decisión judicial, esto es, una teoría que indique los parámetros de decisión del juez. Son ellos: i) la elaboración de una teoría sobre el concepto del Derecho, es decir, una teoría que responda a la pregunta acerca de “¿qué es el Derecho?”; ii) el desarrollo de una teoría acerca de la creación del Derecho; y también de iii) de una metateoría capaz de guiarnos en la elección de diferentes tesis que orienten al que toma decisiones<sup>13</sup>.

En el presente trabajo, nos limitaremos a examinar el primero de los objetivos mencionados del pragmatismo jurídico: el estudio de una teoría sobre el concepto del Derecho.

---

11 POSNER, 2003, p. 59 y ss.

12 POSNER, 1998, p. 235-253.

13 ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 171 e ss.

## 4. El pragmatismo (y neoconstitucionalismo) conceptual

### 1.1 El concepto de la “doctrina tradicional”<sup>14</sup>: la búsqueda de la esencia del Derecho

El análisis de los efectos del pragmatismo jurídico en el ámbito conceptual corresponde al intento de contestar la pregunta de qué sea el Derecho. La existencia de distintos planteamientos sobre la definición de lo que es el Derecho resulta ampliamente conocida. Se trata de una de las cuestiones sobre las que han discutido secularmente positivistas y no positivistas. Es lo que confirma Hart cuando escribe estas palabras, que merece la pena reproducir:

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas como la pregunta “¿qué es el Derecho?” Aunque limitemos nuestra atención a la teoría de los últimos ciento cincuenta años y dejemos a un lado la especulación clásica o medieval acerca de la “naturaleza” del Derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado de forma sistemática como disciplina autónoma<sup>15</sup>.

---

14 Cuando me refiero a “la doctrina tradicional” adopto la propuesta de Alfonso García Figueroa, que sugiere subrayar la naturaleza histórica y contingente del positivismo jurídico en su dialéctica con la doctrina del Derecho natural. La “doctrina tradicional” a que hago referencia aquí sería tanto la de orden positivista como la jusnaturalista, pues se basa en la idea “que el positivismo y jusnaturalismo conforman en realidad una unidad de presupuestos y fines que subyace a su aparente antagonismo sin trégua y que es precisamente esa comunión que garantiza la persistencia del debate tal y como ha sido fijado precisamente por esa dialéctica. Desde esa perspectiva, y a pesar de lo que pudiera parecer, mis críticas no se dirigen tanto contra el positivismo jurídico, cuanto, más bien, contra el entramado conceptual creado por positivistas y antipositivistas en el discurso jusfilosófico”. Alfonso Figueroa afirma también que la tesis fundamental de las teorías de Derecho natural en su estado más puro consiste en que la corrección moral es una propiedad necesaria del concepto de Derecho. Ello, según el autor, implica dos tesis fundamentales: una tesis cognoscitivista en materia moral (T1) y una tesis afirmativa acerca de la vinculación entre Derecho positivo y Derecho natural (T2). Las dos tesis se formulan del siguiente modo: “T1: existe un orden moral objetivo (identificable en general con la noción de “Derecho natural”) que sirve de criterio para la evaluación moral de las normas. T2: Existe una relación conceptual necesaria entre el Derecho positivo y ese orden moral objetivo. (...) T1 es una tesis de filosofía moral. Aquí consideraré la tesis central del pensamiento jusnaturalista. T2 es propiamente una tesis sobre la naturaleza del Derecho y consideraré su negación (-T2) como la tesis central del positivismo jurídico, que rezaría por tanto así: no existe una relación conceptual entre Derecho positivo y derecho natural, i.e., entre Derecho y moral”. En GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 203, 208 y 209. Sin embargo de la referencia a la posición de A. Figueroa, cabe destacar la existencia de autores positivistas no esencialistas. En este sentido, vid. MARMOR, 2009.

15 HART, 1980, p. 1 y ss.



El debate sobre la pregunta “¿qué es el Derecho?” en realidad no se limita a buscar una definición idónea del Derecho, sino a poner en duda la propia posibilidad o utilidad de definir lo que es el Derecho.

Entre otros autores, Santiago Nino afirma que las dificultades para definir lo que sería el Derecho tienen su origen en la adhesión a la concepción esencialista, lo que conduce a una confusión acerca de los postulados, técnicas y consecuencias que se deben tomar en cuenta en la definición de una expresión lingüística, como ocurre con la definición del Derecho<sup>16</sup>. Victoria Roca Pérez subraya que Nino intenta resolver esta confusión con la afirmación de que tanto el jusnaturalismo como el juspositivismo parten de la existencia de un único y verdadero concepto de Derecho. Nino reivindica, entonces, la utilidad de acuñar distintos conceptos de Derecho que expliquen cómo esta expresión se emplea desde los diversos puntos de vista que pueden asumirse en relación con el fenómeno jurídico. Para él, según el tipo de discurso que sea ante el que nos encontremos, precisaremos de un determinado concepto de Derecho. Además, la respuesta a la pregunta acerca de la conexión conceptual entre Derecho y moral dependería del concepto de Derecho que se presente en un cierto momento<sup>17</sup>.

El esencialismo presenta cierta influencia de la concepción platónica y aristotélica<sup>18</sup> respecto a la relación entre el lenguaje y la realidad. Las cosas y las palabras para el esencialismo, así, serían vehículos de los conceptos. Esto quiere decir que la relación entre los significados de las expresiones lingüísticas y la realidad consistiría en un tipo de conexión que los hombres no pueden crear o cambiar sino solo reconocer, detectando los elementos esenciales de la realidad que deben, necesariamente, estar reco-

---

16 NINO, 1983, p.11.

17 ROCA PÉREZ, 2002, p. 55 y ss.

18 Ver POPPER, 1961, p. 42 y ss. Sobre la concepción platónica y aristotélica merece la pena conferir el siguiente fragmento: “A essência conceitual das coisas, assim como entendia Platão, também o entende Aristóteles. Outra coisa é senão o objetivo do conhecimento. O conceito, pois declara a essência do objeto. Platão vê nas idéias o verdadeiro ser. Esta concepção não foi refutada por Aristóteles, que apenas a modificou. A doutrina aristotélica é imaneente, ou seja, a idéia do objeto ou da coisa é inseparável dele, ao passo que a doutrina platônica das idéias é transcendental (a idéia ou essência do objeto vive separada dele, é autônoma.” (LITRENTO, 1980, p. 82). Y también: “Aristóteles concorda com Platão ao considerar que só pode haver ciência do universal. (...) As definições buscadas pelo conhecimento científico não devem ser simples esclarecimentos sobre o significado das palavras, mas sim enunciar a constituição essencial dos seres.” (ARISTOTELES, 1978, p. xvii-xviii). “De Platão, Aristóteles toma indubitavelmente a raiz de seu ideal da sabedoria e da ciência, unindo estreitamente e definindo a ciência como o conhecimento verdadeiro e certo cuja perfeita estabilidade deve se opor às flutuações da experiência imediata e das opiniões. Aos olhos de Platão, a ordem do mundo é um dado primeiro, de si evidente e de si necessária em sua imutabilidade: trata-se apenas de percebê-la e analisá-la.” (CHATELÉT, 1981, p. 131 y ss).

gidos en los conceptos<sup>19</sup>. Existiría, entonces, un vínculo o nexo metafísico entre el término empleado y la realidad aludida que los individuos deben simplemente captar y reconocer. Esta visión esencialista del mundo está dotada de un clasicismo innegable sobre el conocimiento experimental de lo existente: la captación de la idea presupondría el conocimiento de su esencia intrínseca<sup>20</sup>.

Llama la atención el hecho de que es precisamente en el ámbito del Derecho donde quizá se haya producido la más consistente consolidación de los planteamientos metafísicos esencialistas a través de una larga tradición que se remonta al siglo XI con los glosadores de la Escuela de Bolonia<sup>21</sup> y que se desarrolló con la escolástica medieval, representando un importante marco del Derecho Natural del siglo XVII y también gran parte de la ciencia jurídica continental europea. Los mismos buscaban ofrecer una “definición real” en la elaboración de los conceptos jurídicos<sup>22</sup>. Ruiz Miguel trae como ejemplo de este modo de trabajo de los glosadores el siguiente texto que compila algunas glosas de Irnerio en una introducción a *Instituciones* de Justiniano y donde se encuentra una tentativa de definición de justicia:

Puesto que la intención general es conseguir las cosas buenas no sólo mediante el miedo de las penas sino también por el estímulo de los premios, [Justiniano] trata primero de la justicia, sin la que nadie puede ser bueno. Y debes observar que en la definición de justicia él pone la definición de su género, esto es, la virtud. Pues cuando dice “constante” se entiende el intelecto [mentis] bien constituido, no entendiéndose la constancia más que en su significado bueno; y cuando también dice “perpetua” se dice hábito, pues el hábito es la voluntad difícilmente alterable y permanente en vida; como si dijera: la justicia es el hábito del intelecto bien constituido de dar su derecho a cada cual. Únicamente eso es la definición de la justicia propiamente dicha<sup>23</sup>.

---

19 NINO, 1983, p. 12.

20 PECES-BARBA, 1999, p. 252.

21 “La causa inmediata del renacimiento de los estudios jurídicos en el siglo XII está en el “redescubrimiento” del Digesto en Bolonia y en la tarea filológico-jurídica allí promovida desde fines del siglo XI por Irnerio (ca. 1055 – ca. 1125), el primero de los glosadores, como se denomina a los primitivos juristas medievales de la Escuela de Bolonia.” RUIZ MIGUEL, 2009, p. 86.

22 PECES-BARBA, 1999, p. 252.

23 RUIZ MIGUEL, 2009, p. 88 y 89.

Según el esencialismo jurídico, habría una sola definición válida para el Derecho, que sería obtenida a través de la intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión lingüística. Robert Alexy, por ejemplo, parece comprometido con la defensa de la verdad en el ámbito jurídico en dos sentidos. Él cree que las normas tienen valores verdaderos y que la metafísica ejerce autoridad sobre el contenido de las normas. Además, cree que es posible alcanzar una definición verdadera para el término Derecho. En este sentido, se puede afirmar que él defiende una concepción esencialista del Derecho<sup>24</sup>, a pesar de que el sea innegablemente apuntado como una de las referencias del pensamiento neoconstitucionalista.

Popper en su época ya entendía que el esencialismo (metodológico a la manera de Aristóteles) se inclinaba a formular preguntas científicas en términos como “¿qué es materia?” o “¿qué es justicia?”, creyendo que una respuesta a estas preguntas conduciría al significado real o verdadero de estos términos<sup>25</sup>. La tarea de definir un término correspondería, por lo tanto, a la descripción de determinados hechos<sup>26</sup>.

No solo se encuentran no-positivistas entre aquellos que defienden el esencialismo. También existen autores positivistas que creen en una concepción esencialista del Derecho<sup>27</sup>. Se puede citar a Kelsen, por ejemplo, reconocido como positivista-esencialista. Esto se confirma en su afirmación de que “*The Pure Theory of Law is a theory of positive law. It is a theory of positive law in general, not of a specific legal order. It is a general theory of law, not an interpretation of specific national or international legal norms...*”<sup>28</sup>.

---

24 GARCÍA FIGUEROA, 2011, p. 109-129; ALEXY, 2011.

25 POPPER, 1961, p. 42 y ss., *apud*, GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 220.

26 NINO, 1983, p. 12. Sobre el esencialismo y la teoría de los derechos fundamentales, *vid.* MORESO, PRIETO SANCHÍS, BELTRAN, 2010, p. 136 y ss.

27 Sin embargo, hay que subrayar la existencia de versiones convencionalistas del positivismo jurídico. El profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cornell, Andrei Marmor, defiende que el positivismo de Hart sería convencionalista. Para él autor: “*Hart’s rules of recognition, however, are not presuppositions. They are social rules, and it is this social reality of the rules of recognition that is supposed to ground the idea, central to the legal positivist tradition in jurisprudence, that law has social foundations*”. (...) “*When David Lewis’s theory of conventions came to be known, however, some legal philosophers have realized that in this high sophisticated theory they can anchor Hart’s insights about the rule of recognition. Thus, a conventionalist account of the rules of recognition has emerged, and one that Hart himself, years later, seems to have endorsed in his postscript to The Concept of Law.*” No obstante, el propio A. Marmor apunta en nota que la afirmación de que el postscript de Hart es realmente convencionalista es algún tanto controvertida. MARMOR, 2009, p. 155-156.

28 KELSEN, 1967, p.1.

Saul Kripke, considerado por muchos el filósofo vivo más importante del mundo<sup>29</sup> y representante “*del nuevo auge filosófico del esencialismo*”<sup>30</sup>, formula una crítica a la confusión entre cuestiones metafísicas y cuestiones epistemológico-representacionales cuando se discute la definición de conceptos. Kripke busca distinguir de una manera más evidente lo metafísico de lo epistemológico y a partir de ello propone otras tesis más concretas, como la afirmación aristotélica de que hay diferencias entre propiedades esenciales y propiedades no esenciales de los objetos<sup>31</sup>.

Las cuestiones de carácter epistemológico serían aquellas relacionadas con el conocimiento. La metafísica u ontología, a su vez, como indica la filosofía kripkeana, sería relativa a las categorías más abstractas del ser. Cabría a la metafísica cuestionar tales temas como qué es para un determinado objeto estar en el tiempo y en el espacio, qué es ser un objeto, cuáles son las propiedades o qué es tenerlas, por ejemplo<sup>32</sup>.

La propuesta kripkeana acerca de la comprensión de la metafísica tiene la intención de tratar las cosas como realmente son, independientemente de las contingencias de orden epistemológico o lingüístico, es decir, pretende decirnos cómo podemos representarlas o conocerlas, buscando evitar la confusión entre cuestiones metafísicas y epistemológicas, que pueden, a su vez, crear otros tipos de confusiones, como es el caso de la identificación entre el concepto de necesidad y el concepto de cognoscibilidad *a priori*<sup>33</sup>. El concepto de necesidad expone la noción de propiedad esencial de una cierta cosa al calificar la manera en que una entidad particular tiene alguna propiedad. Un objeto particular tendría necesariamente determinadas propiedades (esenciales) y tendría otras no esenciales (contingentes) que no necesariamente lo caracterizarían<sup>34</sup>.

---

29 PÉREZ OTERO, 2006, p. 143.

30 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 219.

31 Merece destacar que, en realidad, la justificación del esencialismo aristotélico que encontramos en Kripke, en su *El nombrar y la necesidad*, es principalmente indirecta. Esto se debe a que tal justificación se expone en la forma de críticas que coloca a Kripke contra tesis favorables al paradigma antiesencialista. Son tesis favorables al paradigma antiesencialista aquellas que defienden la concepción descriptiva de los nombres propios, la teoría analítica de la necesidad y la confusión entre necesidad y “aprioridad”. KRIPKE, 1980 *apud* PÉREZ OTERO, 2006, p. 143.

32 *Ibidem*, p. 22.

33 *Ibidem*, p. 23.

34 *Idem*.

Como ejemplo de la idea de necesidad como propiedad esencial Kripke cita que Aristóteles, en caso de que existiera, sería necesariamente un ser humano. Esto sería una propiedad esencial. Otras características de Aristóteles, tales como ser sabio, estagirita o biólogo, no serían esenciales, sino contingentes. Las características contingentes serían aquellas que Aristóteles podría no poseer. Además de rasgos necesarios y contingentes, el sujeto u objeto podría tener rasgos posibles. Estos serían definidos mediante el concepto de necesidad. Así, se diría que algo es necesario cuando fuera imposible no serlo<sup>35</sup>.

Otro ejemplo de Kripke para defender la existencia de la esencia de los objetos merece citación: el agua tendría como propiedad esencial el H<sub>2</sub>O; pero la fórmula no sería solo su propiedad esencial, sino su propia esencia, “porque ninguna otra propiedad diferente del agua es H<sub>2</sub>O”, pues solo el agua tendría tal propiedad esencial y la esencia de cualquier cosa sería algo que caracteriza unívocamente a determinada cosa<sup>36</sup>.

Según esta teoría, la distinción entre propiedades esenciales y no esenciales sería algo totalmente coherente e inteligible. Esta es la razón por la cual se es capaz de distinguir entre cosas diferentes. Una vez identificadas las propiedades esenciales de un objeto, sería posible llegar a su esencia y, por consiguiente, afirmar si es o no una especie de determinado género de cosa<sup>37</sup>. Siguiendo este raciocinio y aplicándolo en el ámbito jurídico se podría alcanzar una definición precisa de lo que se entiende por Derecho.

De hecho, la filosofía esencialista tiene éxito gracias a Kripke; no obstante, cabe destacar la cuestión sobre si se debe aplicar también a temáticas culturales como es el caso del Derecho. En oposición al esencialismo, se citan algunas filosofías que defienden que la idea de propiedad esencial sería meramente lingüística, presentándose como un subproducto del uso del sistema de representación. De tal forma, los enunciados correspondientes a la necesidad, posibilidad o contingencia serían verdaderos o falsos

---

35 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 219.

36 Existe otro ejemplo relativo a números que ilustra los planteamientos esencialistas. PÉREZ OTERO, 2006, p. 137-138.

37 En rigor, se afirma que el hecho de que un objeto tenga propiedades esenciales no significa que la totalidad de sus propiedades esenciales sea suficiente para constituir la esencia de dicho objeto. Pero esa misma afirmación es cuestionable pues saber si las propiedades esenciales son o no suficientes para determinar la esencia de un objeto es algo que queda todavía en abierto. PÉREZ OTERO, 2006, p. 138.

dependiendo solamente del propio lenguaje<sup>38</sup>; esto es lo que defiende el pragmatismo conceptual<sup>39</sup>.

## 1.2 Las bases del pragmatismo jurídico conceptual

¿Existe realmente un concepto único de Derecho? ¿No sería más interesante en lugar de reconstruir un concepto general de Derecho buscar reconstruir un concepto de Derecho a partir de propiedades de determinados sistemas jurídicos? ¿No debemos dejar un poco de lado la pregunta sobre qué es el Derecho? Estas son cuestiones que atañen al ideal pragmatista acerca del concepto del Derecho<sup>40</sup>.

El pragmatismo jurídico conceptual corresponde a la búsqueda del concepto del Derecho según una visión que niega la existencia de una verdad esencial o metafísica del término y defiende que tal concepto tendría origen en convenciones. Esta corriente de pensamiento encuentra fundamento en la llamada lingüística pragmática, cuyo objeto no es el lenguaje como sistema cerrado, sino el conjunto de usos que podemos hacer de este mismo lenguaje en determinado contexto<sup>41</sup>.

---

38 En defensa del esencialismo se afirma que está respaldado por nuestras intuiciones diarias sobre lo que son los objetos. La distinción entre propiedades esenciales y no esenciales se adecuaría justamente a nuestra concepción del mundo anterior a cualquier teorización. *Ibidem*, p. 143.

39 También se colocan en contra del esencialismo autores como Locke, Wittgenstein y Quine. GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 219.

40 “Para dar un concepto exacto del pragmatismo, preciso es recordar la teoría de la ciencia denominada Epistemología, y su análisis del conocimiento. Resúmenes ésta en saber si detrás de nuestros conceptos, de nuestras ideas, hay algo real; luego, en saber determinar lo que hay de real detrás de nuestras percepciones o conceptos. En el hombre se dan dos fuentes de conocimiento: el de los hechos materiales que son objeto de la percepción de nuestros sentidos (ya sean hechos materiales del mundo físico, seres vivientes o hechos sociales), y el conocimiento de los conceptos y de las ideas, de realidad hipotética, porque no caen bajo la observación de los sentidos; esto es, lo que ocupa a la inteligencia, y no corresponde a la observación directa. Se incluyen en este segundo orden y caen dentro de él: el concepto de causa primera, el de finalidad, etc. – ideas de orden metafísico que se dan en el espíritu, pero sin corresponder a realidad exterior. ¿Es que los conceptos subjetivos son reales? ¿Es que los fenómenos objetivos perceptibles son reales? Filósofos hubo que negaron la cualidad de reales a los fenómenos objetivos perceptibles, pero esta negación ha sido desechada por todos, en todo tiempo, ya que los fenómenos que los físicos y biólogos constatan son reales, o todo sucede como si lo fueran. Los filósofos que discuten lo que se ve en la realidad pierden el tiempo. No hay hecho constatable por un físico que no sea real. Pero las ideas de causa final y otros conceptos de orden metafísico, como los de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, no corresponden a la percepción de los sentidos, sino a la del espíritu, y desde que los hombres han reflexionado si detrás de los conceptos existe una realidad, este ha sido el objeto de todas las filosofías desde las indias de los Vedas hasta el siglo actual. Y se discutirá mientras existan los hombres.” (DUGUIT, 1924, p. 58-60).

41 DE LA CAMPAGNE, 1997, p. 123.

La lingüística pragmática, a su vez, encuentra inspiración en la teoría del significado de Peirce<sup>42</sup>. De acuerdo con esta teoría, un concepto, esto es, el contenido racional de una palabra o de otra expresión, reside exclusivamente en sus consecuencias concebibles para conducir la vida. En este sentido, los conocimientos serían irremediabilmente relativos a nuestra situación social y biológica: la experiencia en determinado contexto<sup>43</sup>. Para el pragmatismo peirceano el significado de los conceptos es siempre contextual, lo que quiere decir que no son fijos ni tampoco unívocos. Un concepto no es el nombre de una esencia platónica o aristotélica, es solo un modo de organizar una parte de la experiencia para poder relacionarla con otras partes; y la esencia cambiante de la experiencia hace que los conceptos también sean cambiantes. Además, los conceptos tampoco significan nada aisladamente, o sea, el significado de una idea está siempre relacionado con el de otras. Estas ideas están definitivamente conectadas con la semiótica pragmatista<sup>44</sup> de Peirce<sup>45</sup>. Resulta reveladora la siguiente frase extraída de uno de los ensayos de Peirce sobre la contextualidad de la concepción de la realidad:

*Thus, the very origin of the conception of reality shows that this conception essentially involves the notion of COMMUNITY, without definite limits, and capable of an indefinite increase of knowledge (...) so that reality depends on the ultimate decision of the community<sup>46</sup>.*

Los conceptos aquí serían contextuales y tendrían una naturaleza social en la medida en que la propia noción de comunidad que involucra estos

---

42 Es verdad que la mayoría de las personas para quien la palabra “pragmatismo” tiene un significado definido la asocia primariamente a un determinado concepto de la naturaleza de la verdad (la tesis de que una teoría es verdadera en la medida en que funciona). Urge decir, pues, que la esencia del pragmatismo (el pragmatismo de Peirce, al menos) consiste en una teoría del significado, más que en una teoría de la verdad. COPLESTON, 1985, p. 298.

43 CHATELET, 1981, p. 132 y ss.

44 Semiótica es la ciencia de los signos, o sea, de todo lenguaje. Es la ciencia que tiene como objeto de investigación el examen de los modos de constitución y de cualquier fenómeno de producción de significación y de sentido. SANTAELLA, 1983, p. 13.

45 PEIRCE, 1992, p. 28-55.

46 Traducción libre: “Por lo tanto, el origen de la concepción de la realidad muestra que esta concepción envuelve esencialmente la noción de comunidad, sin límites definidos y capaz de un crecimiento indefinido del conocimiento (...) de modo que la realidad depende de la decisión final de la comunidad.” (PEIRCE, 1868, p. 52 y 54). Sobre la naturaleza social de los conceptos merece estudio, TOULMIN, 1972.

conceptos necesita concretarse en condiciones empíricas que están siempre situadas en contextos espaciales e históricos<sup>47</sup>.

Además de la consideración del contexto, la utilidad es un dato presente en el pragmatismo conceptual. La comprobación de la presencia de la utilidad en el proceso de definición se hace más clara cuando se observa la búsqueda de un nombre para una cosa, en vez de una cosa para cada nombre. Así, por ejemplo, si se descubre un nuevo planeta o si nace un niño, surge la necesidad de nombrarlos. La elección es libre en estos casos, salvo por la exigencia de determinadas convenciones sociales, reglas lingüísticas, tradiciones científicas o prohibiciones jurídicas. Por otro lado, la verdad no sería para el pragmatismo conceptual algo totalmente extraño al proceso de definición, pues debe haber una constante revisión de las definiciones para confirmar su utilidad. Esta constante revisión tiene relación con la idea de falibilidad<sup>48</sup> que está involucrada en toda la propuesta pragmatista, en el sentido de que todo está en elaboración permanente.

### 1.3 El pragmatismo conceptual

La tesis pragmatista jurídico-conceptual es una tesis convencionalista porque está de acuerdo con la afirmación de que la relación entre lenguaje y realidad se establece libremente por los hombres<sup>49</sup>. Esta propuesta tiene, en el ámbito estrictamente jurídico, un importante representante: Hermann Kantorowicz.

Kantorowicz empieza su defensa del pragmatismo conceptual alertando sobre el peligro del lenguaje para la ciencia como un todo. Esta fue una

47 HERDY, 2009. Sobre la importancia del contexto: "Lo concreto es a la vez su meta y límite, a modo de cuerpo opaco, sobre el que se detiene y arrastra, como la luz. Mas, todo en él ha de referirse a la "situación" del sujeto; humanismo que, en lo ético, da el sentido y valor de la acción." (SALDAÑA, 1924, p. 26).

48 Sobre el origen del falibilismo en la filosofía pragmatista *vid.* PEIRCE, 1998, p. 42-56.

49 Según la tesis convencionalista, los conceptos jurídicos se definirán de manera contextualista porque no existe ninguna realidad que se explique en palabras mediante el método de género y diferencia. En esta línea contextualista, el filósofo del Derecho argentino Eugenio Bulygin ha planteado entender los conceptos jurídicos como términos intermedios sistemáticamente ambiguos, con lo que asegura que estas expresiones no nombran a nada, sino que se utilizan como abreviaturas mediante las que exponer largas disyunciones de hechos condicionantes de las normas jurídicas y largas conjunciones de consecuencias jurídicas. De acuerdo con Bayón, es posible diferenciar dos formas de comprender el convencionalismo. Para la primera de ellas (*convencionalismo superficial*), los criterios de corrección de un concepto llegan hasta donde hay acuerdo explícito por parte de la comunidad de referencia acerca del conjunto de sus aplicaciones correctas. Para la segunda forma (*convencionalismo profundo*), es posible afirmar que en algún sentido existen las convenciones, aunque haya controversia acerca de su contenido. BAYÓN, 2002, p. 78 y ss.



opinión compartida también por los filósofos ingleses Bacon y Hume. Evidentemente, Kantorowicz se inspiró en la idea kantiana que plantea que el pensamiento jurídico todavía no ha tomado consciencia integralmente del peligro del lenguaje. Para Kantorowicz, la falta de una percepción completa en el mundo jurídico acerca de los riesgos producidos por el lenguaje conduce al error de intentar determinar el significado del Derecho sin que se haga primero una indagación sobre la naturaleza de tal intento, o sea, sobre cuál es el significado del significado<sup>50</sup>.

Aunque es cierto que un estudioso debe siempre utilizar un significado constante para los términos que adopta en el desarrollo de su actividad científica, esto no quiere decir que el significado del término usado hasta entonces fuera el mismo que él le ha atribuido. Por consiguiente, sería tanto un error pensar que las definiciones tienen que ver con el problema de la verdad o falsedad del lenguaje, como también sería equivocado el método que busca la verdad esencial de las expresiones<sup>51</sup>. Por lo que se ha dicho, entonces, el esencialismo estaría equivocado al admitir que entre los muchos significados de la palabra “derecho” solo una definición estaría correcta y sería, por lo tanto, la verdadera<sup>52</sup>.

La definición de Derecho para el pragmatismo conceptual debe basarse en la idea de la búsqueda de una función legítima de las definiciones en general. Esta función residiría en buscar un significado para un fin específico. La pregunta sobre qué es el Derecho debe considerar específicamente diferentes áreas de estudio, ya que en cada una de ellas la definición va a ser distinta de acuerdo con sus respectivas utilidades<sup>53</sup>. Proponer una definición, en este sentido, implicaría necesariamente una decisión, basada en una cierta libertad no arbitraria, pues ésta estaría limitada tanto formalmente como sustancialmente. La limitación formal estaría en la compatibilidad necesaria con el uso del lenguaje particular al que hace referencia o con las reglas relativas a la creación de palabras nuevas. En el caso jurídico, se deberían observar las reglas técnicas, es decir, un término jurídico debe

50 KANTOROWICZ, 1962, p. 38.

51 *Ibidem*, p. 38 y 39.

52 “Ed effettivamente cosi ritevena quase tutto il pensiero giuridico medievale e orientale, e perfino taluni giuristi moderni scrivono como se fra il nome di una cosa (ossia qualunque oggetto di pensiero) e la cosa nominata vi fosse un nexo metafisico che sarebbe pericoloso e sacrilegio negare. In tal modo mostrano di non essero ancora liberati dell’antica, anzi preistorica, credenza nella magia delle parole.” *Ibidem*, p. 40.

53 *Ibidem*, p. 44.

ser, entonces, definido de modo que evite el surgimiento de contradicciones entre la norma que lo contiene y otra norma<sup>54</sup>. La limitación sustancial correspondería, a su vez, a la observancia de la necesidad del área particular para la cual se destina la definición. En este aspecto el pragmatismo conceptual estaría de acuerdo con la idea de que toda definición es esencialmente *ad hoc*<sup>55</sup> o contextual.

La cuestión sobre la verdad o falsedad de una definición surge en estos términos después de su aplicación, puesto que la relación con lo definido debe ser comprobada y examinada. La primera definición sería la “definición nominal”; a la definición puesta a prueba se le denominaría “definición real”. En la definición real no hallaríamos una decisión, sino un conocimiento. La razón para que la definición nominal preceda a la definición real es la necesidad de elegir una definición lingüística de un término para después analizar tal definición y comprobar si es verdadera, tanto descriptivamente como analíticamente, en relación con lo definido<sup>56</sup>. De todas formas, según el pragmatismo conceptual, el propósito de las definiciones no sería necesariamente alcanzar la calidad de verdadero o falso, debido al hecho de que el debate acerca de una definición suele involucrar también un problema de calificación. Dar a un nombre una calificación a veces no es solo una cuestión terminológica, pues existe una elección no solo entre diferentes términos, sino entre las cosas a las que se refiere. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la denominación conferida al Derecho internacional público. Hay quienes defienden que el Derecho internacional público no es propiamente una parte del Derecho, pues consistiría más bien en un conjunto de postulados políticos o morales, por no estar dotado de sanciones suficientemente fuertes<sup>57</sup>.

Sin embargo, retirar de la noción de Derecho los postulados relativos al Derecho internacional público tendría numerosas consecuencias adversas delante de la opinión pública, no solo en el ámbito político, sino también en el cultural y práctico. La exclusión del Derecho internacional público del campo semántico de la palabra “Derecho” y la aspiración de otras deno-

---

54 *Ibidem*, p. 45.

55 Esa idea es extraída de C.K. OGDEN en la obra *The Meaning of the Meaning*: OGDEN, RICHARDS, (1923), 1989.

56 KANTOROWICZ, 1962, p. 47.

57 *Ibidem*, p. 48.

minaciones diversas de “Derecho” pondrían en riesgo la propia existencia de las naciones y las civilizaciones dada la precariedad del Derecho internacional público. La decisión de salvar el Derecho internacional público no podría ser realizada en caso de que existiera un concepto verdadero de Derecho, pues un supuesto concepto verdadero tendría como elemento esencial la coerción efectiva estatal que no se encuentra presente entre sus características<sup>58</sup>.

El pragmatismo jurídico conceptual propone, en suma, la caracterización del concepto de Derecho a través de una investigación acerca de los criterios vigentes en el uso común de la palabra Derecho, en vez de defender la búsqueda de la esencia de lo que sería el Derecho. La búsqueda de un significado ordinario de Derecho no significa dejar de lado la investigación de un significado más preciso del término. Significa sencillamente que esta investigación no se encuentra orientada por un *test* de verdad en relación con la captación de esencias, por el contrario, se basa en criterios de utilidad teórica y conveniencia para la comunicación<sup>59</sup>.

Pese al reconocimiento de la imposibilidad de formular un concepto perfecto de la palabra “Derecho” y de la necesidad de buscar el mejor concepto frente a los fines considerados en determinado contexto, el pragmatismo conceptual, así como otras corrientes de pensamiento no esencialistas, puede no representar una garantía para llegar a un concepto claro y definido de Derecho a punto de satisfacer las exigencias de la operatividad teórica, pues el término “Derecho” presenta una ambigüedad que se debe a la existencia de varios significados estrechamente relacionados entre sí<sup>60</sup>.

El pragmatismo jurídico conceptual significa, por su rechazo al esencialismo, que se debe renunciar a la búsqueda de la esencia del Derecho para conformarnos con propósitos “menos ambiciosos, pero más útiles”<sup>61</sup>. Una vez asumida la incoherencia del esencialismo en el estudio del Derecho, se reconoce implícitamente que, cuando se pretende estudiar qué

58 *Ibidem*, p. 48-49.

59 NINO, 1983, p. 13.

60 *Ibidem*, p. 14.

61 “Toda la doctrina pragmatista puede resumirse en esto: un concepto responde a una realidad en la medida en que tiene una eficacia moral y social; y como necesariamente hay una escala de valores morales y sociales, hay también grados correspondientes de verdad conceptual. Es decir, un pensamiento es verdad (...), un concepto lo es si responde a una necesidad social y moral.” (DUGUIT, 1924, p. 63). *Vid.* también GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 220.

es el Derecho, se desarrolla una labor relacionada con las convenciones<sup>62</sup>. Como hemos visto, existen diversos posibles conceptos de Derecho y se puede discriminar entre ellos según algún criterio. Si el criterio que orienta la distinción entre otros conceptos es la utilidad, entonces se asume una posición pragmatista, al contrario de la teoría del Derecho “tradicional”<sup>63</sup> (positivista o no), que se ha preocupado por buscar la esencia de las cosas.

#### 1.4 El pragmatismo conceptual y el neoconstitucionalismo

Al considerar las características del pragmatismo conceptual, el neoconstitucionalismo parece asumir una aproximación pragmatista definida. En aras de poder observar por qué, se debe examinar lo que viene a ser el neoconstitucionalismo<sup>64</sup>.

El término neoconstitucionalismo, creado por Mauro Barberis, Suzanna Pozzolo y Paolo Comanducci en 1998, es un tanto problemático<sup>65</sup>. El primer problema reside en el carácter extremadamente ambiguo y vago que presenta el uso de este neologismo, pues alberga la posibilidad de que el mismo se adopte en sentidos muy distintos, e incluso después de elegido, tampoco resultan claros los rasgos que han de estar presentes para que alguien pueda legítimamente considerarse adepto a la doctrina<sup>66 67</sup>.

---

62 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 220.

63 Vid. nota de pie de página n. 14.

64 Existe quien entiende que el término sería apenas una crítica al positivismo: “*Independentemente dos problemas de definição, o neoconstitucionalismo não tem nada de novo. Tendo identificado como (neo) constitucionalista a abordagem de jusfilósofos como Ralf Dreier e Robert Alexy na Alemanha, Ronald Dworkin nos EUA, Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli na Itália e Carlos Santiago Nino na Argentina seria preferível abandonar o termo genérico e, por isso inexpressivo, de (neo)constitucionalismo, indicando o cerne da abordagem que se encontra na postura antipositivista. Temos aqui uma opção terminológica e substancial que nos parece convincente e foi endossada com clareza, na doutrina nacional por Écio Duarte.*” DIMOULIS, 2009, p. 223.

65 BARBERIS, 2011, p. 89-100. BARBERIS, 2006, p. 19.

66 PRIETO SANCHÍS, 2010, p. 461-506.

67 “*Se entendermos o neoconstitucionalismo de acordo com a conhecida definição de Luis Prieto Sanchis, como uma teoria do Direito que se orienta pelas máximas de “más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica”, certamente eu não me considero um neoconstitucionalista. De todas as afirmações do professor espanhol, a única de que não discordo é aquela relacionada ao pluralismo de valores cujo reconhecimento, aliás, está longe de ser um privilégio dos neoconstitucionalistas. Contudo eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação*”

El neoconstitucionalismo se halla presente en las más variadas clases de debates jurídico-políticos, tales como: debates de filosofía política acerca de la mejor forma de organizar las instituciones democráticas; debates relacionados con la naturaleza de las normas y de su interpretación; debates metateóricos sobre la función de la ciencia jurídica y sobre el enfoque más adecuado para la comprensión del Derecho; y debates sobre cómo se explica su relación con la moral. Esta tendencia del neoconstitucionalismo a convertirse en una respuesta global, en una nueva cultura jurídico-política, ayuda a visualizar el fenómeno como un cambio de paradigma en el estudio del Derecho, presentándose como una superación de los modelos tradicionales asociados al positivismo y al jusnaturalismo<sup>68</sup>.

Sin embargo, las diferentes formas de entender el neoconstitucionalismo tienen un denominador común: el Estado Constitucional de Derecho<sup>69</sup>. De una manera general, el neoconstitucionalismo se concentra en cómo funciona el Derecho en los Estados Constitucionales, sin proponerse entender la misma forma de funcionamiento a todos los sistemas jurídicos existentes<sup>70</sup>.

Ahora bien, ¿Cuáles son los rasgos singulares del Estado Constitucional del Derecho? y ¿cuáles son las novedades aportadas por este modelo? Luís Prieto los ha sintetizado en los siguientes aspectos<sup>71</sup>: i) el reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución<sup>72</sup>; ii) la rematerialización constitucional (la incorporación al texto no solo de normas formales, de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también de normas sustantivas – procedentes de la moralidad que tienen la intención de trazar límites negativos y vínculos positivos a dichos poderes, para que

---

*tentando racionalizar seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da Democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo.”* SARMENTO, 2009, p. 145-146.

68 Sobre el cambio de paradigma en el Derecho con el advenimiento del neoconstitucionalismo, *vid.* la ya tantas veces mencionada obra de GARCÍA FIGUEROA, 2009.

69 PRIETO SANCHÍS, 2010, p. 461-506.

70 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 18.

71 PRIETO SANCHÍS, 2010, p. 461-506.

72 Sobre la fuerza normativa de la Constitución *vide* HÄBERLE, 1991.

estén en condiciones de decidir legítimamente); iii) la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución, en el sentido de que los derechos fundamentales y demás cláusulas materiales no se presentan solo como condiciones de validez de las leyes, sino como normas con vocación de regular cualquier aspecto de la vida en sociedad, incluidas por ejemplo las relaciones entre los particulares<sup>73</sup>; iv) rigidez constitucional<sup>74/75</sup>.

Aquel que asume la doctrina neoconstitucionalista (aunque en realidad autores de diferentes matices abrazan el neoconstitucionalismo)<sup>76</sup> suele<sup>77</sup> reconocer la importancia del Derecho para mantener un cierto orden y que los seres humanos puedan aspirar a una convivencia razonable, sin dejar de mantenerse atento a determinadas transformaciones del ordenamiento jurídico, tales como la rematerialización o moralización del Derecho que se halla tras su constitucionalización y principalmente la consideración de los derechos y garantías constitucionales como un instrumento valioso para buscar la justicia<sup>78</sup>.

---

73 Sobre la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas en Brasil: SARMENTO, 2004 y STEINMETZ, 2004.

74 Luis Prieto Sanchís no cree que una especial rigidez sea condición para la supremacía constitucional, pero tampoco duda de que las distintas fórmulas que dificultan la reforma del texto contribuyen a fortalecer su rigor frente a los poderes constituidos. PRIETO SANCHÍS, 2010, p. 461-506. Ferrajoli considera que la rigidez no es una garantía constitucional, sino una característica estructural o esencial al propio concepto de Constitución. FERRAJOLI, 2007, p. 87 y ss.

75 GUASTINI, 1998, p. 185-206. García Figueroa se adhiere a la caracterización de Guastini y menciona siete características de un sistema jurídico constitucionalizado: 1) una Constitución rígida; 2) una garantía de la Constitución (control de constitucionalidad); 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) Sobreinterpretación de la Constitución (toda controversia podría hallar respuesta en un sistema constitucionalizado); 5) la aplicación directa de la Constitución (eficacia sobre terceros, eficacia horizontal y eficacia inmediata de los derechos fundamentales en el Derecho Privado); 6) la interpretación de las leyes conforme a la Constitución y 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. *Vid.* GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 63 y 64.

76 Prieto y Ferrajoli, por ejemplo, serían neoconstitucionalistas, pero profundamente comprometidos con el positivismo. Como afirma Figueroa, “puede parecer paradójico, pues el positivismo jurídico ha sido blanco de crítica habitual de las corrientes críticas, pero la tesis de la separación entre Derecho y moral es el instrumento del que se sirve el garantismo para mantener a toda costa el espíritu crítico de sus orígenes”. GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 82-83. Ferrajoli critica lo que llama “constitucionalismo principialista”. Afirma que sería tendencialmente iusnaturalista y se caracterizaría por sostener la tesis de la conexión (intrínseca o necesaria) entre el Derecho y la moral; por la contraposición fuerte entre principios y reglas y por atribuir un papel central a la ponderación en el ejercicio de la jurisdicción. FERRAJOLI, 2011, p. 15-53.

77 Merece la pena consultar el blog “¿Cómo reconocer un neoconstitucionalista?” creado por el académico chileno J. Ignacio Nuñez disponible en <http://bloglegal.bcn.cl/como-reconocer-a-un-neoconstitucionalista-parte-vi-el-big-bang-de-las-lagunas-axiologicas>.

78 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 81.

La expresión “neoconstitucionalismo” corresponde “a la doctrina integral que reconstruye el modelo jurídico de los Estados Constitucionales con al menos dos propósitos”: por un lado, sacar conclusiones sobre la naturaleza del Derecho (plano conceptual), y por otro justificar normativamente este modelo (plano normativo). Por eso, es posible hacer referencia a un “neoconstitucionalismo conceptual” y a un “neoconstitucionalismo normativo”. El “neoconstitucionalismo conceptual” define una teoría del Derecho, en un sentido antipositivista, en la medida en que cuestiona de alguna manera la tesis de la separación entre moral y Derecho. El “neoconstitucionalismo normativo”, a su vez, define una política del Derecho y se contrapone al formalismo y al legalismo, o sea, se sitúa en alguna medida en contra de ciertos dogmas tales como la centralidad de las reglas, la omnipotencia del Poder Legislativo y los principios de la seguridad jurídica y separación de poderes. Desde este punto de vista, el “neoconstitucionalismo conceptual” y el “normativo” son teorías independientes entre sí<sup>79</sup>. En resumen, se puede decir que existe el neoconstitucionalista antipositivista y antiformalista (Alfonso García Figueroa es un ejemplo), el neoconstitucionalista positivista y antiformalista (Luis Prieto) y el neoconstitucionalista positivista y formalista (Luigi Ferrajoli).

Si se considera que lo que distingue el “neoconstitucionalismo conceptual” es el hecho de que edifica su teoría del Derecho a partir de la reconstrucción de los sistemas jurídicos que rigen los Estados constitucionales, cabe la distinción entre dos tipos de “neoconstitucionalismo conceptual”: un “neoconstitucionalismo conceptual de alcance general”, que obtiene “conclusiones acerca de la naturaleza del Derecho a partir de la reconstrucción de los sistemas jurídicos que rigen los Estados constitucionales”<sup>80</sup> y

---

79 Como indica García Figueroa, “(a)unque los neoconstitucionalistas conceptuales suelen ser además neoconstitucionalistas normativos, no todos los neoconstitucionalistas normativos son genuinos neoconstitucionalistas conceptuales. Algunos autores, como Luigi Ferrajoli en Italia o Luis Prieto en España, defienden y justifican los ordenamientos jurídicos constitucionalizados (con fuertes contenidos morales, normas principales y jueces reforzados en su función), pero no admiten que ello deba invalidar el positivismo jurídico. En suma, algunos neoconstitucionalistas normativos no son neoconstitucionalistas conceptuales o al menos no lo son en medida bastante. Estos neoconstitucionalistas insuficientemente neoconstitucionalistas (“neoconstitucionalistas en sentido débil” podríamos decir) son una minoría, pero sus argumentos merecen sin duda toda la atención.” GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 18.

80 *Ibidem*, p. 19. El siguiente fragmento de García Figueroa posibilita la mejor comprensión acerca de la distinción entre el neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular y el de alcance general, al distinguir lo que es una teoría del Derecho de alcance particular y lo que es una teoría de alcance general: “...[U]na teoría particular puede servir a dos propósitos diametralmente opuestos: o bien funcionar como

un “neoconstitucionalismo de alcance particular”, que limita “la validez de sus conclusiones a un conjunto de sistemas jurídicos concretos”<sup>81</sup>. El “neoconstitucionalismo conceptual” de Robert Alexy, por ejemplo, tiene pretensiones de alcance general, pues se propone llegar a conclusiones universales acerca del concepto de Derecho<sup>82</sup>. Por otro lado, Ronald Dworkin y Neil MacCormick, dos responsables más de suministrar las herramientas para la construcción aun no terminada del movimiento neoconstitucionalista<sup>83</sup>, restringieron sus teorías a los Estados Unidos y a otros países de *Common Law*, respectivamente<sup>84</sup>. El “neoconstitucionalismo conceptual” de estos autores tiende a replegarse más bien sobre un contexto particular.

El neoconstitucionalista conceptual, especialmente aquél de alcance particular, asume una posición claramente pragmatista (también en el sentido conceptual), al optar por proponer cuestiones tales como las que discuten cómo funcionan los distintos sistemas jurídicos y cómo los argumentamos, en vez de preguntar sobre ¿qué es el Derecho?, cuestión esta cargada de un esencialismo radical. Esto tal vez suceda porque el estudio del Derecho, desde una perspectiva argumentativa y diferente de su con-

---

*test* para una teoría general (de modo que la teoría particular se propone meramente *ilustrar* la general), o bien fijar una teoría particular del Derecho que, en efecto, renuncie a extender los resultados de su investigación al resto de ordenamientos jurídicos (no constitucionalizados). Llamemos al primer tipo de teoría particular “teoría particular de alcance general” y al segundo “teoría particular pura”. De este modo, si una teoría particular en su reconstrucción del modelo de Derecho en el Estado constitucional llega a la conclusión de que el Derecho constitucionalizado exhibe una vinculación necesaria con la moral, entonces caben dos interpretaciones de esa teoría. Si se interpreta como una teoría particular de alcance general, entonces la particular vinculación del Derecho constitucionalizado a la moral ilustra la teoría general según la cual todo Derecho está vinculado a la moral. Si se interpreta como una teoría particular pura, entonces se afirma que el Derecho constitucionalizado (y sólo él) está vinculado a la moral sin comprometerse con una teoría general. Por tanto, la primera vía del constitucionalismo considerado como una teoría particular de alcance general supone el anclaje del neoconstitucionalismo en alguna teoría general y ello supone el riesgo para las teorías particulares de alcance general de no escapar del paradigma positivista/jusnaturalista JP.” GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 225 y 226.

81 *Ibidem*, p. 19.

82 *Idem*. Vid. también: “*In this respect Alexy’s position is quite different. He thinks that we should not only ascertain a concept of Law, but also find out its very nature.*” Traducción libre: “A este respecto, la posición de Alexy es muy diferente. Piensa que no solo debemos determinar un concepto de Derecho, sino también descubrir su propia naturaleza.” GARCÍA FIGUEROA, 2011, p. 110.

83 Los adeptos del neoconstitucionalismo se proclaman herederos de autores tan dispares como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Haberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli y Carlos Santiago Nino, y ninguno de estos se define hoy o se definieron en el pasado como neoconstitucionalistas. SARMENTO, 2009, p. 115.

84 MACCORMICK, 1978, p. 8. La doctrina de Dworkin también se dirige específicamente hacia el sistema jurídico norteamericano, como se nota en algunos puntos de su obra. DWORKIN, 1986, p. 2 y ss.



cepción como un mero sistema normativo, representa una negación, aunque no evidente, del esencialismo,

en la medida en que se produce un *desplazamiento desde una cuestión metafísica hacia una cuestión epistémico-representacional*. El desplazamiento desde la teoría del sistema jurídico hacia la teoría de la argumentación jurídica como marco fundamental de la teoría del Derecho representa una forma de rechazo al esencialismo<sup>85</sup>.

Las teorías de la argumentación jurídica<sup>86</sup> han insistido en poner de manifiesto reiteradamente las insuficiencias tanto de la concepción formalista del razonamiento jurídico como de la concepción irracionalista y buscan situarse en un punto medio que parte de la posibilidad de un análisis racional de los procesos argumentativos. Si tomamos en cuenta la teoría de Alexy, es posible afirmar que representa la sistematización y la reinterpretación de la teoría del discurso de Habermas, para el ámbito específico del Derecho<sup>87</sup>.

Lo que defiende Habermas en la teoría del discurso coincide a su vez con la crítica al subjetivismo que se encuentra en el corazón de la epistemología moderna, a la manera del pragmatista Peirce, que desarrolla una intersubjetividad social de la investigación, del conocimiento, de la comunicación y de la lógica. De la arquitectura filosófica de Peirce, Habermas extrae la idea de que una opinión final ha de ser alcanzada a través de un acuerdo indefinido y no forzado en el seno de una “comunidad de investigadores” ampliada idealmente en el tiempo y en el espacio<sup>88</sup>. El examen de la idea de la “comunidad de investigadores” en la semiótica peirceana apunta hacia la caracterización del rasgo pragmatista de la teoría de la argumentación jurídica al tratarse ésta de un caso especial del discurso práctico general.

Además de los datos recién mencionados, el pragmatismo también se conecta con la teoría de la argumentación jurídica en la noción de que la

---

85 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 221 y 222.

86 ALEXY, (1978), 1993. MACCORMICK, 1978. GASCÓN ABELLÁN & GARCÍA FIGUEROA, 2005, p. 45.

87 “Naturalmente, en mi versión de la teoría del discurso hay algunas diferencias respecto Habermas. Pero, la intención es la misma”. En ATIENZA, 2001, p. 675-676.

88 BERNSTEIN, 2010, p. 36.

búsqueda de una respuesta a través de la argumentación es algo incompatible con los ideales esencialistas. Como ya he afirmado, según el esencialismo, existiría un vínculo o nexo metafísico entre un término y la realidad aludida que los individuos deben simplemente captar y reconocer. El pragmatismo se opone a esta concepción y propone una comprensión de las cosas según convenciones (representaciones) atentas a su contexto. En este punto reside un encuentro entre el neoconstitucionalismo y la doctrina pragmatista. Quienes no admiten que pueda coexistir una pluralidad de conceptos de Derecho y creen que pueden determinar un concepto único de Derecho buscan desarrollar teorías generales supuestamente capaces de abarcar todos los sistemas normativos posibles. Sin embargo, lo que ocurre es que estas teorías generales son muy ambiciosas, al menos en el plano conceptual, y acaban, muchas veces, perdiendo la medida necesaria de utilidad.

El neoconstitucionalismo es una alternativa a las grandes teorías generales del paradigma jusnaturalista/positivista<sup>89</sup>, que representa una forma de teoría particular relativa a un modelo jurídico concreto, que le singulariza. Por otro lado, el neoconstitucionalismo, al tomar el Derecho de los Estados constitucionales como el modelo central de su reconstrucción teórica, no necesariamente abdica de una teoría general. Todo depende del propósito con el que se desarrolle la reconstrucción de un Derecho en particular. Las teorías neoconstitucionalistas de Alexy y Ferrajoli, al extender los resultados de su investigación a todos los ordenamientos jurídicos<sup>90</sup> se encuadran en el paradigma jusnaturalista/positivista general. De todos modos, el cambio de paradigma hacia el cual las teorías neoconstitucionalistas

---

89 García Figueroa defiende que “solo superando el esencialismo, el objetualismo, el generalismo, así como la falta de atención a la dimensión dinámica, hermenéutica, argumentativa del Derecho, podrá el neoconstitucionalismo conceptual escapar del paradigma tradicional delineado por positivistas y no positivistas durante los últimos doscientos años de filosofía del Derecho y de hegemonía juspositivista.” Para él, “el problema clásico de las relaciones entre Derecho y moral puede ser contemplado en un cierto sentido como un pseudoproblema. Positivistas y no positivistas comparten, por encima de sus diferencias, un acervo común que hace posible un debate de “eternos retornos”. (...) En definitiva, constitucionalismo y constructivismo han convertido en gradual el fuerte dualismo Derecho/moral implícito en el acervo común de positivistas y no positivistas.” (GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 19 y 20).

90 “El no positivismo de Robert Alexy defiende la vinculación conceptual de Derecho y moral y entiende que la vinculación del Derecho a la moral que cabe reconocer entre los Estados constitucionales es una manifestación de la vinculación necesaria entre Derecho y moral (teoría general no positivista). En la misma dirección, pero en sentido opuesto, el positivismo crítico de Luigi Ferrajoli desarrolla una teoría particular del Derecho constitucionalizado, pero al mismo tiempo defiende que no existe una vinculación conceptual necesaria entre Derecho y moral (teoría general positivista).” GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 226.

se dirigen (incluso bajo las versiones de alcance general que no lo termina de consumir) posee un trasfondo filosófico que opone al esencialismo unas ideas notablemente pragmatistas. A propósito, cabe mencionar que Manuel Atienza se coloca a favor del pragmatismo a la hora de determinar una teoría del Derecho. Para él, “el pragmatismo (...) es, en un cierto nivel, la única filosofía del Derecho posible; digamos, el trasfondo último (la actitud metateórica) de cualquier teoría del Derecho” y que hace posible construir una teoría de la argumentación jurídica<sup>91</sup>.

El “neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular” tiene, así, una pretensión más contextualizada y localista tanto si se le compara con el “neoconstitucionalismo conceptual de alcance general” como a la teoría positivista del Derecho<sup>92</sup>, por cuanto se circunscribe a un modelo jurídico-político muy específico. Además, una propuesta menos universalista resultaría más moderada y provechosa (y por tanto más pragmática), principalmente si la comparamos a los propósitos esencialistas del neoconstitucionalismo de alcance general y así como con aquellos de la “doctrina tradicional”<sup>93 94</sup>. Por tales motivos se puede concluir que el “neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular” se identifica con el pragmatismo jurídico conceptual.

## 5. Conclusión

En suma, creo haber comprobado que el planteamiento del pragmatismo conceptual corresponde a la búsqueda del concepto del Derecho según una visión antiesencialista que denuncia el carácter convencional de nuestros conceptos. A partir de esta propuesta antiesencialista, el pragmatismo conceptual infunde dudas razonables acerca de la propia utilidad de la pregunta sobre qué cosa viene a ser el Derecho, ya que no existiría un único concepto de lo que es el Derecho. Para la teoría pragmatista de los conceptos, es más ventajosa la reconstrucción del concepto de Derecho a

---

91 ATIENZA, 2006, p. 59.

92 A pesar de estar de acuerdo con tal conclusión, Prieto Sanchís alerta que en realidad, tampoco la teoría positivista del Derecho ha sido siempre tan universalista como se propuso. Con el paso el tiempo, se aprecia que muchas de sus tesis dependían del tipo de sistema jurídico propio del Estado legislativo del Derecho. Vid. PRIETO SANCHÍS, 2010, p. 461-506.

93 Vid. nota de pie de página n. 14.

94 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 221.

partir de las propiedades de determinados sistemas jurídicos que intentar encontrar un concepto general del Derecho. Es en este punto, en especial, que el pragmatismo conceptual confluye con la teoría neoconstitucionalista del Derecho. Eso es así pues el neoconstitucionalismo conceptual, sobre todo aquél de alcance particular, ocupa una posición manifiestamente pragmatista al tratar de cuestiones tales como el funcionamiento de los distintos sistemas jurídicos y como los argumentamos, en lugar de insistir en la pregunta sobre una presunta esencia del Derecho. El neoconstitucionalista es contextualista y se circunscribe a un modelo jurídico concreto, el del Estado Constitucional. No pretende ser, siguiendo así la senda marcada por el concepto pragmatista particular de Derecho, una teoría general que refleje todo y cualquier ordenamiento, lo que acerca, en definitiva, el neoconstitucionalismo del pragmatismo conceptual.

## Referencias

- ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- ALEXY, R. Reflexions on How my Thinking about Law has Changed over the Years, texto presentado en el seminario dedicado al pensamiento del Profesor Robert Alexy. *The Tampere Club Series*, Vol. 4, 2011.
- ARGUELHES, D. W. y LEAL, F. Pragmatismo como (meta) teoría normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, D. (Coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ATIENZA, M. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa* 24, 2001, pp. 671-687.
- ATIENZA, M. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- BARBERIS, M. Neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito constitucional*, n. 7, 2006, pp. 18-30.
- BARBERIS, M. Ferrajoli o el neoconstitucionalismo no tomado en serio. *Doxa* 34, 2011, pp. 89-100.
- BAYÓN, J. C. Derecho, convenciones y controversia. In: NAVARRO, P. y REDONDO, M. C. (Comps.). *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- BERNSTEIN, R. *The Pragmatic Turn*. Cambridge/Malden: Polito Press, 2010.

- CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (Ed.). *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994.
- COLEMAN, J. *The Practice of Principle: in Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Nova York: Oxford University Press, 2001.
- COPLESTON, F. *Historia de la filosofía*, v. 8. Barcelona: Ariel, 1985.
- DE LACAMPAGNE, C. *História da Filosofia no século XX*, trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- DICKENSTEIN, M. "Introducción: Pragmatism Then and Now". In: DICKENSTEIN, M., (Ed.), *The Revival of Pragmatism: New Essays on social Thoughts, Law and Culture*. Durham y Londres: Duke University Press, 1998.
- DIMOULIS, D. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, D. (Coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DUGUIT, L. *El pragmatismo jurídico, conferencias pronunciadas en la Universidad de Madrid*, trad. Agustín de Lázaro Álvarez. Madrid: Beltran, 1924.
- DWORKIN, R. *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- FAERNA, A. M. *Introducción a la teoría pragmatista del conocimiento*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1996.
- FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II. Roma: Laterza, 2007.
- FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa* n. 34, 2011, pp. 15-53.
- GARCÍA FIGUEROA, A. *Criaturas de la moralidade: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.
- GARCÍA FIGUEROA, A. Law, Metaphysics and Nature. Alexy's Journey into the Realm of Eternal Verities. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* n. 66, Bruxelles, 2011, pp. 109-129.
- GASCÓN ABELLÁN, M. G. & GARCIA FIGUEROA, A. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra, 2005.
- GREY, T. Judicial review and legal pragmatism. *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003, pp. 473-511.
- GUASTINI, R. La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano. *Ragion pratica* 11 1998, pp. 185-206.
- HÄBERLE, P. *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

- HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*, trad. Genaro Carrio. México: Editora Nacional, 1980.
- HERDY, R. Habermas, pragmatismo e direito. *Kriterion: Revista de Filosofia* vol. 50, n. 119, Belo Horizonte, <http://dx.doi.org/10.1590/s0100-512x2009000100003>.
- KANTOROWICZ, H. *La definizione del diritto, Introduzione di Norberto Bobbio*, trad. Enrico di Robilant. Torino: Giappichelli, 1962.
- KELSEN, H. *Pure theory of law* (2nd edition), trad. M. Knight. Berkeley: University of California Press, 1967.
- LITRENTO, O. L. *Curso de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.
- MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- MARMOR, A. *Social conventions: from language to Law*. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- MORESO, J. J. PRIETO SANCHÍS, L. & BELTRAN, J. F. *Los desacuerdos en el Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- NINO, C.S. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1983.
- OGDEN, C. K.; RICHARDS, I. *The Meaning of the Meaning: a Study on the Influence of Language upon Thought and the Science of Symbolism* (1923). San Diego/Nueva York/Londres: Harcourt Brace Jovanovich Publishers, 1989.
- PECES-BARBA, G., et al. *Curso de teoría del Derecho*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1999.
- PEIRCE, C. Some Consequences of Four Incapacities. In: HOUSER, N. & KLOESEL, C. (Ed.). *The Essential Peirce*, v. 1. Bloomington: Indiana University Press, 1992.
- PEIRCE, C. The First Rule of Logic. In: HOUSER, N. & KLOESEL, C. (Ed.). *The Essential Peirce*, vol. 2, Bloomington: Indiana University Press, 1998.
- PÉREZ OTERO, M. *Esbozo de la filosofía de Kripke*. Barcelona: Montesinos Ensayo, 2006.
- POPPER, K. *La miseria del historicismo*, trad. P. Schwarz. Madrid: Alianza, 1961.
- POSNER, R. "Pragmatic adjudication". In: DICKENSTEIN, M., (Ed.). *The Revival of Pragmatism: New Essays on social Thoughts, Law and Culture*. Durham y Londres: Duke University Press, 1998, pp. 235-253.
- POSNER, R. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

- PRIETO SANCHÍS, L. Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010.
- ROCA PÉREZ, V. Derecho y razonamiento práctico. In: C. S. Nino, *Tese de doutorado defendida na Universidad de Alicante*, 2002, <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=9814>.
- RUIZ MIGUEL, A. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009.
- SALDAÑA, Q. Estudio Preliminar. In: DUGUIT, L., *El pragmatismo jurídico, conferencias pronunciadas en la Universidad de Madrid*. Madrid: F. Beltran, 1924.
- SANTAELLA, L. *O que é a semiótica*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- SANTOS DE MENDONÇA, J. V. *A captura democrática da constituição econômica: uma proposta de releitura das atividades públicas de fomento, disciplina e intervenção direta na economia à luz do pragmatismo e da razão pública*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade do Estado de Rio de Janeiro (UERJ), 2010.
- TOULMIN, S. *Human understanding: the collective use and evolution of conceptions*. Princeton: Princeton University Press, 1972.

Recebido em 21 de julho de 2016.

Aprovado em 02 de janeiro de 2020.

# O estatuto jurídico precário e circunstancial do estado enquanto sujeito precípua da ordem normativa internacional

*The precarious and circumstantial legal status of the state as the foremost subject of the international normative order*

Leonardo Nemer Caldeira Brant\*

*Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte – MG, Brasil.*

Pedro Ivo Ribeiro Diniz\*\*

*Universidade Federal de Lavras, Lavras – MG, Brasil.*

## 1. Introdução

O Estado manifesta-se como elemento cardeal e estrutural do Direito Internacional. A ordem normativa internacional deriva, fundamentalmente, das dinâmicas interestatais. Não obstante a emergência de diferentes atores e novos sujeitos na sociedade internacional,<sup>1</sup> estes orbitam ao redor dos Estados, que mantêm a centralidade no ditame, não apenas das regras internacionais, como do processo de consolidação destas expressões institucionais contemporâneas.<sup>2</sup> Nas palavras de Warbrick, o Direito Interna-

---

\* Professor de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Doutor em Direito Público pela Université Paris X Nanterre. Presidente do Centro de Direito Internacional - CEDIN. E-mail: leonardo@cedin.com.br.

\*\* Professor de Direito Internacional da Universidade Federal de Lavras – UFLA. Doutor em Direito Público pela PUC-Minas. E-mail: pedrodiniz@gmail.com.

1 Em que pese posicionamentos clássicos como de Lauterpacht, observando que a “doutrina positivista ortodoxa afirma explicitamente que só os Estados são sujeitos de direito internacional.” Ver, nesse sentido, SHAW, 2010, p. 148.

2 “Isso não quer dizer que valores não estatais como ‘direitos humanos’, ‘economias eficientes’, ‘ambiente limpo’ ou ‘justiça’ seriam objetivos indignos da ação política. A discordância sobre eles fornece a vida e o sangue da comunidade política. Os defensores do sistema estatal apenas observariam que esses valores



cional trata-se, sobretudo, de Estados e quando remete a outras perspectivas, é somente porque os Estados decidiram nesse sentido, convergindo em determinada mudança por meio de suas competências, “(...) criando organizações internacionais, conferindo direitos e impondo deveres aos indivíduos, reconhecendo o caráter jurídico das reivindicações de ‘povos’ e de ‘unidades de autodeterminação’”.<sup>3</sup>

Esta condição permanece válida e corrente mesmo diante de críticas de que estaríamos, atualmente, “testemunhando a dissolução do Estado, o desaparecimento ou a retirada da soberania estatal, ou o processo de sucumbência do Estado de seu *status* de unidade central dentro da ordem global existente”<sup>4</sup> em razão das novas estruturas e relações institucionais atreladas, particularmente, ao regime de Direitos Humanos. Como Perugini<sup>5</sup> ressalta, de forma pertinente, a fragilidade destes argumentos<sup>6</sup> pode ser ilustrada pela decisão do Tribunal Penal Internacional (TPI) de não instaurar investigação sobre os supostos crimes de guerra ocorridos em 2014, na região de Gaza, em ações militares perpetradas por Israel. A decisão foi assim tomada pela limitação convencionalmente imposta ao Tribunal no sentido de que pode processar apenas aqueles crimes cometidos em território (ou por nacionais) de Estados que ratificaram o Estatuto de Roma ou de alguma outra forma reconheceram sua competência para tanto. Como

---

conflitam e que ‘somente os Estados forneceram as estruturas de autoridade necessárias para lidar com as reivindicações incessantes de grupos sociais concorrentes e para fornecer justiça pública essencial à ordem e responsabilidade sociais’ (Schachter 1997, p. 22). Os estados podem ser afastados, é claro, por consentimento ou revolução, mas há perigos em tais transformações, algumas das quais são bem conhecidas, e algo sobre esses perigos resulta de sua natureza teleológica.” KOSKENNIEMI, 2003, p. 95, tradução nossa.

3 WARBRICK, 2003, p. 205. Tradução nossa. No mesmo sentido: “A comunidade internacional é baseada em categorias de participantes; e apesar das ressalvas sobre o desaparecimento do sistema westfaliano, os Estados continuam a ser a categoria dominante na ordem jurídica internacional, detendo direitos e obrigações na mais ampla gama de campos jurídicos internacionais.” RONEN, 2013, p. 23. Tradução nossa.

4 GORDON; PERUGINI, 2015, p. 20. Tradução nossa.

5 Op. Cit.

6 No mesmo sentido, Koskenniemi (2003) defende a prevalência do estadocentrismo sob uma perspectiva prática: “Os vocabulários universalizadores de direitos humanos, liberalismo, interdependência econômica e ecológica, sem dúvida, complicaram o direito soberano pela inserção de noções de direito público como *jus cogens* e ‘obrigações devidas à comunidade internacional como um todo’ e por ‘fragmentar’ o sistema internacional por meio da dinâmica fluída da globalização. Mas não foi substituído por algo reconhecidamente não-Westfaliano. Nenhuma das direções normativas - direitos humanos, valores econômicos ou ambientais, ideais religiosos - conseguiu estabelecer-se em uma posição dominante. Pelo contrário, o que esses valores podem significar e como os conflitos entre eles devem ser resolvidos é decidido em grande parte por meio de instituições ‘Westfalianas’. (...) Os objetivos do Estado e a sobrevivência do Estado continuam sendo os objetivos mais importantes do sistema.” KOSKENNIEMI, 2003, p. 94-95, tradução nossa.

a Palestina não figura entre os Estados-membros do TPI, as situações ocorridas em seu território excedem à competência daquela corte. “O ponto é que, sem o consentimento do Estado, um dos principais órgãos internacionais de direitos humanos não pode sequer investigar crimes de guerra nem processar supostos infratores”.<sup>7</sup> O Estado permanece, com efeito, como sujeito precípua do sistema normativo internacional.

Esta proeminência, contudo, não implica em uma compreensão incontestada de sua definição, caracterização ou dos eventuais corolários relacionados a sua concepção. São recorrentes na doutrina, na jurisprudência e na prática internacional divergências acerca da qualidade de Estado, da natureza do reconhecimento pelos pares, dos direitos e dos deveres inerentes à condição de Estado, dos atributos e das competências conexos à personalidade jurídica internacional, entre outros temas não menos intrincados relativos ao tratamento jurídico dos Estados no Direito Internacional. Por essa razão, alguns autores chegam a rejeitar a existência do Estado enquanto conceito jurídico.<sup>8</sup>

Prof. Crawford (2006), reconhecido por sua importante contribuição contemporânea ao debate, considera insólito o fato de que um conceito tão central como o de Estado permaneça, há tanto tempo, sem definição consagrada, ou ao menos satisfatória.<sup>9</sup> O autor defende a hipótese de que isto se dá em razão do caráter limítrofe predominante de casos em que uma entidade possui algumas, mas não todas, as características de Estado. Nessas situações, “os problemas resultantes da caracterização não podem ser resolvidos, exceto em relação aos fatos e circunstâncias particulares.”<sup>10</sup>

O *status* de Estado não era conferido, originalmente, pelo Direito Internacional, mas visto como condição material de certas entidades políticas inseridas em uma dinâmica de relações recíprocas. Atualmente, contudo, o Direito Internacional carrega a pretensão de definir seu estatuto jurídico. Nesse sentido, as entidades devem satisfazer os critérios jurídicos internacionais estabelecidos para fazer jus a qualidade de Estado.<sup>11</sup> Como con-

---

7 GORDON; PERUGINI, 2015, p. 20. Tradução nossa.

8 Ver, nesse sentido, CRAWFORD, 2006, p. 40.

9 O autor destaca a posição ainda mais enfática de Scelle sobre a questão. Mesmo ativo no Direito Internacional há mais de cinquenta anos, ele ainda não sabia o que o Estado era e tinha certeza que não descobriria antes de sua morte. Ver CRAWFORD, 2006, p. 38.

10 CRAWFORD, 2006, p. 40. Tradução nossa.

11 WARBRICK, 2003, p. 207. Tradução nossa.

sequência, todas as prerrogativas inerentes aos Estados seriam atribuídas a estas entidades, da mesma forma que as obrigações gerais oriundas da condição de Estado. Inúmeras são as críticas e divergências, não obstante, quando os esforços concretos são direcionados para determinação de parâmetros para a caracterização do *status* de Estado e quais os desdobramentos jurídicos objetivos dessa condição. Dentro do arcabouço normativo e teórico do Direito Internacional, este tema figura-se entre aqueles em que é notório “os limites de qualquer regulamentação legal em um campo em que grande parte de prática tem sido conduzido com frequência tanto pela política como pelo direito.”<sup>12</sup>

É, conquanto, ao estudo deste complexo arranjo que se dedica este trabalho. Para tanto, dois conjuntos de questionamentos fulcrais pautarão a discussão: (2) O que é necessário para ser “Estado”? Quais os parâmetros para identificá-lo e reconhecê-lo como tal? E (3) qual a consequência de ser “Estado”? Quais prerrogativas e obrigações comuns os Estados possuem frente à sociedade internacional? Estas são questões que serão enfrentadas neste trabalho, dentro dos limites consagrados do Direito Internacional que, como será visto, distanciam-se de quaisquer noções axiomáticas sobre o tema.

## 2. A pretensão de regulação da formação e do reconhecimento dos Estados pelo Direito Internacional

O Direito Internacional é um sistema normativo voltado, primordialmente, para a conduta e as relações dos Estados. Com efeito, as interações interestatais antecedem a consolidação deste sistema que, por sua vez, constitui-se como resultado do estreitamento do convívio destas entidades político-sociais. A identificação destas coletividades como sujeitos da ordem normativa internacional passa a ser, portanto, tarefa paulatinamente assumida pelo Direito Internacional por meio da atribuição de personalidade jurídica internacional<sup>13</sup> aos entes identificados como Estados. “Como todos os sistemas jurídicos, o Direito Internacional desenvolveu regras sobre a personalidade jurídica, que inicialmente eram dominadas pelas caracterís-

---

12 WARBRICK, 2003, p. 237.

13 Em linhas gerais, entende-se por personalidade jurídica internacional a capacidade de ser titular de direitos e deveres da esfera internacional. CRAWFORD, 2006, p. 93.

ticas factuais do Estado”.<sup>14</sup> Contudo, parâmetros de legalidade passaram a condicionar a atribuição do *status* de Estado a novas entidades. Com isso, a qualidade de Estado passa a ser uma situação menos relacionada aos atributos materiais do que ao cumprimento de requisitos legais para sua outorga.

Paralelamente, ganha relevância a discussão sobre o papel do reconhecimento e das consequências legais deste ato realizado pelos Estados já existentes como ferramenta de controle da admissão de novos entes ao seleto grupo de sujeitos precípuos do Direito Internacional. Nas palavras de Pellet: “O Estado deve permanecer um sujeito de direito suficientemente poderoso e ‘raro’ para pretender conservar um lugar privilegiado na condução das relações internacionais”.<sup>15</sup>

A expansão da pretensão do Direito Internacional de reger questões relacionadas à qualidade de Estado não foi suficiente, no entanto, para que preceitos conceituais basilares restassem precisamente consagrados ou, ao menos, amplamente admitidos. Nesse contexto, indagações preambulares continuam motivando incessantes debates teóricos sem que respostas satisfatórias sejam formuladas.<sup>16</sup> Quais os critérios para a caracterização do *status* de Estado? Quais os efeitos legais do reconhecimento do Estado pelos seus pares? À análise das possíveis abordagens a estes questionamentos que se volta agora o presente estudo.

## 2.1 A conceituação contingente de Estado no Direito Internacional

Um compreensão corrente do conceito de Estado envolve, por um lado, certa maleabilidade intencional que será manipulada distintamente pelos próprios Estados nos contextos específicos em que será aplicado e, por outro lado, uma clara orientação fixada por requisitos necessários para a existência estatal, como contrapeso à autonomia dos Estados na identificação de novos sujeitos. “O Estado é um fenômeno histórico, sociológico e político considerado pelo Direito”.<sup>17</sup> A genérica expressão do conceito

---

14 WARBRICK, 2003, p. 205. Tradução nossa.

15 DIHN; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 417. No mesmo sentido, Crwaford afirma: Os critérios do *status* de Estado são de caráter especial, na medida em que sua aplicação condiciona a aplicação da maioria das outras leis internacionais. Como resultado, os Estados existentes tenderam a manter por si mesmos a maior liberdade de ação possível em relação aos novos Estados. CRAWFORD, 2006, p. 44.

16 Ver KOSKENNIEMI, 2006, p. 224.

17 DIHN; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 417.

apresentada por Pellet evidencia a amplitude e a complexidade deste ente que o Direito Internacional pretende enquadrar em seu sistema normativo. Sob um prisma mais delimitado, Cassese afirma que Estados são “entidades que, além de controlar um território de forma estável e permanente, exerce as principais ‘funções’ executiva e de produção normativa de qualquer ordem legal”.<sup>18</sup> Neste caso, a definição transita entre a caracterização dos parâmetros clássicos e as competências oriundas de sua qualidade estatal. De maneira convergente, Warbrick argumenta que o *status* de Estado abrangge “os critérios para ser um Estado (o que é necessário para ser um Estado) e as consequências de ser um Estado (o que significa ser um Estado)”.<sup>19</sup>

Com efeito, qualquer aspiração de conceituar legalmente o Estado perpassa pelo estabelecimento de critérios para delimitar quais entes poderão ser assim classificados, dentro daquela perspectiva.<sup>20</sup> A referência normativa principal, neste cenário, é o texto da Convenção de Montevideu sobre Direito e Deveres dos Estados, de 1933,<sup>21</sup> particularmente, em seu artigo 1º, que assim estipula: “O Estado como pessoa de Direito Internacional deve reunir os seguintes requisitos. I. População permanente; II. Território determinado; III. Governo; IV. Capacidade de entrar em relações com os demais Estados”.<sup>22</sup> Associadas a este critério geral, noções de legalidade, legitimidade e, sobretudo, efetividade têm sido adotadas na identificação jurídica dos Estados, reduzindo a potencial objetividade na avaliação e no reconhecimento deste *status*.<sup>23</sup> Algumas considerações devem ser registradas no que tange aos critérios gerais estabelecido na Convenção de Montevideu e consagrados na doutrina e na jurisprudência que evidenciam a ausência de qualquer caráter axiomático destes parâmetros.

---

18 CASSESE, 2005, p. 71. Tradução nossa.

19 WARBRICK, 2003, p. 207. Tradução nossa.

20 “Cabe ao direito internacional, não cabendo “criar” o Estado, definir os seus critérios e as suas competências.” DIHN; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 415.

21 Promulgada, no Brasil, pelo Decreto Nº 1.570, de 13 de Abril de 1937.

22 “Tornou-se uma prática comum considerar esta disposição da Convenção de Montevideu, um tratado regional, como uma cristalização do estado do direito internacional consuetudinário e exerceu grande influência sobre o modo como as características legais do estado foram entendidas desde então.” WARBRICK, 2003, p. 221. Tradução nossa.

23 Sobre este tema, Crawford questiona de forma pertinente: “(...) tendo em conta a existência de regras de Direito Internacional que determinam quais são ‘Estados’, seriam essas regras suficientemente seguras para serem aplicadas em casos específicos ou foram mantidas tão incertas ou abertas à manipulação, a fim de não fornecer quaisquer padrões?” CRAWFORD, 2006, p. 44.

### 2.1.1 Os ditames jurídicos da nacionalidade na concepção do conjunto populacional permanente atrelado ao Estado

Na delimitação conceitual trazida por Rezek é possível identificar a imprescindibilidade do elemento populacional como critério preliminar de identificação do Estado enquanto sujeito de Direito Internacional: o Estado é, antes de tudo, um “contingente humano” que coexiste em determinado espaço.<sup>24</sup> A questão relevante que surge nesse contexto é sobre a necessidade de um vínculo jurídico de pertencimento entre a população e o Estado para a conformação a este critério ou se bastaria o caráter permanente dos habitantes daquele território específico. Em que pese a ausência de normas internacionais que imponham obrigações específicas aos Estados para a outorga da nacionalidade a sua população, o elemento que distingue os indivíduos que não integram o “contingente humano” de um Estado daqueles que constituem o conjunto populacional necessário para a existência estatal, para os fins do Direito Internacional, é o vínculo de nacionalidade.

Nas palavras de Edwards, a “nacionalidade define o relacionamento legal ou ‘vínculo legal’ entre o cidadão / nacional e seu Estado, baseado em fatos sociais de pertencimento (...)”.<sup>25</sup> Contudo, mais uma vez, a transigência conceitual permeia as bases da concepção de Estado e enseja a sua adequação contextualizada diante de cada caso. O mesmo autor complementa, neste sentido: “A nacionalidade não tem um significado positivo e imutável. Ao contrário, seu significado e importância mudam com o caráter mutável dos Estados”.<sup>26</sup> Ademais, as decisões de atribuição e perda de nacionalidade são, predominantemente, matéria de “domínio reservado” dos Estados.<sup>27</sup>

---

24 “Estado é contingente humano a conviver, sob a forma de regramento, dentro de certa área territorial, sendo certo que a constituição não passa do cânon jurídico desta ordem.” REZEK, 2014, p. 188.

25 EDWARDS, 2014, p. 11.

26 EDWARDS, 2014, p. 12.

27 Ver, nesse sentido, a Convenção concernente a certas questões relativas aos conflitos de leis sobre nacionalidade, celebrada em Haia, em 1930, e promulgada no Brasil pelo Decreto Nº 21.798/1932, que estabelece, em seu artigo primeiro: “Cabe a cada Estado determinar em suas leis quem são seus nacionais. Esta lei deve ser reconhecida por outros Estados (...)” E continua, no artigo seguinte: “Qualquer questão relativa a determinação se uma pessoa possui a nacionalidade de um Estado deve ser resolvido de acordo com a legislação desse Estado.” Em direção convergente, ver o Parecer Consultivo relativo aos Decretos de nacionalidade promulgados na Tunísia e no Marrocos, de 1923, da Corte Permanente de Justiça Internacional.

Embora seja a nacionalidade o vínculo jurídico que discrimine o coletivo de pessoas que compõem o elemento constitutivo estatal de quaisquer outros conjuntos de indivíduos que não contribuem para a caracterização da qualidade de Estado, é questionável se a outorga de nacionalidade a habitantes regulares de um local é, de fato, imprescindível para a observância do requisito populacional. Tal análise, na prática, torna-se complexa pois, embora uma associação efetiva entre população e Estado seja consagrada e exigida,<sup>28</sup> por se tratar de prerrogativa restrita às (e regidas pelas) normas internas de um Estado,<sup>29</sup> a concessão da nacionalidade à população permanente de determinado Estado, ao menos formalmente, deverá sobrevir a sua criação. Conseqüentemente, a ausência da concessão do título jurídico de nacionalidade aos residentes de determinados territórios em casos de sucessão de Estados não poderia implicar no descumprimento do requisito populacional. Nesse sentido é que afirma Crawford: “A nacionalidade depende do Estado, e não vice-versa.”<sup>30</sup>

Por fim, outro desdobramento que carece menção neste contexto alude à discussão de um possível conteúdo substantivo atrelado à nacionalidade. Restrições às regras de aquisição e perda de nacionalidade, embora pontuais, são aceitas no seio ordenamento jurídico internacional.<sup>31</sup> Resta incerto, porém, se as jurisdições internas dos Estados compartilham alguma obrigação internacional de garantir direitos determinados a seus nacionais. Não há um consenso sobre o tema e, embora aqueles que defendam a existência dessas obrigações apresentem considerável variação em seu escopo, é possível apontar a proteção diplomática e o dever de admissão

---

28 A observância do requisito populacional pelo Vaticano, por exemplo, tem sido alvo de reiteradas críticas em razão da ausência de vínculo efeito de nacionalidade dos residentes habituais daquele Estado, que possuem, eminentemente, um caráter eclesiástico. Ver, nesse sentido, DUURSMA, 1996.

29 Embora condicionada ao respeito a princípios gerais do Direito Internacional. Ver BROWNLIE, 2003.

30 CRAWFORD, 2006, p. 52. Tradução nossa. O autor, ainda sobre esse tema, assim continua: “Uma reconciliação pode ser sugerida nas seguintes linhas. Na ausência de acordo em contrário, as pessoas que residam habitualmente no território do novo Estado adquirem automaticamente a nacionalidade desse Estado, para todos os fins internacionais, e perdem a sua antiga nacionalidade, mas esta está sujeita às normas do novo Estado que delimitará mais especificamente quem ele considerará como seus nacionais.”. CRAWFORD, 2006, p. 53.

31 Como exemplo, tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seus artigos 15 e 20, respectivamente, determinam que ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudá-la. A Convenção Americana vai além, estabelecendo critério obrigatório de outorga de nacionalidade às partes do tratado, no caso de conflito negativo de nacionalidade: “Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.”

em seu território como aspectos que vinculem juridicamente os Estados a seus nacionais.<sup>32</sup>

### 2.1.2. *Utī possidetis* e os parâmetros para determinação do território estatal

O segundo critério basilar prescrito na Convenção de Montevidéu para a atribuição da qualidade de Estado é a determinação de um território efetivamente controlado, de acordo com as normas de Direito Internacional. O princípio da efetividade, contudo, tem sua aplicação mitigada em virtude de contextos específicos. O território de um novo Estado, por exemplo, deverá corresponder ao título legítimo do Estado que o antecedeu naquela parcela territorial – ainda que parcela deste território não esteja, de fato, sob seu incontestável domínio –, considerando que, atualmente, são virtualmente inexistentes áreas que não estejam subordinadas à determinada jurisdição estatal ou reguladas por regimes jurídicos internacionais consolidados.

A aplicação deste princípio, conhecido no Direito Internacional como *uti possidetis iuris*,<sup>33</sup> ocorre inclusive diante de situações controversas em que as fronteiras foram criadas ou redefinidas no processo de colonização, como no caso africano. A manutenção dos contornos existentes à época da descolonização foi preconizada pelos Estados envolvidos pela Resolução da Assembleia dos Chefes de Estado e de Governo da Organização da Unidade Africana de 1964, sobre “Disputas de Fronteiras dos Estados Africanos” que assim determinou:

A assembleia dos Chefes de Estado e de Governo reunida em sua Primeira Sessão Ordinária no Cairo, de 17 a 21 de julho de 1964, (...) consciente da existência de manobras extra-africanas destinadas a dividir os Estados africanos; considerando ainda que as fronteiras dos Estados africanos, no dia da sua independência, constituem uma realidade tangível; (...)DECLARA, de forma solene, que todos os Estados-Membros comprometem-se a respeitar as fronteiras existentes na ocasião de sua conquista da independência nacional.<sup>34</sup>

---

32 EDWARDS, 2014, p. 30.

33 “No Direito Internacional clássico o princípio remete ao Direito Internacional Latino Americano regional e especial, com as raízes históricas formadas em mais de três séculos de governança administrativa sob os impérios Coloniais Espanhol e Português nas Américas.” MCWHINNEY, 2002, p. 231. Tradução nossa.

34 ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA (OUA). Resolução AHG/Res. 16(I). 21 de julho de 1964. Disponível em: <<http://www.peaceau.org/uploads/ahg-res-16-i-en.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2020.



A aprovação da resolução ocorreu a despeito da resistência anunciada no Congresso de Todos os Povos Africanos, em Gana, em 1958, no início do período de descolonização. Naquele contexto, ficou registrado que aquelas são: “fronteiras artificiais desenhadas por poderes imperialistas para dividir povos da África, particularmente, aquelas que cortam grupos étnicos e divide povos do mesmo grupo”.<sup>35</sup>

Assim, a definição do território estatal poderá se sobrepôr ao requisito de efetivo controle e se estabelecer a despeito deste, se aquela autoridade tiver sido instituída por meio de violações às normas de Direito Internacional como, por exemplo, a vedação ao uso da força<sup>36</sup> ou, até mesmo, a preceitos consolidados de sucessão dos Estados.

Por outro lado, a demonstração do efetivo controle da totalidade de um território não é exigido em situações de disputas fronteiriças para o reconhecimento da existência de um Estado.<sup>37</sup> O caso palestino ilustra de forma emblemática este argumento. A Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução 67/19 de 2012, não apenas concede à Palestina o *status* de Estado observador perante às Nações Unidas, como reafirma o direito de autodeterminação do povo palestino e de independência do seu Estado, incluindo sob o seu território ocupado desde 1967, enfatizando a necessidade da retirada Israel do território palestino, abrangendo Jerusalém Oriental. Assim, para o cumprimento do requisito territorial para a constituição de um Estado, seria suficiente o controle efetivo de parcela do território reivindicado, *i.e.*, que o Estado exerça sua autoridade sobre

---

35 MCWHINNEY, 2002, p. 231.

36 Ver a Resolução 68/262 de 2014 da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre “Integridade Territorial da Ucrânia”: “A Assembleia Geral, (...) Recordando as obrigações de todos os Estados nos termos do Artigo 2 da Carta de abster-se em suas relações internacionais da ameaça ou uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado e de resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos; Recordando também a sua resolução 2625 (XXV) de 24 de outubro de 1970, na qual aprovou a Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional sobre Relações Amigáveis e Cooperação entre os Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas e reafirmando os princípios nele contidos que o território de um Estado não será objeto de aquisição por outro Estado resultante da ameaça ou uso da força, e que qualquer tentativa visando a ruptura parcial ou total da unidade nacional e da integridade territorial de um Estado ou país ou na sua independência política é incompatível com os propósitos e princípios da Carta, (...)”

37 Ver Julgamento da Corte Internacional de Justiça dos Casos da Plataforma Continental do Mar do Norte (Alemanha/Dinamarca; Alemanha/Holanda), de 1969, parágrafo 46: “(...) não existe uma regra segundo a qual as fronteiras terrestres de um Estado devem ser totalmente delimitadas e definidas, e muitas vezes em vários lugares e por longos períodos não são, como é demonstrado pelo caso da entrada da Albânia na Liga das Nações

alguma porção de terra, independente do seu tamanho ou da incerteza de seus contornos.<sup>38</sup>

Sobre as proporções do território estatal, importante ressaltar a inexistência de qualquer norma que prescreva um limite mínimo. Contanto que o Estado seja soberano sobre aquele território, sua extensão é irrelevante. Evidencia tal constatação a notória existência de Estados como Nauru,<sup>39</sup> Tuvalu<sup>40</sup> ou até mesmo Liechtenstein<sup>41</sup>. A continuidade territorial, tampouco, influencia neste critério para atribuição da qualidade de Estado.<sup>42</sup> Nos termos da consagrada expressão: “a soberania vem em todas as formas e tamanhos”.<sup>43</sup>

Conclui-se, com efeito, que o requisito territorial na determinação do *status* de Estado no Direito Internacional relaciona-se mais com existência de uma parcela de terra qualquer em que o Estado possa exercer sua autoridade soberana do que com a estipulação de limites técnicos ou parâmetros concretos do que venha a constituir um território. Tem-se, portanto, uma relação direta com o próximo elemento que será discutido, qual seja, o governo.

### 2.1.3 Arquétipos exíguos no balizamento do exercício ‘suficientemente’ efetivo da autoridade governamental

O exercício efetivo da autoridade estatal sobre uma população permanente em um território determinado é o terceiro critério consagrado para atribuição do *status* de Estado que foi traduzido pela Convenção de Montevideu no seguinte epítome: *governo*. O requisito da efetividade enseja, aqui, interpretações divergentes no que tange às balizas para atestar a observância do critério. É certo que governos relativamente ineficientes são, historicamente, tolerados sem implicações de rejeição à qualidade de Estado. A Re-

---

38 Ver SHAW, 2010, p. 149.

39 A ilha de Nauru possui de 21 quilômetros quadrados.

40 A extensão territorial de Tuvalu é de 26 quilômetros quadrados.

41 As fronteiras de Liechtenstein circunscrevem um território de 160 quilômetros quadrados.

42 Vide, a título de exemplo, a delimitação do território dos Estados Unidos que inclui o Alasca como um dos estados federados. O tamanho reduzido e a fragmentação territorial, contudo, podem dificultar o alcance e a manutenção da independência de um Estado. “Uma razão dada pelo Reino Unido para o não reconhecimento de um dos bantustões, Bophuthatswana, era seu território desconectado e fragmentado (...) Mas nenhum dos bantustões foi internacionalmente reconhecido, fragmentado ou não. A fragmentação pode ser uma indicação de alguma outra deficiência, mas não é, por si só, determinante contra uma reivindicação do *status* de Estado.” CRAWFORD, 2006, p. 45.

43 CRAWFORD, 2006, p. 45.

pública da China permaneceu, durante mais de 20 anos, como o governo legítimo do Estado chinês perante às Nações Unidas, mesmo sem exercer controle sobre a parcela continental do país. No mesmo sentido, a Croácia foi reconhecida como Estado pelas Nações Unidas antes de demonstrar qualquer autoridade sobre parcelas significativas do território reclamado.

Por outro lado, governos autônomos e efetivos, reiteradamente, tiveram negados seus pleitos por reconhecimento enquanto Estados soberanos, em razão de considerações sobre a legalidade e legitimidade daquela autoridade prevacente. A Resolução 217 do Conselho de Segurança da ONU de 1965 sobre o caso da Rodésia do Sul é emblemática pois “condena a usurpação do poder por uma minoria racista da Rodésia do Sul e considera a declaração de independência feita por esta como tendo nenhuma validade.” A condição de Estado foi negada à Rodésia do Sul com fundamento claro de ilicitude<sup>44</sup> na conduta dos grupos no poder, independente de qualquer apreciação da efetividade do seu controle sobre a região.

O critério torna-se controvertido, portanto, pelo fato da discussão envolver, necessariamente, dois aspectos: “o exercício real da autoridade e o direito ou título para exercer essa autoridade”.<sup>45</sup> Nenhuma destas perspectivas é, isoladamente, suficiente. Diante deste contexto, Crawford buscou identificar padrões históricos relativos à aplicação desta noção geral nos casos concretos que serviriam de referência para compreensão do tema em suas manifestações limítrofes: primeiramente, se há uma oposição ou resistência de outros Estados à concessão do título estatal a determinada entidade, o requisito de efetividade será aplicado de forma significativamente mais rigorosa; em contrapartida, o critério será flexibilizado, mesmo diante da ausência de controle efetivo do território em questão, quando a autoridade tiver sido concedida e consentida pelos demais Estados envolvidos no caso; por fim, a exigência de um governo efetivo será apreciada de forma muito mais estrita no contexto da criação de um novo Estado do que perante um cenário de continuidade ou extinção de um Estado estabelecido.<sup>46</sup>

---

44 “A ilegalidade decorreu de dois aspectos da lei da autodeterminação, um reforçando o outro - a reivindicação de independência havia sido estabelecida sem o consentimento das pessoas do território como um todo e o governo (autoridade) real tinha uma base racial discriminatória.” WARBRICK, 2003, p. 225. Tradução nossa.

45 CRAWFORD, 2006, p. 57. Tradução nossa.

46 CRAWFORD, 2006, p. 59.

Não obstante, a existência de um governo tem efeitos práticos substanciais, sendo, *inter alia*, elemento imprescindível para o estabelecimento de relações internacionais regulares, na medida em que é o governo que, na prática, representa aquele Estado nos fóruns internacionais e na celebração de tratados. Conclui-se, portanto, que a condição de Estado não se restringe a uma esfera puramente factual, nem, tampouco, define-se em um prisma estritamente legal. Uma pretensão juridicamente pertinente de consagração do Estado estará condicionada aos elementos fáticos correlatos. “Como outros direitos territoriais, o governo, como condição prévia para o Estado é, além de um certo ponto, relativa”.<sup>47</sup>

Com efeito, um governo efetivo em território com uma população permanente atrelada não se traduz, invariavelmente, na figura de um Estado. Um atributo que permeia todos os demais requisitos ainda se faz necessário e apresenta-se como aspecto verdadeiramente distintivo do Estado enquanto sujeito de Direito Internacional. Este atributo foi simplificado na Convenção de Montevideu na forma de um de seus corolários – a capacidade de estabelecer relações com os demais Estados. Entretanto, trata-se de um conceito muito mais abrangente e multifacetado, qual seja, soberania estatal.

#### 2.1.4 Soberania revista como elemento distintivo e diacrônico na determinação da qualidade de Estado

Shaw remete à Comissão de Arbitragem da Conferência Europeia sobre a Iugoslávia, em seu Parecer nº 1, para definir o Estado como “uma comunidade formada por um território e uma população sujeitos a uma autoridade política organizada”, ressaltando que “a característica de tal Estado é a soberania”.<sup>48</sup> Pellet afirma que, “para os Estados, a personalidade jurídica deriva diretamente da sua existência e caracteriza-se pela soberania;” sendo esta um fato apenas reconhecido pelo Direito.<sup>49</sup> Crawford prefere adotar o termo “independência”, como “a condição normal dos Estados de acordo com o direito internacional”, reconhecendo que “também pode ser descrito como soberania (*suprema potestas*), ou soberania externa, pelo qual se

---

47 CRAWFORD, 2006, p. 61.

48 SHAW, Malcolm. Direito Internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 148.

49 DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 413.

entende que o Estado está subordinado a nenhuma outra autoridade a não ser a do direito internacional”.<sup>50</sup> A notória passagem da decisão arbitral no caso Ilha de Palmas é categórica: “A soberania nas relações entre os Estados significa independência (...)”. Entendimento semelhante é compartilhado por Koskenniemi, que embora reconheça a dificuldade na determinação do significado de soberania, destaca que a “soberania geralmente está relacionada com as ideias de independência (‘soberania externa’) e autodeterminação (‘soberania interna’).”<sup>51</sup>

Uma delimitação conceitual precisa de soberania não é, neste ponto, tarefa que preste função relevante. Como pertinentemente ressaltado na importante obra de Bruno Simma, enfoque excessivo usualmente é dado à noção e ao conceito jurídico de soberania, quando, devera, esta integra uma dimensão política que, paradoxalmente, não raro desafia o controle legal.<sup>52</sup> É, inclusive, questionável a ideia de que o termo “soberania” tenha um conteúdo fixo e determinado.<sup>53</sup> Mais oportuna é a percepção da necessária presença dos atributos da soberania permeando todos os requisitos estatais para que estes sejam, efetivamente, elementos constitutivos do Estado. Em outras palavras, não basta um governo sobre uma população permanente em um território determinado. Com efeito, este arranjo deve ser marcado pela soberania, manifesta pela competência exclusiva do Estado em relação ao seu próprio território, pela não subordinação legal a

---

50 CRAWFORD, James. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 65. Tradução nossa. A preferência pelo termo independência é assim justificada pelo autor: “O termo ‘soberania’ às vezes é usado no lugar da ‘independência’ como critério básico para o estado. No entanto, tem outro significado mais satisfatório como uma incidência ou consequência do Estado, ou seja, a competência plenária que os Estados possuem à primeira vista. (...) é melhor usar o termo ‘independência’ para denotar o pré-requisito para o *status* de Estado e ‘soberania’ a incidência legal.” *Idem*, p. 89.

51 KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 240. Tradução nossa. A estreita relação entre Estado e soberania não é peculiaridade dos autores contemporâneos. Grotius já preconizava que “o tema comum do poder soberano é o Estado, que já foi dito ser uma perfeita sociedade de homens.” GROTIUS, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Kitchener: Batoche Books, 2001, p. 41. Tradução nossa.

52 SIMMA; KHAN; NOLTE; PAULUS, 2012. Ainda sobre o tema, a obra continua nos seguintes termos: “Em outras palavras, a soberania, como um conceito jurídico é caracterizado por uma tensão entre o esforço legal de definir, e portanto limitar, os poderes da entidade que alega ser soberana, e a tentativa (ao menos ocasional) da soberania de evadir o controle exercido pelas regras e procedimentos legais, ou alterar o direito de acordo com seus interesses. Não perceber este lado indomado da soberania significa não compreendê-la”.

53 “A expressão ‘soberania’ ou qualquer definição dela não pode ter conteúdo fixo que seja ‘automaticamente’ aplicável. Não é somente que ela seja ambígua ou tenha uma penumbra de incerteza sobre ela. Simplesmente, não há um significado fixo, nem uma extensão natural da soberania.” KOSKENNIEMI, 2006, p. 242. Tradução nossa.

autoridade de outro Estado, pelo potencial legal de exercer os corolários da personalidade jurídica estatal. A capacidade de estabelecer relações com outros Estados, nos termos definidos pela Convenção de Montevideú, não seria, nesse contexto, nada além do que uma dimensão das faculdades inerentes ao Estado soberano. Krasner refere-se a este aspecto como “soberania internacional legal”,<sup>54</sup> relativa ao reconhecimento de um Estado pelo outro como um par.

Cabe ressaltar, nesta matéria, cenários que podem colocar em xeque a soberania, enquanto elemento distintivo da condição de Estado, diante de limitações às prerrogativas vinculadas à independência estatal. Destarte, a subordinação do Estado ao Direito Internacional não se coloca, em nenhuma hipótese, como ameaça a soberania do Estado. Ao contrário, a capacidade de assumir compromissos internacionais é um atributo da soberania. Nem, tampouco, tem qualquer impacto legal na concepção jurídica de soberania a dependência *de fato* que marca a relação entre determinados Estados – fenômeno comum em uma sociedade internacional em que a assimetria de poder é acentuada.<sup>55</sup> Entretanto, a noção de soberania compreende não apenas aquilo que Crawford se refere como “independência formal”, mas também a “independência real”, sendo a primeira objetivamente identificada sob parâmetros de legalidade e a segunda apreciada quantitativamente, *i.e.*, “um grau mínimo de poder governamental real à disposição das autoridades do Estado que é necessário para qualificá-lo como ‘independente’”.<sup>56</sup>

A independência formal será ameaçada quando existir uma reivindicação do direito de exercer autoridade governamental em determinado território por mais de um Estado. Qualquer reivindicação de independência de Taiwan, por exemplo, encontra obstáculo na concorrente demanda pelo reconhecimento da autoridade da República Popular da China sobre aquele território. Da mesma forma, a lícita concessão de poder discricionário a outro Estado para intervir ou conduzir os assuntos internos de um território configura, igualmente, uma afronta à ideia de independência formal. É evidente, assim, incompatibilidade entre a subordinação institucionalizada de Porto Rico aos Estados Unidos e qualquer pretensão de caracterização daquele território como formalmente independente.

---

54 KRASNER, 1999, p. 3.

55 Para desdobramentos políticos destas relações desiguais, ver SEITENFUS, 2002.

56 CRAWFORD, 2006, p. 72. Tradução nossa.

A independência real, por outro lado, é minimamente exigida e apenas será contestada a ponto de comprometer a soberania estatal quando o exercício do poder no território tiver relação com alguma ilegalidade substancial, em violação às regras gerais do Direito Internacional, como, por exemplo, uma ocupação beligerante.<sup>57</sup> O caso de outorga de independência aos bantustões pela África do Sul e a conseqüente rejeição por parte da ONU da validade dessa declaração exemplifica este ponto. Embora a quase absoluta dependência econômico-orçamentária fosse suficiente para implicar na ausência de independência real daqueles territórios, a negação de toda a comunidade internacional (à exceção da própria África do Sul) em reconhecer o *status* de independência dos bantustões se deu, na realidade, em razão de tal ação representar clara violação a preceitos gerais do Direito Internacional, uma vez oriunda da política do *apartheid*.

Os consagrados critérios de determinação do *status* de Estado no Direito Internacional, portanto, são marcados pela maleabilidade conceitual e pela variabilidade dos efeitos jurídicos diante de diferentes conjunturas. Isto reflete a fragilidade da pretensão de regulação das condições de existência do Estado pelo Direito Internacional. Como bem coloca Pellet, a definição de Estado “revela-se mais útil para distinguir os Estados de outras entidades concorrentes do que para demonstrar a sua existência”.<sup>58</sup>

O que os exemplos históricos de aplicação destes requisitos demonstram é que a existência de um Estado não está circunscrita a parâmetros estritamente jurídicos, mas também não depende simplesmente de uma constatação fática. Nas palavras de Warbrick: “os elementos factuais por si mesmos não são absolutamente objetivos em seu conteúdo - questões como a eficácia são capazes de apreciações distintas, mas genuínas, entre diferentes Estados”. Remetendo ao trabalho de Ian Brownlie, o autor continua: “nenhum dos critérios parece peremptório, de modo que um Estado pode continuar a considerar uma entidade como um Estado, mesmo que um (ou mesmo mais) dos critérios (...) não sejam satisfeitos”.<sup>59</sup> A insuficiência das visões factual e legal, isoladamente, é corroborada por uma análise do clássico debate acerca do papel do reconhecimento dos Estados, objeto da próxima seção.

---

57 CRAWFORD, 2006, p. 72.

58 DIHN; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 418.

59 WARBRICK, 2003, p. 230. Tradução nossa.

## 2.2 A condição de Estado como um estatuto jurídico geral de determinação circunstancial

Uma vez determinados os critérios (mesmo que contingentes) para a determinação da qualidade de Estado, a indagação que sucede diz respeito ao papel dos próprios Estados em apreciar a satisfação destes requisitos no caso concreto e, conseqüentemente, atribuir tal condição às entidades postulantes a este estatuto jurídico.

As respostas dadas pela doutrina a esta proposição são tradicionalmente inseridas em categorias dicotômicas vinculadas às teorias constitutivas e declaratórias. Esta última relaciona a personalidade jurídica dos Estados a identificação de características objetivas, reduzindo o papel do reconhecimento estatal à constatação da existência ou não destas circunstâncias. As teorias constitutivas, por outro lado, vinculam a existência do Estado ao título jurídico outorgado por meio do reconhecimento de outro Estado. Trata-se de um *status* legalmente condicionado, conquanto atrelado ao ato do reconhecimento.

Se a existência de um Estado for considerada uma condição puramente objetiva, o reconhecimento dos demais Estados constitui um ato meramente declaratório, de constatação de uma realidade factual. Esta interpretação, no entanto, não corresponde à realidade internacional. Isto implicaria que toda entidade, uma vez que exerça poderes de maneira efetiva semelhante a dos Estados, estaria inserida no sistema normativo internacional e sujeita aos direitos e às restrições que o Direito Internacional impõe aos Estados, o que, na prática, não se confirma. “A medida de sua personalidade deve ser avaliada em relação ao contexto legal em que operam, o que, em grande parte, dependerá do consentimento de outros atores, principalmente dos Estados”.<sup>60</sup>

Por outro lado, se couber exclusivamente aos Estados a determinação do *status* legal ou das conseqüências jurídicas em cada caso, o Direito Internacional restaria, igualmente, subjugado à dinâmicas políticas de tomada de decisão pois apenas vestiria de roupagens jurídicas o que os interesses particulares apontam como pertinentes. Em grande parte por essas razões que, no seio da ONU, no início de suas atividades, foram feitas tentativas para que as reivindicações de reconhecimento de novos Estados fossem respondidas de forma centralizada, *i.e.*, por um órgão coletivo da

---

60 RONEN, 2013, p. 24. Tradução nossa.



comunidade internacional agindo em nome de todos os seus membros. Na ocasião da Conferência Dumbarton Oaks, a Noruega propôs que os Estados-Membros atribuíssem às Nações Unidas a autoridade exclusiva para reconhecer novos Estados.<sup>61</sup> “A ideia atraiu pouco apoio. A despeito desta e de propostas similares como a de Hersch Lauterpacht, a posição tradicional – reconhecimento como um ato unilateral e discricionário – foi deixada sem alterações”.<sup>62</sup>

Koskenniemi traz uma análise oportuna acerca da limitação das correntes clássicas que analisam as implicações legais do reconhecimento dos Estados. Para ele, “embora pareçam, preliminarmente, contraditórias, eles perdem esse caráter durante o argumento e vêm a depender uma da outra de tal forma a impossibilitar a preferência por qualquer uma delas”.<sup>63</sup> Isto porque, ele argumenta, cada uma das teorias parte de premissas insustentáveis, se analisadas separadamente. Se a emergência dos Estados for considerada uma questão factual, este seria um fenômeno extralegal, um evento sociológico não subordinado à ordem jurídica. Bastaria um certo grau de efetividade para uma entidade ser considerada, *ipso facto*, um Estado.<sup>64</sup>

Esta visão implicaria em uma de duas situações possíveis, ambas inaceitáveis: ou a existência do Estado pautar-se-ia em uma visão naturalista de que os fatos seriam “auto-evidentes”, ou cada entidade poderia, sem embargo, com base na autodeterminação, atestar a sua própria existência de fato. Uma vez inexistentes parâmetros legais para a identificação do Estado, a rejeição a uma reivindicação desse *status* seria violação injustificada ao princípio da autodeterminação dos povos, hipótese incompatível com as normas gerais consagradas no Direito Internacional. Com efeito, para que a condição de Estado gere consequências jurídicas, ela deve corresponder a critérios externos.<sup>65</sup>

A abordagem legalista, por seu turno, parte da premissa de que o direito antecede ao *status* de Estado. Assim, apenas a apreciação por parte dos demais Estados seria capaz de conceder tal qualidade a uma entidade. Mas se o reconhecimento é constitutivo, o modelo não respeita a princípio

---

61 GRANT, 2015, p. 193.

62 GRANT, 2015, p. 193. Tradução nossa.

63 KOSKENNIEMI, 2006, p. 272. Tradução nossa.

64 KOSKENNIEMI, 2006, p. 275.

65 KOSKENNIEMI, 2006, p. 273.

da igualdade e a liberdade originária da nova entidade, nem seu direito à autodeterminação, pois a identificação do ente como Estado torna-se dependente das interpretações políticas dos demais Estados.

A construção do argumento de Koskenniemi culmina na mesma crítica que perpassa pelas tentativas apresentadas de regulação de existência do Estado pelo Direito Internacional: elas acabam “se dissolvendo em política”.<sup>66</sup> Nas palavras de Pellet: “Os Estados guiados por esta preocupação de preeminência em relação aos outros sujeitos de Direito Internacional não se contentarão com uma definição baseada em critérios ‘objetivos’”. Na prática, Pellet preconiza que os Estados “introduzirão nesta definição elementos mais subjetivos, autorizando-os a manter um certo controle no aparecimento dos Estados por uma espécie de direito de cooptação”.<sup>67</sup>

Nesse ensejo, não é surpresa o fato de que as tentativas de codificar regras sobre o reconhecimento têm sido rejeitadas.<sup>68</sup> A Convenção de Montevideu, em seu Artigo 7º, não auxilia na determinação dos contornos legais do reconhecimento. Ao contrário, o torna ainda mais amplo, na medida em que estabelece que o reconhecimento pode ser expresso ou tácito, sendo este último resultado de qualquer ato que implique na intenção de reconhecer um novo Estado. As cortes internacionais, do mesmo modo, têm considerado as questões relativas ao reconhecimento de forma adstrita às demandas particulares, sem qualquer “objetivo de sistematizar a matéria”.<sup>69</sup>

O aparente contraste entre as teorias constitutiva e declaratória demonstra a insuficiência destas correntes para abarcarem toda a complexa realidade interestatal dentro de suas premissas. Ademais, o debate contribui para corroborar o argumento de que a qualidade de Estado se apresenta como um estatuto jurídico geral cuja determinação é menos técnico-jurídica do que circunstancial. Sob este mesmo prisma, na próxima parte deste trabalho, será discutida a existência de direitos e deveres inerentes à condição de Estado no sistema internacional. Por razões semelhantes, pretensões de apontamentos precisos sobre estes preceitos têm se mostrado igualmente frágeis.

---

66 KOSKENNIEMI, 2006, p. 278.

67 DIHN; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 418.

68 Ver, nesse sentido, as propostas rejeitadas de Panamá e Índia nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU para proposta de Declaração sobre Direitos e Deveres dos Estados.

69 GRANT, 2015, p. 199.

### 3. A precária determinação de existência de direitos e deveres inerentes à condição de Estado no sistema internacional

A questão que serve de ponto de partida para esta seção é a seguinte: existe algum conteúdo substancial inerente à condição de Estado no sistema normativo internacional? Uma resposta positiva auxiliaria no processo de significação do Estado no Direito Internacional. A personalidade jurídica estatal exprimiria, assim, direitos e deveres, compartilhados por todos aqueles que pertençam a essa categoria de sujeitos. Se o melhor entendimento dos limites dos critérios e do processo de reconhecimento dos Estados auxilia na apreensão “do que é preciso para ser um Estado”, o estudo dos direitos e deveres intrínsecos ao estatuto jurídico estatal é fundamental para abordar a questão “do que significa ser um Estado”.<sup>70</sup>

Algumas das prerrogativas estatais já foram abordadas na seção anterior. Isto porque certos aspectos podem ser analisados, por um lado, como elemento constitutivo do Estado e, por outro, como atributo compartilhado entre todos que possuem este *status*. A capacidade de estabelecer relações com outros Estados é requisito arrolado na Convenção de Montevideu e, ao mesmo tempo, é faculdade inerente à personalidade jurídica estatal. Se todo Estado possui, por direito,<sup>71</sup> capacidade jurídica plena para realização de atos na esfera internacional, esta prerrogativa, obviamente, servirá de critério para identificação dos Estados. No mesmo sentido, tem-se a relação entre o requisito do território determinado e o direito estatal à integridade territorial (manifestações distintas de uma mesma premissa – legitimidade do poder estatal exercido em um território determinado –, cuja correlação mostra-se ainda mais evidente tendo em vista a paridade das circunstâncias em que ambas têm sua observância flexibilizada).<sup>72</sup> O mesmo aplica-se, na orbe dos deveres estatais, à subordinação do Estado

---

70 WARBRICK, 2003.

71 A capacidade para firmar compromissos internacionais, por exemplo, encontra-se consagrada no art. 6º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados nos seguintes termos: “Todo Estado tem capacidade para concluir tratados”.

72 Esta correlação, contudo, encontra resistência por parte da doutrina. Ver, nesse sentido, TRINDADE, 2005, p. 117: “Isto em nenhum sentido corrompe a norma geral de Direito Internacional pela qual cada Estado membro da comunidade internacional está sob o dever de respeitar a integridade territorial dos outros Estados. Esse dever conta com o reconhecimento judicial, e, como corretamente afirmado por J. Barberis, tal norma ‘não deriva da natureza legal do território do Estado’, sendo ao invés, norma geral do próprio direito das nações”.

à ordem jurídica internacional – esta não é apenas uma obrigação comum aos Estados, mas configura um caráter incorporado a ideia de independência estatal, enquanto limite do exercício de sua autonomia.

Isto posto, dois predicados estatais, diretamente relacionados, se expressam no sistema normativo internacional como princípios gerais basilares que deverão ser assegurados a todos aqueles quem tenham reconhecida sua personalidade jurídica estatal, quais sejam, os princípios da equidade e da autodeterminação. As diferentes abordagens adotadas na aplicação destes princípios, outrossim, demonstram suas feições diacrônica e circunstancial. Esta presente parte será dividida, portanto, em duas seções. A primeira irá focar na desconstrução de presunções materiais da concepção de igualdade soberana entre Estados, enquanto a segunda será dedicada à releitura do princípio da autodeterminação, destacando a não ingerência em assuntos internos como uma forma de expressão contemporânea do princípio.

### 3.1 A desconstrução de presunções materiais e políticas da concepção de igualdade soberana entre Estados

A igualdade dos Estados é um corolário da soberania, que se encontra assentada na concepção clássica de não subordinação dos Estados a qualquer de seus pares. Consequentemente, impõe-se uma relação horizontal entre eles.<sup>73</sup> No período pós-westfaliano, o princípio encontrou respaldo filosófico nos dois grandes projetos teóricos da época: naturalismo e positivismo.<sup>74</sup> É possível reconhecer, ainda, correlação direta com a premissa de liberdade na esfera internacional (limitada apenas pelo próprio Direito Internacional), em sentido análogo àquele defendido pelo individualismo liberal.<sup>75</sup> Sua consagração convencional se deu por meio da Carta das Nações Unidas, em seu artigo 2 (1): “A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros”. O reconhecimento da igualdade

---

73 “É um lugar comum no direito internacional que os estados são iguais ou, pelo menos, eles possuem algo chamado igualdade soberana. Esta forma de igualdade é um princípio fundamental da ordem jurídica internacional.” SIMPSON, 2004, p. 26. Tradução nossa.

74 Ver SIMPSON, 2004, p. 32.

75 “Os direitos de um indivíduo devem ser independentes de credo, cor ou política. O fato de ser um ser humano é suficiente para fundamentar seus direitos humanos e seu *status* como sujeito jurídico.” KOSKENNIEMI, 2006, p. 229. Tradução nossa.

é fruto, nos termos de Fassbender, de “um compromisso político em favor da paz – um acordo para ignorar, dali em diante, de um ponto de vista legal, certas diferenças reais que antes tiveram relevância legal”.<sup>76</sup>

Mas o que significa esta igualdade? A passagem da obra de Vattel, citada de forma recorrente por autores contemporâneos, tenta ilustrar o sentido do princípio: “Um anão é homem na mesma medida que um gigante o é; uma pequena república é um Estado soberano da mesma forma que o mais poderoso reino”. É incontestável que o princípio não pretende assegurar uma igualdade material entre os Estados. Obviamente, os Estados possuem capacidades materiais e políticas discrepantes. Como afirma Warbrick: “Em termos materiais, a igualdade dos Estados é manifestamente uma ficção”.<sup>77</sup>

A Resolução 25/2625 da Assembleia Geral da ONU, que adotou a Declaração sobre Princípios do Direito Internacional relativos à Cooperação entre Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas, pleiteou apontar os componentes que constituem o princípio da igualdade soberana entre Estados: a) Os Estados são juridicamente iguais; b) Cada Estado goza dos direitos inerentes à plena soberania; c) Cada Estado tem o dever de respeitar a personalidade de outros Estados; d) A integridade territorial e a independência política do Estado são invioláveis; e) Cada Estado tem o direito de escolher e desenvolver livremente seus sistemas políticos, sociais, econômicos e culturais; f) Cada Estado tem o dever de cumprir de forma plena e de boa fé as suas obrigações internacionais e viver em paz com outros Estados.

Esta abordagem adotada pela Assembleia é tão abrangente quanto abstrata. De certo, suas implicações são, sobretudo, formais. A premissa é de que todos os Estados partem de um nível básico de igualdade, de *status* jurídicos iguais. Contudo, nem mesma a igualdade formal pode ser compreendida em termos absolutos. Não há, com efeito, correspondência estrita entre o princípio da igualdade e direitos procedimentais. Em outras palavras, a igualdade de representação, voto e contribuição para os trabalhos de organizações e conferências internacionais possui escopo limitado.<sup>78</sup> No sistema das Nações Unidas, assim como na Liga das Nações

---

76 FASSBENDER, 2012, p. 141.

77 WARBRICK, 2003, p. 211. Tradução nossa.

78 A paridade de votos em organizações internacionais, por exemplo, não é uma expressão desta igualdade formal. “Os Estados podem concordar com direitos de voto desiguais, tornando-se membros de organizações com votação ponderada (Nações Unidas, Banco Mundial...)”. CRAWFORD, 2006, p. 41.

que a precedeu, “a existência de poderes precípuos e o seu papel especial foram reconhecidos jurídica e formalmente”.<sup>79</sup>

Análise semelhante pode ser feita acerca da capacidade dos Estados de criar o direito. A igualdade formal, nesta esfera, é mitigada pela realidade da sociedade internacional. A decisão da Corte Internacional de Justiça, nos casos da Plataforma Continental do Mar do Norte, corrobora esta perspectiva ao afirmar que a prática das grandes potências e dos Estados diretamente envolvidos em determinada temática é significativamente mais relevante para a criação do costume. Em outros termos: “Os Estados mais fortes sempre terão uma influência proporcional à sua condição, no mínimo por serem suas preocupações muito mais amplas, seus interesses, mais profundos, e seu poder, mais eficaz que os de outros Estados”.<sup>80</sup>

Deste modo, em que pese considerações acerca da função crucial que o princípio da igualdade possui para que o direito abranja todas as entidades soberanas, dando conteúdo a personalidade estatal,<sup>81</sup> sequer sua concepção formal possui contornos objetivos definidos. Sob a ótica material e política, não existe, na prática, qualquer fundamento que justifique uma interpretação extensiva que compreenda a igualdade real entre os Estados como uma consequência jurídica pretendida com a aplicação do princípio.<sup>82</sup>

### 3.2 A não ingerência em assuntos internos como expressão da releitura contemporânea do princípio da autodeterminação

O princípio da autodeterminação é uma faculdade estatal substancial, na medida em que constitui fundamento basilar do Direito Internacional e enseja as mais diversas reivindicações individuais inseridas sob a sua égide. Tal preceito já serviu de fundamento basilar para as lutas descolonizadoras, legitimando a resistência dos povos à dominação externa. Esta leitura, no entanto, tem sua importância fragilizada para além do contexto colonial. Em seu sentido originário, trata-se de um processo único para cada território que se justifica, justamente, pela conjuntura peculiar. Cançado

---

79 FASSBENDER, 2012, p. 143.

80 SHAW, 2010, p. 161.

81 WARBRICK, 2003, p. 211.

82 “Isso não quer dizer que o direito internacional seja indiferente a essas desigualdades materiais ou que não existam instituições legais destinadas a mitigar tais desigualdades.” SIMPSON, 2004, p. 32. Tradução nossa.

Trindade faz uma distinção entre os casos envolvendo autodeterminação e os casos envolvendo secessão. O primeiro caso aplica-se “ao contexto da descolonização com referência específica à conquista da autodeterminação pelos povos de territórios dependentes ou sem governo próprio”. Por outro lado, os casos de secessão referem-se as reivindicações de autodeterminação dentro de um Estado já independente, colocando em perigo sua unidade e integridade territorial. A concepção corrente do princípio da autodeterminação não comporta este último tipo de pretensão, sob o risco de incitar o desmembramento de Estados independente – embora, como ressalta Trindade, “a linha divisória entre os dois tipos de conflito pode mostrar-se difícil de traçar (...)”.<sup>83</sup>

Atualmente, a autodeterminação pode ser concebida dentro do seu conteúdo residual que não restou descaracterizado fora do contexto colonial ou de dominação ilícita. A Declaração sobre Princípios do Direito Internacional relativos à Cooperação entre Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas contribui, neste caso, no exame deste conteúdo. A delimitação do princípio trazida pela resolução inicia-se com o seguinte teor:

Em virtude do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos consagrados no Código das Nações Unidas, todos os povos têm o direito de determinar livremente, sem interferência externa, o seu estatuto político e prosseguir o seu desenvolvimento econômico, social e cultural e todo Estado tem o dever de respeitar este direito de acordo com as disposições da Carta.<sup>84</sup>

No mesmo sentido, a Resolução 1514 (XV) de 1960 da Assembleia Geral das Nações Unidas, estabeleceu que: “2. Todos os povos têm o direito de autodeterminação; por virtude desse direito eles determinarão livremente seu *status* político e buscarão livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. O cerne de uma leitura contemporânea, portanto, do princípio da autodeterminação restringe-se ao direito de todo Estado de decidir suas questões internas.

A não-intervenção em assuntos internos de outros Estados não seria, assim, apenas um mandamento convergente, mas uma forma de expressão

---

83 TRINDADE, 2014, p. 114.

84 ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 26/25 (XXV). 24 de outubro de 1970. Disponível em: <<https://www.un.org/ruleoflaw/files/3dda1f104.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2020

da concepção contemporânea da autodeterminação.<sup>85</sup> “O direito exclusivo do Estado de decidir quais atos devem ter lugar em seu território é praticamente incontestável (...). O próprio termo ‘intervenção’ sugere a ideia de ilicitude do ato”.<sup>86</sup> Este princípio remete, por conseguinte, à prerrogativa do Estado de definir-se da maneira que lhe convier, sobre “sua religião, seu sistema político, seus arranjos econômicos, os principais elementos de sua jurisdição doméstica”.<sup>87</sup> Assim, a autodeterminação se traduz no gozo de um conjunto de direitos, liberdades e competências, na esfera doméstica, que não comporta restrições internacionais. Mas quais questões devem ser, de fato, imunes a ingerência internacional? Quais os limites dos assuntos internos dos Estados? A resposta de Shaw a essa questão demonstra a ausência de qualquer proposição jurídica axiomática: “Trata-se de questão disputada e, de qualquer modo, os critérios para respondê-la mudam constantemente”.<sup>88</sup>

Tentativas de estabelecer estes contornos tangenciam outro conceito controverso do Direito Internacional: o domínio reservado dos Estados. Cançado Trindade, em detido estudo sobre o tema, conclui que são inexistentes balizas jurídicas que de fato indiquem as questões pertinentes ao domínio reservado e as distingam de assuntos em que a ingerência internacional é legítima.<sup>89</sup> Existe concordância significativa na doutrina somente em relação ao fato de que o espectro temático que remete exclusivamente ao Estado, não comportando regramento internacional, está em contínuo processo de redução, se é que ainda exista.

#### 4. Conclusão

Esta condição de permanente contingência é o que torna o Direito Internacional, ao mesmo tempo, frustrante e intrigante. Intrigante, na medida em que são vários os caminhos possíveis neste processo, e muitos outros, ainda impensados, certamente emergirão. Frustrante pelo fato de raramente servir a expectativas pretensiosas, geralmente atribuídas ao Direito, de dar

---

85 Ver, nesse sentido, DIHN; DAILLIER; PELLET, 2003.

86 KOSKENNIEMI, 2006, p. 237. Tradução nossa.

87 KOSKENNIEMI, 2006.

88 SHAW, 2010, p. 159.

89 Ver TRINDADE, 2014, p. 90.



respostas concretas, efetivas e elaboradas a situações complexas. Os temas relacionados à qualidade estatal ressaltam, sobremaneira, estas facetas.

As tentativas de consolidar, no arcabouço do Direito Internacional, uma definição jurídica de Estado, o papel do reconhecimento dos pares e os direitos e as obrigações inerentes a esta condição consistem em esforços, de fato, lancinantes pois perpassam pelo desafio de sistematizar uma realidade plural, desigual, inconstante e repleta de nuances. Abordagens que enalteçam os aspectos jurídicos do debate, independentemente das diferentes conjunturas em que essas questões são colocadas na prática, estão sujeitas à sublimação, louváveis pelos princípios que abarcam, mas completamente distantes e, portanto, inaplicáveis à realidade social que visam regular. Perspectivas cujo enfoque seja descrever tal realidade dentro do espectro do direito, contudo, são apenas frágeis e oscilantes representações das relações interestatais, não servindo a qualquer propósito juridicamente relevante. O arranjo resultante deste cenário é aquilo que este trabalho evidenciou: diretrizes gerais consagradas e reproduzidas na doutrina, na jurisprudência e nas manifestações normativas sobre o tema, determinando aspectos jurídicos superficiais dos Estados. Estes, no entanto, constituem um tênue invólucro que circunda – mas não prescreve ou sequer traduz – a complexa e tempestuosa realidade social interestatal.

Isto não significa, contudo, que as construções do Direito Internacional acerca dos Estados sejam inócuas ou irrelevantes. Trata-se, sobretudo, de um direito em construção. Sua consolidação perpassa, certamente, por caminhos rotos e sinuosos, mas que não necessariamente impedirão de alcançar seu destino final. Os apontamentos deste trabalho devem ser vistos, nesse sentido, como um mapeamento dos desafios pontuais que deverão ser superados no que tange ao tratamento jurídico dos Estados pelo Direito Internacional. Ademais, os esforços até então dedicados a este fim já cumpriram importante papel na medida em que conceberam contornos que balizam qualquer discussão sobre o tema nas relações internacionais. Se os aspectos jurídicos gerais consagrados não são (ainda) suficientes para regerem rigorosamente e consistentemente as questões relativas à condição de Estado que emergem na sociedade internacional, estes norteiam os debates e atribuem legitimidade aos diferentes argumentos defendidos em cada caso. Esta reafirmação do Direito Internacional como parâmetro para as manifestações dos Estados cumpre, com efeito, importante papel de fortificação do Direito Internacional como um todo. As palavras de Dworkin

talvez sejam pertinentes neste contexto: “Nós precisamos, agora, de nutrir as raízes, não as ramificações, do Direito Internacional”.<sup>90</sup> Se as ramificações ainda se mostram insuficientes neste mote, as raízes estão se tornando mais profundas para enfrentamento destes dilemas, no futuro.

## Referências

- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 26/25 (XXV). 24 de outubro de 1970. Disponível em: <<https://www.un.org/ruleoflaw/files/3dda1f104.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2020.
- BARROS, Marinana Andrade e; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *A Atuação Internacional dos Governos Subnacionais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.
- BRANT, Leonardo Nemer C. *A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional*. Belo Horizonte, MG: ed. CEDIN, 2005.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Nova York: Oxford University Press, 2003.
- BYERS, Michael (ed.). *The Role of Law in International Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio. *Droit international et souveraineté des états : cours général de droit international public*. Recueil des cours, v. 257, 1996.
- CRAWFORD, James. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- DALLARI, D. de A. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- DINIZ, Arthur José de A. Direito Internacional: Nova Ordem ou velho Caos? In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004.

---

90 DWORKIN, 2013, p. 30. Tradução nossa.

- DUMBERRY, Patrick. *State Succession to International Responsibility*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- DUURSMA, Jorri. *Fragmentation and the International Relations of Micro-States: Self-determination and Statehood*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. A New Philosophy for International Law. *Philosophy and Public Affairs*, v. 41, n. 1, p. 2-30, 2013.
- EDWARDS, Alice. The meaning of nationality in international law in an era of human rights: procedural and substantive aspects. In: EDWARDS, Alice; VAN WAAS, Laura. *Nationality and Statelessness under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- FASSBENDER, Bardo. Art. 2 (1). In: SIMMA, Bruno; KHAN, Daniel-Erasmus; NOLTE, George; PAULUS, Andreas. *The Charter of The United Nations: A Commentary*. 3. ed. v. 1. United Kingdom: Oxford University Press, 2012.
- GORDON, Neve; PERUGINI, Nicola. *The Human Rights to Dominate*. Nova York: Oxford University Press, 2015.
- GOWLLAND-DEBBAS, Vera. *International Law and the quest for its implementation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- GRANT, Tom. How to recognise a State (and not): some practical considerations. In: BAETENS, Freye; CHINKIN, Christine. *Sovereignty, statehood and state responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- HAFNER, Gerhard; KOHEN, G. Marcelo; BREAU, Susan. *State Practice Regarding State Immunities*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- KAMTO, Maurice. La volonté de l'état en droit international. *Receuil des cours*, v. 310, 2004.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- KOSKENNIEMI, Martti. What Use for Sovereignty Today?. *Asian Journal of International Law*, v. 1, p. 61-70, 2011.
- KOSKENNIEMI, Martti. What is International Law for? In.: EVANS, Malcolm D. (ed.) *International Law*. Oxford: University Press, 2003.
- KRASNER, Stephen D. *Sovereignty: organized hypocrisy*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.
- KRATOCHWIL, Friedrich V. How do Norms Matter? In.: BYERS, Michael (ed.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford University Press, 2000.

- KRITSCH, R. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: IMESP, 2002.
- LESSA, Antônio Carlos. *A construção da Europa: A última utopia das Relações Internacionais*. Brasília: IBRI, 2003.
- MANSELL, John N.K.. *Flag State Responsibility: Historical Development and Contemporary Issues*. New York: Springer, 2009.
- MARTIN, Lisa L. Interests, Power and Multilateralism. *International Organization*, v. 46, n.4, p. 765-792, 1992.
- MCWHINNEY, Edward. *Self-Determination of Peoples and Plural-Ethnic States: Secession and State Succession and the Alternative, Federal Option*. Boston: Martinus Nijhoff, 2002.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. A soberania através da História. In: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Anuário: direito e globalização: a soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MILNER, Helen V. Why Multilateralism? Foreign aid and domestic principal-agent problems. In HAWKINS, Darren, et al. (eds), *Delegation and Agency in International Organizations*. Nova York: Cambridge University Press, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA (OUA). Resolução AHG/Res. 16(I). 21 de julho de 1964. Disponível em: <<http://www.peaceau.org/uploads/ahg-res-16-i-en.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2020.
- PELLET, Alain, Le droit international entre souveraineté et communauté internationale. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol.1. Belo Horizonte: CEDIN, 2006.
- PELLET, Alain. As Novas Tendências do Direito Internacional: Aspectos “Macrojurídicos”. In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- PEREIRA, Antônio Celso A. Soberania e Pós Modernidade. In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- PUTNAM, Robert R. Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games. *International Organization*, v. 42, p. 427-460, 1988.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RONEN, Yael. Entities that can be state but no claim to be. In FRENCH, Duncan. *Statehood and Self-Determination: reconciling tradition and modernity in international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

- ROSENAU, James, *Governance in a New Global Order*, 2002; In.: HELD, David, and MCGREW, Anthony (eds.) *Governing Globalization*, London: Polity Press, 2002.
- SCOBIE, Iain. The Invocation of Responsibility for the Breach of 'Obligations under Peremptory Norms of General International Law'. *The European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, p. 1201-1220, 2002.
- SEITENFUS, Ricardo. Ingerência ou Solidariedade? : dilemas da ordem internacional contemporânea. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, v. 16, n. 2, p. 12-26, 2002.
- SHAW, Malcolm. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SIMMA, Bruno; KHAN, Daniel-Erasmus; NOLTE, George; PAULUS, Andreas. *The Charter of The United Nations: A Commentary*. 3. ed. v. 1. United Kingdom: Oxford University Press, 2012.
- SIMPSON, Gerry. Great Powers and Outlaw States. *Unequal Sovereigns in the International Legal Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. International Law in a World of Liberal States. *European Journal of International Law*, v. 6, p.503-538, 1995.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. Nationalism versus internationalism: another look. *New York University Journal of International Law and Policy*, v. 26, p. 585- 588, 1994.
- STEINBERG, Richard H.; ZASLOFF, Jonathan. Centennial Essay: Power and International Law. *American Journal of International Law*, *American Society of International Law*, v. 100, p.64- 92, Jan. 2006.
- STILZ, Anna. Collective Responsibility and the State. *The Journal of Political Philosophy*, v. 19, n. 2, p. 190-208, 2011.
- STRANGE, Susan. *The retreat of the state : the diffusion of power in the world economy*. New York: Cambridge University Press, 1996.
- TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (eds.). *The Fundamental rules of the international legal order*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- TUSSIE, Diana; RIGGIROZZI, Maria P. Novos Procedimentos e Velhos Mecanismos: a governança global e a sociedade civil. In: ESTEVES, Paulo L. (organizador). *Instituições Internacionais: segurança, comércio e integração*. Belo Horizonte: PUCMinas, 2003.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Towards a new Jus Gentium: General Course on Public International Law*. Boston: Martinus Nijhoff, 2005.
- WARBRICK, Colin. States and Recognition in International Law. In: EVANS, Malcolm D. *International Law*. New York: Oxford University Press, 2003.
- WENDT, Alexander. Anarchy is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics. *International Organization*, v. 46, p. 391-425, 1992.
- WOLFRUM, Rudiger, ROSEN Wolker, (eds.) *Legitimacy in International Law*. Berlin: Springer, 2008.

Recebido em 17 de outubro de 2017.

Aprovado em 19 de janeiro de 2020.

# Uma outra pena de morte: a violência letal do sistema penal brasileiro

*Another capital punishment: the lethal violence of the Brazilian penal system*

Luiz Phelipe Dal Santo\*

*Universidade de Oxford – Inglaterra, Reino Unido.*

## 1. Introdução

Costuma-se compreender o monopólio sobre o uso legítimo da violência como uma das principais características dos Estados Modernos.<sup>1</sup> Conforme denotado pela palavra “legítimo”, isso não significa que os Estados têm (ou deveriam ter) liberdade para dispor da violência contra seus cidadãos como bem entenderem.

A despeito do desenvolvimento de distintas diretrizes nacionais<sup>2</sup> e internacionais<sup>3</sup> sobre a regulação e restrição do uso da força, a realidade bra-

---

\* Doutorando em Criminologia pela University of Oxford (2019-). Mestre em “Criminologia Critica e Sicurezza Sociale. Devianza, istituzioni e interazioni psicosociali” pela Università degli Studi di Padova e pela Università di Bologna (2018-2017). Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Coimbra (2016). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016). Aluno especial do programa de Doutorado em Direito - área de concentração em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia - pela Universidade de São Paulo (2018). Membro da European Society of Criminology. Seu principal campo de estudo é a Criminologia, especialmente sociologia da punição, punição e democracia, e economia política da pena. E-mail: luiz.dalsanto@crim.ox.ac.uk

1 WEBER, 1946. No entanto, esta premissa nem sempre encontra respaldo na realidade. Sobre o caso brasileiro, ver ADORNO e DIAS (2014), WILLIS (2015), DIAS e DARKE (2016), DAL SANTO (2018).

2 Portaria Interministerial nº 4.226 (do Ministério da Justiça), de 31 de dezembro de 2010, a qual estabelece diretrizes sobre o uso da força pelos agentes de Segurança Pública, os quais devem obedecer aos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência. Há, também, a Resolução n. 8/2012 da Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

3 Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979; Princípios orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas na sua resolução 1989/61, de 24 de

sileira é conhecida pelo uso excessivo da força letal promovido por suas polícias. Diversos estudos e relatórios elaborados por reconhecidas instituições internacionais de defesa dos direitos humanos atestam esse quadro.<sup>4</sup>

A maior parte dos estudos acerca da letalidade policial brasileira destina-se a debater as causas de seus altos índices. Em regra, aponta-se para um legado da ditadura, tanto como uma prática de controle político e/ou social,<sup>5</sup> quanto um processo de democratização inacabado,<sup>6</sup> mantendo-se até diferentes status de cidadania.<sup>7</sup> Há, ainda, explicações alternativas, como a impunidade,<sup>8</sup> a política de guerra às drogas,<sup>9</sup> o aumento de crimes patrimoniais violentos<sup>10</sup> ou as variações políticas de governos<sup>11</sup> e sua relação com a opinião pública,<sup>12</sup> por exemplo.

Em sentido diverso, este trabalho não pretende revelar as determinações causais da letalidade policial no Brasil. Procura, no entanto, demonstrar como esse quadro representa mais do que um mero excesso ou abuso da violência letal ou, ainda, do que execuções extrajudiciais, como se costuma dizer. Embora seja vedada no ordenamento jurídico brasileiro,<sup>13</sup> a pena de morte ganha forma concreta no sistema de justiça criminal brasileiro por meio de um sistemático processo de oficialização promovido

---

maio de 1989; Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado, em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1999; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York em 10 de dezembro de 1984 e promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991, entre outros.

4 AI, 2005; 2015b; HRW, 2009; 2013.

5 CHEVIGNY, 1990; PINHEIRO, 1997; BECHARA, 2016

6 PINHEIRO, 1991; AHNEN, 2007.

7 CALDEIRA, 2002.

8 OSSE; CANO, 2017; CECCATO 2018. A impunidade aqui é tratada como a eventual ineficiência do sistema de justiça criminal (ou a percepção popular de que assim o seja), de modo que o assassinato de suspeitos seria um meio de “fazer justiça com as próprias mãos”. Não se trata, portanto, da impunidade em relação aos homicídios cometidos pelos policiais.

9 MAGALONI; CANO, 2016.

10 CLARK, 2008.

11 OLIVEIRA, 2012. O autor aponta para a forte influência do Executivo Estadual nos índices de letalidade da polícia, embora isto não seja suficiente para alterar o padrão de atuação (letal) da polícia.

12 HINTON, 2005; LEEDS, 2007.

13 A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVII, veda expressamente a aplicação da pena de morte no Brasil, abrindo única e exclusiva exceção para a hipótese de caso de guerra declarado, nos termos do artigo 84, inciso XIX, da própria Constituição.



por membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, que se vincula à atividade policial letal. Conforme se demonstrará a seguir, a pena de morte oficializada no Brasil tem número de pena, forma de pena, caráter de pena e efeito de pena. Desde já, *pena* é aqui compreendida como uma ‘organizada inflição de dor pelo Estado sobre um indivíduo, em resposta à sua conduta criminosa.’<sup>14</sup> Assim sendo, não deve ser chamada de outro modo que não pena. Há que se romper tal barreira ou constrangimento.

## 2. Puxando o gatilho

### 2.1 Quantos morrem?

Diversos estudos indicam o início de uma gradual escalada nos índices da letalidade policial no Brasil aproximadamente na década de 1970. É a partir de década de 1990, no entanto, que esses números disparam.<sup>15</sup> Um comum indicador do desproporcional número de mortes causadas pela polícia brasileira, já naquela época, é a comparação entre a polícia paulistana – que, no ano de 1992, havia matado 1.470 civis – e a polícia estadunidense – que, nas cidades de Nova York e Los Angeles, havia produzido a morte de 24 e 25 pessoas, respectivamente.<sup>16</sup>

As estatísticas mais recentes apontam que, em 2017, 5.144 civis foram mortos por policiais no Brasil.<sup>17</sup> Conforme demonstrado no gráfico abaixo (Gráfico 1), é possível identificar que, embora constitua uma cifra consideravelmente elevada, esse número se localiza ainda em uma tendência acentuada de crescimento – que, ao menos desde 2015, já ultrapassa inclusive o número de latrocínios cometidos no país,<sup>18</sup> além de ser também superior aos índices de feminicídio.<sup>19</sup>

---

14 LOADER, 2010.

15 PINHEIRO, 1997; ADORNO, 2002; SALLA, 2007; MISSE *et al.*, 2011; FRANÇA; RIGON, 2014. Isto faz do Brasil o único país latino-americano a vivenciar um aumento da letalidade policial após o término da ditadura militar (SIKKINK; WALLING, 2007).

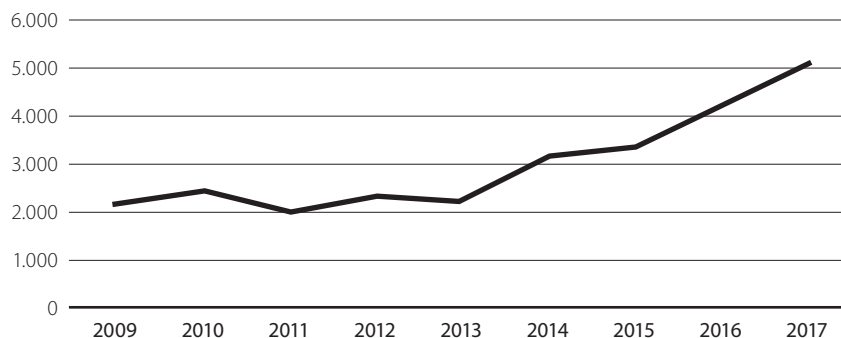
16 PINHEIRO, 1997, p. 45.

17 FBSP, 2019.

18 Em 2015, foram registradas 3.320 mortes decorrentes de práticas policiais e 2.314 latrocínios (BRASIL, 2017). Em 2016, 2.660 casos de latrocínio e 4.240 vítimas da letalidade policial. Por fim, em 2017, 2.460 casos de latrocínio e 5.159 mortes praticadas por policiais (FBSP, 2019, p. 12-13).

19 De acordo com o FBSP (2019, p. 56), 929 e 1.133 casos de feminicídio foram registrados em 2016 e 2017, respectivamente.

**Gráfico 1. Mortes decorrentes de intervenções policiais (em serviço ou não) no Brasil (2009-2017)**



Fonte: FBSP, 2017; 2019.

Nada obstante, deve-se ressaltar o fato de que esses números de mortes decorrentes de intervenções policiais apontados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública<sup>20</sup> podem ser ainda maiores. Chama atenção Vera Magaluti Batista<sup>21</sup> ao grande número de pessoas desaparecidas no país. Conforme sustenta a criminóloga brasileira, uma parte dos quase cinco mil desaparecidos anualmente no Rio de Janeiro estaria certamente relacionada ao desaparecimento de pessoas mortas pela própria polícia.<sup>22</sup> No Brasil, 82.684 pessoas foram registradas como desaparecidas somente em 2017.<sup>23</sup> Ressalta-se que, obviamente, não se deve considerar a totalidade de pessoas desaparecidas como pessoas mortas pela polícia. De todo modo, a menor das projeções poderia indicar que o número de pessoas mortas anualmente pela polícia é superior ao que as estatísticas oficiais apontam.<sup>24</sup>

Isoladamente, o número “5.144” poderia não dar a real dimensão do excessivo uso da força letal pela polícia no Brasil. Para sanar essa impre-

20 FBSP, 2017; 2019.

21 BATISTA, 2014.

22 BATISTA, 2014, p. 51.

23 FBSP, 2019.

24 O “caso Amarildo” é paradigmático. Ver mais em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/02/caso-amarildo-juiza-condena-13-dos-25-policiais-militares-acusados.html>>. e/ou em: <[https://www.jb.com.br/rio/2019/03/988865-justica-absolve-policiais-acusados-de-tortura-e-morte-de-amarildo.html?fbclid=IwAR1\\_U6yxw-0WX4p3NuY5rSqZ5-aR2uhBoNbEKGZ-1bvU\\_21hTdPUzKePh3w](https://www.jb.com.br/rio/2019/03/988865-justica-absolve-policiais-acusados-de-tortura-e-morte-de-amarildo.html?fbclid=IwAR1_U6yxw-0WX4p3NuY5rSqZ5-aR2uhBoNbEKGZ-1bvU_21hTdPUzKePh3w)>.

cisão, algumas possíveis fórmulas capazes de indicar o eventual uso excessivo ou “adequado” foram desenvolvidas e podem ser agora aplicadas. Para além da simples hipótese de comparação do número em absoluto entre diversos países, Paul Chevigny<sup>25</sup> apresentou três possíveis modelos: a relação entre o número de civis mortos e civis feridos por policiais; a relação entre o número de policiais mortos por civis e de civis mortos por policiais; e a representação da letalidade policial na totalidade de homicídios de certa região.

Para começar, passemos brevemente pelo número absoluto da letalidade policial em diferentes países do mundo. De acordo com Osse e Cano:<sup>26</sup> seis pessoas foram mortas pela polícia alemã em 2011, assim como pela polícia australiana no mesmo ano; oito foram mortas pela polícia chilena em 2014, e 15 em 2015; 107 pela polícia indiana em 2014; 115 pela polícia jamaicana em 2014 e 98 em 2015; 197 pela polícia russa em 2015; 320 pela polícia de El Salvador em 2015; 331 pela polícia sul-africana em 2014 e 2015. Em relação à polícia estadunidense, os índices não são muito precisos. Dados publicados pelo FBI indicam um número inferior a 500 civis mortos pela polícia no ano de 2013, enquanto certas estimativas apontam um número de aproximadamente mil mortes anualmente.<sup>27</sup>

Em uma perspectiva temporal mais larga, a realidade brasileira chama ainda mais atenção. De acordo com uma projeção elaborada por Ceccato, Melo e Kahn,<sup>28</sup> a quantidade de mortes causadas pela polícia brasileira entre 2008 e 2013 levaria mais de 30 anos para ser equiparada pela polícia estadunidense, não obstante o país norte-americano tenha uma população total aproximadamente 50% superior àquela do país sul-americano. Ao mesmo tempo, literalmente (isto é, entre 2008 e 2013, período em que a polícia brasileira matou mais de 11.000 pessoas), apenas nove pessoas foram mortas pela polícia britânica.<sup>29</sup>

Ressalta-se que a taxa de vítimas da ação letal da polícia a cada cem mil habitantes é, em diversos estados brasileiros, até mesmo superior à taxa do

---

25 CHEVIGNY, 1990.

26 OSSE; CANO, 2017.

27 KARABEL, 2014.

28 CECCATO; MELO; KAHN, 2018, p. 512.

29 FABRE, 2016. Não se ignora o fato de que os policiais britânicos, ao menos à época, raramente portavam armas consigo, além de passarem sempre por rigoroso escrutínio ao utilizar suas respectivas armas.

total de homicídios praticados em vários países. Tomemos, por exemplo, a taxa de homicídios em países como Alemanha (0,8), Inglaterra e País de Gales (0,9), Austrália (1,1), Chile (3,1), Índia (3,3) e Estados Unidos (4,6). No Brasil, onde a taxa de civis mortos por policiais equivale a 2,5, vale destacar o caso de São Paulo (2,1), Paraná (2,3), Tocantins (3,0), Sergipe (3,9), Goiás (3,9), Rio Grande do Norte (4,0), Alagoas (4,2), Bahia (4,4), Pará (4,6), Acre (4,6), Rio de Janeiro (6,7) e Amapá (8,5).<sup>30</sup>

No mesmo sentido, a aplicação dos medidores indicados por Chevigny corrobora, em termos proporcionais mais específicos, o patamar amplamente mais elevado do uso da força letal da polícia brasileira até aqui demonstrado.

Conforme sustentado por Cécile Fabre,<sup>31</sup> se o uso de força na guerra é mais frequentemente letal, no policiamento ele não o é – ou não deveria ser. Não se tem um quadro nacionalizado sobre a relação entre número de civis mortos e civis feridos pela polícia no Brasil. No entanto, caso esse quadro siga a mesma tendência daquele promovido pela polícia paulista, estaremos diante de uma polícia cuja ação resulta em mais pessoas mortas do que feridas. Essa é a situação apresentada por Ana Elisa Bechara,<sup>32</sup> após reunir dados divulgados pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, conforme demonstrado na tabela a seguir:

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
<b>Mortos</b>	278	495	377	371	524	493	438	546	334	317	<b>4.173</b>
<b>Feridos</b>	352	370	341	283	350	312	314	364	392	280	<b>3.358</b>

Fonte: SSP/SP. Extraído de Bechara (2015).

Esse padrão de conduta policial no estado de São Paulo acima representado não constitui algo novo. Paul Chevigny<sup>33</sup> constatou que a polícia militar do estado de São Paulo foi responsável pela morte de 2.394 civis entre 1982 e 1987, tendo ferido “apenas” 1.008 no mesmo período. Nesse

30 As taxas, referentes aos países que não o Brasil, foram retiradas de OSSE e CANO (2017). As demais, referentes ao Brasil e a seus estados, foram extraídas do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018 (FBSP, 2019).

31 FABRE, 2016.

32 BECHARA, 2015.

33 CHEVIGNY, 1990, p. 418.

sentido, de acordo com Chevigny, na medida em que a polícia mata mais do que deixa civis feridos, pode-se afirmar que estamos diante de um caso de uso da força letal excessivo.

A relação entre o número de civis mortos por policiais e policiais mortos por civis também aponta um quadro de desproporcionalidade. Chevigny,<sup>34</sup> ao apontar uma relação de 7 para 1 como esperada nos Estados Unidos, deixa claro que, obviamente, o uso da força letal é mais frequente e esperado em circunstâncias nas quais policiais constantemente estão em situação de risco à vida. De acordo com dados referentes ao ano de 2017, enquanto a polícia brasileira matou 5.144 pessoas, “somente” 367 policiais foram mortos, constituindo uma taxa de 14 civis mortos por policiais para cada policial morto por civil. Novamente, é preciso ter em conta as variações regionais, na medida em que a relação acima representa a média de realidades não tão homogêneas.

Além disso, caso a morte de policiais fora de serviço não seja considerada, esse índice passa a ser ainda mais extremo. No Brasil, 67 civis são mortos pela polícia para cada policial morto em serviço.<sup>35</sup> No estado do Rio de Janeiro, por exemplo, essa taxa seria equivalente a 43,7, no ano de 2008.<sup>36</sup> Já no estado de São Paulo, informações mais recentes indicam uma taxa de 62,6.<sup>37</sup> Nesse sentido, as polícias do Rio de Janeiro e de São Paulo, frequentemente apontadas como principais exemplos de cometimento de execuções extrajudiciais, estariam inclusive abaixo da média nacional quando verificada a relação entre os números de mortes causadas por policiais e policiais mortos.

Por fim, o percentual de mortes causadas por policiais em relação à totalidade de mortes violentas intencionais<sup>38</sup> igualmente indica um excesso do uso da força letal pela polícia brasileira. Ignacio Cano<sup>39</sup> sustenta a ideia de que porcentagens acima de 5% seriam consideráveis indicadores de abuso de força letal. Em todo o Brasil, 8,1% das mortes violentas intencionais

---

34 CHEVIGNY, 1990, p. 396.

35 FBSP, 2019.

36 MISSE *et al.*, 2011.

37 FBSP, 2019.

38 Categoria utilizada pelo FBSP (2019).

39 CANO, 1997.

foram causadas por policiais em 2017.<sup>40</sup> Uma vez mais, existem diferenças regionais consideráveis. No entanto, tomando o percentual apresentado por Cano como referência, 15 entre 26 estados estariam enquadrados em uma situação de excesso, destacando-se São Paulo (19,5%), Rio de Janeiro (16,7%), Amapá (15,3%) e Tocantins (11,2%). De modo mais bem delimitado, vale destacar também os casos das capitais Rio de Janeiro e São Paulo: em 2017, a polícia foi responsável por uma a cada quatro mortes violentas intencionais na capital carioca, e uma a cada três na capital paulista<sup>41</sup>.

## 2.2 Quem morre?

Conforme apresentado no Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017,<sup>42</sup> uma análise de 5.896 boletins de ocorrência de mortes decorrentes de intervenções policiais entre 2015 e 2016 – o equivalente a aproximadamente 80% do total das mortes causadas por ação da polícia – permite estabelecer um perfil muito específico das vítimas da letalidade policial no Brasil.

Esse perfil é essencialmente semelhante ao das pessoas encarceradas no país: homem, negro e jovem. Nesse sentido, 99,3% das vítimas da letalidade policial são homens; 76,2% delas são negras;<sup>43</sup> e 65% delas têm entre 18 a 29 anos, além de 16,6% com 12 a 17 anos.<sup>44</sup> Se considerarmos o perfil das pessoas presas – o qual, para as mesmas informações e em referência ao ano de 2014, é formado por: 94,4% homem; 64% negros; e 55% jovens de 18 a 29 anos –, podemos observar que o retrato das pessoas mortas pela polícia é proporcionalmente ainda mais específico, conforme indicado no gráfico a seguir (Gráfico 2).

---

40 FBSP, 2019.

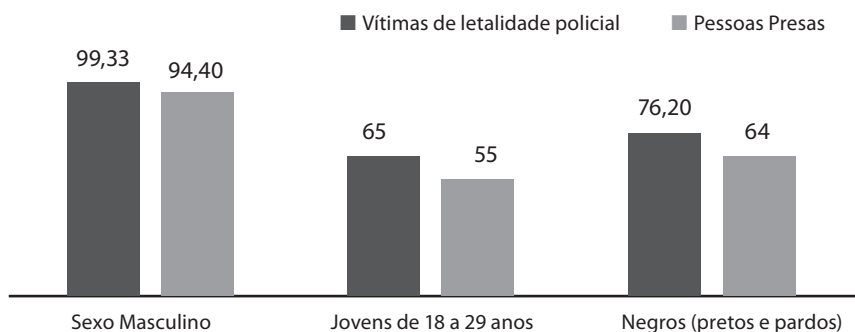
41 FBSP, 2019, p. 50.

42 FBSP, 2017.

43 Pretos e pardos, de acordo com a classificação dos Censos demográficos do IBGE.

44 FBSP, 2017. Esses dados se referem às informações válidas, excluindo-se a representação dos casos que não apresentaram informações específicas.

Gráfico 1. Perfil das vítimas da letalidade policial e das pessoas presas no Brasil (%)



Fonte: MJ, 2017; FBSP, 2017. Extraído de DAL SANTO, 2018.

Além das três características acima indicadas, há dois outros fundamentais aspectos que não apenas constituem o perfil das vítimas da letalidade policial, mas também indicam a forma pela qual tais práticas se “adequam”, na prática, à legalidade: trata-se do local das mortes, fundamentalmente nas favelas e em zonas periféricas – o que diz respeito à condição socioeconômica dos mortos –, e da existência de antecedentes criminais das pessoas mortas pela polícia. Por se adequarem mais aos subtópicos seguintes, ambas as características acima indicadas serão analisadas posteriormente.

Se, por um lado, as características das pessoas mortas por policiais são extremamente próximas àquelas dos presos, por outro, há consideráveis divergências em relação ao perfil dos policiais mortos. Primeiramente, a desproporcionalidade em relação à cor das vítimas da letalidade policial (76,2% de negros) não é reproduzida de maneira idêntica no perfil de policiais mortos (56% negros e 43% brancos). Ademais, a juventude dos civis mortos por policiais acima demonstrada não é verificada no perfil dos policiais mortos. Pelo contrário, a maioria dos policiais assassinados é composta por pessoas de idade entre 30 e 49 anos (64%, sendo 33% de 40 a 49 anos, e 31% de 30 a 39). Até mesmo policiais de idade mais avançada, como os de 50 a 59 anos, são mais comumente mortos do que os jovens de até 29 anos (21% e 12%, respectivamente).<sup>45</sup>

<sup>45</sup> As informações relacionadas ao perfil dos policiais mortos, apresentadas neste parágrafo, foram extraídas do FBSP, 2017.

Em certa medida, essas características de civis e de policiais mortos, embora não constituam o perfil completo de tais figuras, vão de encontro à tradicional ideia de que os policiais que matam, “matam seus iguais”.<sup>46</sup>

### 2.3 Como morrem?

Não há dúvidas de que o direito à vida é um direito humano fundacional. Por tal razão, é fundamental compreender que o uso da força letal deve ser limitado exclusivamente a hipóteses nas quais seria absolutamente necessário para a própria proteção de outra(s) vida(s).<sup>47</sup> Isso, portanto, não inclui a proteção à propriedade, por exemplo.

Não raro, por meio de uma hipótese poucas vezes cientificamente embasada ou compromissada, busca-se sustentar que as altas taxas de letalidade policial no Brasil são devidas às também altas taxas de criminalidade no país<sup>48</sup>. Conforme apontado por Graham Willis,<sup>49</sup> em certas ocasiões, o policial brasileiro – até mesmo os mais resistentes ao uso da violência – realmente se encontra em situações inevitáveis do tipo “matar ou morrer”. No entanto, para além dos distintos indicadores de uso excessivo da força letal pela polícia até aqui apresentados, alguns padrões observados em tais mortes corroboram a hipótese de uma sistemática prática de execuções sumárias praticadas pela polícia.

Antes disso, vale destacar uma comparação entre a taxa de homicídio doloso e a taxa de mortes causadas pela polícia, envolvendo, além do Brasil, outros dois países com consideráveis índices de violência. Embora o Brasil possua menor taxa de homicídio doloso quando comparado à África do Sul e a Honduras,<sup>50</sup> o país sul-americano apresenta maior taxa

---

46 Evidentemente, a descoberta de outras características – tais quais emprego, média salarial, nível de formação escolar – pode reforçar ou rechaçar ainda mais tal ideia.

47 Conforme imposto na própria Portaria Interministerial citada na segunda nota de rodapé deste artigo, “os agentes de segurança pública não deverão disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiro contra perigo iminente de morte ou lesão grave”.

48 Um dos raros trabalhos científicos a sustentar tal hipótese, notadamente em relação ao crime de roubo, é de CLARK, 2008. Emmanuel OLIVEIRA (2012), no entanto, identifica que essa relação não é capaz de explicar os índices de letalidade policial em São Paulo.

49 WILLIS, 2005, p. 17.

50 De acordo com o FBSP (2019, p. 12), o Brasil possui taxa de homicídio doloso de 26,9. África do Sul e Honduras possuem taxa de 34 e 62,5, respectivamente (FBSP, 2016, p. 6).



de letalidade policial em relação aos demais países.<sup>51</sup> Trata-se, consequentemente, de uma realidade oposta à hipótese de que mais crimes violentos produzem um maior número de uso da força letal por policiais. No mesmo sentido, não obstante a redução de distintos crimes violentos no Brasil entre 2016 e 2017,<sup>52</sup> o número de vítimas da letalidade policial no país aumentou durante o mesmo período.<sup>53</sup>

Já em relação à cena das mortes, uma característica frequente chama atenção. Diversos pesquisadores constataram, por meio de análise de inquéritos e/ou processos, que mais da metade dos civis mortos recebeu tiro(s) pelas costas.<sup>54</sup> De modo semelhante, também foram observadas consideráveis porcentagens de vítimas com lesões não relacionadas aos projéteis de arma de fogo<sup>55</sup> e de vítimas com perfurações na cabeça<sup>56</sup>. Deve-se considerar que atirar em alguém que tenta escapar de uma abordagem policial é uma medida expressamente vedada pelas Diretrizes Sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Agentes de Segurança Pública<sup>57</sup> e, portanto, configura uma conduta fundamentalmente excessiva.

Além disso, outro importante aspecto da forma pela qual tais mortes acontecem se refere ao espaço. A grande maioria das mortes de civis causadas por policiais acontece nas favelas e em zonas periféricas,<sup>58</sup> determi-

---

51 Conforme já indicado no presente artigo, o Brasil possui taxa de letalidade policial de 2,5, enquanto África do Sul e Honduras possuem taxas de 1,2 e 1,1 (FBSP, 2016, p. 6).

52 O Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018 (FBSP, 2019) aponta a redução de crimes como roubo (2,3%) e furto (9,2%) de veículo, roubo a estabelecimentos comerciais (21,6%), roubo a residências (7,9%), roubo a transeuntes (5,8%), bem como a redução no número de vítimas de latrocínio, já apontada neste trabalho. É certo que essa tendência não é verificada em todo tipo de crime violento. Roubo a instituições financeiras, roubo de carga, morte violenta intencional e estupro são exemplos de tendência contrária.

53 Conforme indicado no Gráfico 1 deste artigo.

54 51% das vítimas observadas por CALDEIRA (2002) e 65% das vítimas observadas por CANO e FRAGOSO (2000). VERANI (1996), por sua vez, verificou tal ocorrência em 45% dos casos.

55 CANO; FRAGOSO, 2000.

56 CALDEIRA, 2002. Ainda que esta seja uma prática amplamente evitada pela polícia, conforme observado por Graham WILLIS (2015). O pesquisador canadense indicou a preferência da polícia, à época, por uma prática mais sutil: ao atirar em outro lugar que não a cabeça, a pessoa não morreria imediatamente. Assim, diversas pessoas morreram “a caminho do hospital”, em falsas prestações de socorro. Nesse sentido, de acordo com a HUMAN RIGHTS WATCH (2013), aproximadamente 95% das pessoas em tal situação (socorridas por policiais e levadas a hospitais após serem baleadas por eles) morreram.

57 Novamente segundo a Portaria Interministerial n. 4226, “não é legítimo o uso de armas de fogo contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que, mesmo na posse de algum tipo de arma, não represente risco imediato de morte ou de lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros”.

58 VERANI, 1996; CANO, 1997; MISSE *et al.*, 2011; ZACCONE, 2015; WILLIS, 2015; SABORIO, 2016.

nando a territorialização da letalidade policial. Um entre tantos efeitos perversos desse elemento é o constante encontro de balas perdidas a corpos “indignos de vida”<sup>59</sup> e alheios a qualquer eventual conflito. Tais sujeitos morrem simplesmente por estarem onde estão. Por habitarem onde habitam.<sup>60</sup> Não raro, essas vítimas são crianças de 10, 11, 12, 13 anos, como os casos de Eduardo, Hebert, Kauan, ou Maria Eduarda, morta no interior de uma escola em um bairro de classe baixa no Rio de Janeiro.<sup>61</sup>

Em contrapartida, a polícia costuma atribuir a responsabilidade de tais casos à guerra ao crime.<sup>62</sup> Nos quatro casos acima, policiais alegaram estar em conflito com criminosos. Ainda que a versão por eles declarada fosse verdadeira e as crianças fossem vítimas de “balas perdidas”, parece inexistir qualquer compreensão (e, conseqüentemente, incômodo) de que a polícia, em tese, serviria para proteger vidas, e não para ceifá-las, justa e paradoxalmente em nome de sua própria defesa.

59 Conforme nomeado por ZACCONE, 2015.

60 Como também atesta o caso dos “crimes de maio”, quando 505 civis foram assassinados entre 12 e 21 de maio de 2006 – isto é, em apenas dez dias –, em retaliação a uma ação promovida pelo PCC, cujo resultado foi a morte de 59 agentes públicos, entre os dias 12 e 13 do mesmo mês (CAPRIGLIONE, 2015). Esses casos claramente representam o que WILLIS (2015) classifica como quebra de estabilidade entre a polícia e o PCC.

61 Maria Eduarda Ferreira, 13 anos, mais uma vítima da guerra ao crime, foi morta no dia 30 de março de 2017. Uma perícia constatou que um dos tiros que atingiu a menina foi dado por um policial. Na ocasião, dois policiais militares estavam em confronto com dois suspeitos, tendo resultado não apenas na morte da adolescente, como também dos dois homens, os quais já estavam rendidos, caídos no chão, sem apresentar qualquer reação. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/pericia-aponta-que-um-dos-tiros-que-atingiu-maria-eduarda-partiu-de-pm.ghml>>. Acesso em 05 dez 2017.

Kauan Peixoto, 12 anos, também foi morto pela polícia, tendo sido atingido no abdômen, na perna e no pescoço. A polícia alega que o garoto foi atingido em meio a um confronto entre PMs e bandidos. Essa versão é rechaçada por moradores, que indicam, ainda, o posterior recolhimento das cápsulas pelos próprios policiais. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/03/18/parentes-de-menino-morto-na-chatuba-rj-acusam-a-policia-ficaram-catando-as-capsulas-todinhas.ghml?fbclid=IwAR1e20aQ-dB3l6nk4K1HmeFYNeQTZ7ZHswgmZqTz-mp8xIR2XeEFNiokMteA>>. Acesso em 23 mar 2019.

Três também é o número de tiros que atingiram Hebert Silva, de 11 anos, morto em uma ação da Polícia Militar na Bahia. A alegação da polícia é a mesma indicada acima. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/eu-vou-atras-de-responsabilizar-os-policiais-diz-pai-de-menino-morto-em-acao-da-pm/>>. Acesso em 23 mar 2019.

Eduardo de Jesus Ferreira, 10 anos, foi morto por um tiro de fuzil da PM do Rio de Janeiro. Mais uma vez, de acordo com a PM, o garoto estava em linha de tiro (na porta de sua casa) durante um confronto da PM com traficantes. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/11/tiro-que-matou-eduardo-no-alemao-partiu-de-pm-mas-nenhum-e-indiciado.html>>. Acesso em 24 mar 2019.

O primeiro caso, de Maria Eduarda, se apresenta mais claramente como (mais) um episódio de bala perdida, assim como o último, de Eduardo. Os outros dois, não tanto.

62 DAL SANTO, 2017.

A consideração de todos os fatores até aqui expostos leva ao irrenunciável rechaço à hipótese de que os altos índices de letalidade da polícia brasileira são produto de conflitos, como mero reflexo de um país com altos índices de violência e criminalidade. Mais do que isso, torna-se inclusive constrangedor classificar tal conduta policial como um “uso excessivo da força letal”. Estamos diante de um quadro de sistemáticas execuções extrajudiciais.

Uma vez reconhecido tal quadro, há também que se afastar a ideia de que estes casos, quando ocorrem, são somente cometidos por “maças podres”.<sup>63</sup> Pesquisas psicológicas e experimentos sociais já demonstraram como pessoas não necessitam ser psicologicamente afetadas (do tipo psicopatas) para se engajarem em atos bárbaros, de crueldade e de tortura.<sup>64</sup> De modo contrário, mais relevantes e influentes seriam os efeitos embrutecedores particulares de certas instituições,<sup>65</sup> muitas vezes adquiridos inclusive por meio de treinamentos específicos.

Nesse sentido, certos episódios são capazes de demonstrar mais facilmente o estímulo institucional para a produção e reprodução da conduta policial letal. Primeiramente, pode-se destacar a “gratificação faroeste”, estabelecida em 1995 pelo então governador do Rio de Janeiro. Tal gratificação consistia em um pagamento adicional à remuneração dos policiais como premiação por “atos de bravura”, dentre os quais se inseria a execução de suspeitos.<sup>66</sup> Além disso, também merecem destaque as “canções” militarmente gritadas em exercícios e treinamentos pelo BOPE, que incluem trechos como “O interrogatório é muito fácil de fazer/ Pega o favelado e dá porrada até doer/ O interrogatório é muito fácil de acabar/ Pega o bandido e dá porrada até matar” e “Bandido favelado não se varre com

---

63 Esta é uma hipótese mais frequentemente sustentada em âmbito político.

64 MILGRAM, 1974; ARENDT, 1999 [1963]; HUGGINS *et al*, 2002; ZAMPERINI, 2004; 2014; ZIMBARDO, 2007.

65 Nesse sentido, o coronel Íbis Pereira assume que “pertencer a uma súcia de homens armados é constituinte. Estar sob a possibilidade constante do conflito armado apresenta-se como um modo de ser. O cotidiano da guerra transforma a alma humana em pedra, ocasiona um tipo de sofrimento capaz de alterar os marcos referenciais que balizam o senso da moralidade, porque modifica a relação com a morte e, no limite, arrasta ao excesso e ao crime. Nessas circunstâncias, sendo possível fazer sofrer sem reprovação, a brutalidade se impõe como axioma. Aqui temos a manifestação de um terrível poder: o de coisificar tanto a vítima quanto o algoz” (PEREIRA, 2015, p. 42). Mais adiante, o coronel reitera que “o comportamento por vezes brutal de policiais militares no Rio de Janeiro tem raízes no ambiente de violência armada em que a instituição foi condicionada a operar” (PEREIRA, 2015, p. 43).

66 Tal bonificação alcançava até 150% do salário dos policiais, e perdurou até 1998 (AI, 2015, p. 24).

vassoura/ Se varre com granada, com fuzil, metralhadora”.<sup>67</sup> Ainda, uma pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência, da Universidade de São Paulo,<sup>68</sup> revelou que os índices de mortes praticadas por policiais (em São Paulo) tende a aumentar quando a Secretaria de Segurança Pública é dirigida por membro do Ministério Público.

Portanto, para além de meros desvios de caráter individual, os altos índices de letalidade policial ou a sistemática prática de execuções extrajudiciais no Brasil devem ser compreendidos como um crime de Estado, na medida em que, conforme será mais bem demonstrado no tópico seguinte, constituem um desvio organizacional do Estado, claramente envolvendo a violação de um direito humano fundacional.<sup>69</sup>

### 3. Para além do gatilho puxado

#### 3.1 A legitimação judicial da letalidade policial

A sistemática violência promovida pelo Estado contra seus próprios cidadãos não termina no ato da execução extrajudicial. A forma jurídica da letalidade policial no Brasil é extraída pioneiramente por Sergio Verani<sup>70</sup> e, posteriormente, por diversos outros pesquisadores.<sup>71</sup> Trata-se dos autos de resistência<sup>72</sup>, os quais são descritos por Zaccone<sup>73</sup> como a “forma jurídica da legitimação das mortes provocadas a partir das ações policiais pelo sistema penal”.

Conforme observado por Verani,<sup>74</sup> os autos de resistência – cuja origem está em regulamentação pela Ordem de Serviço ‘N’, nº 803, de 2/10/1969,

---

67 MENEGAT, 2012, p. 12.

68 NEV-USP, 2010.

69 GREEN; WARD, 2012.

70 VERANI, 1996.

71 CANO, 1997; CANO; FRAGOSO, 2000; HUMAN RIGHTS WATCH, 2009; 2016; MISSE *et al.*, 2011; ZACCONE, 2015; ANISTIA INTERNACIONAL, 2015b; GLOECKNER; GONÇALVES, 2017.

72 É certo que a Resolução nº 2, de 13 de outubro de 2015, proveniente do Conselho Superior da Polícia e do Conselho Nacional dos Chefes da Polícia Civil, determinou a abolição do emprego dos termos “autos de resistência” e “resistência seguida de morte”, indicando que tais ocorrências passariam a ser registradas como “lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial” ou “homicídio decorrente de oposição à ação policial”. De todo modo, trata-se de uma mudança meramente nominal, sem qualquer impacto prático. Neste trabalho, o termo “autos de resistência” continuará sendo utilizado.

73 ZACCONE, 2015, p. 125.

74 VERANI, 1996.

da Superintendência da Polícia Judiciária, do antigo estado da Guanabara, publicada no Boletim de Serviço de 21/11/1969 – são responsáveis pela configuração de uma nova prática relacionada aos homicídios cometidos por policial. A partir deles, já não seria mais necessário ocultar nem corpos, nem a autoria, estando dispensada a prisão em flagrante dos policiais em questão.

Esse procedimento engloba a participação de membros da Polícia Civil (e, quase sempre, também da Militar<sup>75</sup>), do Ministério Público e do Poder Judiciário. Por existir já um considerável número de trabalhos que abordam essa questão com extrema clareza,<sup>76</sup> não será aqui indicada detalhadamente a forma pela qual esse consolidado processo de legalização da letalidade policial se desenrola. É necessário apenas levar em conta o fato de que, de modo aproximado, a totalidade dos inquéritos, que deveriam servir para investigar o cometimento de assassinatos por policiais, acaba por dar legalidade a eles.

De todo modo, algumas características merecem ser brevemente destacadas: a violação (alteração) da cena do crime pelos policiais, logo após o cometimento das execuções extrajudiciais;<sup>77</sup> já no Registro de Ocorrência, os casos são registrados como homicídio (art. 121 do CP) cumulado com excludente de ilicitude por legítima defesa (art. 23, II, CP), mais o suposto crime do sujeito morto, baseando-se na narrativa do policial dos Termos de Declaração que, em regra, são idênticos;<sup>78</sup> na Dinâmica do Fato, há uma autenticação ou oficialização, pelo policial civil, da narrativa do policial (autor do crime); não raro, apreendem-se armas e/ou drogas implantadas por policiais na cena do crime, além da apreensão virtual da arma do policial;<sup>79</sup> após a instauração do inquérito, juntam-se as Folhas de

---

75 Na medida em que são os principais autores das execuções extrajudiciais.

76 Referências citadas no primeiro parágrafo deste tópico.

77 Isso inclui ou incluía até mesmo a retirada do cadáver e recolhimento de cápsulas de balas do chão.

78 MISSE e seus colegas (2011, p. 33) atestaram que “na imensa maioria dos casos analisados, os Termos de Declaração diziam que os policiais estavam em patrulhamento de rotina ou em operação, perto de ou em localidade dominada por grupos armados de traficantes, quando foram alvejados por tiros e, então, revideram a ‘injusta agressão’. Após cessarem os disparos, teriam encontrado um ou mais ‘elementos’ baleados ao chão, geralmente com armas e drogas por perto, e lhes prestado imediato socorro, conduzindo-os ao hospital. Em quase todos os ‘autos de resistência’, é relatado que as vítimas morreram no caminho para o hospital, e os Boletins de Atendimento Médicos posteriormente atestam que a vítima deu entrada no hospital já morta. Há também casos em que o tiroteio teria começado após um assalto, ou tentativa, em que os assaltantes teriam reagido à intervenção da polícia, mas estes são a minoria”.

79 Na prática, os policiais se comprometem a levar suas respectivas armas pessoalmente para a perícia.

Antecedentes Criminais – da vítima (do morto), e não do policial;<sup>80</sup> raramente são realizadas diligências ao local do crime;<sup>81</sup> as perícias nas armas apreendidas, quando realizadas, em regra indicam se o artefato tem ou não capacidade de produzir tiro;<sup>82</sup> as testemunhas são quase sempre limitadas a policiais envolvidos no ato criminoso;<sup>83</sup> <sup>84</sup> os inquéritos desenrolam-se de modo a “investigar os mortos, e não as mortes”;<sup>85</sup> promotores públicos tendem a construir o perfil da vítima (do morto) como de criminoso<sup>86</sup> para, então, validarem a prática policial letal.<sup>87</sup> Ao final, os autos de resistência são arquivados sem sequer o oferecimento de denúncia.<sup>88</sup>

80 Em 60,75% dos inquéritos analisados por ZACCONI (2015), foram anexadas as folhas de antecedentes criminais das vítimas, mas não dos policiais.

81 São realizadas, em regra, somente quando claros indícios de execução são apontados “por outras pessoas ou instituições de fora da polícia, sejam moradores do local, ONGs, ativistas de direitos humanos, a mídia ou o Ministério Público” (MISSE, 2011, p. 48). CANO e FRAGOSO (2000) verificaram, em 301 inquéritos, apenas 12 casos de perícia ao local do crime, o que representa menos de 4% dos casos.

82 CALDEIRA (2002, p. 245-246) constatou um quadro de perícia em apenas 18% de armas apreendidas, sendo 67% das armas pertencentes aos policiais. Ainda, perícias de resíduos de pólvora nas mãos dos supostos criminosos (do morto) – que poderiam confirmar ou rechaçar a hipótese de conflito com troca de tiros entre policiais e bandidos – também não costumam ser realizadas (CANO; FRAGOSO, 2000).

83 CANO e FRAGOSO (2000) constataram que 62% dos inquéritos por eles apurados continham apenas depoimentos dos policiais militares envolvidos. CALDEIRA (2002, p. 245) apontou 42% de casos sem testemunhas. BARCELLOS (1997) identificou uma rotina de intimidação e constrangimento das testemunhas reais e indução de pessoas que não presenciaram a cena a testemunhar em favor da polícia e a relatar o histórico de vida do morto em supostos envolvimento com uso excessivo de álcool ou de drogas. Casos de testemunhas assassinadas também foram observados (MISSE *et al.*, 2011; ZACCONI, 2015).

84 Para além da ausência de testemunhas em razão de intimidações, constrangimentos e queimas de arquivo, conforme indicado na nota de rodapé anterior, há, também, casos de ausência de testemunhas em razão de a vítima ser realmente criminosa – e mesmo em hipótese de não ter havido resistência à abordagem policial. MISSE e seus colegas relatam um caso exatamente nesse sentido (2011 p. 117). Outros pesquisadores também sustentam que até mesmo “favelados” não necessariamente se opõem ao *modus operandi* da polícia, mas à sua falta de seletividade (SILVA; LEITE, 2007). Há, ainda, pesquisadores que identificam moradores de favelas e regiões periféricas que concordam e, muitas vezes, reivindicam tal prática policial (CHEVIGNY, 1990; CALDEIRA, 2002; FELTRAN, 2008). Laura CAPRIGLIONE (2015), ao narrar a prática de pessoas que apresentam a carteira de trabalho de seus parentes mortos pela polícia, também indica, ainda que de maneira indireta, como a ilegalidade de tais mortes é, mesmo que em última instância, comprovada pela “legalidade” da vida do morto.

85 MISSE *et al.*, 2011, p. 52.

86 Quando os elementos anteriormente apontados (posse de arma ou droga, existência de antecedentes criminais e/ou narrativa de testemunhas) são insuficientes, as mortes são justificadas pelo local no qual acontecem (MISSE, 2011; ZACCONI, 2015; DAL SANTO, 2017, p. 282-289).

87 Walter BENJAMIN (1985 [1942]) já antecipara que “também os mortos não estarão em segurança se o inimigo vencer. E esse inimigo não tem cessado de vencer”.

88 Em pesquisa de MISSE (2011), a cifra de arquivamento dos autos de resistência atinge quase 100% dos inquéritos instaurados. Na pesquisa DE CANO e FRAGOSO (2000), 98% dos inquéritos foram arquivados sem que o promotor oferecesse denúncia, enquanto os demais casos levados a julgamento terminaram com

Não por outros motivos, Zaccone<sup>89</sup> sustenta que “se a polícia mata[,] quem joga a ‘pá de cal’ é o poder jurídico”. Na medida em que a sistemática prática letal da polícia é também sistematicamente enquadrada pelo sistema de justiça criminal como adequada à legalidade, as “execuções extrajudiciais” até aqui consideradas parecem não ser tão extrajudiciais assim. Não é exagerado compreender que os homicídios de civis operados por polícias são transformados em práticas juridicamente legais, por meio de um processo no qual promotores e juízes também são atores primordiais, configurando, portanto uma violência letal do sistema penal – o que é necessariamente mais amplo do que uma violência letal da polícia.

### 3.2 Uma outra pena de morte?

Embora a pena de morte seja manifestamente vedada no ordenamento jurídico brasileiro, como já indicado na introdução deste artigo, as elevadas e sistemáticas práticas de execuções sumárias efetuadas pelo Estado, por meio de seus agentes de segurança pública e associadas às condutas dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, além de serem mais do que mero “excesso” ou “abuso” da força letal, também não devem ser tratadas como execuções “extrajudiciais”. Nesse sentido, apesar de não constituir uma pena de morte “oficial”, estamos diante de uma pena de morte “oficializada”. Para melhor validar essa interpretação, será indicado como a violência letal do sistema penal brasileiro tem número, forma, caráter e efeito de pena.

Inicialmente, é interessante verificar a frequência de aplicação de penas de morte pelo mundo. Segundo a Anistia Internacional,<sup>90</sup> 23 países efetuaram penas de morte em 2016, sendo registradas, no mínimo, 1.032 execuções. No ano anterior, essa forma de pena foi aplicada em 25 países, registrando-se 1.634 execuções. Já nos anos 2014 e 2013, 607 e 778 execuções foram praticadas respectivamente em 22 países.<sup>91</sup> Não estão incluídos, nesses números, dados sobre a China (país que executa o maior número de pessoas no mundo anualmente), em razão do sigilo estatal acerca de tais dados.

---

o pedido de absolvição por parte dos promotores. Na pesquisa de VERANI (1996), todas as raras ações penais instauradas também deram causa a absolvições sumárias ou absolvições no júri, conforme requerimento do Promotor.

89 ZACCONE, 2015, p. 140.

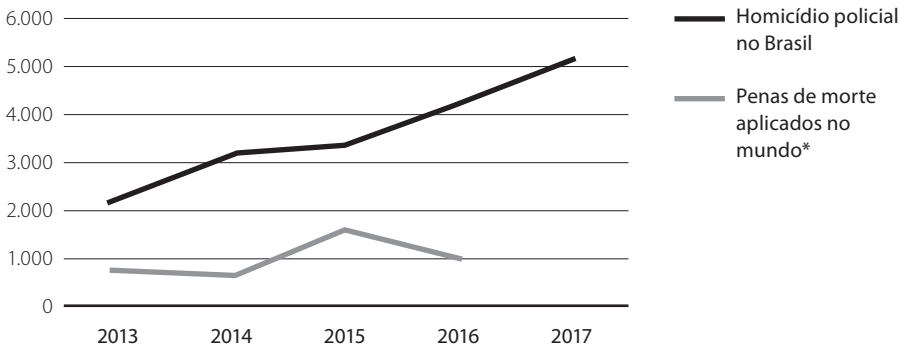
90 AI, 2017.

91 AI, 2015a.

Ao longo desse período, as penas de morte foram aplicadas basicamente na África, Ásia e Oriente Médio, além dos Estados Unidos da América (EUA), da Bielorrússia e do Cazaquistão. Destaca-se que os EUA – efetivamente únicos representantes de tal prática no *Ocidente* –, em trinta anos, desde que reintroduziram a pena capital em 1976, haviam executado pouco mais de mil pessoas, com média de 50 a 60 execuções anuais no início dos anos 2000.<sup>92</sup> Essa média, no entanto, é decrescente, haja vista que foram executadas “apenas” 20 pessoas em 2016, 28 em 2015, 35 em 2014 e 39 em 2013.<sup>93</sup>

O próximo gráfico (Gráfico 3) indica como o número de mortes causadas pela polícia brasileira é muito superior às penas de morte oficiais executadas em todo o mundo. Apenas o total de mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil em 2017 é superior à soma de todas as penas de morte executadas no mundo inteiro (com exceção à China) no mesmo ano, podendo-se acrescentar a tal soma o total de penas capitais aplicadas nos EUA desde sua reintrodução em 1976 – isto é, acrescentando 41 anos de aplicação de pena de morte no país norte-americano.

**Gráfico 3. Pena de morte oficial x Pena de morte oficializada**



Fonte: Fonte: Anistia Internacional, 2015a; 2017; FBSP, 2017. \*Desconsiderando a China.

Evidentemente, não se deve tomar a totalidade das mortes causadas por policiais no Brasil como penas de morte oficializadas, ignorando a ocorrência de mortes derivadas de conflitos reais. No entanto, a chancela

92 GARLAND, 2007, p. 441-442.

93 AI, 2015a; 2017.



jurídica dada aos homicídios policiais (cujo processo total constitui a pena de morte oficializada) “invisibiliza” os próprios homicídios cometidos em real legítima defesa. Portanto, isso torna impossível, no presente momento, a correta fragmentação dos números de mortes provocadas por policiais em penas de morte oficializadas e homicídios em legítima defesa. Nesse sentido, a inexatidão da quantidade de penas de morte oficializadas aplicadas no Brasil é também compensada pela gigantesca desproporcionalidade do referencial comparativo (isto é, Brasil comparado ao mundo todo).

De todo modo, caso somente uma a cada cem mortes causadas pela polícia não fosse produto de conflitos, teríamos um número ligeiramente superior a 50 casos de “pena de morte oficializada” no Brasil em 2017. O grande percentual de vítimas que receberam tiro pelas costas, conforme nota de rodapé 24, sugeriria uma realidade consideravelmente superior a 1% de mortos alheios a situações de conflito, no mínimo próxima a 50% dos casos totais de letalidade policial. Essa “projeção” já indicaria um quadro de aplicação de pena de morte oficializada muito próximo ao número de penas de morte oficiais aplicadas pelo mundo.

Além disso, algumas consideráveis diferenças entre a “pena de morte oficial”, como raramente executada nos Estados Unidos e demais países acima citados, e a “pena de morte oficializada”, como sistematicamente praticada no Brasil, são inegáveis.

A primeira delas se refere à gravidade dos crimes aos quais a pena de morte é aplicada. De acordo com Paternoster,<sup>94</sup> a pena de morte (oficial) tem sido historicamente limitada a crimes extremamente sérios,<sup>95</sup> tal como o homicídio ou crimes de guerra. Isso constitui uma enorme diferença à prática brasileira, frequentemente aplicada contra crimes de tráfico de drogas, porte de arma e resistência<sup>96</sup> - isso quando há, de fato, uma conduta criminosa relacionada.<sup>97</sup>

---

94 PATERNOSTER, 2011.

95 Exceção feita aos “Bloody Codes” ingleses dos anos 1700. De todo modo, vale ressaltar que o caráter do conceito ‘crimes mais sérios’ tende a ser sempre relativo (ver mais em HOOD; HOYLE, 2008, p. 130-132).

96 Considerado um crime praticado por particular contra a administração em geral, o crime de “resistência” é previsto no artigo 329 do Código Penal: “opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio. Pena – detenção, de dois meses a dois anos”.

97 Relembrar as frequentes vítimas de balas não-tão-perdidas. Nesse sentido, ZACCONE (2015, p. 194) argumenta que “a injusta agressão, a autorizar a legítima defesa dos policiais, não se encontra numa ação de resistência, mas sim em uma condição de vida em territórios pobres, a justificar a própria morte dos indignos”.

Ainda, a pena de morte oficial envolve um devido processo legal, com julgamentos elaborados, defesas jurídicas garantidas e distintas oportunidades de apelação, por exemplo.<sup>98</sup> Na pena de morte oficializada, não existe qualquer oportunidade de defesa e contraditório.<sup>99</sup> O “devido processo legal”, no entanto, apareceria em momento posterior da aplicação da pena. E aqui reside um ponto central da história, na medida em que a ausência de julgamento em momento anterior à aplicação da pena pode ser considerada uma característica a inviabilizar o enquadramento da “pena de morte oficializada” como pena de fato.

Eugenio Raúl Zaffaroni,<sup>100</sup> amparado em sua experiência e prática no sistema de justiça criminal, argumenta que, na América Latina, “a prisão preventiva é a verdadeira pena”. Ao menos em relação à realidade brasileira, essa alegação é cientificamente comprovada por Ricardo Gloeckner<sup>101 102</sup>. O pesquisador brasileiro identificou a existência de prisão processual como critério definitivo para condenação. Mais ainda. Como regra, tal prisão processual que se transforma em verdadeira resolução de mérito é justamente a prisão em flagrante.<sup>103</sup> Portanto, não é exagerado entender que a pena (de prisão) no Brasil é justamente determinada pela atividade policial, de modo

---

98 GARLAND, 2007; HOOD; HOYLE, 2008; KARABEL, 2014.

99 Até mesmo uma pena de morte não oficial, tal qual a aplicada pelo PCC, seguiria um processo em certo ponto mais “justo” e “democrático”, por meio dos seus próprios “tribunais do crime”, que necessariamente antecedem a aplicação da pena e demandam uma decisão coletiva. Ver mais em FELTRAN (2008; 2010), BIONDI (2009), DIAS (2011) e WILLIS (2015). Trata-se de mera comparação objetiva, e não qualquer fetichismo ao PCC e a suas práticas, como poderiam alegar.

100 ZAFFARONI, 1988, p. 121.

101 GLOECKNER, 2015. Dentre os 90 processos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul cujos requisitos se adequavam aos critérios estabelecidos em sua pesquisa [a existência de prisão preventiva, por exemplo], o autor constatou que todos resultaram em condenação, seja pela confirmação da decisão de primeira instância, seja pela reforma da decisão absolutória de primeira instância. Em 100% dos casos, o autor identificou o uso da prisão processual como elemento formador de convicção judicial, cujo resultado fora já indicado.

102 Resultado e conclusões semelhantes foram apresentados também em outras pesquisas, tais quais as elaboradas pelo IPEA (BRASIL, 2015), pelo Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia (JESUS FILHO, 2013) e pelo Instituto Sou da Paz (2012).

103 A relação entre índices de prisões e mortes causadas pela polícia também é relevante. Conforme extraído pela Human Rights Watch (2009), em 2008, as polícias dos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo prenderam, respectivamente, 23 e 348 pessoas para cada indivíduo que mataram. Já a polícia estadunidense, no mesmo período, prendeu 37.751 pessoas para cada morte que causou. Em um recorte mais específico, ZACCONE (2013, p. 22) constatou que, em 2007, a polícia carioca prendeu seis pessoas para cada uma que matou na cidade do Rio de Janeiro. Essa maior proximidade na relação entre homicídio e prisão pela polícia é capaz de indicar uma eventual substituição da prisão em flagrante pela execução policial.

que a decisão judicial (no caso, de mérito) surge apenas posteriormente, com finalidade de confirmação ou autenticação de uma pena já em curso. Estamos diante de um cenário muito próximo ao da pena de morte oficializada. Reitera-se: não estamos falando do dever ser, mas do ser de fato.

Os próprios discursos de policiais e promotores atestam e reforçam o caráter de pena em suas respectivas práticas, buscando sempre destacar que o morto “merecia” tal morte.<sup>104</sup> Igual interpretação é válida para o caso de homicídios policiais justificados pela impunidade do sistema de justiça criminal, cumprindo, assim, função alternativa de se fazer justiça (com as próprias mãos).<sup>105</sup> A ideia de merecimento é justamente a principal fundamentação da perspectiva retribucionista da pena,<sup>106</sup> o que demonstra como tal atividade policial tem de fato caráter de pena, tanto com base material (em relação à ação concreta), quanto discursiva (em relação à justificativa, ao fundamento).

Além disso, pena ou punição é, de modo geral, compreendida como a imposição de algum ônus ou a privação de direitos, pelo Estado, como consequência do cometimento de eventual transgressão. Zaffaroni e seus colegas vão além e a essa definição acrescentariam ser um exercício de poder sem função reparadora ou restitutiva.<sup>107</sup> É certo que a eventual transgressão ou conduta criminosa nem sempre se verifica na prática. Nesses casos, as organizadas ações policial e do Ministério Público oferecem ao

---

104 Esta legitimação pode ser exemplificada pela manifestação de um promotor do 5º Tribunal do Júri de São Paulo: “Quando Marcos Antônio recebeu voz de assalto emitida pelos agentes, saiu do carro em que estava, deu ordem de parada aos assaltantes e recebeu tiros, mas, em revide, contra eles atirou, matando, infelizmente, somente Antônio. O agente, portanto, matou um fauno, que objetivava cometer um assalto contra ele, agindo absolutamente dentro da lei. [...] Ressalto que, para desgosto dos defensores dos Direitos Humanos de plantão, não há dúvidas da tipificação da causa de exclusão da ilicitude em comento. [...] Bandido que dá tiro para matar tem que tomar tiro para morrer. Lamento, todavia, que tenha sido apenas um dos rapinantes enviado para o inferno. Fica aqui o conselho para Marcos Antônio: melhore sua mira. [...] Com efeito, a dinâmica dos fatos aqui estudados, leva à conclusão que o presente caderno investigatório somente foi distribuído para este Tribunal do Júri em razão de ter Antônio Rogério da Silva Sena, para a fortuna da sociedade, sido morto”. (ZAGALLO *apud* ZACCONE, 2015, p. 37). Igualmente representativo é o discurso de um policial, relatado por MISSE (2011, p. 43, destaque nosso): “Como a lei não mata oficialmente, ela mata extra-oficialmente. *O executor da lei acaba sendo o executor da pena.* O sujeito na adrenalina não é o mesmo. Só quem lida que sabe. O cara que matou um polícia já entra com um poder na cadeia. A adrenalina do momento do tiroteio não tem como reconstituir. O policial é ser humano e reage aos estímulos cerebrais. Um animal acuado é a mesma coisa. Às vezes, o próprio cara não sabe o que aconteceu. *Ali você é o juiz, é o promotor, é o executor. Aquele momento é único.*”.

105 Ver nota 4.

106 DUFF, 2001.

107 ZAFFARONI *et al.* 2002, p. 45-46.

Poder Judicial a possibilidade de se reconhecer a (forjada) legítima defesa, o que, ainda que não tenha ocorrido na prática, implica o reconhecimento, por parte dos juízes, da conduta criminosa que teria levado à atuação letal da polícia. Nesses termos, não é hiperbólico o enquadramento das penas de morte oficializadas como “pena de morte oficializada”.

Para além das diferenças entre a pena de morte oficial e seu modelo oficializado até aqui demonstradas, outra significativa divergência está no seu modo de aplicação. Em tempos pretéritos, a execução das penas capitais dava-se por meio de formas extremamente brutais.<sup>108</sup> Assim o era, por exemplo, no episódio de Damiens, no século XVIII, descrito por Foucault.<sup>109</sup> Em seu modelo moderno – ao menos em sua “forma ocidental”<sup>110</sup> –, tal pena é aplicada em espaços privados e restritos, por métodos não-violentos, como a injeção letal, projetados para evitar o sofrimento e a degradação do corpo, afastando emoções e espectadores.<sup>111</sup>

Por outro lado, a versão brasileira, ou oficializada, ocorre em locais públicos, por meio de métodos fundamentalmente violentos, que não raro deixam marcas de tiros em muros, paredes e portas, bem como corpos e sangue espalhados pelo chão e pela memória de uma específica população, sustentados por sentimentos de ódio e desprezo. Esses locais públicos, “a céu aberto”,<sup>112</sup> não se localizam nos centros das cidades, para espectadores assistirem eufóricos ou tranquilos e por espontânea vontade, tal qual no episódio narrado por Foucault acima indicado. Diferentemente, no Brasil, a morte pública ocorre nas periferias e favelas, onde os “espectadores” tentam fugir das cenas, uma vez que correm o risco de ser a própria vítima, ainda que estejam na porta de sua casa<sup>113</sup> ou dentro do seu próprio “barraco”.<sup>114</sup> Nesse sentido, o “espetáculo” é claramente uma forma de aterrorização e intimidação da população pobre, funcionando como “disciplina coletiva”.<sup>115</sup>

---

108 PATERNOSTER, 2011; HOOD; HOYLE, 2008, p. 9-10.

109 FOUCAULT, 1975, p. 9-12.

110 Em outras palavras, notadamente tomando a realidade estadunidense como exemplo. De todo modo, PATERNOSTER (2011) observa que a injeção letal é também o método mais comum utilizado na China. Como contraponto, pode ser destacada a permissão do apedrejamento no Irã, na Arábia Saudita e em outros países islâmicos, ou da decapitação na Arábia Saudita e nos Emirados Árabes, por exemplo (PATERNOSTER, 2011).

111 GARLAND, 2007, p. 457.

112 PASSETTI, 2006.

113 Conforme nota 28.

114 Como, por exemplo, constatado em um dos casos de inquéritos arquivados analisados por VERANI (1996).

115 Sobre a ideia de “disciplina” aqui empregada, ver MELOSSI (2018).

Diversas passagens de trabalhos voltados a analisar a letalidade policial denotam, direta ou indiretamente, os efeitos coletivos de tal prática que extrapolam a própria eliminação física de um sujeito. Verani<sup>116</sup> narra um antigo episódio no qual uma moradora da região foi a responsável por limpar o sangue derramado pelo assassinato provocado pela polícia. Misse e seus colegas<sup>117</sup> expõem o “grande pânico” que atinge quem presencia os tiroteios em perseguições. Misse<sup>118</sup> e Zaccone<sup>119</sup> também sustentam que o até então ápice das taxas de autos de resistência no Rio de Janeiro em 2007, antecedendo a implantação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), serviram justamente como aviso prévio para demonstrar a superioridade bélica do Estado ante os grupos criminosos locais e assim garantir a ocupação de comunidades sem que houvesse maiores resistências de moradores. A própria ausência de testemunhas nos inquéritos ou processos, temendo retaliações por parte dos agentes estatais,<sup>120</sup> demonstra o sentimento de terror e descrença de uma população que conhece o sistema penal somente por meio de três espécies de intervenção: para desocupar, para prender e para matar.

Não é demasiado apontar uma funcionalidade dupla e simultânea das penas de morte brasileiras.<sup>121</sup> Por um lado, a morte de um indivíduo produz um resultado material: o corpo morto, o inimigo efetivamente neutralizado, incapacitado e eliminado. Em sentido mais amplo, esse processo, produzido cotidianamente em um local e a um perfil preestabelecidos, é capaz de gerar um resultado para além de um único corpo morto ou inimigo incapacitado: o disciplinamento de todo um grupo de pessoas (favelados, pobres, jovens, negros), por meio da aterrorização,<sup>122</sup> da intimidação, da construção de autoridade e, conseqüentemente, da subordinação.

---

116 VERANI, 1996, p. 75.

117 MISSE *et al.*, 2011, p. 5.

118 MISSE *et al.*, 2011.

119 ZACCONE, 2015.

120 Que não raro se consolidam até mesmo por meio de queimas de arquivo.

121 DAL SANTO, 2018.

122 Não se ignora todo o debate ético sobre o suposto caráter dissuasório da pena (FABRE, 2016). Utilizar a pena ou a morte de um sujeito com a finalidade de enviar uma mensagem à sociedade (isto é, utilizar um indivíduo como meio ou instrumento) adequa-se a uma prática cometida por terroristas. É justamente o que os faz “terroristas”.

Garland<sup>123</sup> explica a razão peculiar da manutenção da pena de morte nos Estados Unidos. No Brasil, conforme bem atentado por Willis,<sup>124</sup> a violência letal sempre foi central à manutenção ou centralização do poder, desde o escravo espancado nas propriedades de seu senhor, o dissidente político torturado em delegacias e quartéis, até o favelado, cujo corpo baleado é abandonado a céu aberto.

#### 4. Conclusão

Este trabalho demonstrou como os elevados índices da letalidade da polícia brasileira estão inseridos em um processo que não termina com o gatilho puxado. Uma sistemática prática judicial acaba por garantir a legalidade da atividade policial letal. Mais do que um quadro de execuções extrajudiciais, esse processo representa a aplicação de uma pena de morte “oficializada”. A violência letal do sistema penal brasileiro, conforme aqui evidenciado, tem número, caráter, forma e efeito de pena.

Em relação aos números, demonstrou-se aqui como esses são inclusive superiores ao número de penas de morte aplicadas no mundo. Isso, por outro lado, afasta o caráter de excepcionalidade de tal prática, caracterizando sua institucionalidade. Ainda, por ser uma organizada inflição de dor, pelo Estado, aos indivíduos, como resposta a suas condutas criminosas, atesta-se seu caráter de pena. Tais ‘condutas criminosas’ não são sempre de fato condutas criminosas. No entanto, na medida em que a legítima defesa dos policiais é sistematicamente reconhecida, o Poder Judiciário afirma a existência de crime. Soma-se a isso o padronizado discurso de policiais e promotores sobre o merecimento, como elemento de fundamentação, de tais mortes. Já em relação à forma, encontra-se substancial semelhança entre o processo formal pelo qual as penas de morte legalizadas e as penas de prisão são aplicadas no Brasil: a atividade policial as determina em primeira instância e, em seguida, a atividade judicial apenas as reconhece como tais. Por fim, no tocante aos efeitos, ambas as formas de pena tendem a, ou buscam, provocar a neutralização, a intimidação e o disciplinamento.

As particularidades da pena de morte oficializada no Brasil a torna ainda mais cruel que seu modelo “oficial” aplicado pelo mundo. Não deman-

---

123 GARLAND, 2010.

124 WILLIS, 2015, p. 51.

da cometimento de crimes graves e/ou fundamentalmente violentos, não oferece possibilidade de defesa legal, causa dor e sofrimento intencionais e atinge a não apenas um sujeito, mas a um grupo específico de pessoas. Ao morto, pela eliminação. Aos *favelados*, pelo terror.

Deve-se, portanto, reconhecer que o Estado brasileiro, na prática, executa penas de morte e por isso deve ser responsabilizado.

## Referências

- ADORNO, Sérgio. Exclusão econômica e violência urbana. *Sociologias*, n. 8, 2002, p. 84-135. DOI: 10.1590/s1517-45222002000200005.
- ADORNO, Sérgio; DIAS, Camila Nunes. Monopólio estatal da violência. In: LIMA, Renato Sérgio; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. [org.]. *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014, p. 187-197.
- AHNEN, Ronald. The politics of police violence in Democratic Brazil. *Latin American Politics and Society*, 49:1, 2007, p. 141-164. DOI: 10.1353/lap.2007.0000.
- ANISTIA INTERNACIONAL (AI). *Eles entram atirando: policiamento de comunidades socialmente excluídas*. Londres: Amnesty International Publications, 2005.
- ANISTIA INTERNACIONAL (AI). *O uso da pena de morte em 2014*. Londres: Amnesty International Publications, 2015a.
- ANISTIA INTERNACIONAL (AI). *Você matou meu filho! Homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015b.
- ANISTIA INTERNACIONAL (AI). *Death sentences and executions 2016*. Amnesty international global report. London: Amnesty International Publications, 2017.
- ARENDR, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999 [1963].
- BARCELLOS, Caco. *Rota 66*. 29a. Ed. São Paulo: Globo, 1997.
- BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 5: 20, p. 129-146, out./-dez., 1997.
- BATISTA, Vera Malaguti. Los debates político-criminales en la región. In: ZAFFARONI, E. Raúl. [org.]. *Ciências penales desde el sur*. Segundo Con-

- greso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Comisiones. Buenos Aires: Infojus, 2014.
- BECHARA, Ana Elisa. As mortes sem pena no Brasil: a difícil convergência entre direitos humanos, política criminal e segurança pública. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 110, p. 211-229, 2016. DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v110i0p211-229.
- BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas*, v. 1. Magia e técnica, arte e política. Trad. Sergio Paulo Rouanet, São Paulo, Brasiliense, 1985 [1942], p. 222-232.
- BIONDI, Karina. *Junto e misturado: imanência e transcendência no PCC*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Universidade Federal de São Carlos, 2009.
- BRASIL. *Aplicação de penas e medidas alternativas – relatório de pesquisa*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2015. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325\\_relatorio\\_aplicacao\\_penas.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf)>.
- BRASIL. *Atlas da violência de 2017*. Rio de Janeiro: IPEA e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf)>. Acesso em: 14.06.2017.
- CALDEIRA, Teresa P. R. The paradox of police violence in democratic Brazil. *Ethnography*, vol. 3, n. 3, 2002, p. 235-263. DOI: 10.1177/146613802401092742.
- CANO, Ignácio. *Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ISER, 1997.
- CANO, Ignácio; FRAGOSO, José Carlos. Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da justiça militar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 8, n. 30, p. 207-233, 2000.
- CAPRIGLIONE, Laura. Os mecanismos midiáticos que livram a cara dos crimes das polícias militares no Brasil. In: KUCINSKI, B. *et al.*. *Bala Perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 55-59.
- CECCATO, Vania; MELO, Silas; KAHN, Tulio. Trends and patterns of police-related deaths in Brazil. In: CARRINGTON, Kerry *et al.* [orgs.]. *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*. Cham: Palgrave Macmillan, 2018, p. 521-550.
- CHEVIGNY, Paul. Police deadly force as social control: Jamaica, Argentina,



- and Brazil. *Criminal Law Forum*, 1:3, 1990, p. 389-425. DOI: 10.1007/bf01098174.
- CLARK, Timothy. Structural Predictors of Brazilian Police Violence. *Deviant Behavior*, 29:2, 2008, p. 85-110. DOI: 10.1080/01639620701457790.
- DAL SANTO, Luiz Phelipe. Racismo e controle social no Brasil: história e presente do controle do negro por meio do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 25, n. 138, p. 269-303, 2017.
- DAL SANTO, Luiz Phelipe. *Prospettiva postcoloniale sulla economia politica della pena: la svolta punitiva in Brasile*. Dissertação (Mestrado em Criminologia Crítica e Segurança Social). Università degli Studi di Padova: Pádua; Università di Bologna: Bolonha, 2018.
- DIAS, Camila Nunes. *Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista*. Tese (Doutorado em Sociologia) – USP: São Paulo, 2011.
- DIAS, Camila Nunes; DARKE, Sacha. From dispersed to monopolized violence: expansion and consolidation of the Primeiro Comando da Capital's Hegemony in São Paulo's prisons. *Crime, Law and Social Change*, 65:3, 2016, p. 213-225. DOI: 10.1007/s10611-015-9578-2.
- DUFF, R Antony. *Punishment, Communication, and Community*. New York: Oxford University Press, 2001.
- FABRE, Cécile. War, policing and killing. In: BRADFORD, Ben; JAUREGUI, Beatrice; LOADER, Ian; STEINBERG, Jonny. [orgs.]. *The SAGE Handbook of Global Policing*. London: SAGE Publications, 2016, p. 261-278.
- FELTRAN, Gabriel. *Fronteiras de tensão: um estudo sobre política e violência nas periferias de São Paulo*. 2008. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2008.
- FELTRAN, Gabriel. Crime e castigo na cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. *Caderno CRH*, vol. 23, n. 58, 2010, p. 59-73. DOI: 10.1590/s0103-49792010000100005.
- FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016*, n. 10. São Paulo, 2016.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017*, n. 11. São Paulo: 2017.
- FRANÇA, Leandro Aires; RIGON, Bruno. As periferias brasileiras como

- espaços de exceção: um genocídio cotidiano pela violência policial. *Profanações*, 1: 2, p. 197-218, jul./dez., 2014.
- GARLAND, David. The peculiar forms of American capital punishment. *Social Research*, 74: 2, 2007, p. 435-464.
- GARLAND, David. *Peculiar Institution: America's death penalty in an Age of Abolition*. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2010.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobson. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 117, p. 263-286, 2015.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobson; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e ministério público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 25: 130, p. 177-200, 2017.
- GREEN, Penny; WARD, Tony. State crime: a dialectical view. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 717-740.
- HINTON, Mercedes. A distant reality: Democratic policing in Argentina and Brazil. *Criminal Justice*, 5:1, 2005, p. 75-100. DOI: 10.1177/1466802505050980.
- HOOD, Roger; HOYLE, Carolyn. *The death penalty: a worldwide perspective*. 4th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HUGGINS, Martha; HARITOS-FATOUROS, Mika; ZIMBARDO, Philip. *Violence Workers: Police Torturers and Murderers Reconstruct Brazilian Atrocities*. Berkeley: University of California Press, 2002.
- HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). *Lethal Force: Police Violence and Public Security in Rio de Janeiro and São Paulo*. New York: Human Rights Watch, 2009.
- HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). *Brazil: executions, cover ups by police*. 29 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.hrw.org/news/2013/07/29/letter-governor-alcmin-and-attorney-general-marcio-rosa-about-police-violence>>.
- INSTITUTO SOU DA PAZ. *Prisões em flagrante na cidade de São Paulo - relatório de pesquisa*. São Paulo, junho 2012. Disponível em: <[http://www.soudapaz.org/upload/pdf/justica\\_prisoeflagrante\\_pesquisa\\_web.pdf](http://www.soudapaz.org/upload/pdf/justica_prisoeflagrante_pesquisa_web.pdf)>.
- JESUS FILHO, José, et. al. *Crime, segurança pública e desempenho institucional em São Paulo. Relatório sobre unidades prisionais em São Paulo, Brasil:*

- perfis gerais, contexto familiar, crimes, circunstâncias do processo penal e condições de vida na prisão*. Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia (CELIV): Buenos Aires, 2013. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-presos-sao-paulo-historias.pdf>>.
- KARABEL, Jerome. *The other capital punishment*. Huffington Post, originalmente publicado em 12 out. 2014, atualizado em 06 dec. 2017. Disponível em: <[https://www.huffingtonpost.com/jerome-karabel/the-other-capital-punishment\\_b\\_6301928.html](https://www.huffingtonpost.com/jerome-karabel/the-other-capital-punishment_b_6301928.html)>. Verificado em 13/02/2019.
- LEEDS, Elizabeth. Serving States and serving citizens: halting steps toward police reform in Brazil and implications for donor intervention. *Policing and Society*, 17:1, 2007, p. 21-37. DOI: 10.1080/10439460601124122.
- LOADER, Ian. For penal moderation: notes towards a public philosophy of punishment. *Theoretical Criminology*, vol. 14, n. 3, p. 349-367, 2010.
- MAGALONI, Beatriz; CANO, Ignacio. *Determinantes do Uso da Força pela Polícia do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Editora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2016.
- MELOSSI, Dario. Between struggles and discipline: Marx and Foucault on penalty and the critique of political economy. In: MELOSSI, Dario; SOZZO, Máximo; BRANDARIZ GARCÍA, José Angel [org.]. *The political economy of punishment today: visions, debate and challenges*. London: Routledge, 2017, p. 22-36.
- MENEGAT, Marildo. *Estudos sob ruínas*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- MILGRAM, Stanley. *Obedience to authority: An experimental view*. New York: Harper and Row, 1974.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (MJ). *Levantamento nacional de informações penitenciárias: atualização – Junho de 2016*. Brasília: DEPEND, 2017.
- MISSE, Michel et. al.. *Autos de resistência: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)*. Relatório final de pesquisa. Rio de Janeiro: NECVU/UFRJ, 2011.
- NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NEV-USP). *Pesquisa nacional, por amostragem domiciliar, sobre atitudes, normas culturais e valores em relação à violação de direitos humanos e violência: um estudo em 11 capitais de estado*. Coordenação: NANCY CARDIA, Rafael Cinoto et al.. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2012.

- OLIVEIRA, Emanuel Nunes de. Políticas públicas e estratégias de controle da ação letal das instituições policiais no Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 6, n. 1, p. 28-47, 2012.
- OSSE, Anneke; CANO, Ignacio. Police deadly use of firearms: an international comparison. *The international Journal of Human Rights*, 21:5, p. 629-649, 2017. DOI: 10.1080/13642987.2017.1307828.
- PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. *Revista Verve*, v. 9. São Paulo: Nu-Sol, 2006, p. 83-114.
- PATERNOSTER, Ray. Capital punishment. In: TONRY, Michael [org.]. *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*. New York: Oxford University Press, 2011.
- PEREIRA, Íbis. Os lírios não nascem da lei. In: KUCINSKI, B. et al.. *Bala Perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 39-44.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Police and Political Crisis: The Case of the Military Police. In: HUGGINS, Martha K. *Vigilantism and the State in Modern Latin America*. New York: Praeger, 1991, p. 167-88.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP*, São Paulo, 9: 1, 1997, p. 43-52. DOI: 10.1590/s0103-20701997000100003.
- SABORIO, Sebastian. La territorializzazione dell'esclusione sociale e della violenza a Rio de Janeiro. *Sicurezza e Scienze Sociali*, 1/2016, 2016, p. 180-189. DOI: 10.3280/siss2016-001013.
- SALLA, Fernando. De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias de São Paulo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, vol. 1, 2007, p. 72-90.
- SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie. The impact of human rights trials in Latin America. *Journal of Peace Research*, v. 44, n. 4, 2007, p. 427-445.
- SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas?. *Sociedade e Estado*, Brasília, 22: 3, 2007, p. 545-591. DOI: 10.1590/s0102-69922007000300004.
- VERANI, Sérgio. *Assassinatos em nome da lei: uma prática ideológica do direito penal*. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.
- WEBER, Max. Politics as a vocation. In: GERTH, H.H.; MILLS, C. Wright. [ed.]. *From Max Weber: essays in Sociology*. New York: Oxford University Press, 1946, p. 77-128.

- WILLIS, Graham. *The killing consensus: Police, organized crime, and the regulation of life and death in urban Brazil*. Oakland: University of California Press, 2015.
- ZACCONI, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ZAFFARONI, E. Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis, 1988.
- ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. Ediar: Buenos Aires, 2002.
- ZAMPERINI, Adriano. *Prigioni della mente: relazioni di oppressione e resistenza*. Torino: Giulio Einaudi, 2004.
- ZAMPERINI, Adriano. *La bestia dentro di noi: smascherare l'aggressività*. Mulino: Bologna, 2014.
- ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer effect: understanding how good people turn evil*. New York: Random House, 2007.

Recebido em 25 de novembro de 2019.

Aprovado em 21 de janeiro de 2020.

# Saúde mental e direitos humanos: instrumentos internacionais para garantia de direitos das pessoas com transtornos mentais e/ou deficiência

*Mental Health and human rights: international instruments  
for safeguarding the rights of persons with disabilities and/or  
mental disorders*

Mariluci Camargo Ferreira da Silva Candido\*  
*Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas – MS, Brasil.*

Carla Aparecida Arena Ventura\*\*  
*Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto – SP, Brasil.*

Antonia Regina Ferreira Furegato\*\*\*  
*Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto – SP, Brasil.*

Jair Lício Ferreira Santos\*\*\*\*  
*Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto – SP, Brasil.*

Marco Antonio Candido\*\*\*\*\*  
*Fundação Educacional de Votuporanga, Votuporanga – SP, Brasil.*

---

\* Pós-Doutora pelo Departamento de Enfermagem Psiquiátrica, Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. Professora Associada do Campus de Três Lagoas, Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. E-mail: mcpsc@uol.com.br.

\*\* Professora Titular do Departamento Enfermagem Psiquiátrica e Ciências Humanas, Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo e Diretora do Centro Colaborador da Organização Mundial de Saúde para o Desenvolvimento da Pesquisa em Enfermagem. E-mail: caeventu@gmail.com.

\*\*\* Professora Titular aposentada da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, onde atua como Professora Sênior. E-mail: furegato@eerp.usp.br.

\*\*\*\* Professor Titular aposentado da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, onde atua como Professor Sênior. E-mail: jalifesa@usp.br.

\*\*\*\*\* Advogado pela Fundação Educacional de Votuporanga-SP. Especialista em Direito Público. E-mail: candidomarco@uol.com.br.

## 1. Introdução

Estamos diante de um processo de consolidação de um movimento de proteção dos direitos humanos (DHs) das pessoas com transtorno mental, considerando-se, especialmente, que as Pessoas com Deficiência (PD) e/ou Transtorno Mental (TM) vivenciam uma ampla gama de violações de direitos humanos, estigma e discriminação<sup>1</sup>.

Muitas dessas pessoas carecem de acesso à saúde, educação e oportunidades de trabalho igual às demais pessoas e não recebem os serviços de acordo com a sua limitação e/ou incapacidade. Estão, portanto, excluídas de atividades da vida em comunidade e lhe são negados direitos fundamentais como segurança, vestuário e alimentação, além de lutarem contra a discriminação no campo de trabalho, educação e habitação devido à sua limitação ou incapacidade<sup>2</sup>.

Como consequência, muitas acabam por viver em situação de pobreza extrema, o que afeta seu acesso aos cuidados básicos, sua integração na sociedade e a recuperação de sua saúde, encontrando-se em piores situações socioeconômicas e mais pobres. Nesse contexto, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>3</sup> expõe a deficiência como uma crescente questão de DHs<sup>4</sup>.

A “*International Classification of Functioning, Disability and Health*” (ICF) define deficiência como um termo abrangente para prejuízos, limitações e restrição na participação de atividades. Refere-se a aspectos negativos da interação entre os indivíduos com uma condição de saúde, tais como: a paralisia cerebral, a síndrome de Down e a depressão, e fatores pessoais e ambientais como as atitudes negativas, o transporte e edifícios públicos inacessíveis, e rede social limitada<sup>5</sup>. A limitação da atividade, antes conceituada como incapacidade, é agora entendida como uma dificuldade no desempenho pessoal e de participação, ou seja, da interação que se estabelece entre a PD, a limitação da atividade e os fatores do contexto socioambiental<sup>6</sup>.

---

1 OMS, 2005.

2 OMS, 2011.

3 ONU, 2006.

4 OMS, 2011.

5 OMS, 2004; OMS, 2011.

6 BRASIL, 2006; BRASIL, 2008.

Já o TM é de difícil definição, pois não se trata de uma condição unitária e, ao contrário, inclui um grupo de transtornos com alguns pontos em comum. É considerado um termo amplo, contemplando muitas questões legislativas relacionadas à esquizofrenia e ao transtorno bipolar, bem como aplicadas igualmente à deficiência mental<sup>7</sup>. No plano de ação em saúde mental 2013-2020 da OMS, o termo “*mental disorders*” alcança os transtornos mentais e de comportamento causados pela depressão, transtorno afetivo bipolar, esquizofrenia, transtornos de ansiedade, demência, transtornos pelo uso de substâncias, deficiência intelectual e autismo.

Embora a deficiência não seja sinônimo de TM, pode estar presente na Pessoa com Transtorno Mental (PTM). Isso porque, mesmo durante ou após o tratamento, a PTM pode continuar a apresentar deficiências decorrentes do transtorno<sup>8</sup>. Partindo desse conceito, em que a limitação da atividade é entendida como dificuldade no desempenho pessoal, afirma-se que a PTM também apresenta tais limitações. Assim, em muitas situações, faz-se presente a deficiência “relacional”, ou seja, nas relações, tanto no âmbito pessoal, como no profissional e social.

Nessa perspectiva, sabe-se que a Classificação Internacional das Doenças – CID confere em seus critérios diagnósticos, sinais e sintomas, envolvendo dificuldades e limitações do funcionamento da pessoa portadora de transtorno mental, tais como: diminuição da concentração, isolamento, negativismo, embotamento afetivo, alucinações, lentificação psicomotora, diminuição da energia, entre outros.

A incapacidade se correlaciona com as desvantagens, mas nem todas as pessoas padecem do mesmo nível de desvantagem. Em geral, as pessoas que apresentam deficiências mais graves são as que estão em maior desvantagem. Em razão da sua doença, PTM são particularmente vulneráveis a abuso e violação de direitos. A legislação que protege cidadãos vulneráveis reflete uma sociedade que respeita e cuida de seu povo. Dessa forma, a legislação em saúde mental pode ser uma ferramenta eficaz para promover o acesso à atenção à saúde mental, além de promover e proteger os direitos de pessoas com transtornos mentais<sup>9</sup>.

---

7 OMS, 2005.

8 OMS, 2005.

9 OMS, 2005.



Nesse cenário, afirma-se que os DHs devem ser perseguidos, embora muitos deles ainda não sejam reconhecidos<sup>10</sup>. Constituem-se o centro mais valioso dos direitos de toda pessoa humana, relacionando-se à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade, com todos os seus desdobramentos, e são resultantes de um processo lento, gradual, constante e contínuo. O seu fundamento ético e moral baseia-se na dignidade da pessoa humana, exigindo o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos nos ordenamentos estatais, ou em documentos normativos internacionais<sup>11</sup>. Além disso, cabe esclarecer que, habitual e igualmente, a expressão “dimensões de direitos” é vinculada aos direitos humanos, no contexto internacional, e, no nacional, aos direitos fundamentais<sup>12</sup>.

Tanto no direito interno dos países, como no âmbito internacional, a doutrina costuma classificar os DHs em dimensões ou gerações. Há quem defenda o uso do termo dimensões, tendo em vista que “gerações” poderia induzir ao entendimento equivocado da substituição de uma geração por outra. O surgimento de uma nova dimensão não abandonaria as conquistas das anteriores, acarretando um permanente processo cumulativo do processo de evolução e de expansão dos DHs, enriquecendo os direitos anteriores. Ainda, apesar de se falar em até seis dimensões, críticas são dirigidas a tal divisão, sustentando-se que a proteção internacional dos DHs passa pela indivisibilidade e pela inter-relação de todos os direitos, bem como por sua natureza complementar, não havendo hierarquia e optando-se pelas três<sup>13</sup>. Adverte-se, também, que essa classificação é meramente didática, uma vez que os seres humanos não devem ter seus direitos divididos em dimensões isoladas e desintegradas.

Os direitos de primeira dimensão dizem respeito à proteção das liberdades públicas, configurando os direitos civis e direitos políticos e, nessas situações, o Estado teria um dever de prestação negativa, isto é, um dever de nada fazer, a não ser respeitar as liberdades do homem. Os direitos de segunda dimensão correspondem à proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais, envolvendo as liberdades positivas, reais ou concretas,

---

10 BOBBIO, 2004.

11 NOVELINO, 2008; LENZA, 2013.

12 SARLET, 2012.

13 CANÇADO TRINDADE, 1997.

assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano. No que diz respeito a esses direitos, do Estado não mais se exige uma abstenção, mas, ao contrário, impõe-se a sua intervenção. Ainda, os direitos da terceira dimensão seriam a evolução dos direitos fundamentais da sociedade já modernamente organizada, especialmente os relativos à industrialização e densa urbanização<sup>14</sup>.

A internacionalização dos DHs, consolidada a partir da segunda guerra mundial, representa um movimento recente na história e não se reduz ao âmbito reservado de um Estado, com o estabelecimento de um amplo complexo normativo internacional e regional sobre direitos humanos, respaldado com a criação de Comissões e Cortes de Direitos Humanos. Daí, a criação da sistemática normativa de proteção internacional dos DHs ou à pessoa humana<sup>15</sup>.

O sistema normativo de proteção internacional dos DHs é dividido em dois: o global, administrado pelas organizações que compõem a ONU, e os regionais, no âmbito africano, asiático, europeu e interamericano. Além de seus órgãos principais (Assembleia Geral), a ONU apresenta organismos especializados de áreas diversas, como por exemplo, a Organização Mundial de Saúde - OMS<sup>16</sup>.

Constituem-se instrumentos internacionais de proteção geral, aqueles de alcance geral, ou seja, que protegem a toda e qualquer pessoa, e os de proteção especial, aqueles de alcance especial, voltados à proteção de pessoas ou grupos específicos de vulneráveis, como é o caso da PTM e PD<sup>17</sup>.

O ato constitutivo das Organizações Internacionais (OIs) é o tratado, geralmente denominado Carta. Contudo, os instrumentos utilizados para garantir os DHs podem ser diversos, sob designações como: declaração, pacto, carta, estatuto, convenção, constituição, tratado ou resolução, não havendo unanimidade terminológica. O tratado detém força jurídica obrigatória ou vinculante, de cumprimento obrigatório, aos Estados signatários, portanto, é considerado do tipo mandatário<sup>18</sup>. A declaração se reveste do caráter de mera recomendação, juridicamente não vinculante. Entretanto-

---

14 CANÇADO TRINDADE, 1997.

15 PIOVESAN, 2010.

16 PIOVESAN, 2010.

17 PIOVESAN, 2010.

18 CANÇADO TRINDADE, 1997.

to, prevalece, na atualidade, o entendimento de que o seu teor tem valor jurídico, visto que seus preceitos se encontram positivados em tratados e no direito interno de muitos Estados. As resoluções não dispõem de capacidade vinculante, ou seja, não obrigam o Estado a adotá-las e são chamadas de recomendatórias, pois funcionam como recomendações e são intituladas de instrumento não mandatário, ou seja, aquele que não obriga os estados signatários, de cumprimento facultativo<sup>19</sup>.

É nesse contexto de mudanças da valorização e positivação dos DHs no contexto internacional direcionados à PTM e à PDM que se propõe a compreensão por meio da averiguação dos instrumentos mandatários e não mandatários. Desse modo, o objetivo deste estudo foi compreender o enfoque atribuído por instrumentos internacionais, de proteção especial, aos direitos humanos voltados à PTM e/ou à PD, visando identificar as características principais desses instrumentos.

## 2. Material e método

Trata-se de pesquisa descritiva do tipo documental com enfoque nas dimensões dos Direitos Humanos das PTM e PD. Buscou-se a fonte secundária junto ao Sistema Normativo Internacional de Proteção aos DHs.

A pesquisa documental foi realizada na base de dados online “*More Inclusiveness Needed in Disability and Development (WHO MiNDbank)*” que foi construída pela OMS, em colaboração com outras instituições internacionais que tratam de recursos fundamentais sobre saúde mental, abuso de substâncias, deficiência, saúde geral e direitos humanos. Tal iniciativa foi implementada com a meta de acabar com as violações dos direitos humanos cometidas contra as pessoas com transtornos mentais, bem como facilitar o debate, o diálogo e a pesquisa sobre saúde mental. Essa plataforma possui coleções contendo recursos dos países, recursos da OMS, recursos sobre DHs e resoluções da ONU e OMS organizadas por tipos ou tópicos, além da opção de busca por palavras-chave<sup>20</sup>. Optou-se pela base, porque ela foi construída pela OMS e possui os instrumentos globais e regionais.

Para este estudo, a busca procedeu-se pelas coleções, pois o intuito foi analisar os instrumentos disponíveis voltados aos direitos humanos das

---

19 OBERG, 2005; CANÇADO TRINDADE, 1997.

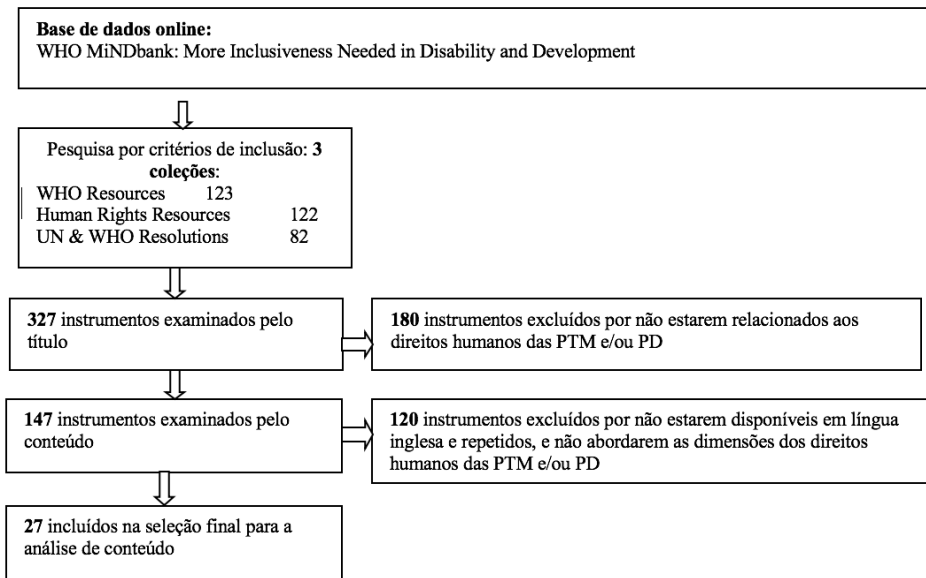
20 OMS, 2014.

peças portadoras de transtorno mental e/ou deficiência mental, conforme detalhado na figura 1.

Como este estudo trata dos DHs de duas populações específicas, a PTM e a PD, os critérios de inclusão adotados foram: instrumentos de proteção especial do Sistema Internacional dos DHs global e regional, de tipo mandatório e não mandatório, voltado a essa população, independentemente da época, na língua inglesa, excluindo-se os dos países.

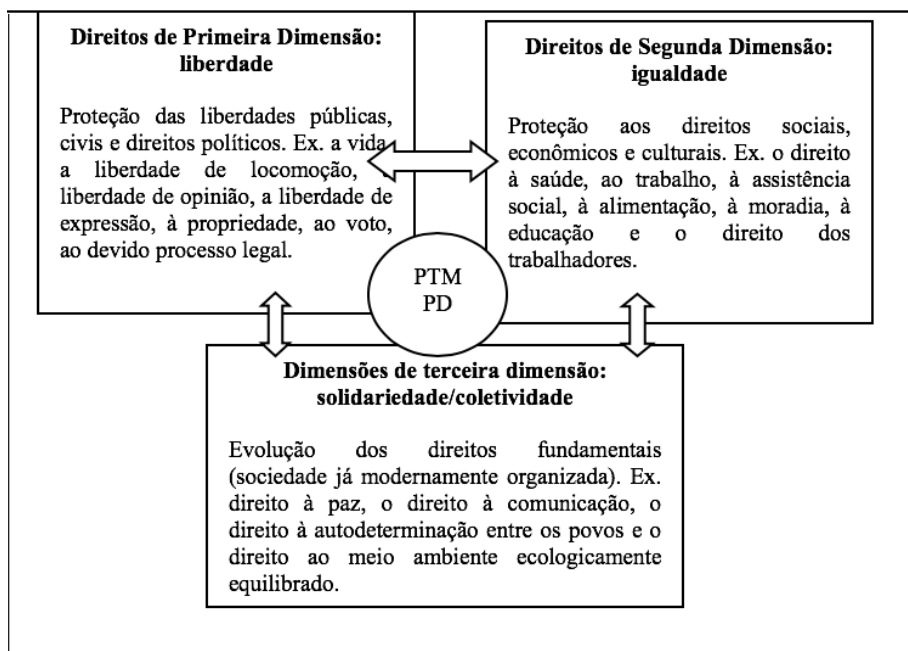
Inicialmente, foi realizada pesquisa em cada uma das coleções por tipo de recurso, tomando-se como base os seus títulos, seguida de uma leitura exploratória do conteúdo a fim de analisá-los com base nas dimensões dos direitos humanos. Os instrumentos repetidos foram incluídos apenas uma vez. Os documentos designados pelos termos “*disability*” e “*disabilities*” foram relacionados à PD, enquanto à PTM, o termo “*mental disorders*”.

Figura 1. Panorama geral do processo de busca documental



O referencial teórico deste estudo baseou-se nos preceitos das dimensões dos DHs, utilizando a classificação de três dimensões na análise de conteúdo (Fig. 2).

Figura 2. Dimensões dos Direitos Humanos



Fonte: Cançado Trindade, 2007.

Durante o processo de leitura exploratória do conteúdo foram destacadas as palavras relacionadas aos direitos humanos correspondentes à primeira, segunda e terceira dimensões, sendo posteriormente compiladas e analisadas, abordando-se por meio de análise descritiva.

### 3. Resultados

Sem a preocupação de transcrição literal, uma vez que são recortes dos instrumentos cuja compreensão supõe sua leitura completa, os resultados são apresentados em quatro quadros, visando sintetizar as informações consideradas importantes, atendendo ao objetivo do presente estudo. O primeiro retrata as principais características dos instrumentos mandatários agrupados por instituição proponente – OMS, ONU, OEA, OPAS e Europa e tipo de instrumento – Convenção, Tratado e Declaração.

**Quadro 01. Síntese das principais características dos instrumentos globais e regionais mandatários sobre a proteção especial dos DHs relacionados à PD e/ou PTM.**

ONU: Data	<b>Declaration:</b> nome “juris”
20 Dec 1971 (1)*	Declaration on the Rigths of Mentally Retarded Persons (res.2856 – XXVI)
Principais disposições	Direitos iguais a qualquer outro ser humano: cuidados de saúde, educação, recuperação e reabilitação; segurança econômica; diversas formas de participação na comunidade onde vive; representante legal qualificado.
ONU: Data e item	<b>Convention/treaty:</b> nome “juris”
13 Dec 2006 (2)	International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)
Principais disposições	Promover, proteger e assegurar o pleno gozo e condições de igualdade de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as PD e promover o respeito à sua dignidade humana. Principios gerais: o respeito à dignidade humana, a autonomia individual, incluindo a liberdade de tomar as próprias decisões e a independência das pessoas; a participação e a inclusão plena e efetiva na sociedade; o respeito à diferença e a aceitação das PD como parte da diversidade e da condição humanas; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; a igualdade entre o homem e a mulher. Obrigações gerais: compromisso de assegurar e promover o pleno exercício de todos os DHs e das liberdades fundamentais das PD sem nenhuma discriminação por motivo de deficiência (medidas legislativas e administrativas); inclusão da promoção e proteção dos DHs da PD em todas as políticas e todos os programas. Promoção de todas as necessidades básicas da vida, educação, cuidado à saúde e seguro social. Quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais devem assumir o compromisso de adotar medidas para financiamentos, cooperação internacional. maior independência possível); liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação (liberdade de exigir, receber e dar informações e ideias; internet); respeito à privacidade privada, familiar, lar, correspondência ou qualquer outro tipo de correspondência ou agressões contra a sua honra e reputação; respeito ao lar e à família (matrimônio, família, paternidade/maternidade e relações pessoais); direito à educação inclusive em todos os níveis e ao longo da vida; direito ao mais alto nível de saúde (gratuidade e preços adequados; mesmos programas de saúde pública dirigidos a população;

Principais disposições (continuação)	normas éticas para a atenção em saúde nos âmbitos público e privado); habilitação e reabilitação (organizar, ampliar e intensificar serviços e programas gerais, e em particular nos âmbitos da saúde, do emprego, da educação e dos serviços sociais); trabalho e emprego (direito de ganhar a vida mediante um trabalho de livre escolha; oportunidade e remuneração por trabalho de igual valor; direitos do trabalho e sindicatos; nível de vida adequado e proteção social (alimentação; vestimenta; habitação; água potável; saneamento); participação na vida política e pública (votar e ser eleito e a garantia de acesso ao processo eleitoral, sem intimidação); participação na vida cultural, nas atividades recreativas, de lazer e de esporte (material cultural; programas de televisão; filmes; teatro; museus, cinemas bibliotecas e serviços turísticos; utilizar potencial criativo; propriedade intelectual; reconhecimento da identidade cultural); compilar dados e estatísticas (princípios éticos); cooperação internacional (intercâmbio e distribuição de informações, experiências, programas de formação e práticas recomendadas; conhecimentos técnicos e científicos); criação de um Comitê sobre os direitos das pessoas com deficiência (Estados signatários); cooperação entre os Estados signatários e o Comitê (aplicação da CRPD).
2006 (3)	Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities
Principais disposições	Competência do Comitê para receber e considerar as comunicações apresentadas por pessoas ou grupos de pessoas que alegam serem vítimas de uma violência do Estado Parte de qualquer disposição da CRPD.
<b>OPAS:</b> data e item	<b>Declaration:</b> nome “juris”
11-14 Nov 1990 (4)	Declaration of Caracas
Principais disposições	Reestruturação da atenção psiquiátrica ligada à Atenção Primária de Saúde (APS). Recursos, cuidado e tratamento devem: salvaguardar a dignidade humana e os direitos humanos e civis, e propiciar a permanência da pessoa em seu meio comunitário. As legislações dos países devem assegurar o respeito aos DHs. A capacitação dos recursos humanos em saúde mental e psiquiatria devem apontar para um modelo que passe pelo serviço de saúde comunitário e propicie a internação psiquiátrica em hospitais gerais.
<b>OEA:</b> data e item	<b>Convention/treaty:</b> nome “juris”
14 Sep 2001 (5)	Inter-American Convention on all Forms of Discrimination Against Persons with Disabilities

Principais disposições	Definição de deficiência e da discriminação contra a PD. Adaptar a legislação social, educacional, laboral, dentre outras. Promover a integração entre autoridades governamentais e instituições privadas, adotando medidas para eliminar a discriminação, providenciando a construção e avaliação de serviços, programas e atividades como: emprego, transporte, meios de comunicação, habitação, recreação, educação, esportes, aplicar a lei e a justiça e atividades administrativas e políticas. Priorizar as áreas básicas: prevenção de todas as formas de deficiência, intervenção e reabilitação em todos os níveis de atenção e campanhas educacionais com a população. Colaborar efetivamente com pesquisas tecnológicas e científicas (prevenção, tratamento, reabilitação, integração e autonomia). Estender a Convenção para a legislação e a política interna dos países. Reconhecer a legislação e instrumentos internacionais.
<b>Europa:</b> data e item	<b>Declaration:</b> nome “juris”
14 Jan 2005 (6)	Mental Health Declaration for Europe: Facing the Challenges, Building Solutions
Principais disposições	Reconhecimento de que a saúde mental e o bem-estar mental são fundamentais para a qualidade de vida e a produtividade das pessoas, das famílias, das comunidades e das nações, permitindo as pessoas experimentarem a vida de forma significativa, criativa e ativa. A promoção da saúde mental e prevenção, tratamento, cuidados e reabilitação de problemas de saúde mental são uma prioridade para os Estados-membros e a União Europeia (UE), tal como expresso nas resoluções da Assembléia Mundial de Saúde, Comitê Regional da OMS para a Europa e para o Conselho da União Europeia. As responsabilidades são: compromisso de apoiar as ações, aplicar a legislação de saúde mental e de defesa dos DHs; promover a saúde mental na educação, no emprego e comunidades aumentando a colaboração entre as agências responsáveis pela saúde e outros setores relevantes; evitar fatores de risco, criando incentivos para a prestação de apoio no local de trabalho ou no retorno para aqueles que tenham recuperado de problemas de saúde mental; intensificar parcerias entre as agências responsáveis pelo cuidado e suporte, tais como a saúde, a previdência, a habitação, a educação e o emprego; inclusão da saúde mental nos currículos de todos os profissionais da área de saúde e nos programas de educação profissional. Criação e apoio às organizações não governamentais de usuários e profissionais no campo da saúde mental. Solicitação para tomar medidas nas seguintes áreas: parcerias, informação em saúde, pesquisa, desenvolvimento de políticas e serviços, e advocacia e defesa.

\* sequência numérica dos instrumentos

Na sequência, do mesmo modo, o Quadro 2 sintetiza as principais características dos instrumentos não mandatórios agrupados por autor – OMS, ONU, OEA, OPAS e Europa e suas respectivas resoluções.



**Quadro 2. Síntese das principais características dos instrumentos globais e regionais não mandatários sobre a proteção especial dos DHs relacionados à PD e/ou PTM.**

ONU: data e item	Resolution: nome “juris”
17 Dec 1991 (7)*	46/119. The Protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care
Principais disposições	A proteção das pessoas com DM e a melhoria dos cuidados de saúde mental devem abranger os itens a seguir. Direitos básicos e liberdades fundamentais: (cuidado de saúde e social com a promoção da saúde mental e prevenção dos transtornos mentais; acesso à atenção básica em saúde mental; respeito à dignidade humana; exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais - DUDH, proteção da exploração sexual e de outras formas, do abuso físico e de tratamento degradante; antidiscriminação); integridade física; garantias processuais (devido processo legal); viver e trabalhar na comunidade; avaliações de saúde mental em conformidade com princípios internacionalmente aceitos, utilizando as normas internacionais para a determinação da doença mental; consentimento para o tratamento e confidencialidade; direito ao casamento e a reprodução.
20 Dec 1993 (8)	48/96. The Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities
Principais disposições	Aprova as normas para a igualdade de oportunidades para PD (em anexo da presente resolução). Solicita aos Estados-membros que sejam aplicadas as regras para o desenvolvimento dos programas nacionais de PD. Estimula os Estados-membros a respeitarem a informação sobre a aplicação das regras e a apoiarem, financeiramente e de outras formas, a aplicação das regras. Os pré-requisitos e as regras gerais sobre a igualdade de oportunidades são: I- condições (ações de sensibilização; cuidados médicos; reabilitação; serviços de Apoio). II- áreas-alvo (acessibilidade; educação; emprego; manutenção de rendimento e segurança social; vida familiar e integridade pessoal; cultura). III- medidas de implantação: informação e investigação; definição de políticas e planejamento; legislação. IV- mecanismos de acompanhamento: devem identificar barreiras e sugerir medidas que contribuam para a implementação dessas regras.
21 July 1997 (9)	1997/19. Equalization of opportunities for persons with disabilities, Economic and Social Council - ECOSOC

Principais disposições	Para a igualdade de oportunidades para as PD: é urgente que as Nações Unidas, os governos e as organizações não-governamentais trabalhem para reforçar a implementação em todos os níveis, de medidas jurídicas, administrativas, financeiras e outras medidas, da meta da plena participação e da igualdade para PD, de acordo com o Programa de Ação Mundial para o Desenvolvimento Social e as normas sobre a igualdade de oportunidades para PD. Solicita maior prioridade às PD nas atividades, bem como alocar os recursos necessários para permitir a implementação efetiva das normas-padrão.
22 Dec 2003 (10)	58/132. Implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons: Towards a Society for all in the Twenty-first Century. RESOLUTION ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY [on the report of the Third Committee (A/58/497 (Part II))]
Principais disposições	As regras gerais do Programa de Ação Mundial para as PD e da CRPD são: a igualdade de Oportunidades e o seu reconhecimento como beneficiários em todos os aspectos do desenvolvimento global, regional e nacional. As metas de desenvolvimento acordadas internacionalmente incluem os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM): a responsabilidade coletiva dos governos para defender os princípios da dignidade humana, da igualdade e equidade no âmbito global, sublinhando o dever dos Estados-Membros em alcançarem uma maior justiça e igualdade para todos, em especial, a PD. O plano de ação se baseia em seis princípios e enfoques transversais: 1- acesso e cobertura universal independentemente de idade, sexo, posição social, raça, etnia ou orientação sexual; 2- considerar os princípios de igualdade das PTM (erradicação da pobreza, acesso aos serviços de saúde e sociais essenciais); 3- direitos humanos: as estratégias, ações e intervenções terapêuticas, bem como a prevenção e promoção da saúde mental devem ajustar-se a CRPD; 4- prática baseada em evidências (pesquisas científicas e boas práticas, considerando o caráter cultural); 5- enfoque em todo o ciclo vital (as políticas, planos e serviços de saúde mental devem atender as necessidades sanitárias); 6- enfoque multissetorial: a resposta integral e coordenada à saúde mental requer alianças múltiplas dos setores públicos (saúde, educação, emprego, justiça penal, habitação, social e outros) com o setor privado.
16 Dec 2005 (11)	60/131. Implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons: Realizing the Millennium Development Goals for Persons with Disabilities

<p>Principais disposições</p>	<p>Execução do programa de ação mundial relativo às PD: realização dos objetivos de desenvolvimento do milênio para as PD: Expressa grave preocupação sobre o exercício de direitos em situações de conflito armado, especialmente quanto à devastação dos DHs das PD, e propõe: aplicação do Programa de Ação Mundial para a D, incluindo as suas recomendações como marco de desenvolvimento da ONU; encorajar os governos a adotarem um plano nacional da PD por meio da criação ou o reforço de mecanismos de promoção e sensibilização para as questões da D e alocação de recursos, realçando a importância de apoiar os esforços nacionais por meio da cooperação internacional; apelo às organizações governamentais, intergovernamentais, não governamentais e setores privados para promover medidas eficazes, conforme o Programa de Ação Mundial para a prevenção da D e da prestação de serviços de habilitação e reabilitação adequados para PD, de modo que respeitem a sua dignidade e integridade; convida os Estados Membros e aos observadores que sigam participando ativa e construtivamente no trabalho do Comitê Especial encarregado de preparar a convenção internacional para ampliar a proteção e promoção dos DHs e da dignidade das PD.</p>
<p>3 Feb 2010 (12)</p>	<p>64/131. Realizing the Millennium Development Goals for Persons with Disabilities. Resolution adopted by the General Assembly</p>
<p>Principais disposições</p>	<p>Realização dos ODM para as PD: Reforçar as metas de saúde para todos, em especial, para as pessoas com deficiência, realizando os ODM para as PD por meio da implementação do Programa de Ação Mundial para as PD e da CRPD; inclusão das organizações internacionais e regionais – integração entre as instituições financeiras, o setor privado e a sociedade civil, nomeadamente as organizações representativas das PD, bem como das questões e dos instrumentos de forma explícita da D nos planos nacionais; o sistema das Nações Unidas deve incorporar a inclusão e a acessibilidade das PD nas políticas, processos e mecanismos.</p>
<p>4 Feb 2011 (13)</p>	<p>65/186. Realizing the Millennium Development Goals for persons with disabilities towards 2015 and beyond (2011)</p>
<p>Principais disposições</p>	<p>Realização dos ODM para as PD após 2011 e em direção a 2015. Enfatizar a recomendação da CRPD quanto à importância da cooperação internacional para melhorar as condições de vida das PD, principalmente, nos países em desenvolvimento. Observar que a CRPD estabelece uma cobertura abrangente dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Convidar as organizações internacionais e regionais, as de integração regional, as instituições financeiras, o setor privado e a sociedade civil, em especial, as organizações representativas das PD, a incluírem explicitamente e integrar as questões ligadas à PD nos planos nacionais. Desenvolver e acelerar o intercâmbio de informações, diretrizes, padrões, boas práticas.</p>

30 July 2012 (14)	67/211. Realizing of the Millennium Development Goals and intenationally agreed development goals for persons with disabilities: a disability-inclusive development agenda towards 2015 and beyond (Report of the Secretary-General)
Principais disposições	A realização dos ODM e de desenvolvimento internacional para as PD: agenda para 2015 e seguintes (Relatório do Secretário-Geral). As informações dos Estados membros sobre os progressos e iniciativas da implementação de programas e políticas da PD dentro do Sistema global de Crescimento para o Milênio foram: (a) medidas legislativas, planos de ação e programas; progresso em legislação e crescimento das políticas, incluindo a adoção e implementação nacional do Plano de Crescimento Global do Milênio e de uma nova legislação, priorizando a igualdade, a não discriminação e a implementação da CRPD; (b) erradicação da pobreza: reconhecimento de que o acesso ao emprego é essencial para a erradicação da pobreza, e por isso foi oferecido treinamentos e preparação para a inserção no mercado de trabalho, bem como foram criadas as cotas; (c) acesso à educação: avanços de programas educacionais para crianças no plano nacional de educação, reforçando a capacitação de professores e a provisão do sistema de transporte escolar e adequação da arquitetura das escolas; (d) igualdade de gênero: inclusão da menina e da mulher com D na Política Nacional de Gênero e da Mulher; (e) saúde e reabilitação: relato de esforços para a promoção da saúde sexual e reprodutiva, incluindo treinamento para os profissionais, e também o suporte a PD com HIV e AIDS; expansão do cuidado em saúde. As ações devem seguir as áreas prioritárias: (a) fortalecimento do Sistema normativo internacional: a harmonização das estruturas da legislação nacional, políticas e institucionais com a CRPD e outros instrumentos internacionais de DHs e de desenvolvimento; (b) promover o avanço da acessibilidade e da progressiva remoção de barreiras para o desenvolvimento físico, transporte e comunicações, incluindo informações e tecnologia de comunicação; (c) tomar medidas específicas para enfrentar a falta de informação sobre a situação das PD, reforçando a organização de dados e estatísticas nacionais, baseando-se nas orientações internacionais de D. O relatório global das Nações Unidas sobre D deve ser periódico e desenvolvido para a aferição dos progressos em matéria de igualdade de oportunidades e apoiar a inclusão de indicadores no acompanhamento e avaliação dos objetivos de desenvolvimento pós- 2015; (d) Desenvolver a capacidade das partes interessadas para implementar eficazmente os compromissos internacionais para o desenvolvimento da deficiência em alinhamento com as metas e objetivos da CRPD, o que exige o fortalecimento do conhecimento e habilidades em âmbito político como operacional para tomar medidas concretas na promoção da D.
5 Dec 2012 (15)	A/67/L.33*. Addressing the socioeconomic needs of individuals, Families and societies affected by autism spectrum disorders (ASD) developmental disorders (DD) and associated disabilities

<p>Principais disposições</p>	<p>A abordagem das necessidades socioeconômicas dos indivíduos, das famílias e das sociedades afetadas por desordens do espectro autista (ASD), distúrbios do desenvolvimento (DD) e deficiências associadas deve incluir: promoção e proteção dos DHs de todas as PD; antidiscriminação; plena realização dos DHs e liberdades fundamentais; participação como membros da sociedade e capacidade de participação na comunidade; atendimento de necessidades (saúde, educação e bem estar social); ampliação do acesso a serviços de apoio adequados e oportunidades para a inclusão e a participação na comunidade; sensibilização de administradores públicos, cuidadores e familiares sobre a necessidade de direitos das pessoas com autismo; aumentar o conhecimento público e profissional sobre o autismo; intervenção precoce do sistema de saúde e outros; programas educativos para crianças e adultos com autismo; propiciar a possibilidade de aprender e participar da vida em comunidade.</p>
<p>18 Dec 2014 (16)</p>	<p>69/142. Realizing the Millennium Development Goals and other internationally agreed development goals for persons with disabilities towards 2015 and beyond (2014)</p>
<p>Principais disposições</p>	<p>Compromissos assumidos para 2015 e anos seguintes: alcançar a plena aplicação do marco normativo internacional, ratificando e aplicando a CRPD e o seu Protocolo Facultativo; assegurar que em todas as políticas de desenvolvimento sejam incluídas a erradicação da pobreza, a inclusão social, o emprego pleno e produtivo e decente, e o acesso aos serviços sociais básicos com benefício a todas as PD, em particular, as mulheres, as crianças, os jovens, os indígenas e os idosos; elaborar planos nacionais específicos e incluir a promulgação de emendas das leis nacionais, envolvendo as estruturas legislativas e normativas; reconhecer o direito à educação baseado em igualdade de oportunidade e não discriminação; assegurar o acesso aos serviços de saúde primária e especializada; reforçar os sistemas de proteção social, incluindo o apoio financeiro e acesso a serviços; assegurar a acessibilidade sob o enfoque universal, mediante a eliminação de barreiras – a geográfica, o transporte, o emprego, a educação, o saneamento básico, aos serviços e as informações, a tecnologia e os meios de comunicação; melhorar a reunião de dados e sua análise, dispondo os dados por sexo; apoiar as instituições acadêmicas e outros interessados pertinentes na realização de pesquisas para fomentar conhecimento e a compreensão da deficiência, atribuindo recursos suficientes e eficientes; reforçar no plano nacional, os programas de ajuda humanitária com a inclusão de componentes essenciais: acessibilidade, a reabilitação e a preparação para casos de desastres; apoio ao mais alto nível de consciência social (compreensão e conhecimento), realizando campanhas com a promoção da imagem positiva da PD; apoio dos bancos e instituições financeiras regionais e internacionais para o desenvolvimento nas iniciativas de trabalho; apoiar a mobilização de recursos públicos e privados; o compromisso da ONU e Estados membros na inclusão da deficiência trata-se de uma questão intersetorial na agenda de desenvolvimento; as PD devem ser consultadas sistematicamente e ter participação ativa (organizações representativas e qualidade de agente).</p>

OMS: data e item	Resolution: nome "juris"
18 May 2002 (17)	55/10. Mental Health: Responding to the Call for Action, mental illness (significant disability).
Principais disposições	A Proteção dos DHs deve ser um componente das políticas de saúde mental. Implantar estratégias, programas e políticas conforme proposta do programa de ação global para saúde mental da OMS. Implantar financiamentos em saúde mental e solicitar a cooperação unilateral e bilateral dos Estados Membros.
25 May 2005 (18)	58/23. Disability, Including Prevention, Management and Rehabilitation
Principais disposições	Deficiência englobando prevenção, reabilitação e gestão. Aumentar a sensibilização do público em geral sobre a questão da D e coordenar os esforços de todos os setores da sociedade para participar em atividades de prevenção de incapacidades. Garantir a plena inclusão na sociedade da PD, especialmente na sua formação e defesa do emprego. Tomar as medidas necessárias para a redução dos fatores de risco que contribuem para a D durante a gravidez e a infância. Promover a identificação e intervenção precoce das PD, especialmente durante a gravidez e para as crianças, e o acesso pleno em todas as esferas da vida (saúde, informação e economia), incluindo os serviços de reabilitação. Implantar programas de aconselhamento familiar, incluindo os exames prenupciais como a anemia e talassemia. Promover e fortalecer programas de reabilitação com base na comunidade ligados aos cuidados primários de saúde primários integrados no sistema de saúde. Facilitar o acesso a tecnologias de assistência adequada. Incluir a D como componente das políticas e programas, especialmente nas áreas de saúde da criança e do adolescente, saúde sexual e reprodutiva, saúde mental, envelhecimento, HIV / AIDS e doenças crônicas, como o diabetes mellitus, as doenças cardiovasculares e câncer. Participar ativamente no trabalho de construção da convenção internacional para promover e proteger os direitos e a dignidade da PD. Garantir a prestação e acesso de cuidados de saúde adequados e eficazes para as PD, incluindo próteses, cadeiras de rodas e outros dispositivos para a locomoção. Pesquisar e implementar medidas mais eficazes para prevenir a D em colaboração com a comunidade e outros setores.
25 May 2012 (19)	65/4. The global burden of mental disorders and the need for a comprehensive, coordinated response from health and social sectors at the country level

Principais disposições	Em consideração ao relatório sobre a carga global de doenças mentais e a necessária de uma resposta abrangente e coordenada entre os setores sociais e de saúde pelos países. As prioridades das políticas nacionais devem ser: promoção à saúde mental, prevenção do transtorno mental, identificação, cuidado e tratamento precoces; inclusão de políticas e estratégias necessárias à promoção dos DHS, ao enfrentamento do estigma, acesso aos serviços na comunidade, enfocando os pobres, tendo em vista o maior potencial de fatores de risco, promoção da consciência política, criação de oportunidades de rendimentos, provisão de educação e habitação, provisão de serviços comunitários de saúde, incluindo a desinstitucionalização.
27 May 2013 (20)	66/8. Comprehensive mental health action plan 2013–2020
Principais disposições	Adota “mental health action plan” 2013-2020. Insta os Estados-membros a implantarem as ações propostas pelo “ <i>mental health action plan</i> ” 2013-2020”, adaptado para as prioridades nacionais e circunstâncias nacionais específicas. Convida os parceiros internacionais, regionais e nacionais a considerar o “ <i>mental health action plan 2013-2020</i> ”.
27 May 2013 (21)	66/9. Disability
Principais disposições	Apoio às recomendações do “ <i>world report on disability</i> ” utilizando as estratégias para a implementação da CRPD nos Estados Partes.
24 May 2014 (22)	67/7. Disability
Principais disposições	Aprovação do Plano de Ação Global das Pessoas com Deficiência 2014-2021:
24 May 2014 (23)	67/8. Autism
Principais disposições	Reconhecimento das necessidades específicas no desenvolvimento de políticas e programas relacionados à primeira infância e desenvolvimento do adolescente, como parte de uma abordagem global. As legislações e os planos multisetoriais devem estar apropriados a Res. 65/4. zDesenvolver pesquisas específicas no contexto da saúde. Implantar as resoluções WHA66/8 e 66/9.
4 Apr (24) 2014	67/16. Disability. Draft WHO global disability action plan 2014–2021: Better health for all people with disability: Report by the Secretariat
Principais disposições	A OMS reconhece a deficiência como uma prioridade global em saúde e direitos humanos. Alerta sobre algumas condições de saúde que podem se tornar um fator de risco, como o aumento da incidência de obesidade em pessoas com síndrome de Down, o aumento da prevalência de diabetes e de câncer intestinal em pessoas com esquizofrenia.

OPAS: data e item	Resolution: nome “juris”
1 Oct 2014 (25)	CD53/R7 Plan of Action on Mental Health
Principais disposições	Aprovar “Plan of Action on Mental Health” e a sua aplicação no contexto das condições especiais de cada país, a fim de responder as atuais e futuras necessidades de saúde mental. Insta os Estados-Membros a adotá-lo, adequando-o ao seu contexto nacional. Ainda, solicita-se que os Estados-membros promovam parcerias com organizações governamentais e não governamentais, bem como com organizações internacionais e outras entidades regionais e sub-regionais em apoio da resposta global que é exigido no processo de implantação deste plano de ação.
3 Oct 2014 (26)	CD53.R12: Plan of Action on Disabilities and Rehabilitation
Principais disposições	Aprovar o Plano de Ação da Deficiência e Reabilitação e sua aplicação no contexto das condições particulares de cada país. Instar os Estados-Membros, tendo em conta as responsabilidades compartilhadas nos Estados federados, a: construir as políticas nacionais de saúde tendo como prioridade a D para assegurar a implementação dos respectivos projetos que conduzam ao acesso universal e equitativo dos serviços de saúde e programas por PD e suas famílias, incluindo a habilitação e reabilitação, o fornecimento da tecnologia assistiva, e outras formas de apoio em todo o curso da vida; fortalecerem as normas legais dos países e a sua aplicação para proteger os DHs das PD, em conformidade com os princípios da CRPD, da Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as PD, e das normas internacionais aplicáveis; apoiarem o envolvimento da sociedade em atividades para promover e proteger a saúde das PD, garantindo que eles sejam consultados através das suas organizações representativas e participem de forma ativa no processo de tomada de decisões políticas e na elaboração da legislação, bem como na criação dos respectivos serviços.



Europa: data e item	Resolution: nome “juris”
19 Sep 2013 (27)	RC63/R10 The European Mental Health Action Plan. Regional Committee for Europe.
Principais disposições	Confirmar o Plano Europeu de Ação em Saúde Mental. Insta os Estados Membros a: melhorarem a saúde mental e o bem-estar de toda a população e reduzir a carga das doenças mentais, garantindo que as ações de promoção e da prevenção com intervenção sobre os determinantes da saúde mental, direcionadas por medidas específicas mundiais com enfoque para os grupos mais vulneráveis; a respeitarem os direitos das pessoas com problemas de saúde mental, promoverem a sua inclusão social e oferecerem oportunidades equitativas para atingir a mais alta qualidade de vida, combatendo o estigma, a discriminação e isolamento; reforçarem ou criarem acesso e uso adequado dos serviços de saúde mental com competência, conforto e segurança; requererem a participação das organizações intergovernamentais e não governamentais, incluindo a possibilidade de trabalhar com as associações de familiares e profissionais, para apoiar a execução do plano de ação.

\* continuação da sequência numérica dos instrumentos

Complementado a análise das informações sobre as principais características dos DHs destinados à proteção especial da PD e/ou PTM, o Quadro 3 foi organizado, de forma a discriminar quantitativamente o total de instrumentos, por cada ano, sujeitos protegidos e sistema de proteção.

Quadro 03. Síntese dos dados relativos aos DHs da PD e/ou PTM presentes nos instrumentos globais e regionais.

Instrumentos mandatários					
Ano	PD	PTM	PD/PTM	Global	Regional
1971	1	-		1	-
1990	-	1		-	1
-	-	-		-	-
-	-	-		-	-
-	-	-		-	-
2001	1	-		-	1
-	-	-		-	-
-	-	-		-	-
2005	-	1	1	-	1
2006	2	-		2	-
-	-	-		-	-
-	-	-		-	-
-	-	-		-	-
-	-	-		-	-
-	-	-		-	-
<b>Total</b>	4	2	1	3	3

O Quadro 1, 2 e 3 apresentaram as principais características dos instrumentos internacionais relacionados aos DHs da PD e/ou PTM. Foi possível verificar os principais DHs reconhecidos diante dessas características. O Quadro 4 elenca os direitos protegidos conforme as dimensões de DHs.

Instrumentos não mandatórios					
Ano	PD	PTM	PD/PTM	Global	Regional
-	-	-		-	-
-	-	-		-	-
1991	-	1		1	-
1993	1	-		1	-
1997	1	-	1	1	-
-	-	-		-	-
2002	-	1	1	1	-
2003	1	-	1	1	-
2005	2	-		2	-
-	-	-		-	-
2010	1	-		1	-
2011	1	-		1	-
2012	2	1	1	3	-
2013	1	2		2	1
2014	4	2	3	3	3
<b>Total</b>	14	7	7	17	4

**Quadro 04. Síntese dos direitos protegidos das PD e/ou PTM presentes nos instrumentos\* internacionais globais e regionais conforme as dimensões de DHs.**

Primeira Dimensão: Direitos civis			
Tipo	PD	PTM	PDPTM
Direito à vida	2, 10, 11, 14, 5, 21	6, 7, 17, 19, 24, 25, 27	6,17
Direito à liberdade	1, 2, 4, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 21	6, 7,19, 23, 25	23
Direito à igualdade	1, 2, 4, 5	6	
Direito à liberdade de expressão	1, 2, 18, 21, 22	6	
Direito à liberdade de religião	-	7	
Direito à participação política	2, 5, 13	19	
Direito a liberdade de locomoção	1, 2, 21	-	
Direito a uma família	2, 14. 18	7	
Direito à igualdade de gênero	12, 14	-	
Direito ao devido processo legal	1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 26	6, 7, 19, 23, 25	6, 23

Segunda Dimensão: Direitos sociais, econômicos e culturais				Terceira Dimensão: Direitos difusos e coletivos			
Tipo	PD	PTM	PDPTM	Tipo	PD	PTM	PDPTM
Direito à saúde	1, 2, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 26	4, 6, 7, 17, 20, 23, 24, 25, 27	10, 17, 23, 24, 26	Direito à comunicação	2, 5, 9, 14, 16, 18, 21	6	9,14
Direito ao trabalho	2, 5, 8, 9, 10, 14, 16, 18, 21, 22	6	6, 10	Direito ao meio ambiente	13, 14	-	
Direito à assistência social	1, 2, 5, 8, 15, 16, 18, 19, 21, 22	6, 7, 19, 22, 23				-	
Direito ao transporte	5, 14	-				-	
Direito à alimentação	2	-					
Direito à moradia/habitação	2, 5, 10	6,19					
Direito à educação	1, 2, 5, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 21, 22	6, 7, 18, 19, 22, 23	6				
Direito à cultura, lazer e esporte	2, 5, 13	7					
Direito à vestimenta	2	-					

\*A numeração dos dois grupos de vulneráveis são referentes a sequência de itens dos instrumentos do quadro 1 e 2, sendo de 1 a 6 mandatórios e 7 a 27 não mandatórios.

#### 4. Discussão

Os 27 instrumentos internacionais especiais sobre DHs foram relacionados, respectivamente, à PD (19) e PTM (8), sendo seis mandatórios e 21 não mandatórios. Desses, oito se referem a ambos sujeitos de direitos. Constatou-se que os instrumentos mandatórios e não mandatórios, em sua maioria, destinaram-se a “*disability*” e “*disabilities*”, quando comparados aos termos “*mental disorders*” e “*mental health*”. Houve a predominância dos não mandatórios do tipo resoluções que tratam dos DHs da PD.

Vale dizer que, independentemente das posições individuais de Estados membros da ONU, os instrumentos não mandatórios (resoluções) têm apresentado efeitos jurídicos semelhantes aos mandatórios (convenções)<sup>21</sup>. A concepção atual é de que os DHs, consolidados em inúmeros tratados internacionais (ex.: a Convenção sobre os Direitos da Criança e a CRPD, Pactos de 1966) estão sendo consolidados internamente, por meio da ratificação ou adesão pelos países a esses instrumentos internacionais, como direitos fundamentais<sup>22</sup>.

Em outras palavras, os DHs constam em diferentes instrumentos do direito internacional, gerais e específicos que foram objeto deste estudo. Nas duas últimas décadas, percebeu-se um aumento crescente dos instrumentos de proteção especial à PD e à PTM. Além disso, os sistemas global e regional de proteção dos DHs têm reconhecido que o TM pode gerar deficiências, ensejando, equidade na legislação de proteção especial dos DHs.

Faz-se oportuno assinalar alguns dos instrumentos analisados e de publicações (guia, manual e relatório) que exemplificam essa abordagem. Em 2002, a Resolução 55/10 da OMS enfatizou que no TM pode-se fazer presente uma significativa ou grave deficiência. Do mesmo modo, a Resolução 48/96 da ONU<sup>23</sup> introduziu o termo “deficiência” referindo-se a um grande número de diferentes limitações funcionais que ocorrem em qualquer população de qualquer país do mundo. As pessoas podem apresentar deficiência por limitação física, intelectual ou sensorial, condições de saúde ou doença mental. Tais condições ou doenças podem ser de caráter permanente ou transitório.

---

21 CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 68.

22 PIOVESAN, 2010.

23 ONU, 1993.

Outro instrumento, a Declaração da Europa, em 2005 priorizou a garantia e a proteção dos DHs e da dignidade da pessoa humana, bem como a implantação da legislação necessária para que as PTM e PD possam participar plena e igualmente na sociedade. No mesmo ano, a Resolução 58/23 da OMS sobre “Deficiência englobando prevenção, reabilitação e gestão” aponta que a D deve ser um componente das políticas e programas, especialmente de algumas áreas de saúde, referindo-se à saúde mental, entre outras.

Ainda, em 2003, a Resolução 58/132 da OMS afirma em suas regras gerais do Programa de Ação Mundial para as PD, a importância de se considerar os princípios de igualdade das PTM por meio da erradicação da pobreza e acesso aos serviços de saúde e sociais essenciais.

Nessa perspectiva, o Relatório Mundial sobre a deficiência denuncia que os números de PD são crescentes e decorrem do aumento global de condições crônicas, como diabetes, doenças cardiovasculares e transtornos mentais, dentre outros, influenciando a natureza e prevalência da deficiência<sup>24</sup>.

Em 2014, a OMS por meio da Resolução 67/16 alerta sobre alguns fatores de risco de algumas condições de saúde relacionadas à deficiência: o aumento da prevalência de diabetes e de câncer intestinal em pessoas com esquizofrenia. A Organização Panamericana de Saúde, em sua Resolução 53/8, reitera a deficiência na PTM quando diz que a meta do Plano de Ação em Saúde Mental é a promoção do bem estar mental e a prevenção de PTM relacionados às substâncias, oferecendo cuidado com destaque para a reabilitação, a recuperação e a promoção de DHs das PTM e para a redução da morbidade, da deficiência e da mortalidade.

Tais avanços, provavelmente, decorreram da crescente preocupação e valorização dos DHs da população em geral, ou seja, dos instrumentos gerais de DHs, bem como da criação de legislações e políticas de saúde mental e de deficiência.

A partir da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) e no decorrer dos anos seguintes ocorreu uma multiplicação de tratados, tanto gerais, quanto especializados de DHs<sup>25</sup>.

Cabe realçar um dos principais tratados de DHs a respeito da deficiência, a Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência (CRPD) e seu Protocolo Opcional da Convenção de Direitos da Pessoa

---

24 OMS, 2011.

25 CANÇADO TRINDADE, 1997.

com Deficiência (OP-CRPD), ambos de 2006. Esse documento é um marco histórico dos deveres do Estado para suplantar os obstáculos que travam o pleno exercício de direitos pelas PD, viabilizando o crescimento de suas potencialidades, e passando a serem contempladas como verdadeiros sujeitos, titulares de direitos<sup>26</sup>.

Ressalte-se que, por sua definição de deficiência, no artigo 1º, (pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas), pode-se dizer que a PTM pode desenvolver e apresentar tal condição, caracterizando-se como deficiência. Entretanto, não há o seu reconhecimento expresso.

Também se percorre um longo caminho para fazer valer tais direitos no contexto nacional, onde a PTM não recebe o mesmo tratamento jurídico dispensado à PD. Um exemplo disso é o Brasil, em seu Decreto Legislativo Nº 186, de 2008, que aprova o texto da CRPR e seu Protocolo Facultativo.

Ao longo do tempo, todas essas evidências já deveriam ser suficientes para esclarecer a possibilidade da deficiência na PTM e a sua incorporação em políticas sobre a deficiência e o TM. Em decorrência disso, a PTM não recebe atenção como pessoas que podem ou apresentam deficiência e, conseqüentemente, não são beneficiários da legislação para a PD, resultando em sérios prejuízos para as suas vidas<sup>27</sup>. Acredita-se que essa questão deve passar pela avaliação e diagnóstico dos diferentes graus, leve, moderado ou grave do TM. Isso nos faz pensar que é fundamental uma legislação que desenhe o processo de avaliação e diagnóstico, prevendo ampla cobertura dos DHs conforme o grau de limitações ou incapacidades geradas pelo TM.

Defende-se que as legislações e as políticas internacionais, regionais, nacionais, estaduais e municipais específicas e gerais sobre deficiência necessitam, de forma emergencial, incorporar o TM e/ou referendar tais direitos no que diz respeito ao TM.

Constata-se, portanto, que a existência da legislação de proteção especial por si só não é suficiente para a eficácia dos DHs, pois a sua concretização esbarra em questões, dentre outras, como o desconhecimento da legislação por profissionais dos serviços de saúde, familiares e usuários, e

---

26 PIOVESAN, 2010.

27 OMS, 2005.



na insuficiência da vigilância e avaliação da sua execução<sup>28</sup>. Fica, por fim, a consagração averiguada nos instrumentos jurídicos internacionais em considerar que a limitação e/ou incapacidade pode afetar a ambos, justificando um tratamento especial pelos tomadores de decisão, envolvendo o legislativo, o executivo, o judiciário, bem como os profissionais, associações, familiares e usuários.

Insistiu-se nessa posição, visto que, se não houver cobertura legal, política e financeira eficiente, fica inviabilizada a elaboração, a ampliação, a aplicação e o monitoramento dos DHs a essa população vulnerável. E, assim, o seu exercício de direitos inexistente ou sofre limitações significativas.

#### 4.1 As dimensões dos direitos humanos

Ao examinar os instrumentos, percebeu-se que os mais antigos tratam de um menor número de direitos em relação aos mais novos. A lista desses direitos está em contínua expansão, pois o direito é uma construção, um artefato humano fruto da política, que deve ser pensado e transformado em função das necessidades da convivência coletiva<sup>29</sup>. O processo de proteção internacional dos DHs teve como marco a *International Bill of Rights* e, posteriormente, deu-se a produção de outras Declarações e Convenções, bem como a ampliação de novos direitos, versando sobre determinadas violações e grupos de vulneráveis<sup>30</sup>.

Ainda, Bobbio reforça que nesse processo também houve a expansão dos direitos à prestação (como os direitos sociais, econômicos e culturais) e, também, o alargamento dos sujeitos de direito, incluindo, dentre outros, os grupos vulneráveis<sup>31</sup>.

Tendo em vista a classificação global dos DHs, os dados coletados foram visibilizados, de acordo, com as suas três dimensões, totalizando 21 tipos de direitos protegidos. Em ordem decrescente, os DHs mais citados foram os direitos sociais, econômicos e culturais ou da igualdade (87), os direitos civis ou de liberdade (78), e os direitos difusos e coletivos ou da solidariedade (10).

---

28 OMS, 2005; LENZA, 2013.

29 BOBBIO, 2004.

30 PIOVESAN, 2010; MAZZUOLI, 2007.

31 PIOVESAN, 2010.

Dentre os direitos da primeira dimensão (direitos civis), foram identificados: direito ao devido processo legal (19), à liberdade (16), à vida (13), à igualdade (10), à liberdade de expressão (6), à participação política (4), a uma família (4), à liberdade de locomoção (3), à igualdade de gênero (2) e à liberdade de religião (1).

Nessa dimensão, assume relevo a proteção do direito individual, das denominadas liberdades de expressão coletiva, dos direitos de participação política e do direito de igualdade formal, ou seja, perante a lei<sup>32</sup>. Isso se dá com a provisão do ordenamento jurídico a certos interesses do indivíduo contra a intromissão estatal, visando à proteção desses valores. A concepção atual segue no sentido de que o Estado deve proporcionar, por meio de ações positivas, não somente as garantias, mas os meios efetivos para o seu exercício<sup>33</sup>.

É preciso ressaltar que os direitos de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais) destacaram-se como os mais citados, sendo os seguintes: à saúde (24), ao trabalho (16), à educação (17), à assistência social (15), à habitação (5), à cultura, lazer e esporte (4), à alimentação (2), ao transporte (2) e à vestimenta (2). E por último, os direitos da terceira dimensão (difusos e coletivos) foram conferidos à comunicação (8) e ao meio ambiente (2). Os principais direitos das PD e/ou PTM encontram-se na primeira e segunda geração de DHs, sendo o direito à saúde com maior destaque.

O direito à saúde está presente praticamente em todos os instrumentos. É compreensível tal atenção, pois os dois grupos de vulneráveis protegidos são constituídos por pessoas portadoras de doenças ou incapacidades e/ou limitações de sua capacidade funcional, em especial, de sua saúde.

Ao mesmo tempo, a ONU em Resolução 67/36, de 2012, aponta que é essencial tomar em consideração todas as necessidades desses segmentos vulneráveis da sociedade, com vistas a aumentar a capacidade de tornar efetivo o direito ao exercício do mais alto nível de saúde física e mental.

Nessa perspectiva, a 67/36 refere que o direito a um nível de vida adequado deve abranger, em particular, a alimentação, a vestimenta, a moradia, a assistência de saúde e os serviços sociais necessários, assim como o direito à seguridade em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez e em outros casos da perda de seus meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade.

---

32 STARLET, 2012.

33 NOVELINO, 2008.

Ressalta-se, então, que a ausência ou insuficiência, principalmente, dos direitos de proteção voltados à assistência social, ao trabalho, à educação e ao transporte, ameaça a busca de condições mínimas à dignidade humana.

Nesse sentido, interessa evidenciar que alguns dos direitos que não foram ou foram superficialmente enfatizados pelos instrumentos voltados, especificamente, à PTM: ao trabalho, à igualdade, à liberdade de expressão, à participação política, a uma família, à assistência social. Também, de modo geral, os instrumentos analisados não se ocuparam de alguns direitos, são esses: Direito à propriedade (direitos de primeira dimensão), Direito à autodeterminação entre os povos Direito à paz (direitos de terceira dimensão).

Os dados demonstraram que a deficiência pode estar presente na PTM, no entanto, o aporte da legislação especial, em saúde mental, precisa ser equacionado ao da deficiência. Há questões de DHs sobre as quais é preciso evoluir para fazer valer tais direitos à PTM, particularmente, os que dizem respeito aos direitos de proteção voltados à assistência social, ao trabalho, à educação e ao transporte.

Embora, no contexto internacional, alguns instrumentos especiais de deficiência incorporem o TM, o único do tipo mandatório, a CRPD e seu Protocolo Facultativo não faz nenhuma menção à PTM. Essa situação o torna significativamente exposto às violações de seus DHs, impedindo que tenham uma vida digna.

Diante do exposto, pode-se inferir que o avanço dos direitos da PTM requer a criação de instrumentos internacionais especiais do tipo mandatório, pois podem significar uma maior carga obrigatória, além de servir de parâmetro para o legislador, quando no exercício da sua atividade legiferante, bem como para o judiciário na aplicação de suas decisões. Do mesmo modo, ao executivo, na elaboração e implementação de políticas.

É possível dizer que não basta só o reconhecimento internacional da deficiência na PTM, mas se faz emergencial a sua aplicação efetiva no âmbito regional, nacional, estadual e municipal para o fortalecimento da criação, expansão, vigilância e avaliação da eficácia dos DHs, e assim serem alcançados no exercício de direitos dessas pessoas.

Por fim, alega-se que, à luz dos DHs, a divulgação de conhecimento e informações têm importância particular para a efetividade das ações de saúde mental e deficiência, devendo envolver os já citados diferentes atores sociais, e no caso deste estudo, faz-se oportuno destacar os profissionais de

saúde como um dos importantes atores na proteção da dignidade humana por meio da promoção de direitos. Faz-se necessária a divulgação de conhecimento e informações sobre os DHs da PTM e/ou da PD para o pleno exercício de direitos, sem ameaças ou prejuízo dessa população.

## 5. Conclusão

Constatou-se que, ao longo das duas últimas décadas, houve o crescimento dos instrumentos específicos de DHs, bem como a ampliação de direitos e de novos sujeitos de direitos, dando espaço à incorporação dos grupos vulneráveis. Os instrumentos internacionais de DHs se centram no direito à saúde, não favorecendo o exercício pleno de direitos.

O aporte da legislação do transtorno mental precisa ser equacionado ao da deficiência. A sua insuficiência, provavelmente, reflete a falta de entendimento e de vontade política sobre a sua realidade. Os profissionais de saúde e os operadores do direito, entre outros, podem ser importantes divulgadores de conhecimentos sobre os direitos humanos da pessoa com deficiência e/ou transtorno mental.

## Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Carlos Nelson Coutinho (trad.). 13ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Manual de legislação em saúde da pessoa com deficiência*. 2. ed. rev. atual. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/legislacao\\_deficiencia.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/legislacao_deficiencia.pdf). Acesso em 13 nov 13.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *A pessoa com deficiência e o Sistema Único de Saúde*. 2. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/legislacao\\_deficiencia.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/legislacao_deficiencia.pdf). Acesso em 13 nov 13.
- BRASIL. *Decreto Legislativo n. 186*, de 10 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília: Senado Federal, 2008.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *A pessoa com deficiência e o Sistema Único de*

- Saúde*. 2. ed. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/legislacao\\_deficiencia.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/legislacao_deficiencia.pdf). Acesso em 13 nov 13.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume I)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, n. 3, pp. 9-34, 2009. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i3p9-34>.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.
- ÖBERG, Marko Divac. The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ. *The European Journal of International Law*, vol. 16, n. 5, 2006. 879–906 Disponível em: < <http://ejil.oxfordjournals.org/content/16/5/879.full.pdf+html>>. Acesso em 08 fev. 2015.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Tradução e revisão Amélia Leitão. Direcção-Geral da Saúde. Lisboa, 2004.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Livro de Recursos da OMS sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação: cuidar sim, excluir não*. Genebra, 2005. Disponível em: [http://www.who.int/mental\\_health/policy/Livroderecursosrevisao\\_FINAL.pdf](http://www.who.int/mental_health/policy/Livroderecursosrevisao_FINAL.pdf). Acesso em: 27 out 13.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Resolution WHA 58.23: Disability, including prevention, management and rehabilitation*. Fifty-eighth World Health Assembly, Geneva, 25 May 2005 ([www.who.int/disabilities/publications/other/wha5823/en/index.html](http://www.who.int/disabilities/publications/other/wha5823/en/index.html)). Acesso em: 27 out 13.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Resolution WHA 67.16: Disability*. Draft WHO global disability action plan 2014–2021: Better health for all people with disability, Geneva, 2014. Disponível em: ([www.who.int/disabilities/publications/other/wha6716/en/index.html](http://www.who.int/disabilities/publications/other/wha6716/en/index.html)). Acesso em: 27 out 13.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório Mundial sobre a deficiência*. Genebra, 2011. Acesso em: 1 abr 2015. Disponível em: [http://whqlibdoc.who.int/hq/2011/WHO\\_NMH\\_VIP\\_11.01\\_por.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hq/2011/WHO_NMH_VIP_11.01_por.pdf)

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 48/96*. The Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, 20 Dec 1993. Acesso em: 1 abr 2015. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r096.htm>
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 67/36*. Salud mundial y política exterior, Asamblea General, ONU, 6 de diciembre de 2012. Acesso em: 1 abr 2015. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/67/a67r036.htm>
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convention*. International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), 13 Dec 2006. Acesso em: 27 out 13. Disponível em: <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-a.pdf>.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Optional Protocol*. Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13 Dec 2006. Acesso em: 27 out 13. Disponível em: <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-a.pdf>.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- VENTURA, C. A. A. *Saúde mental e direitos humanos: o processo de construção da cidadania das pessoas portadoras de transtornos mentais*. Tese de Livre Docência, Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto/USP. Área de concentração: Enfermagem Psiquiátrica. Ribeirão Preto, 2011. 199p.

Recebido em 11 de setembro de 2017.

Aprovado em 15 de janeiro de 2020.

# Ética, corrupção e os dilemas da práxis social: a percepção de acadêmicos do curso de direito a respeito do exercício profissional

*Ethics, corruption and the dilemma of social praxis: the perception of Law students about the professional practice*

Rodolfo Rodrigo Santos Feitosa\*  
*Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sertão Pernambucano, Petrolina – PE, Brasil.*

Erbs Cintra de Souza Gomes\*\*  
*Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sertão Pernambucano, Petrolina – PE, Brasil*

Zélia Maria Xavier Ramos \*\*\*  
*Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina, Petrolina – PE, Brasil*

Francelle Almeida Silva\*\*\*\*  
*Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina, Petrolina – PE, Brasil.*

Joanny Kathlyn Costa\*\*\*\*\*  
*Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina, Petrolina – PE, Brasil.*

Ana Clara Marinho Ferreira\*\*\*\*\*  
*Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina, Petrolina – PE, Brasil.*

---

\* Doutor em Sociologia. Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sertão Pernambucano. E-mail: rrfeitos@gmail.com.

\*\* Pós-Doutorado em Educação. Doutor em Agronomia. Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sertão Pernambucano. Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina - FACAPE. E-mail: ectecnologo@hotmail.com.

\*\*\* Doutora em Filosofia. Professora da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina - FACAPE. E-mail: zelia.ramos@hotmail.com.

\*\*\*\* Bacharelada do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina – FACAPE. E-mail: francelle\_almeida@hotmail.com.

\*\*\*\*\* Bacharelada do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina – FACAPE. E-mail: joannykathlyn@gmail.com.

\*\*\*\*\* Bacharelada do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina – FACAPE. E-mail: marinhoanacarla6@gmail.com.

## 1. Introdução

Intrinsecamente relacionada a porção significativa das ações humanas, a corrupção, tanto quanto o desejo desenfreado, reflete o imperativo da satisfação individual. Quando sua existência em numerosas e variadas circunstâncias é atestada em um dado tecido social historicamente situado, reconhece-se ali fortes indícios da proeminência egocêntrica do indivíduo frente a múltiplos fundamentos essenciais à existência coletiva. “Eis porque cada um quer tudo para si, quer tudo possuir, ao menos dominar, e assim deseja aniquilar tudo aquilo que lhe opõe resistência”<sup>1</sup>. Sob essa percepção teórica, imanente ao ato corrupto, o egoísmo recrudescido distende-se da vontade, enquanto mera condição reflexiva, à ação coordenada para fins de satisfação pessoalizada. Ao realizar esse movimento, um membro da sociedade se posiciona alheio aos demais sujeitos e suas respectivas demandas, considerando-as menores em significado e importância. Eis então o nascedouro do fenômeno da corrupção, o qual, para todos os fins, inexistente sem a violação formal de corolários éticos.

No âmbito das investigações sociais, condutas ativas ou passivamente corruptas retratam, *grosso modo*, as fendas morais e éticas constitutivas das coletividades, bem como a complexidade do processo de conciliação entre a condição impulsiva do desejo de satisfação individual e a composição ético-normativa restritiva do grupamento social. A contemporaneidade é um cenário histórico do qual emergem dilemas dessa ordem de fenômenos em incidências e tons singulares. Não por acaso, soam reconhecidamente atrativos às ciências que tergiversam a problemática sob a perspectiva política, filosófica e sociocultural, apreendendo as implicações nas práticas cotidianas e institucionais dos indivíduos enquanto sujeitos de ação política.

Independentemente do aporte científico específico, o ponto de partida é quase sempre o mesmo, qual seja, a perscrutação das definições de corrupção e ética. Há de se considerar preliminarmente o esquadro do dilema moral e o modo como se expõe no contexto social, esteio das práticas “desvirtuadas” e significações correlatas. Quanto à corrupção, não raro, sua compreensão é proposta por abordagens diretas do fenômeno, notadamente instrumentalizadas para fins de identificação, tipificação e combate à sua ocorrência. A ética, por sua vez, serve como referência maior para de-

---

1 SCHOPENHAUER, 2005, p. 426.



terminar comportamentos necessários ao perfeito equilíbrio das ações, isto é, promotores do convívio social harmonioso. Há também nas abordagens socioantropológicas o interesse crucial na apreensão do bojo estrutural em que tais ou quais práticas sociais corruptas confrontam modelos e representações de ética. Tal viés compreensivo tem sido exitoso em explicitar as ambiguidades e incongruências quanto aos sentidos e entendimentos acerca do que seja o público e o privado. Essas distorções conformam-se matricialmente em ligação a ações, relações e práticas antiéticas, explicitando o fato de que as percepções coletivamente constituídas a respeito do que seja o corrupto partem de um contexto que, muitas das vezes, relativiza o conceito de ética ao equacioná-lo com o universo público ou privado.

Em meio a esse campo denso de discussões, o presente estudo correlaciona numa mesma abordagem os temas ética e corrupção, analisando a percepção dos acadêmicos do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina – FACAPE, ingressantes no primeiro semestre de 2017. Conduzimos a reflexão a fim de identificar atributos característicos das representações desse grupo de sujeitos acerca dos temas ética e corrupção, observando possíveis implicações e associações com a conjuntura ético-moral mais ampla da sociedade brasileira. Outrossim, estivemos atentos justamente à miscelânea de sentidos, percepções e significados que, sob dadas articulações, fomentam a ambiguidade na tomada de valores éticos e preceitos morais, ou mesmo suscitam a permissibilidade de dadas condutas a depender de juízo circunstancial.

A corrupção tem raízes seculares na história dos costumes políticos aqui e alhures<sup>2</sup>, corroendo pressupostos e valores da cidadania, deteriorando o convívio social, enfraquecendo o sentido do público e, com tudo isso, comprometendo o espírito de coletividade em gerações sociais futuras<sup>3</sup>. Não obstante a essa realidade, no Brasil a corrupção tem assumido dimensões particularmente catastróficas ao solapar institucional e ideologicamente o sistema político, empresarial e grande parte das relações sociais, incluindo práticas cotidianas e interações interpessoais de foro privado. Como resultado, na esfera pública os impactos negativos mitigam a integração social pretendida, quer seja através das mais variadas políticas públicas que aspiram à igualdade, ou pela partilha de ideais e convicções

---

2 COSTA, 2005.

3 CARVALHO, 2005.

a respeito da modelo sociedade que pleiteamos como nação. Sobre aquilo que caracteriza a particular forma da sociabilidade brasileira, Bernardo Sorj<sup>4</sup> afirma que ela possui “[...] frágeis componentes cívicos, isto é, uma baixa identificação com os símbolos políticos do Estado e a noção de interesse público”. Destarte, a sociedade civil se engaja de maneira débil e fragilizada em prol de demandas coletivas, sendo acionada, não raramente, como artifício para demandas particulares de indivíduos ou grupos com relativo poder de articulação e mobilização.

Como consequência, a sociabilidade brasileira tem uma percepção limitada de um espaço público diferenciado do privado. O espaço público é visto ou como extensão do espaço privado no qual se desconhecem a existência e a convivência com outros interesses ou é tratado, espólio a ser capturado ou bem que pode ser dilapidado como terra de ninguém.<sup>5</sup>

Pela amplitude dos danos às relações sociais, especialmente no que tange ao espaço público, é imperativa a ampliação do debate no âmbito acadêmico-formativo a respeito da corrupção e suas conformações. Reflexões dessa ordem fundamentam um ambiente democrático no qual a condição ético-moral possa ser apreendida sem apriorismos, tendo cada cidadão pleno entendimento de que suas ações em sociedade (mesmo as de foro privado) são perpassadas por dilemas morais e possuem implicações públicas. Reconhecemos, portanto, o ambiente acadêmico-formativo enquanto espaço privilegiado em que pressupostos morais e conveniências sociais são desafiados e colididos com uma ética profissional em forja. As percepções dos acadêmicos entrevistados revelam, assim, não apenas a significância da temática no escopo do processo de formação técnica dos advogados, inquestionavelmente saliente nas implicações sociais decorrentes de má conduta profissional, mas também noções ambíguas desses futuros profissionais, as quais que mescla formas mais ou menos rígidas de julgo ético-moral que acabam variando elasticamente conforme circunstâncias particulares. Por óbvio, as incumbências da área do direito compreendem questões decisivamente impactantes na *práxis* social dos profissionais que nele atuam, sendo parte constitutiva crucial do exercício laboral cotidiano

---

4 SORJ, 2009, p. 30.

5 SORJ, 2009, p. 30.

as dilemáticas éticas, as quais se apresentam sobre uma sorte tão variada de circunstâncias e condições que chega a obnubilar discernimentos, convicções e preceitos.

## 2. Os fundamentos da discussão teórica: Ética e corrupção no horizonte da contextualidade das relações sociais

Vivemos em um cenário social de incertezas que se alastram do plano das relações interpessoais ao âmbito institucional. Incertezas quanto a boa parte das regras e ditames que regem essas relações em espaços micro e macrosociais<sup>6</sup> se combinam às inseguranças do lastro social contemporâneo enquanto arranjo da modernidade em sua fase volátil<sup>7</sup>. A rigor, considerando a dinâmica de transformações sociais históricas, podemos inferir que nenhuma verdade se constitui ato absoluto por si só, podendo, inclusive, instituir-se desprovida ou despretensiosa quanto a valores ético-morais ao refletir opiniões, valores e costumes da sociedade. Sob tal ótica, apresenta-se insustentável a ideia de princípios morais como substâncias universais, ou ainda, inerentes à condição humana em conformações invariáveis.

Aspirando à realização de seu projeto de vida, o homem é submetido às leis da natureza, complementando-as sempre que não mais capazes de suprir suas necessidades individuais e sociais<sup>8</sup>. Em geral, o complemento tende a consolidar o relativismo prático, pois estando o indivíduo inclinado à violação de regras e valores morais, poderá valer-se do instante de transformação social de modo insidioso, corrompendo o sistema à satisfação de interesses estritamente particulares. Em contrapartida, há momentos nos quais a contextualidade social exerce pressão sobre os indivíduos, ignorando circunstancialmente valores associados ao bem comum, em face de prioridade concedida a grupos sociais específicos (geralmente dominantes).

As diferentes concepções de ideal de vida retratam sua natureza variante, cujo acervo se forma por meio das condições intrínsecas às formações sociais diversas em função do fator tempo<sup>9</sup>. Tendo por finalidade maior o bem comum, a sociedade pleiteia harmonia à vida coletivamente estrutu-

---

6 GODOY et al., 2006.

7 BAUMAN, 2001.

8 NADER, 2014.

9 SILVA, 2004.

rada, criando condições que permitam aos partícipes sociais a consecução de seus desejos estritamente individuais<sup>10</sup>. Matriz de infundáveis debates, as tensões a respeito dos limites circunstanciais das condutas humanas movimentam boa parte dos dilemas éticos quanto à classificação que distingue licitude de ilicitude. No que tange à sua potência idealística, a ética sobressalta como substância significativa embutida nos juízos e definições que organizam condutas circunscritas ao terreno do reconhecidamente correto. O distintivo ético presta-se também à função classificatória, logo, figura tanto no campo da referência às ações quanto no âmbito da definição prática sobre a conduta que é ou não condizente com essa referência.

Enquanto seara filosófica, a ética lida com o que é moralmente bom ou mal, certo ou errado<sup>11</sup>, tendo sua etimologia derivação dos termos gregos *éthos* (alude à concepção de costumes, maneiras de proceder) e *êthos* (opera o significado de caráter, maneira de ser do indivíduo)<sup>12</sup>. Compreendida como princípio, trata do bem em relação ao mal e decorre da ação humana, pressupondo um ideal de igualdade, em que todos os seres humanos têm seus interesses igualmente considerados através de um juízo universal<sup>13</sup>. Sob um recorte filosófico estrito, a ética não analisa o que o homem faz, como a psicologia e a sociologia, mas o que ele deveria fazer<sup>14</sup>. As vertentes clássicas sublinham o caráter típico-ideal da ética como responsável por manifestações perfeitas de excelência moral, tal como apontado por Aristóteles<sup>15</sup> a respeito da justiça.

A justiça é a forma perfeita de excelência moral porque ela é a prática efetiva da excelência moral perfeita. Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de justiça podem praticá-la não somente a si mesmas como também em relação ao próximo.

Na apreensão do homem como ser social e histórico, cuja condição de convivência interpessoal é fundamento de sua existência significativa, a ética não existiria fora da sociedade. Por outro lado, a própria sociedade

---

10 DALLARI, 2007.

11 LISBOA, 2007.

12 BITTAR, 2009.

13 RISTOW, 2007.

14 STUKART, 2003.

15 ARISTÓTELES, 1996, p. 195.

não existiria sem algo que fundamentasse a subsunção mínima de impulsos e desejos humanos individuais (boa parte provindos de sua condição animal) em prol de um arranjo organizacional de vida em coletividade. A ética marca a fronteira da nossa convivência, localizando-se no limiar dos princípios e valores que comungamos imprescindíveis à existência em coletividade<sup>16</sup>. Poderíamos dizer que a ética é condizente com a força que regula a balança da ponderação sobre juízos e condutas, onde o equilíbrio da libra pertence à decisão tomada por cada regulador (indivíduo). Diversas forças em concorrência alteram o fiel da balança e influenciam, portanto, no processo decisório acerca das ações que tomamos. Quanto a essa condição humana, Lázaro P. Lisboa<sup>17</sup> traz o seguinte comentário:

[...] o ser humano traz consigo, desde o nascimento, um conjunto de condições que o cercam, que lhe servem como as primeiras referências na vida e que o influenciarão em todos os momentos, que são, por exemplo, a família, a classe econômica desta família, a raça, a religião e o país onde nasceu.

Ao longo da vida os indivíduos criam e recriam pensamentos, lógicas e valores, agregando ou excluindo informações de acordo com o meio em que está inserido, de tal sorte que a cartografia desse arranjo lhes permita maior navegabilidade nas tramas relacionais que estabelecem em sociedade. Sob esta perspectiva, é possível inferir, que as questões relacionadas à ética, sobretudo a profissional, possuem grande potencialidade de aprendizado e aprimoramento no meio acadêmico<sup>18</sup>, para tanto, porém, supõem a apreensão dos elementos característicos das condutas não-retilíneas (frágeis quanto à ética). Nesses termos, a corrupção materializa-se no plano empírico, devendo ser explorada nas searas de formação profissional enquanto compilado real de representações práticas de condutas antiéticas, cuja existência atesta-se nos níveis político, econômico e social.

Os princípios morais estão diretamente ligados às formas de conduta que os indivíduos determinam para seus comportamentos em coletividade<sup>19</sup>. No que concerne às formas especificamente conduzidas em âmbito jurí-

---

16 CORTELLA, 2009.

17 LISBOA, 2007, p.19.

18 LOPES et al., 2006.

19 DURKHEIM, 2007.

dico-institucional, a moral é um dos princípios constitucionais do nosso ordenamento, estando diretamente ligada a valores como honestidade, legalidade, transparência, respeito e alguns outros, que alicerçam e orientam comportamentos individuais em relações sociais<sup>20</sup>. Portanto, a moral assume uma manifestação prática das suposições teóricas da ética, conduzindo-nos à reflexão sobre valores que se revelam positiva ou negativamente no traço da ação. Desviando-se do horizonte traçado pela ética, as ações passam a ser passíveis de condenação no juízo moral, sendo a corrupção uma conduta desse tipo, sendo seu teor amoral forjado nas significações das relações.

Reflexões sociológicas dão indícios interessantes para a compreensão dos processos de transformação, e mesmo disfunção, pelos quais a ética passou desde a alvorada moderna. Desde o advento do iluminismo e das paradigmáticas mudanças posteriores nas dinâmicas econômico-sociais, os valores éticos que tendiam a formas sólidas e verticais passaram a uma condição de notável volatilidade. Quando da pós-modernidade, seus ritmos e teores, a impossibilidade em assegurar princípios de referência à ação ficam ainda mais palpável, dado que a mutabilidade e a volatilidade são traços condicionantes das formas de vida e de relação social nesse padrão emergente<sup>21</sup>. No estado de liquidez a sociedade é conduzida a uma espécie de limbo moral em virtude da volatilidade de certos princípios éticos, por isso condutas sociais moralmente aceitáveis são localizadas contextualmente. Igualmente, a instabilidade quanto a certos princípios fragmenta a ética como fundamento regular da conduta social.

Dilemas éticos são profundos por natureza, sendo ainda mais caótico seu teor diante da crise suscitada pelos descaminhos da modernidade líquida, sobretudo no que tange às âncoras de referência para as relações sociais<sup>22</sup>. A condição líquida promove inconstância nos padrões relacionais, como decorrência das mutações que afetam a estrutura psíquico-social, cultural e econômica, os indivíduos ficam sujeitos às instabilidades e oscilações que revelam o raquitismo de princípios norteadores às formas de pensar e agir, corroborando o estado presente de disfuncionalidade ética.

---

20 MEDEIROS; NORONHA, 2016.

21 BAUMAN, 2001.

22 BAUMAN, 1997.

Em particular, esse panorama fragiliza as interações entre alteridades, especialmente por conta da dominância de subjetividades forjadas insensíveis na modernidade líquida, apáticas à condição do outro e perigosamente propícias ao subdimensionamento dos valores coletivos fundamentais à composição da moral humana<sup>23</sup>. Necessita-se criticar tal composição e refutar a essas tendências individualizantes que solapam o convívio coletivo harmonioso, posto que o indivíduo não se constitui no isolamento e é essa relação com o outro que lhe permite aprimorar suas próprias características e ações<sup>24</sup>. Na sociedade contemporânea, a naturalização de comportamentos individuais e coletivos que ferem as relações entre os alteres também se estende, em certos casos (muitos no caso da realidade brasileira), para as relações entre indivíduos e Estado. Nesse cenário, princípios como honestidade, clareza e moralidade têm sido banalizados, dando espaço para a naturalização de comportamentos antiéticos que violam a coletividade. Quanto à disfunção da ética, soa crucial a reflexão acerca das implicações que tal condição traz ao campo profissional, dado que premissas relacionais desse âmbito suscitam contato com a alteridade.

O debate em torno da ética profissional do bacharel em direito é especialmente frutífero à compreensão dos delineamentos e atributos de sua própria práxis social, tendo se tornado cada vez mais relevante no cenário acadêmico. Mostra-se, pois, um caminho para o desenvolvimento de alicerces profissionais, nos quais a ética não esteja centrada única e exclusivamente no exercício laboral, mas, além disso, no papel social de grande significância desempenhado por tal categoria no esteio da sociedade. Considerando o conjunto de valores éticos imputados à prática profissional dos bacharéis em direito, nota-se que a maioria é cristalizada nas circunscrições do código de ética profissional, o qual figura como uma espécie de regulamento moral além do arcabouço comum que regra nosso convívio social. O código de ética dos profissionais em direito se insere no âmbito das regras de caráter obrigatório, sendo imputada sanção ao indivíduo que oriente sua ação profissional distante do apregoado por tal código, pois seu espaço de atuação não é voluntário ou espontâneo, mas antes, obrigatório ao profissional da área.

---

23 BAUMAN; DONSKIS, 2014.

24 BERGER, 1986.

Devido aos valores existentes na Sociedade, é possível compreender que algumas regras sociais são cumpridas com espontaneidade, e há outras regras de cunho obrigatório que são coercitivas e se utilizam das sanções se não forem efetivamente cumpridas, para garantir a organização e harmonia social através do Direito<sup>25</sup>.

A construção de códigos de ética profissional se insere no escopo das formas normativas criadas com o intuito de reduzir os danos decorrentes de condutas individuais nas quais constam expressas a condição de egoísmo e a propensão a agir conforme paixões e interesses exclusivamente próprios, desconsiderando as regras de conduta não coercitivas. A partir dessa condição, a sociedade em suas instâncias normativas desenvolveu formas de disciplinar e padronizar o exercício das profissões. Não obstante a essa realidade, a formação acadêmico-profissional do bacharel em direito pressupõe uma imersão profunda nos conhecimentos que versam sobre princípios e regras ético-morais estritamente pertinentes com o fazer laboral e a práxis social da categoria. Sob essa perspectiva, a ética desse tipo particular tem como premissa maior o relacionamento do profissional com seus clientes e com outros profissionais<sup>26</sup>, observando valores como dignidade humana, autorrealização e sociabilidade.

Discutir sobre um tipo profissional ético implica em construir uma axiologia particular. Esta, por sua vez, corresponde à compilação dos elementos morais e valores sociais que devem revestir atos e ações dos profissionais do direito. Nesses termos, ao serem simultaneamente marcantes ao exercício laboral e às condutas de convívio social harmonioso, honestidade, sinceridade, franqueza, transparência e retidão são itens imprescindíveis ao corolário axiológico postulado<sup>27</sup>. Uma tal construção axiológica reitera a indispensabilidade das reflexões a serem conduzidas durante todo o processo formativo desses profissionais, e mesmo continuadas *a posteriori*, haja vista a recorrente necessidade de releitura crítica quanto aos comportamentos moralmente corretos e moralmente condenáveis. Esse segmento discursivo do processo de formação profissional reflete a centralidade do entendimento sobre a conduta ética no que pesa à práxis dos indivíduos

---

25 GONÇALVES; DAROSS; STACCIARINI, 2010, p.123.

26 SILVA; SPERONI, 1998.

27 ARRUDA, 2003.



em toda extensão social e não somente no exercício laboral. Significa também a consolidação de um perfil profissional que se coloque em oposição ao homem enquanto ser egoísta, reafirmando o sentido social da existência de um código de conduta profissional que cumpre auxiliar na formação ética e na constituição de uma consciência prática acerca das regras e padrões de conduta moralmente valorizados em virtude de suas finalidades sociais<sup>28</sup>.

### 3. Percursos metodológicos e analíticos

As análises aqui desenvolvidas baseiam-se nos resultados de uma pesquisa quantitativa realizada entre acadêmicos do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina - FACAPE, ingressantes no primeiro semestre de 2017. Com base nos dados dos registros de matrículas disponibilizados pela coordenação acadêmica curso de Direito da referida instituição, foram identificadas 100 matrículas consideradas aptas para a realização desta pesquisa. Excetuando-se quatro acadêmicos<sup>29</sup> desse total de 100 indivíduos, a população total considerada foi de 96 acadêmicos. A amostragem utilizada foi construída por acessibilidade, onde os acadêmicos foram convidados a responder ao questionário, sendo preservado o direito de recusa. Foi obtido um total de 46 questionários respondidos, correspondendo a uma amostra correspondente a 47,9% do total amostral. Quanto aos procedimentos adotados para a coleta de dados, foi utilizado um questionário adaptado de modelo já validado no campo científico<sup>30</sup>. Os dados foram mensurados por meio da utilização de uma escala do tipo *likert* de cinco pontos, possibilitando conhecer as opiniões/percepções dos entrevistados. O nível de compreensão sobre cada um dos temas propostos foi observado a partir da subdivisão da pesquisa em dois grupos de questões: a) questões direcionadas à temática da corrupção; b) questões direcionadas à temática da ética. O primeiro grupo de questões foi composto por três níveis de avaliação, respondidas de acordo com entendimento e grau de concordância dos entrevistados, com referência à seguinte escala: discordo totalmente (1); discordo (2); neutro (3); concordo (4); e concor-

---

28 LISBOA, 2007.

29 Visando à isenção das análises, quatro dos autores, igualmente ingressantes no primeiro semestre do ano de 2017, foram excluídos do universo possível.

30 RAMOS, 2015.

do totalmente (5)<sup>31</sup> e o segundo grupo envolveu dois níveis de avaliação, seguindo o mesmo parâmetro escalar anterior.

Para o tema corrupção, os campos de avaliação foram: conceitos e ideias gerais associados à corrupção; atitudes e comportamentos indicativos ou associados à corrupção; e comportamentos gerais inibidores de corrupção. No que tange à temática da ética, os campos de avaliação foram: percepções sobre o código de ética do advogado e exercício profissional; e atitudes e comportamentos indicativos de conduta ética. Os questionários abordando as temáticas específicas foram aplicados em de abril de 2017, tendo sido precedido por um dispositivo de questões estruturadas visando à identificação do perfil social geral dos entrevistados. Os dados coletados foram inseridos no programa *Survey Monkey*<sup>32</sup> para respectiva tabulação e sistematização, sendo apresentados aqui em sob forma estatística descritiva, seguidos de análise e interpretação qualitativa à luz de referências pertinentes, preferencialmente, às áreas do Direito e da Sociologia.

A discussão posterior dos dados dessa investigação foi subdividida com vistas à construção elaborada das ideias, a partir do seguinte percurso: inicialmente apresentaremos o perfil sociodemográfico dos acadêmicos do curso de Direito da FACAPE ingressantes no primeiro semestre de 2017, nos turnos matutino e noturno; em seguida os resultados correspondentes aos níveis de compreensão dos acadêmicos sobre os temas corrupção serão discutidos à luz de literatura socio-jurídica; subseqüentemente o debate envolve a dimensão ética no âmbito das práticas profissionais e da práxis social cotidiana. As tabelas apresentadas em sequência correspondem a dados coletados junto aos indivíduos citados, motivo pelo qual suprimimos a repetição dessas informações nos cabeçalhos deles com vistas a uma apresentação mais enxuta. Sem mais considerações de natureza metodológica, passemos à discussão dos dados propriamente constituída.

#### 4. Perfil e características sociais dos entrevistados

Os dados coletados na pesquisa indicam, quanto ao perfil de gênero, uma predominância do gênero masculino, o qual totalizou 69,6% da amostra.

---

31 Esta escala se aplica igualmente a todas as tabelas.

32 Plataforma online gratuita para organização e tratamento de dados de pesquisas com base em estatísticas descritivas. Disponível em: <<https://pt.surveymonkey.com/>>

O grupo feminino, por sua vez, correspondeu a 28,3% da população amostral, ao passo que 2,2% dos pesquisados optaram por não declarar o gênero. O presente cenário encontrado destoa dos padrões e proporcionalidades do cenário nacional se tomarmos como referência os números gerais de matrículas referentes especificamente aos cursos de Direito. Neste sentido, de acordo com os resultados apresentados pelo Censo da Educação Superior do Brasil para o curso de Direito no ano de 2013<sup>33</sup>, um total de 44,5% das ativas matrículas correspondia a estudantes do gênero masculino, enquanto 55,5% representava o percentual feminino do universo. Quanto à mudança em nível nacional no que tange à maior participação de estudantes do gênero feminino nos cursos de formação superior, incluindo os bacharelados de Direito, é possível indicá-la como um evento relativamente recente. Em verdade, a reversão do quadro geral de baixa participação da mulher nos cursos superiores ocorreu especialmente a partir da virada do século, de modo que já na primeira década as mulheres entre 20 e 29 anos chegaram a atingir o expressivo percentual de 60% do total de concluintes nessa modalidade de ensino<sup>34</sup>.

Mesmo diante dessas mudanças no perfil geral nacional dos estudantes do ensino superior, a necessidade de ampliação do debate em nível local/regional sobre as questões de gênero e o acesso à formação em nível superior, especialmente em realidades socioculturais como a investigada, ainda é premente. O contexto da formação superior em instituições privadas, onde o custeio da formação ocorre a expensas dos estudantes, parece ser um cenário mais propício à discrepância de gênero, tais como a encontrada. Tal cenário não pode deixar de ponderar as particularidades culturais do Nordeste, cujo histórico das instituições e relações educacionais teve a marca da subvalorização do feminino e do machismo<sup>35</sup>. Nos dados coletados, por exemplo, a expressão percentual do gênero feminino no grupo amostral está quase 30% abaixo da média nacional ainda no ano de 2013.

Esse campo de discussão suscita as questões de desigualdade de oportunidades e, ao mesmo tempo, as representações e significações embutidas culturalmente em torno de determinadas carreiras profissionais, reforçando classificações específicas que reificam dinâmicas de poder onde o mas-

---

33 MEC, 2013.

34 GUEDES, 2009.

35 WEBER, 2009.

culino se mostra hegemônico. A este respeito, não se pode esquecer que “[...] as classificações culturais realizadas com base no gênero, no ocidente, são utilizadas para legitimar a distribuição do poder entre as pessoas. Tende-se a considerar superior, mais forte e mais poderoso o que é classificado culturalmente como masculino”<sup>36</sup>. Sob esse tipo de desenho que historicamente se constituíram as representações culturais que por atribuir significado menor ao feminino, reservavam aos homens a participação hegemônica em cursos de formação superior com maior status social, tais como direito, medicina e a maior parte das engenharias. A reversão desse tipo de condição, todavia, ainda se mostra um processo inacabado, o qual merece ampla visibilidade e discussão, no intuito de resguardar a ocorrência de novas desigualdades e, igualmente, estimular instituições educacionais equânimes e abertas às diferenças. Além disso, a temática do gênero no universo estudantil merece destaque em virtude da sua vinculação direta com o processo de construção e reconhecimento identitário, fato que nos faz olhar para as limitações do binômio masculino/feminino, sobretudo face à existência de outras sexualidades e formas de reconhecimento que trasbordam esse padrão classificatório, como nos sugere a parcela de pesquisados que optaram por não informar um gênero dentro desse binômio.

Quanto à variação etária, a amostragem destacou a predominância de indivíduos (56,5%) na faixa etária que vai até 20 anos. Um percentual de 26,1% dos entrevistados possui entre 21 a 30 anos, enquanto os demais 17,4% encontram-se na faixa etária de 31 a 40 anos. Segundo Cibele Y. Andrade<sup>37</sup>, a primeira década deste século registrou aumento significativo do número de matrículas no ensino superior para jovens entre 18 e 24 anos. Por sua vez, dados do relatório síntese de indicadores sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística<sup>38</sup> atestam que esse rápido crescimento possui relação direta com a ampliação do acesso ao ensino superior no período em questão, proporcionado pelo aumento do nível educacional básico da população e pelas melhorias nas condições econômicas das famílias, abrindo possibilidades para que os jovens se formem no nível superior, em detrimento de um ingresso imediato e exclusivo no mercado de trabalho. Tomadas em conjunto, as políticas públicas que favoreceram a democrati-

---

36 ALBERNAZ; LONGHI, 2009, p. 85.

37 2012.

38 2015.

zação do acesso ao ensino superior são reconhecidas como decisivas não apenas à elevação dos números de matrículas em instituições públicas e privadas, mas também à melhor distribuição desses valores em termos de estratos econômicos regionais<sup>39</sup>.

A formação na área de Direito se destaca por ser uma das preferida entre indivíduos que já atuam no mercado de trabalho e objetivam utilizá-la em prol da ascensão profissional. Não por acaso, entre os entrevistados uma parcela de 24% já possui formação superior em outros cursos, existindo ainda um percentual de 11% com formação em nível de pós-graduação *lato sensu*. Neste cenário, 50% dos acadêmicos entrevistados afirmaram dedicar-se exclusivamente aos estudos, não desempenhando nenhum tipo de atividade laboral com ou sem vínculo empregatício. Para os 50% restantes<sup>40</sup>, a formação acadêmica de nível superior em Direito acontecerá paralelamente às atividades laborais, sendo que entre estes o tempo de atuação no mercado de trabalho é variável: 19,6% afirmaram atuar no mercado de trabalho há menos de três anos; 4,3% indicam participação entre três e cinco anos; outros 19,6% possuem entre seis e dez anos de atuação; e 6,5% confirmaram que trabalham há mais de dez anos. A relação entre educação e trabalho vem se estreitando ganhando visibilidade diante das recentes transformações científicas, tecnológicas e econômicas, as quais colocam a formação educacional como horizonte estreitamente relacionado ao desenvolvimento econômico e social<sup>41</sup>.

Com significações distintas, a conciliação entre o trabalho e estudo perpassa a vida de muitas pessoas gerando desafios e dilemas, os quais, em muitos casos, acabam dispondo valores que nem sempre se coadunam harmonicamente. Esse é um ponto particularmente interessante à discussão acerca dos conhecimentos envolvidos na formação do profissional da área de Direito. A busca por novas competências profissionais e perspectivas de trabalho, articuladas em torno de propósitos distintos, mas quase sempre com vistas a situações prementes (ingresso no mercado, satisfação

---

39 IBGE, 2015.

40 Dos acadêmicos que afirmaram trabalhar e estudar, 47,8% possuíam algum tipo de vínculo, seja por meio de contrato temporário (13%) ou pela ocupação de cargo efetivo - regime estatutário/setor privado (34,8%). Os demais trabalham em atividades cuja formalização de vínculo não ocorre, destacando tendências e cenários pertinentes à parcela significativa da população nacional como trabalho informal, domiciliar e/ou outras ocupações que se colocam no âmbito das formas precárias do mundo do trabalho contemporâneo.

41 SAVIANI, 1994.

de exigência de qualificação ou mesmo a necessidade de permanência do vínculo empregatício) tende a minimizar a importância e esvaziar o sentido heurístico da ética e, sobretudo, da ética profissional como exercício cotidiano indispensável. Em grande medida, essa esfera de reflexão nos parece razoável ser problematizada constantemente, pois abarca, por um lado, as indagações em torno da difusão de práticas corruptas e/ou antiéticas no campo profissional do Direito, enquanto, de outra maneira, coloca em tensão os valores que, dispostos no âmbito cultural, tendem a suavizar nossas interpretações em torno de ações e relações que se encontram no campo do contraditório, do não desejável, do incorreto e do ilícito. É sob este prisma que discutimos, a seguir, as percepções de acadêmicos da área de Direito no que tange à seara da ética e da *práxis* social e profissional por ela orientada.

### 5. “Corrupção”: percepções, interpretações e ambiguidades

A modernidade é sobremaneira desafiadora e não poupou a ética e os valores morais das turbulentas transformações que afetaram as relações sociais. A face contemporânea dessa condição, dita pós-moderna, talvez seja ainda mais desafiadora à estabilidade, extensão, uniformidade e duração de princípios ético-morais. A partir das colocações de Zygmunt Bauman<sup>42</sup> dois aspectos chamam a atenção no entendimento da situação hodierna e conduzem-nos a reflexões imprescindíveis no que tange à composição da ética e à orientação da conduta dos indivíduos. O primeiro deles diz respeito à natureza fragmentária da vida social nos tempos atuais, cuja miríade de papéis sociais desempenhados por um mesmo sujeito o coloca constantemente diante de normas<sup>43</sup> que “colidem e contradizem-se mutuamente, cada uma pretendendo a autoridade que as outras negam”.<sup>44</sup> Querendo ou não, essa variação confunde os valores em jogo nas interações sociais, ao mesmo tempo em que dificulta uma convergência razoável de princípios unificadores da vivência coletiva. Em outros termos, pulveriza os juízos e entendimentos em um sem fim de possibilidades que torna quase impraticável a aferição do que é correto ou justo.

---

42 BAUMAN, 1997.

43 Entendidas em sentido *lato* enquanto instrumentos de padronização de comportamentos e expectativas que congregam minimamente valores, princípios e ideais coletivos.

44 BAUMAN, 1997, p. 28.

Ao abordarmos a questão para além do nível das normas, isto é, adentrando no arranjo de implicações decorrentes das ações e relações sociais atuais, percebemos que o poder potencial da ação humana (especialmente quanto às suas consequências) é hoje imensamente superior que em outros momentos da história social. É em meio a este contexto que o segundo aspecto sobressalta, e diz respeito propriamente ao fato de que “nossas ferramentas éticas – o código de comportamento moral, o conjunto das normas simples e práticas que seguimos – simplesmente não foram feitos à medida dos poderes que atualmente possuímos”.<sup>45</sup> É de se imaginar, portanto, que face à natureza, porte e complexidade interacional das estruturas sociais, políticas, econômicas e culturais estamos muito mais sujeitos a circunstâncias que distendem ao limite os princípios e valores morais e éticos.

Os dados coletados a respeito da temática da corrupção reforçam a ideia apresentada por Bauman<sup>46</sup> de “o eu moral move-se, sente e age em contexto de ambivalência e é acometido pela incerteza”. Isso porque algumas das associações e percepções ressaltam ambiguidade no entendimento quanto aos conceitos e ideias gerais associados à corrupção (Tabela 1). A observação dos resultados indica de que, para a maioria dos entrevistados, a definição de corrupção está correlacionada à prática de atos diversos, que têm como consequência o prejuízo a outrem ou ao coletivo como um todo. Consta expressivo, entretanto, o número de associações que vinculam a corrupção a uma espécie de “vício que prejudica os interesses legalmente protegidos”, 84,1% dos entrevistados (concordância em graus variados). Desse tipo de percepção emerge a ideia subjacente de que as práticas que possuem essa natureza ocorrem quase que “compulsivamente”, tal qual um vício. Esse viés tende retirar do agente, ao menos parcialmente, o peso moral do desvio cometido com a corrupção, forma conceptiva corriqueira em muitos ambientes sociais, mas que acaba por promover preocupações específicas quando consideramos a extensão para a esfera do exercício laboral de bacharéis em Direito. Associações como essa acabam por atribuir a maior parte da responsabilidade de condutas corruptas à sociedade pela forma cíclica em que os costumes de práticas “corruptas” são repassados geração após geração, eximindo o agente do juízo preliminar à ação.

---

45 BAUMAN, 1997, p. 25.

46 BAUMAN, 1997, p. 17.

Tabela 1. Percepção dos conceitos e ideias gerais associados à corrupção.

Conceitos e ideias gerais associados à corrupção	Grau de Concordância (%)				
	1	2	3	4	5
É uma conduta que tem origem nas relações humanas.	2,2	6,7	8,9	35,6	46,7
Diz respeito ao uso de recursos públicos para ganhos pessoais.	11,1	6,7	6,7	15,6	60,0
É prática que viola normas éticas protegidas juridicamente.	6,7	2,2	13,3	31,1	46,7
É um vício que prejudica os interesses legalmente protegidos.	2,3	2,3	11,4	36,4	47,7
É a ausência de conhecimento sobre as noções básicas de ética e moral.	38,6	18,2	18,2	18,2	6,8
É apenas uma espécie de cultura instalada na sociedade.	38,6	22,7	22,7	9,1	6,8
É um desastre humanitário permanente que ofusca o direito à cidadania.	11,9	16,7	23,8	16,7	31,0
É uma conduta social que deverá ser debatida por meio da ação pública.	11,6	7,0	30,2	30,2	20,9
É o ato de corromper alguém com a finalidade de obter vantagens para a sociedade	54,5	11,4	2,3	4,5	27,3

Fonte: Dados da pesquisa, 2017. Elaborado pelos autores.



Outro dado que relevante é fato de que 17,8% da amostra discordam que a o “uso de recursos públicos para ganhos pessoais” se enquadre como corrupção, o que reforça a concepção de que no âmbito das relações com a coisa pública a ambivalência dos juízos praticados pelo “eu moral”<sup>47</sup> são ainda mais salientes. Nessa mesma linha que tende a suavizar a percepção quanto à corrupção segue o contundente percentual de 65,9% que discordaram quanto ao enquadramento da corrupção como “ato ou efeito de corromper alguém ou algo, com a finalidade de obter vantagens para a sociedade”. Neste quesito em especial, os pesquisadores intencionavam avaliar se diante da ideia de obtenção vantagens à sociedade a percepção geral sobre a corrupção seria suavizada, tendo sido justamente o resultado obtido. Do mesmo modo, parece precária a percepção quanto aos danos sociais mais amplos, tangentes, inclusive, ao exercício pleno da cidadania em direitos e deveres, que porventura possam decorrer da corrupção, uma vez que mais da metade dos entrevistados (52,4%) discordaram ou se mantiveram neutro quanto ao entendimento de ser a corrupção um “desastre humanitário permanente que ofusca o direito à cidadania”.

As questões levantadas pelos dados coletados sinalizam que as percepções acerca da corrupção estão posicionadas em uma linha tênue, salientadora, por assim dizer, das ambiguidades que envolvem os indivíduos em seu cotidiano prático. Tal condição se manifesta mais enfaticamente ao observarmos a concordância, mas especialmente a discordância quanto a certas atitudes e/ou comportamentos serem indicativos ou associados à corrupção (Tabela 2). Nesta perspectiva, podemos destacar, por exemplo, o percentual de 29,5% dos entrevistados que discordaram que “não denunciar o uso de informações comprometedoras e a prática de corrupção no ambiente de trabalho” seja um comportamento associado à corrupção; a porção de 31,1% que manifesta igual discordância quanto à associação do “uso do sistema institucional como meio de usufruir de privilégios e capturar recursos que atendam aos interesses pessoais” enquanto comportamento indicativo ou associado à corrupção; e ainda o total de 37,8%, para os quais, a justificação de formas de corrupção pelas lógicas culturalmente difundidas do “rouba, mas faz”, “todo mundo faz isso” e do chamado “jeitinho brasileiro” não se classifica como ato ou comportamento associado ou indicativo de corrupção.

---

47 BAUMAN, 1997.

Tabela 2. Percepção das atitudes e comportamentos indicativos ou associados à corrupção.

Atitudes e comportamentos indicativos ou associados à corrupção	Grau de Concordância (%)				
	1	2	3	4	5
Agir propondo suborno e/ou propina.	22,7	2,3	6,8	15,9	52,3
Exercer pressão, coação, perseguição, reduzir as pessoas às falhas cometidas, praticar abuso de poder para com os subordinados e pares.	24,4	13,3	13,3	26,7	22,2
Valer-se da outorga do cargo para práticas de assédio moral.	25,0	18,2	6,8	25,0	25,0
Exercer pela influência do cargo o <i>mobbing</i> (uma forma de <i>bullying</i> ou de assédio moral).	26,7	13,3	15,6	26,7	17,8
Não denunciar o uso de informações comprometedoras e a prática de corrupção no ambiente de trabalho.	22,7	6,8	11,4	36,4	22,7
Suscitar benefícios em determinada situação por troca de favores.	24,4	6,7	8,9	31,1	28,9
Fazer uso de plágio na construção de determinadas obrigações.	24,4	6,7	11,1	28,9	28,9
Usar o sistema institucional como meio de usufruir de privilégios e capturar recursos que atendam aos interesses pessoais.	20,0	11,1	8,9	17,8	42,2
Justificar as diversas formas de corrupção na sociedade atual pela cultura do “rouba, mas faz”, do “todo mundo faz isso” e do chamado “jeitinho brasileiro”.	31,1	6,7	4,4	20,0	37,8

Fonte: Dados da pesquisa, 2017. Elaborado pelos autores.

Os percentuais destacados pela discordância quanto ao enquadramento de certas atitudes e comportamentos como indicativos ou associados à corrupção salientam, em grande medida, a maleabilidade das avaliações e juízos perceptivos por parte significativa dos entrevistados. Sob formas de entendimento que reduzem o espectro classificatório daquilo que pode ser tido como corrupção, condutas e atitudes questionáveis moral e eticamente passam a ser percebidos, em uma interpretação banalizada dos dilemas morais cotidianos, como padrões comportamentais não propriamente corruptos. Esse juízo maleável sobre comportamentos corruptos é particularmente preocupante quando reflete o padrão perceptivo do *homo medius* da sociedade<sup>48</sup>, pois se refere à difusão de uma distorção nas formas cotidianas de avaliar e orientar o comportamento diante de dilemas de ordem moral.

Os dados obtidos na pesquisa dialogam com a conjuntura política e social da realidade nacional, em que sucessivos casos de corrupção no âmbito da administração pública se avolumam em quantidade e proporção dos atos. Não soa desconexo, nestas circunstâncias, um quadro em que 25% dos entrevistados discordam abertamente de que “agir propondo suborno e/ou propina” seja ato ou comportamento indicativo e/ou associado à corrupção. Um tipo de apreensão social no qual “aquilo que é formalmente ilícito passa a ser materialmente lícito, já que incorporado aos padrões comportamentais de grande parte da população”.<sup>49</sup> Sendo assim, a maleabilidade do entendimento sobre que tipo de comportamento e atitude é classificável como corrupta indica, na verdade, quão corriqueiros e difusos são esses padrões comportamentais, cujo entendimento há muito se encontra distante do imediatismo da prática e dos sujeitos diretamente envolvidos nela, quer sejam corruptores ou corrompidos.<sup>50</sup>

O cenário apresentado reforça, por assim dizer, a necessidade de ampliação do debate sobre a corrupção e a responsabilidade social dos indivíduos ao participar ou omitir-se diante de atos dessa natureza. A discussão requer amplitude e constância no meio social, mas sobre “o terreno mais neutro das análises sociológicas, políticas e econômicas”,<sup>51</sup> sem distanciar-se das âncoras jurídico-normativas em suas diretrizes e princípios. A

---

48 GARCIA, 2004.

49 GARCIA, 2004, p. 240.

50 GARCIA, 2004.

51 SCHWARTZMAN, 2008, p. 5.

premência desse debate se ratifica no descompasso existente entre a maleabilidade classificatória do que vem a ser corrupção e a relativa homogeneidade de entendimentos quanto aos comportamentos gerais apropriados ao combate à corrupção. As similaridades nas concordâncias quanto aos padrões comportamentais inibidores de corrupção (Tabela 3) foram bastante expressivas, gerando conformidade a respeito das condutas capazes de refrear práticas com teor corrupto. Neste contexto, os seguintes percentuais são emblemáticos: 93,2% e 95,4% dos entrevistados concordaram, respectivamente, que “agir com justiça” e “agir com integridade” são comportamentos que fazem frente à corrupção; 97,6% concordaram quanto à relevância de “agir com rigor ao cumprimento das orientações legais e morais institucionais instituição” para se combater práticas corruptas; do mesmo modo que 90,9% dos entrevistados considera comportamento adequado para o mesmo fim de inibição da corrupção “denunciar com segurança irregularidades institucionais”.

Tabela 3. Percepção sobre os comportamentos gerais inibidores de corrupção.

Comportamentos gerais inibidores de corrupção	Grau de Concordância (%)				
	1	2	3	4	5
Possuir conhecimentos sobre ética e moral	0,0	2,3	15,9	22,7	59,1
Agir com coerência (relação entre o que se diz e o que se faz)	0,0	0,0	4,5	20,5	75,0
Agir com justiça	0,0	0,0	6,8	11,4	81,8
Agir com integridade	0,0	0,0	4,5	13,6	81,8
Agir com respeito aos demais indivíduos	0,0	2,3	2,3	25,0	70,5
Agir com comprometimento naquilo que se propõe a executar	0,0	4,7	2,3	18,6	74,4
Denunciar com segurança irregularidades institucionais	0,0	0,0	9,1	27,3	63,6
Agir com rigor ao cumprimento das orientações legais e morais institucionais	0,0	0,0	2,3	20,9	76,7
Agir com zelo ao patrimônio público e intelectual	2,3	2,3	0,0	16,3	79,1

Fonte: Dados da pesquisa, 2017. Elaborado pelos autores.

O descompasso mencionado anteriormente parece emergir do conflito subjacente às práticas e ações sociais, o qual, por sua vez, é responsável pela ponderação entre os interesses estritamente pessoais e aqueles de natureza coletiva. A mediação entre esses âmbitos é envolta de ambiguidades, justamente aquelas que materializam no nível prático da ação as tensões inerentemente ligadas às relações entre o público e o privado. Os conflitos compostos em tais relações assumem um desenho particularmente complexo nas sociedades de capitalismo avançado, o qual implica em refinamento de atos e práticas de corrupção, redefinindo, inclusive, o escopo dos dilemas ético-morais. A própria maleabilidade na classificação de determinadas condutas corruptas pode ser indicativa dessa redefinição, sobretudo diante do desenvolvimento intrincado de novos arranjos relacionais econômicos, políticos e sociais suscitados pelo capitalismo em seus estágios mais avançados. Somam-se a estes fatores os específicos atributos culturais nacionais que partem, em algum grau, de uma apreensão mais elástica e multiforme do que seja corrupção.

Os conflitos de interesse são o resultado de uma variedade de comportamentos corruptos, próprios das sociedades de capitalismo avançado. Sociedades nas quais, embora continuem (e continuarão) ocorrendo episódios clássicos de corrupção, por excelência, o crime de corrupção tem sido detectado e a proliferação de condutas de corrupção mais sutis, mais refinadas, favorecidas por uma coexistência praticamente indiferenciada entre a setor público e o privado, entre o Estado e a sociedade<sup>52</sup>.

É com base nesse cenário de percepções ambíguas, muitas das quais expressam as tensões do conflito de interesses entre público e privado, em que se apresenta inegavelmente importante à construção de uma *práxis* social e profissional ética, a reflexão em torno do processo formativo no campo do Direito. Sob este prisma, uma formação profissional coerente com os desafios práticos que se impõem ao fazer do bacharel em Direito, pressupõe inextricavelmente o alargamento da discussão e reflexão ética, especialmente porque os conhecimentos técnico-científicos não são, isoladamente, suficientes para dar conta dos ditos desafios. Ao mesmo tempo, esse conhecimento especializado pertinente ao Direito, enquanto saber

---

52 GARCÍA MEXÍA, 2001, p. 33.

humano, já supõe fundamentos valorativos.<sup>53</sup> Estes, por sua vez, expõem voluntariamente a imprescindibilidade do exercício autocrítico acerca das práticas profissionais, em ajuste permanente às mudanças e circunstâncias sociais com vistas à composição de um “eu moral” não utópico, mas antes, realista e prático, sem que isso implique, contudo, em distorção de princípios e valores, nem tampouco em maleabilidade de juízos avaliativos e classificatórios sobre práticas corruptas e/ou antiéticas.

## 6. Ética na realidade do exercício profissional e no horizonte da *práxis* social

A conduta ética está intrinsecamente relacionada à conceituação do exercício profissional do advogado, muito embora seja constantemente tensionada diante dos dilemas morais que se impõem no exercício cotidiano. A codificação da ética serve ao propósito de unificar entendimento acerca de rotinas, situações e procedimentos cujo juízo moral possa variar entre os profissionais face aos interesses pessoais e/ou dos clientes, à formação distinta de conceitos e/ou pressupostos ou a intencionalidades previamente distorcidas quanto à aplicação moral na orientação retilínea dos atos, procedimentos e relações profissionais. Sob esta perspectiva, restaria um número bastante reduzido de ilações que pusessem em dúvida o caráter imperativo da orientação de toda e qualquer ação profissional do advogado *ipsis litteris* ao compilado regulatório do código de ética de sua categoria.

Entretanto, as circunstâncias sociais, culturais e políticas que interseccionam as relações profissionais, especialmente complexas e dúbias em nossa realidade nacional, declinam certezas e convicções morais, ao tempo em que dificultam juízos e distorcem preceitos éticos. Não por acaso, as percepções de concordância ou discordância quanto a determinados aspectos do exercício profissional sob o julgo do código de ética do advogado (tabela 4) salientam ambiguidades significativas e suscitam pontos particularmente interessantes ao destaque. Neste sentido, consta expressivo o percentual de 47,8% dos entrevistados que indicam discordância quanto à ideia de que “a maioria dos estudantes de Direito tem consciência da existência do CEA”. Quer trate-se de uma apreensão auto referenciada ou de uma avaliação considerando a realidade geral dos estudantes, o fato é

---

53 MOTTA, 1984.

que esse dado suscita, ainda que relativamente, certo grau de fragilidade na apresentação da carreira dos advogados como uma profissão necessariamente regulada por um código de ética, desde os primeiros momentos do curso. Esse entendimento é corroborado pelo contundente discordância quanto à irrelevância da necessidade de se trabalhar o Código de Ética do Advogado (CEA) de forma rigorosa durante o curso de Direito, a qual alcançou um percentual de 80,4% dos estudantes. As reflexões anteriormente empreendidas e os dados agora apresentados reforçam a plausibilidade do debate sobre ética e deontologia do direito desde os contatos iniciais com a matéria jurídica, perdurando por todo o processo formativo, a fim de que o aprendizado técnico se conjumine aos conhecimentos teóricos e práticos da regulação profissional por código ético específico.

Tabela 4. Percepção sobre o Código de Ética do Advogado (CEA) e o exercício profissional

Código de Ética do Advogado e exercício profissional	Grau de Concordância (%)				
	1	2	3	4	5
A maioria dos estudantes de Direito tem consciência da existência do CEA.	15,2	32,6	19,6	23,9	8,7
Quanto ao CEA, é irrelevante a necessidade de ser trabalhado de forma rigorosa durante o curso de Direito.	63,0	17,4	19,6	0,0	0,0
Os advogados não estão sujeitos às ações ilícitas e à corrupção.	73,2	19,5	2,4	2,4	2,4
Advocacia é uma profissão que precisa, além de um CEA, de fiscalização e punição quando houver conduta que esteja em desacordo com os valores éticos inseparáveis do exercício dessa profissão.	2,3	2,3	6,8	29,5	59,1
O CEA existe, mas não possui a obrigatoriedade de ser seguido.	38,3	19,1	36,2	0,0	6,4
É possível que os profissionais da advocacia sejam sempre honestos, abrindo mão de vantagens pessoais em nome da justiça e da ética.	2,2	13,3	35,6	26,7	22,2
O CEA deverá ser atualizado periodicamente, para adequar-se às mudanças sociais.	0,0	10,6	14,9	38,3	36,2

Código de Ética do Advogado e exercício profissional <i>(continuação)</i>	Grau de Concordância (%)				
	1	2	3	4	5
O sigilo profissional é inerente ao exercício da advocacia, sendo uma das obrigações éticas do advogado para com seu cliente.	4,5	6,8	9,1	36,4	43,2
Nas relações com o cliente, o advogado poderá adotar qualquer conduta que julgar adequada, uma vez que, enquanto profissional, estará livre para definir as suas ações.	36,4	36,4	25,0	0,0	2,3

Fonte: Dados da pesquisa, 2017. Elaborado pelos autores.

Em linhas gerais, os entrevistados expressam aceitação da relevância do CEA na orientação do exercício profissional, destacando concordância (88,6%) de que a profissão do advogado, além de um código de ética, precisa de “fiscalização e punição quando houver alguma conduta que esteja em desacordo com os valores inseparáveis do exercício dessa profissão”. Além disso, um total de 72,8% dos entrevistados discorda que “nas relações com o cliente, o advogado poderá adotar qualquer conduta que julgar adequada”, isso porque consta clara a compreensão de que as relações profissionais, ainda que cobertas pelo sigilo, não estão isentas de preceitos e premissas anteriores. A atualização periódica do CEA com vistas à adequação às mudanças sociais é algo que 74,5% da amostra concorda, reforçando a ideia de que as situações e circunstâncias que relacionam preceitos ético-profissionais são dinâmicas e passíveis de modificação, requisitando acompanhamento por parte do código da categoria no sentido de sua atualização diante de possibilidades situacionais ainda não aferidas.

A discussão da literatura pertinente<sup>54</sup> aponta que os códigos de ética profissionais representam um conjunto de elementos que caracterizam o comportamento das pessoas dentro de um grupo social. Os padrões de conduta neles estabelecidos são fruto da deliberação dos membros que compõem a respectiva classe profissional, gerando regras que devem ser igualmente respeitadas pelo coletivo<sup>55</sup>. Todavia, o que se constatou com os dados coletados é que os indivíduos entrevistados não demonstram

<sup>54</sup> BORGES; MEDEIROS, 2007.

<sup>55</sup> ALVES et al., 2007.



possuir plena consciência da obrigatoriedade do CEA aos profissionais da área, uma vez que 36,2% nem concordaram nem discordaram em assertiva a este respeito. Por outro lado, chama atenção o posicionamento receoso quanto às afinidades das práticas profissionais da categoria diante de condições circunstanciais em que são ponderadas antagonicamente vantagens pessoais e a fidelidade a preceitos éticos. A este respeito, 35,6% dos entrevistados nem concorda nem discorda de que “é possível que os profissionais da advocacia sejam sempre honestos, abrindo mão de vantagens pessoais em nome da justiça e da ética”, ao passo que 15,5% discorda desta possibilidade e apenas 48,9% expressa concordância para com a mesma.

A existência de certas ambiguidades quanto às percepções da prática profissional dos advogados sob a égide do CEA identifica, em verdade, o real emaranhado de juízos e avaliações que se constrói em torno das relações profissionais dessa categoria, aqui salientadas por estudantes em processo formativo. Ainda que a compreensão e entendimento desses indivíduos sobre os temas abordados muito provavelmente sofram modificações, em algum sentido, não deixam de destacar o fato de que “a realidade humana é confusa e ambígua, e também as decisões morais, diversamente dos princípios filosóficos éticos abstratos, são ambivalentes”<sup>56</sup>. É sob esse terreno irregular e desuniforme que preceitos éticos são constantemente articulados diante de circunstâncias práticas, ganhando, não raramente, formas mais flexíveis de apreensão ou aplicações menos rígidas.

Ao apreender as percepções sobre as atitudes e comportamentos indicativos de conduta ética (tabela 5), intencionamos avaliar em que medida entendimentos anteriormente expressos mantinham-se coerentes diante de novas indagações que suscitavam, direta ou indiretamente, uma visão mais maleável de ações e atitudes pautadas pela ética. Neste sentido, atitudes e comportamentos facilmente classificáveis como antiéticos, a exemplo de “realizar atividades ilícitas” e “valer-se de influência para obter privilégios” foram apresentados de modo a gerar conflitos na avaliação pessoal dos entrevistados, uma vez que eram contrapostos com uma condição hipotética onde esse tipo de prática não trouxesse/promovesse prejuízo direto a outrem. Sob tal cenário, as discordâncias quanto à classificação dessas mesmas atitudes e comportamentos enquanto indicativos de comportamento ético diminuíram, ou seja, a percepção dos indivíduos acerca de

---

56 BAUMAN, 1997, p. 41.

uma conduta ética é sujeita a flexão diante de dadas situações eventual, particularmente de forma mais expressiva diante do dilema de obter privilégios por meio de influência sem acarretar prejuízo a outrem. Quanto a essa ocorrência, entre os entrevistados 84,1% discordaram de que “valer-se de influência para obter privilégios” seja uma conduta ética, enquanto 9% não vislumbram propriamente dilema ético efetivo quanto a essa questão e, por isso, concordam que agir dessa forma pode sim se enquadrar como conduta ética. Quanto às mesmas considerações perceptivas, “valer-se de influência para obter privilégios, não prejudicando outrem” gerou discordância, por sua vez, em apenas 60% dos entrevistados, ao passo que 17,7% concordam que esta prática não fere a ética e, ao mesmo tempo, 22,2% demonstraram dúvidas ao avaliar a questão, nem concordando nem discordando da classificação.

**Tabela 5. Percepção sobre as atitudes e comportamentos indicativos de conduta ética**

Atitudes e comportamentos indicativos de conduta ética	Grau de Concordância (%)				
	1	2	3	4	5
Agir com respeito às diferenças individuais na coletividade.	0,0	0,0	4,4	20,0	75,6
Induzir outrem a praticar uma atividade que você considere ética/positiva mesmo que o indivíduo não esteja em plena consciência de seus atos.	29,5	31,8	18,2	9,1	11,4
Realizar atividades ilícitas.	77,8	17,8	2,2	2,2	0,0
Realizar atividades ilícitas, não prejudicando outrem.	72,7	13,6	13,6	0,0	0,0
Valer-se de influência para obter privilégios.	65,9	18,2	6,8	4,5	4,5
Valer-se de influência para obter privilégios, não prejudicando outrem.	51,1	8,9	22,2	13,3	4,4
Promover o bem-estar coletivo.	4,3	0,0	10,9	13,0	71,7
Fazer dos costumes base de comportamento.	8,9	8,9	15,6	28,9	37,8
Fazer das leis base de comportamento.	2,3	4,5	18,2	31,8	43,2

Fonte: Dados da pesquisa, 2017. Elaborado pelos autores.

Ainda no que tange às percepções relativas às atitudes e comportamentos indicativos de ética, outros aspectos merecem destaque, sobretudo pelo fato de enfatizarem uma associação direta entre condutas éticas e os comportamentos que prezam pelo bem-estar coletivo, ou que tomam como base os costumes sociais. Em verdade, as associações primárias entre ética e bem-estar social e ética e costumes sociais, refletidas nos dados inferidos, indicam, em grande medida, que o modo como os entrevistados apreendem o conceito de ética perpassa pelo enquadramento a ideais como universalidade, generalidade e equidade, captados por meio da vinculação associativa entre atitudes e comportamentos com os costumes e/ou o bem-estar coletivo. Neste sentido, a maioria dos entrevistados concorda que “promover o bem-estar coletivo”, “fazer dos costumes base do comportamento” e “fazer das leis base do comportamento” são indicativos de conduta ética, com percentuais respectivos de concordância de 84,7%, 66,7% e 75%.

Assim como qualquer empreendimento dessa natureza, os dados coletados possuem específicas circunscrições quantitativas (amostra) e qualitativas (variáveis e análises) que se constituem como limitantes à capacidade inferencial do exercício científico. Ainda assim, certas relações são cabíveis em face da conformidade de certas percepções estatisticamente significantes. Dentro deste contexto, parece-nos razoável considerar o fato de que tais dados nos apresentam uma realidade em que a concepção de ética associada às atitudes gerais que promovem o bem-estar coletivo ou que usam os costumes como fundamento se constitui de modo genérico, ou seja, não partem de um exercício reflexivo que incorpore a autocrítica necessária. A ética, tal como percebida pelos entrevistados, congrega associada e de modo generalista universalidade e a equanimidade. Talvez seja justamente essa aglutinação desuniforme que dá margem à variação entre apresentações mais fixas da ética, nas quais o enquadramento de certas práticas como conduta ética gera convicta discordância (realizar atividades ilícitas e valer-se de influência para obter privilégios), e outras menos fixas, cuja flexibilidade se manifesta diante da possibilidade circunstancial de realizar essas mesmas práticas sem que promovam prejuízos a quaisquer outros indivíduos (realizar atividades ilícitas, não prejudicando outrem e valer-se de influência para obter privilégios, não prejudicando outrem).

Antes de recorrer ao arbítrio classificatório da incoerência dos juízos perceptivos dos indivíduos, é preciso reconhecer a condição intrínseca de

dubiedade por trás de grande parte das decisões que requisitam avaliação moral ou ética em algum grau. Dos dilemas possíveis acerca dos meios e dos fins, a filosofia da ética é um longo passeio ponderativo sobre critérios, premissas e consequências que podem oscilar o pêndulo da classificação sobre o que é ou não é ético. O fato é que, conforme indica Zygmunt Bauman<sup>57</sup>, no que tocante às escolhas e dilemas morais “[...] os temas não têm soluções predeterminadas nem as encruzilhadas direções intrinsecamente preferenciais” o que certamente proporciona inúmeras conjunturas situacionais em que a ação orientada pela ética pode colidir com os costumes ou mesmo com o bem-estar coletivo. Tal condição, longe de ser característica exclusiva do nosso tempo, é marca indelével da práxis social no âmbito dos desafios da interação humana sob o julgo de um mesmo padrão moral referencial. É oportuno sublinhar, a este respeito, o fato de que “[...] a incerteza foi sempre o chão familiar da escolha, embora a moderna filosofia moral e a prática adiaforizante tenham feito o máximo para negá-la na teoria e reprimi-la na prática. Quanto a isso, a situação pós-moderna da ética não é nova”<sup>58</sup>.

O diferencial da condição social contemporânea é seu potencial inflamatório por meio do qual se revelam frágeis e oscilantes os princípios unificadores constitutivos de uma concepção ética tipicamente prevalecente em linhagens da filosofia moderna, a qual, por sua própria natureza, sobrevaloriza o universal, o geral, o equânime e o constante. No âmago da *práxis* social contemporânea, em suas intrincadas e complexas teias relacionais preexiste a possibilidade do contraditório, do questionável e do flexível, e tudo isso alça a reflexão ética a um patamar cada vez menos pragmático e de simples definição. No tocante à ética profissional a vinculação às ideias de utilidade moral na execução das atividades do advogado implica em uma formatação expressamente marcada pelo reconhecimento do fator social do trabalho dessa categoria. Mesmo assim, isso não consta impedimento às tensões e dubiedades que podem existir na avaliação preliminar à conduta profissional na qual, por exemplo, entra em confronto a finalidade social, o compromisso com um código específico e possível obtenção de benesses pessoais sem o direto prejuízo a outrem.

A *práxis* social, portanto, quer seja na esfera específica das relações profissionais pertinentes à categoria dos advogados, quer seja no amplo

---

57 BAUMAN, 1997, p. 41.

58 BAUMAN, 1997, p. 253.

escopo das interações casuais e permanentes que fundamentam a nossa sociedade, compreende uma composição ético-moral não necessariamente rígida e imutável, mas antes, detentora de uma flexibilidade associativa, cujo uso prático se realiza nas inúmeras circunstâncias e dilemas cotidianos. Diante do ponto crítico das escolhas éticas e morais, as situações se mostram, em sua pureza, dúbias e conflituosas, “daí que a situação moral livre de ambiguidade tenha apenas a existência utópica como horizonte e estímulo talvez indispensáveis para um eu moral, mas não como alvo realista de prática ética”<sup>59</sup>. Esta, por sua vez, mesmo ocorrendo no terreno incerto da seara profissional regulamentada, isto é, codificada quanto ao exercício sob padrões éticos, não deixa de envolver no transcurso de sua atuação uma margem relativamente elástica de avaliação contextual, na qual as responsabilidades, as convicções e os interesses pessoais podem ser equacionados em novas formas éticas de percepção.

## 7. Conclusão

A reflexão proposta teve como intuito maior explicitar a necessidade premente do debate sobre ética e moralidade, inerentes à formação profissional, especialmente na carreira do direito. Partimos, então, das percepções de discentes da respectiva área, profissionais em formação, a fim de destacar o horizonte complexo que circunda a construção de uma ética profissional específica, axiologicamente erguida em meio a concepções morais heterogêneas e, por vezes, conflitantes com princípios éticos preestabelecidos no Código regulamentador da rotina e exercício técnico dos advogados. Nesses termos, não se mostrou vantajosa, nem tampouco proveitosa à análise empreendida, tomar como ponto de partida definido *a priori*, a ideia de amoralidade de certas condutas. Ainda que definindo-as como parâmetro para a investigação e entendimento das realidades éticas com as quais os indivíduos se confrontam no cotidiano da *práxis* social e profissional, elas indicaram ausência de maleabilidade contextual e, por isso, pouca serventia no confronto dos contraditórios suscitados aos sujeitos da pesquisa.

As apreensões e perspectivas de entendimento destacadas pelos indivíduos sinalizam um panorama bastante intrincado, cujo emaranhado nem sempre homogêneo de indicativos morais das condutas sociais e profis-

---

59 BAUMAN, 1997, p. 17.

sionais, remete, ao que nos parece, à dilemática condição da sociabilidade contemporânea que coloca a verdade das escolhas morais diante de tensões de difícil solução e/ou decisão. Nas circunstâncias cotidianas reais, os conflitos morais emergem claramente em uma seara mais problemática que a postulação ética abstrata. As contrações de uma sociabilidade pós-moderna, cada vez mais dinamicamente difusa, revelam-nos que, sob os auspícios da imutabilidade atemporal e universal, o ideal ético moderno, consta questionado diante da plenitude da variação cultural dos sentidos e significados das práticas sociais, sobretudo no contexto de uma estrutura social tal como a brasileira. Sob essa conformação, parece-nos razoável considerar, conforme postulado por Zygmunt Bauman<sup>60</sup>, o fato de que,

A verdade provável é que escolhas morais sejam de fato escolhas, e dilemas sejam de fato dilemas, e não os efeitos temporais e corrigíveis da fraqueza, ignorância ou estupidez humanas. Os temas não têm soluções predeterminadas nem as encruzilhadas direções intrinsecamente preferenciais [...] A realidade humana é confusa e ambígua, e também as decisões morais, diversamente dos princípios filosóficos éticos abstratos, são ambivalentes. É nesse tipo de mundo que devemos viver.

Todavia, é importante enfatizar que o entendimento da temática nos termos acima indicados não reduz o significado da ética e da correição na orientação da *práxis* social e da conduta profissional. Muito pelo contrário, as sinuosidades perceptivas que emergiram, por exemplo, da variação interessada acerca das práticas e condutas classificáveis como corruptas, cuja flexão tendeu a uma maior tolerância quando a “ação corrupta” suscitava ganhos pessoais sem o prejuízo direto a outrem, indicam-nos, acima de tudo, a importância da ética enquanto valor ideal. É a condição ideal de uma ética concretizada nas condutas e práticas sociais e profissionais que compõe o quadro de balizas para a ação cotidiana dos indivíduos. A ressalva a ser feita, no entanto, diz respeito à condição dúbia que circunscreve as escolhas morais e, justamente neste sentido, à importância de se compreender as possibilidades reais de realização da ética, isto é, distante de uma perspectiva na qual o imperativo categórico apriorístico descontextualiza os dilemas morais e se mostra insensível à ambivalência de certas situações concretas.

---

60 BAUMAN, 1997, p. 41.

Particularmente no que pesa ao debate sobre a corrupção, suas relações diretas e o conjunto de implicações sociais decorrentes, a análise social realiza o importante exercício de refutar argumentos que volta e meia tornam à cena, nos quais “o tema da corrupção vem sempre associado a valores e juízos morais, e à percepção de que os países mais pobres, ou suas elites, são mais corruptos do que os países mais desenvolvidos”<sup>61</sup>. Essas abordagens argumentativas levam a cabo não apenas uma combatida concepção de cultura, mas também a prerrogativa de um juízo moral atemporal e dislético, distante do dinamismo real da sociabilidade humana. Sob esses termos, seria possível indagar até que ponto tais abordagens permanecem presentes na medida em que uma concepção de moral instrumentalmente concebida como racional e, portanto, deslocada de sentido prático. Dentro deste contexto, quão mais conscientes estamos de que “fenômenos morais” escapam ao fácil enquadramento meio e fim ou aos termos do utilitarismo simplório<sup>62</sup>, mais próximos estamos de refletir a ética no âmbito da *práxis* social e da conduta profissional em uma perspectiva real e prática. Esta, por sua vez, se atrela imprescindivelmente à condição utópica da ética perfeita enquanto categórico ideal orientador, isto é, algo distinto de um imperativo categórico classificador monolítico.

Os dados analisados sugerem também que os meandros do debate sobre moral e ética no escopo da formação dos bacharéis em direito demandam, muito claramente, a constância desse tipo de reflexão ao longo do processo de formação técnica. Envolve, nesse aspecto, um processo formativo que dê conta da discussão aprofundada sobre os padrões e práticas sociais habitualmente característicos na realidade brasileira, incorporando a dimensão cultural a as sociabilidades a ela inerentes como contexto efetivo do exercício advocatício. Sob tal modelo reforçamos a importância da relação dialética existente entre ética e direito, mas em uma apreensão refinada capaz de reconhecer, inclusive, a distinção singular entre as “normas ético-jurídicas” e as “normas jurídico-éticas”<sup>63</sup>, assim como os movimentos de retroalimentação que as envolvem. Sucintamente colocados em um panorama sociológico, estes movimentos pressupõem, para além dos procedimentos e manifestações institucionais, por um lado, a formação

61 SCHWARTZMAN, 2008, p. 5.

62 BAUMAN, 1997, p. 17.

63 BEÇAK, 2017, p. 319-320.

das normas a partir da composição ético-moral geral à formação social e a subsequente cristalização de determinados princípios e, por outro, a influência da norma jurídica em seu aspecto ético-moral à formação social e aos padrões de sociabilidade estabelecidos.

À dificuldade de instituir e seguir princípios morais no momento contemporâneo, devemos considerar a imprescindibilidade do amadurecimento e do destaque ético, o qual deve gozar de notoriedade nos processos de formação profissional, mas não apenas nesses. A difusão plena do entendimento sobre a ética, mesmo no seu sentido abstrato filosófico, é o que pode nos permitir reinventar a prática cotidiana de nossas ações. Em sua construção da teoria das propensões, a qual vislumbra o mundo como um universo de possibilidades abertas, Karl Popper<sup>64</sup> articula aquilo que nos parece ser o movimento mais viável a ser feito nesse instante, posto que “[...] a nossa compreensão do mundo modifica o mundo; e o mesmo acontece com os nossos desejos, as nossas preferências, as nossas motivações, as nossas esperanças, os nossos sonhos, a nossa imaginação, as nossas hipóteses, as nossas teorias”.

O discurso crítico à infalibilidade de certos processos caóticos e cenários pessimistas complementa-se às assertivas que atestam o caráter inacabado e inteligível do futuro da humanidade, especialmente quando se ergue do exercício livre do pensar<sup>65</sup>. Por outro lado e ao seu modo, a arquitetura teórica de refundação de preceitos iluministas<sup>66</sup>, enunciada como meio para escapar às falácias que organizam a destruição, o caos e o fim da humanidade em prognósticos apocalípticos, pode bem servir à formação de uma ótica alternativa às relações humanas. Mesmo flertando com abismos temerosos, nunca a humanidade reuniu tantos conhecimentos e capacidades de melhoria da vida humana na terra, motivo pelo qual devemos nutrir esperanças quanto a um futuro coletivo. Ao contrário do que se propala sobre o vazio de sentido que se fortalece na sociedade, temos amostras reais e substância suficiente para imaginar um humanismo sem igual que, embora não parta das mesmas circunstâncias, constitui-se potencial de mudança e transformação.

---

64 1992, p. 217.

65 ARENDT, 2019.

66 PINKER, 2018.



Quando deixamos de reconhecer nosso progresso conquistado a tão duras penas, podemos chegar a acreditar que a ordem perfeita e a prosperidade universal são o estado natural das coisas, e que cada problema é uma afronta que exige a responsabilização de malfeitores, a destruição de instituições e a escolha de um líder que restaurará a devida grandeza de um país.<sup>67</sup>

É preciso sublinhar, por fim, o fato de que a consciência efetiva da dialética social perpassa pelo reconhecimento de que tanto a *práxis* quanto o exercício profissional devem se balizar por uma ética socialmente exequível no plano prático. Com isso, a condição ideal-utópica da ética se reforça na significação e representação de valores e princípios afins com a sociedade, praticáveis nos espaços das relações cotidianas e institucionais, em formas que dialogam efetivamente com os dilemas pertinentes a tal sociedade. Esse parece ser um passo crucial para que coloquemos, nos termos devidos, a reflexão acerca das condutas e percepções que na nossa realidade social catalisam a ambivalência moral, tais como a questão do “jeitinho brasileiro”, da “corrupção” e da apropriação indevida da coisa pública.

## Referências

- ALBERNAZ, Lady S. F.; LONGHI, Márcia. Para compreender gênero: uma ponte para relações igualitárias entre homens e mulheres. In: SCOTT, Parry.; LEWIS, Liana.; QUADROS, Marión T. (Orgs.). *Gênero, diversidade e desigualdades na educação: interpretações e reflexões para formação docente*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009. pp. 75-96.
- ALVES, Francisco J. S.; LISBOA, Nahor P.; WEFFORT, Elionor F. J.; ANTUNES, Maria Thereza Pompa. Um estudo empírico sobre a importância do código de ética profissional para o contabilista. *Revista Contabilidade e Finanças*, São Paulo, v. 30, pp. 58-68, 2007. <https://doi.org/10.1590/s1519-70772007000300006>
- ANDRADE, Cibele Yahn. Acesso ao ensino superior no Brasil: equidade e desigualdade social. *Ensino Superior Unicamp*, Campinas, vol. 31, pp.18-27, jul. 2012. Disponível em: <<https://www.revistaensinosuperior.gr.unicamp.br/edicoes>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

---

67 PINKER, 2018, p. 525.

- ARENDDT, Hannah H. *Pensar sem corrimão*. Lisboa: Relógio D'água, 2019.
- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- ARRUDA, M. C. C. *Fundamentos de Ética Empresarial e Econômica*. São Paulo: Atlas, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Ética Pós-Moderna*. São Paulo: Paulus, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira Moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014.
- BERGER, Peter. *Perspectivas Sociológicas*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1986.
- BEÇAK, Rubens. A dimensão ético-moral e o direito. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, pp. 307-320, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2017.
- BITTAR, E. C. B. *Curso de Ética jurídica: ética geral e profissional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BORGES, E.; MEDEIROS, C. Comprometimento e ética profissional: um estudo de suas relações juntos aos contabilistas. *Revista de Contabilidade e Finanças*, São Paulo, n. 44, p. 60-71, mai./ago. 2007. <https://doi.org/10.1590/s1519-70772007000200006>
- CARVALHO, E. B. *A participação popular na aplicação de recursos Públicos e no combate à corrupção*. 1ª ed. Fortaleza: Gráfica Messejana, 2005.
- COSTA, H. P. Corrupção e Improbidade Administrativa. *Revista do Ministério Público*, Alagoas, n. 15, s/p, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15970-15971-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.
- CORTELLA, M. S. *Qual é a tua obra? Inquietações, propositivas sobre gestão, liderança e ética*. 1ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- DALLARI, D. A. *Elementos de teoria geral do estado*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1986.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GARCIA, E. A corrupção: uma visão sociológica. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, pp. 203-245, 2004. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

- GODOY, C.; ABDON, G.; LOPES, I. C.; MARTINS, L. C. B.; GRAMSTRUP, S. R.; LEAL, W. O.; CASTANHO, M. I. S. A (in)disciplina escolas nas perspectivas de Piaget, Winnicott e Vygostsky. *Ver. Psicopedagogia*. Pínhairos, v. 23, n. 72, pp. 241-247, 2006. Disponível em: <<http://www.revistapsicopedagogia.com.br/sumario/42>>. Acesso em: 22 abr. 2017.
- GONÇALVES, M.; DAROSSO, M.; STACCIARINI, S. Ética e direito na convivência social: breve análise sobre a importância do código de ética profissional do advogado. *Revista da UNIFEBE*, Brusque, v. 1, n. 8, pp. 122-140, jan/jul. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/547>>. Acesso em: 29 abr. 2017.
- GUEDES, M.C. *Na medida do (im)possível: família e trabalho entre as mulheres de nível universitário*. 2009. 132 p. Tese (Doutorado em Demografia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009.
- IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2015*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95011.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2017.
- LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- LISBOA, L. P. (Coord.). *Ética Geral e Profissional em Contabilidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- LOPES, J. E. G.; RIBEIRO FILHO, J. F.; VASCONCELOS, M. T. C.; PEDERNEIRAS, M. M. M. Uma análise avaliativa de atitudes de estudantes de ciências contábeis e dilemas éticos sob uma perspectiva de gênero, maturidade acadêmica e ambiente institucional. *Ensaio: aval. pol. públ. educ.* Rio de Janeiro, vol.14, n.51, pp. 209-222, 2006. <https://doi.org/10.1590/s0104-40362006000200005>
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Censo da Educação Superior 2013*. Brasília: INEP, 2013. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/censo-da-educacao-superior>>. Acesso em: 28 abr. 2017.
- MEDEIROS, A. M.; NORONHA, N. M. Ética e Corrupção no Brasil: considerações e análises a partir do princípio da moralidade constitucional. *Relem*, Parintins, v. 7, n. 13, pp. 122-136, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufam.edu.br/relem/>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

- MEXÍA, P. G. *Los Conflictos de Intereses y la Corrupción Contemporánea*. Elcano, Navarra: Aranzadi Editorial, 2001.
- MOTTA, N. S. *Ética e Vida Profissional*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1984.
- NADER, P. *Introdução ao estudo do direito*. 36.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2018.
- POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1992.
- RAMOS, Z. M. X. *A vulnerabilidade das instituições de ensino superior à corrupção*. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Investigação e Formação Avançada – IIFA, Universidade de Évora, Évora, 2015. Disponível em: <<https://dspace.uevora.pt/rdpc/handle/10174/18265>>. Acesso em: 29 abr. 2017.
- RISTOF, D. O novo perfil do campus brasileiro: uma análise do perfil socioeconômico do estudante de graduação. *Avaliação*, Sorocaba, v. 3, n. 19, pp.723-747, nov. 2014. <https://doi.org/10.1590/s1414-40772014000300010>
- RISTOW, E. *Ética: função jurisdicional, e o princípio da razoabilidade*. 1<sup>a</sup> ed. Itajaí: S & T Editores, 2007.
- SAVIANI, D. O trabalho como princípio educativo frente às novas tecnologias. In: FERRETTI, C. J.; ZIBAS, D. M. L.; MADEIRA, F. R.; FRANCO, M. L. P. B. (Orgs.). *Novas tecnologias, trabalho e educação: um debate multidisciplinar*. Petrópolis: Vozes, 1994. pp. 151-68.
- SCHWARTZMAN, S. Coesão social, democracia e corrupção. In: SORJ, B.; TIRONI, E. *Coesão social na América Latina: bases para uma nova agenda democrática*. Brasil: IFHC, 2008.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e como representação*. São Paulo: UNESP, 2005
- SILVA, M. M. *Direito, Justiça, Virtude Moral e Razão*. 1<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- SILVA, T. M.; SPERONI, V. Os princípios éticos e a ética profissional. *Revista Brasileira de Contabilidade*, Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, ano 27, n. 113, pp. 77-79, set./out. 1998. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15970-15971-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

- SORJ, Bernardo. *A sociedade brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- STUKART, H. L. *Ética e Corrupção: os benefícios da conduta ética na vida pessoal e empresarial*. 1ª ed. São Paulo: Nobel, 2003.
- WEBER, Silke. Desigualdades sociais e escola: alguns aspectos a considerar. In: SCOTT, Parry.; LEWIS, Liana.; QUADROS, Marión T. (Orgs.). *Gênero, diversidade e desigualdades na educação: interpretações e reflexões para formação docente*. 1ª ed. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009. pp. 23-40.

Recebido em 21 de agosto de 2017.

Aprovado em 27 de outubro de 2019.

# Que signifie que les droits de l'homme découlent de la dignité humaine? Utilisation des relations de la métaphysique analytique contemporaine\*

*What does it mean that human rights derive from human dignity? Employing contemporary analytic metaphysics relations*

Szymon Mazurkiewicz\*\*  
Jagiellonian University, Polônia.

## 1. Introduction

Les droits de l'homme sont les droits majeurs que nous avons à cause d'avoir la dignité humaine. C'est du moins ce qu'indiquent la loi internationale des droits de l'homme et de nombreuses constitutions de pays différents (La Déclaration Universelle des droits de l'homme, 1948, Préambule, art. 1 ; Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, Préambule ; Les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, 2007, Titre I; La Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, 1949, art. 1; La Constitution de la République de Pologne, 1997, art. 30.). La philosophie des droits de l'homme propose parfois d'autres bases pour les droits de l'homme, analyse la dignité humaine et découvre des fondations successives, plus fondamentales. Or la relation entre les droits de l'homme et leurs fondements – la dignité humaine ou

---

\* Cet article a été écrit dans le processus de réalisation de la subvention de recherche no. 2017/27/N/H55/00856 « Philosophie des droits de l'homme à la lumière de la métaphysique analytique contemporaine » financée par le Centre National de Science, Pologne.

\*\* Ph.D student on Department of Legal Theory, Faculty of Law. E-mail: [szymon.mazurkiewicz@uj.edu.pl](mailto:szymon.mazurkiewicz@uj.edu.pl).

autre objet que suggère la philosophie – est inconnue. Cette relation est cruciale puisqu'elle justifie ou explique l'existence des droits de l'homme. Cependant, nous ne savons pas quelle est exactement cette relation.

Dans cet article, je voudrais analyser cette question du point de vue de la métaphysique analytique contemporaine. Je pense que ce domaine peut aider à comprendre ce problème, voire à le résoudre. Premièrement, je présenterai le problème de la relation entre les droits de l'homme et leur fondement – la dignité humaine ou un autre objet proposé par des philosophes des droits de l'homme. Deuxièmement, je présenterai la métaphysique analytique contemporaine et ses relations explicatives – la réduction, la survenance et la fondation métaphysique, et examinerai leur pertinence pour les droits de l'homme et la dignité humaine. Puis je proposerai la thèse selon laquelle les fondements métaphysiques de la dignité humaine sont la nature humaine comprise par la psychologie évolutionniste. Ma proposition consiste en ce que la dignité humaine est fondée sur la nature humaine parce que celle-ci peut être évaluée comme positive, optimiste du point de vue moral. Puis, en raison de la transitivité de la fondation métaphysique, je stipulerai que les droits de l'homme sont fondés sur la nature humaine. Je pense que les outils de la métaphysique analytique contemporaine peuvent apporter un éclairage neuf et intéressant sur les fondements des droits de l'homme.

## 2. Le problème de la relation entre les droits de l'homme et leur fondement

Dans de nombreux documents juridiques, on peut lire que la dignité humaine est le fondement des droits de l'homme. Par exemple, dans la Préambule du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques, il est dit que « ces [droits de l'homme] découlent de la dignité inhérente à la personne humaine » (Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, Préambule). La relation entre les droits de l'homme et leur fondement – la dignité humaine – s'apparente à une dérivation. Dans les Explications Relatives à La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, on lit que « la dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux ». Ici, la relation entre les droits de l'homme et la dignité humaine réside dans ce que la dignité crée la base des droits de l'homme.

La philosophie des droits de l'homme propose parfois d'autres fondements. La philosophie de droits de l'homme anglophone, dans son approche naturaliste (orthodoxe, classique), prétend que « les droits de l'homme sont des droits moraux possédés par tous les êtres humains simplement en vertu de leur humanité ou de [leur qualité] d'êtres humains »<sup>1</sup>.

Si différents philosophes proposent des compréhensions différentes des termes « humanité » et « être humain », telle est en général la thèse principale de l'approche naturaliste.

Or la nature précise de cette relation entre les droits de l'homme et leurs fondement demeure inconnue. Celle-ci doit être une relation justificative ou explicative parce qu'elle doit justifier ou expliquer l'existence des droits de l'homme. Dans la philosophie des droits de l'homme, ont existé quelques tentatives de réponse à cette question.

Alan Gewirth stipule que les conditions nécessaires de l'action humaine impliquent logiquement les droits de l'homme<sup>2</sup>. D'après lui, la relation entre les droits de l'homme et leurs fondements est une implication logique, une relation très forte quant au pouvoir explicatif et contraignant la conclusion par les prémisses. Néanmoins, la notion de Gewirth a été critiquée parce qu'il a impliqué logiquement les droits de l'homme normatifs des « conditions nécessaires de l'action humaine »<sup>3</sup> descriptives, ce qui est impossible en raison de la « Guillotine de Hume »<sup>4</sup>.

James Griffin suggère une relation beaucoup moins forte que Gewirth. Il indique que l'individu raisonnable qui reconnaît la valeur de l'autonomie (fondement des droits de l'homme dans sa théorie), reconnaît aussi les droits de l'homme<sup>5</sup>. Pour Griffin, la relation entre les droits de l'homme et leur fondement a la forme d'une relation pragmatique seulement, que l'on peut nommer « explication convaincante »<sup>6</sup> ou « justification raisonnable » – une relation de force moindre que celle de l'implication logique.

David Miller, qui voit dans les besoins fondamentaux la base des droits de l'homme, écrit : « Je ne peux pas expliquer comment des besoins peuvent

---

1 GRIFFIN, 2008, p. 2; TASIOLAS, 2011, p. 26.

2 GEWIRTH, 1982, p. 124.

3 ALLEN, 1982; Raz 2010, p. 342.

4 HUME, 1739, p. 335.

5 GRIFFIN, 2008, p. 135.

6 WITKOWSKI, 1975.



imposer des obligations [les droits de l'homme] tandis que d'autres intérêts, toutefois forts, ne le peuvent pas »<sup>7</sup>. Le commentaire de David Miller est un bon exemple du problème rencontré dans la philosophie des droits de l'homme quant à la détermination du caractère de la relation entre les droits de l'homme et leur fondement.

Ma proposition est d'utiliser des relations explicatives proposées par la métaphysique analytique contemporaine. Je pense que cela peut résoudre le problème ci-dessus indiqué. Remarquons que la philosophie du droit général a employé de nombreux outils issus de la philosophie analytique qui ont aidé à résoudre les problèmes de la théorie du droit ou, du moins, à mieux les comprendre.

### 3. La métaphysique analytique contemporaine

La philosophie analytique, dans sa première phase, a évité les réflexions métaphysiques et s'est concentrée sur la langue. Puis, les considérations métaphysiques sont apparues ; elles concernaient pour la plupart la question de l'identité des objets. Depuis plusieurs années, la métaphysique analytique pose la question de l'existence des objets dépendamment d'autres objets plus fondamentaux. Ce domaine est parfois nommé « méta-métaphysique » qui désigne les considérations sur des différents objets et leurs relations<sup>8</sup>. Je présenterai les relations proposées par la (méta-)métaphysique analytique contemporaine et examinerai si elles ont lieu entre les droits de l'homme et la dignité humaine et si leur utilisation clarifie ou explique la déclaration selon laquelle les droits de l'homme découlent de la dignité humaine.

Premièrement, je pense que la relation d'implication logique n'est pas satisfaisante – les relata de cette relation sont des propositions or, dans la philosophie des droits de l'homme, on ne recherche pas des propositions qui impliquent logiquement la proposition contenant le concept « droits de l'homme », mais on cherche ce qu'est le fondement des droits de l'homme. L'essence des réflexions de la philosophie des droits de l'homme est métaphysique, pas linguistique. De plus, on essaie souvent de proposer un objet descriptif comme le fondement des droits de l'homme. Pourtant, la « Guillotine de Hume » montre qu'une proposition descriptive ne peut

---

7 MILLER, 2012, p. 422.

8 CHALMERS, MANLEY, WASSERMAN, 2009.

pas implique logiquement une proposition normative. L'implication logique ne peut pas servir comme la relation entre la proposition contenant le concept droits de l'homme et la proposition contenant le concept descriptif qui constitue la base des droits de l'homme.

C'est sont les raisons pour lesquelles je suggère l'utilisation des relations explorées par la métaphysique analytique contemporaine qui répond précisément à la question de ce que cela signifie qu'un objet soit le fondement d'un autre. Les relations que je présenterai sont la réduction, le survenance et la fondation métaphysique («metaphysical grounding» en anglais).

#### 4. Réduction

Parmi les relations discutées, la réduction est la plus forte. Elle signifie qu'un objet réduit est en fait un objet auquel il est réduit<sup>9</sup>. Par exemple, dans la philosophie de l'esprit, la réduction signifierait que les états mentaux sont en fait des états du fonctionnement du cerveau. La réduction dans la philosophie des sciences signifierait, par exemple, que des objets biologiques sont en fait des objets chimiques ou, au-delà, des objets physiques. La réduction n'implique pas qu'on doive nécessairement abandonner l'usage des objets réduits, qui peuvent demeurer dans l'usage pour diverses raisons (historiques, pragmatiques, etc.) mais qu'ils n'existent pas en fait parce qu'ils sont réduits aux objets qui existent vraiment.

Les droits des l'homme peuvent-ils être réduits à la dignité humaine ? Je pense que c'est impossible. Les droits des l'homme expriment des situations normatives diverses, alors que la dignité humaine exprime la valeur inhérente de chaque humain. La dignité humaine est beaucoup plus indéterminée dans sa gamme de normalisation que les droits de l'homme. Si ces derniers étaient réductibles à la dignité humaine, on ne devrait pas des formulations nombreuses relatives à des droits de l'homme spécifiques et précis dans la loi internationale de droits de l'homme, mais un article unique signifiant que la dignité humaine est universellement protégée. Or nous avons besoin de droits de l'homme spécifiques parce qu'ils ne peuvent être réduits à la dignité humaine. La réduction n'est pas adéquate pour décrire la relation entre les droits de l'homme et la dignité humaine et nous devons rechercher une autre relation.

---

<sup>9</sup> VAN RIEL, VAN GULICK, 2019.

## 5. Survenance

La survenance est une relation entre deux ensembles d'objets (propriétés, faits, états) – un survenant (A) et un subvenant (B). La survenance signifie qu'on ne peut pas être une différence dans un ensemble survenant sans une différence dans un ensemble subvenant<sup>10</sup>. Par exemple, en rejetant la réduction dans la philosophie de l'esprit, on peut dire que des états mentaux surviennent sur des états du fonctionnement du cerveau. On ne peut pas être une différence dans les états mentaux sans quelque différence dans le fonctionnement du cerveau. Je ne peux pas commencer à me sentir heureux sans quelque changement neuronal dans mon cerveau. Ainsi, la survenance est dite relation de la covariance nécessaire<sup>11</sup>.

Logiquement, la survenance est réflexive (on ne peut pas être une différence dans A, sans une différence dans A), non-symétrique (A peut survenir sur B et B peut simultanément, mais ne doit pas nécessairement survenir sur A ; la survenance n'est ni symétrique ni antisymétrique) et transitive (si A survient sur B et que B survient sur C, A survient sur C)<sup>12</sup>. Néanmoins, ces propriétés logiques impliquent qu'on ne peut pas distinguer quel objet, entre A et B, est plus fondamental (du fait de la non-symétrie). De plus, puisque la survenance n'est qu'une relation de covariance nécessaire, il est impossible de conclure qu'un objet A existe en raison d'un objet B. Par exemple, si des états mentaux surviennent sur des états du fonctionnement du cerveau, cela n'indique pas nécessairement que des états mentaux existent du fait des états du fonctionnement du cerveau. La survenance n'est qu'une relation de « surface » et une question de dépendance ontologique doit dépendre d'une autre base que la survenance<sup>13</sup>.

Cependant, l'existence de la survenance entre des objets, qui montre une covariance nécessaire, est une remarque intéressante et importante cognitivement. Est-ce que les droits de l'homme surviennent sur la dignité humaine ? En d'autres termes, une différence dans la droits de l'homme peut-elle exister sans une différence dans la dignité humaine ? Cela dépend de la théorie précise des fondements des droits de l'homme.

---

10 KIM, 1993; MCLAUGLIN, BENNETT, 2018.

11 MCLAUGLIN, BENNETT, 2018.

12 MCLAUGLIN, BENNETT, 2018.

13 KIM, 2003, p. 564.

Si on considère que le fondement des droits de l'homme est la seule dignité humaine et que les droits de l'homme et la dignité humaine sont absolument universels, indépendamment de l'histoire et du lieu, les droits de l'homme surviennent sur la dignité humaine. Ils sont tous deux absolument universels et, par conséquent, ne peuvent changer – une différence en chacun d'eux est impossible. Quand aucune différence n'est possible en chacun d'eux, il ne peut y avoir de différence dans les droits de l'homme sans une différence dans la dignité humaine. Les droits de l'homme surviennent sur la dignité humaine.

En fait, tous les objets non modifiables, invariables, comme les faits mathématiques, surviennent sur d'autres objets non modifiables, invariables, par exemple les faits moraux dans la version forte du réalisme moral. Or, dans cette situation, la dignité humaine survient aussi sur les droits de l'homme – une différence dans la dignité humaine est impossible sans une différence dans les droits de l'homme parce qu'aucun d'eux ne peut changer. Cela est possible en raison de la non-symétrie de la survenance. C'est là toutefois une conséquence bizarre du point de vue de la théorie de droits de l'homme.

Néanmoins, des philosophes des droits de l'homme considèrent que la dignité humaine ne peut pas seule constituer le fondement des droits de l'homme parce qu'elle est trop vague et abstraite pour déterminer des droits de l'homme spécifiques. Par exemple, John Tasioulas suggère que la dignité humaine et les intérêts humains sont le fondement des droits de l'homme<sup>14</sup>. La première donne la composante normative tandis que les intérêts humains peuvent déterminer des droits particuliers et concrets. Dans cette notion, les droits de l'homme ne surviennent pas sur la dignité humaine – les droits de l'homme peuvent changer alors que la dignité humaine ne change pas. Il n'y a pas de covariance nécessaire entre la dignité humaine et les droits de l'homme. Mais les droits de l'homme surviennent sur la dignité humaine et les intérêts humains. Il ne peut y avoir de changement dans les droits de l'homme sans un changement dans la dignité humaine et les intérêts humains. Toutefois, la dignité humaine est non modifiable (elle ne peut pas changer), donc, bien que la déclaration ci-dessus soit vraie, il est vrai aussi que les droits de l'homme surviennent sur les intérêts humains. Les droits de l'homme ne peuvent pas changer sans un

---

14 TASIOLAS 2011, 2013, 2015.

changement dans les intérêts humains. Ainsi, on commencera à avoir de nouveaux droits de l'homme quand un nouvel intérêt humain émergera, par exemple le besoin nouveau de protéger la vie privée ou l'identité humaine en raison du développement des nouvelles technologies. Un droit de l'homme, qui n'est pas encore connu, commencera à exister.

Pourtant, cela signifie qu'il n'y a pas de différence entre dire que les droits de l'homme surviennent sur la dignité humaine et qu'ils surviennent sur la dignité humaine et les intérêts humains. Or, pour la théorie des droits de l'homme, il est très important de déterminer quel objet constitue le fondement des droits de l'homme. Cela montre que la relation de survenance n'est pas adéquate pour exprimer qu'un objet – la dignité humaine ou la dignité humaine et les intérêts humains – est le fondement d'un autre objet – les droits de l'homme. De plus, même s'il était vrai que les droits de l'homme surviennent sur un objet (la dignité humaine, les intérêts humains, etc.) cela ne signifierait pas que cet objet est le fondement des droits de l'homme. On ne peut pas ainsi déterminer quel objet est plus fondamental, bien que l'objet qui est le fondement des droits de l'homme doive être plus fondamental que les droits de l'homme – il est naturel que le fondement soit plus fondamental que ce qu'il fonde. On voit que la survenance n'est pas satisfaisante pour exprimer ni expliquer que la dignité humaine est le fondement des droits de l'homme ni, plus largement, qu'un objet est le fondement des droits de l'homme.

## 6. Fondation métaphysique

La fondation métaphysique (« metaphysical grounding » en anglais ou simplement « grounding » ; je dirai aussi « fondation ») est une relation largement discutée par la métaphysique analytique contemporaine<sup>15</sup>. La fondation métaphysique est une relation de forte dépendance ontologique. Elle signifie qu'un objet existe en vertu d'un autre objet. La fondation est analogue à la causalité – comme la causalité, qui explique pourquoi des objets de la sphère naturelle existent en se référant aux objets qui les causent, la fondation métaphysique explique pourquoi des objets de la sphère métaphysique existent en se référant aux objets qui les fondent<sup>16</sup>. La fondation

---

15 BLISS, TROGDON, 2016.

16 SCHAFFER, 2012, p. 122.

métaphysique a une force explicative. Selon Jonathan Schaffer, des relata de la fondation métaphysique sont des objets<sup>17</sup> mais, pour la majorité des métaphysiciens, ce sont des faits<sup>18</sup>. Néanmoins, « fait » est compris dans un sens très technique. Un fait est défini comme une proposition vraie ou une situation donnée – un certain état de choses<sup>19</sup>. On peut ainsi parler des faits moraux, des faits légaux, des faits mentaux, etc., sans les assimiler à des faits naturels, tels des faits physiques.

Par exemple, on peut dire que des états mentaux (des faits mentaux) sont fondés sur des états du fonctionnement du cerveau (faits neuronaux) ou que des états du fonctionnement du cerveau fondent des états mentaux. Cela signifie que des états mentaux existent en vertu des états du fonctionnement du cerveau et que des états de ce fonctionnement font que des états mentaux existent. D'autres exemples possibles de relations de fondation métaphysique sont des faits normatifs fondés sur faits naturels, des faits esthétiques fondés sur des faits sur la perception<sup>20</sup>, des faits légaux fondés sur des faits sociaux<sup>21</sup>.

Logiquement, la fondation métaphysique est irréflexive (A ne fonde jamais A), asymétrique (quand A est fondé sur B, B n'est jamais fondé sur A) et transitive (quand A est fondé sur B et B est fondé sur C, A est fondé sur C). Ces propriétés logiques impliquent qu'on peut distinguer quel objet est le plus fondamental – c'est l'objet qui fonde et ce n'est pas l'objet qui est fondé. Dans l'exemple des états mentaux et des états du fonctionnement du cerveau, des états du fonctionnement du cerveau sont plus fondamentaux au sens métaphysique. Un fait peut être fondé sur plus d'un fait. Tous les faits qui fondent le fait fondé sont dits le fonder « complètement » et chaque fait le fonder « partiellement »<sup>22</sup>. Par exemple, suite au non-positivisme légal, on peut dire que des faits légaux sont fondés sur des faits sociaux et des faits moraux<sup>23</sup>. Des faits sociaux et des faits moraux fondent complètement des faits légaux et chacun d'entre eux les fondent partielle-

---

17 SCHAFFER, 2010.

18 ROSEN 2010; FINE, 2012.

19 MULLIGAN, CORREIA, 2017.

20 CORREIA, SCHNIEDER, 2012, p. 1.

21 CORREIA, SCHNIEDER, 2012, p. 1; GIZBERT-STUDNICKI, 2016 ; CHILOVI, PAVLAKOS 2019.

22 FINE, 2012, p. 50.

23 ROSEN, 2010, p. 113-114.

ment. La fondation est transitive mais on peut se demander si la fondation seulement est complètement transitive ou si la fondation est aussi partiellement transitive<sup>24</sup>. Je présenterai ce problème par analogie avec la causalité. Considérons que A est causé par B et C, et que C est causé par D. Cela ne signifie pas que A est causé par D. De même, quand A est fondé sur B et C, et C est fondé sur D, cela n'implique pas que A est fondé sur D. D'autre part, des philosophes, tel Jonathan Schaffer, argumentent en faveur de la transitivité partielle de la fondation sur la base du « traitement contrastif » pris de la théorie de la causalité<sup>25</sup>. Le traitement contrastif indique que « le fait  $\varphi$  plutôt que  $\varphi^*$  fonde le fait  $\psi$  plutôt que  $\psi^*$  »<sup>26</sup>. De cette manière, on peut maintenir la transitivité de la fondation partiellement parce que, suite à l'exemple ci-dessus, A plutôt qu'un autre fait est fondé sur D plutôt qu'un autre fait.

Les droits de l'homme et la dignité humaine peuvent être regardés comme des objets –catégorie très vaste comprenant tout ce qui existe de manière non fictive. Ils peuvent aussi être compris comme des faits – des faits normatifs, moraux, en supposant que les droits de l'homme et la dignité humaine existent dans la sphère morale, ce qui est assez évident. Si tous les hommes ont les droits de l'homme et la dignité humaine, les droits de l'homme et la dignité humaine sont des états de choses morales et, par conséquent, ils sont des faits (moraux). Bien sûr, cela ne signifie pas que les droits de l'homme et la dignité humaine sont des faits au même sens que des faits naturels.

Est-ce que les droits de l'homme sont fondés métaphysiquement sur la dignité humaine ? Cela dépend de la théorie précise des fondements des droits de l'homme – si on considère que le fondement des droits de l'homme est la dignité humaine seulement ou si d'autres objets ensemble avec la dignité humaine, et ce qui est exactement compris par les droits de l'homme. Si on suggère que la dignité humaine est le fondement des droits de l'homme, compris tels que dans la loi internationale des droits de l'homme, les droits de l'homme spécifiques tels le droit à la liberté et à la sûreté, le droit à un procès équitable, le droit au respect de la vie privée, etc., ne sont pas fondés sur la dignité humaine. Je ne sais comment la di-

---

24 SCHAFFER, 2012, p. 124.

25 SCHAFFER, 2012.

26 SCHAFFER, 2012, p. 130.

gnité humaine pourrait seule expliquer les divers droits de l'homme, comment. En d'autres termes, comment la dignité humaine seulement pourrait « produire » métaphysiquement ces divers et nombreux droits. On ne peut pas expliquer l'existence des divers droits de l'homme uniquement par référence à la dignité humaine.

Une solution consiste à distinguer les droits de l'homme universels des droits de l'homme particuliers. Les droits de l'homme particuliers sont des droits qui peuvent se trouver dans la loi internationale des droits de l'homme (droit à la liberté et à la sûreté, droit à un procès équitable, droit au respect de la vie privée, etc.), alors que les droits de l'homme universels sont les droits plus abstraits qui sont universels dans le sens fort – indépendamment du temps et de l'espace. Par exemple, selon James Griffin, les droits de l'homme universels sont le droit à l'autonomie, le droit à la liberté et le droit à l'aide sociale<sup>27</sup>. Tous les droits de l'homme connus de la loi internationale des droits de l'homme ont leurs instanciations dans des conditions spécifiques relatives au temps et à l'espace<sup>28</sup>. Par exemple, le droit de l'homme à l'éducation élémentaire et fondamentale gratuite (art. 26 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme) est l'instanciation du droit à la liberté dans les conditions du monde moderne où on ne peut pas être libre, faire des choix dans sa vie, sans la connaissance fondamentale du monde.

Selon cette notion, je pense que les droits de l'homme universels peuvent être fondés métaphysiquement sur la dignité humaine. Expriment la valeur inhérente de chaque humain, celle-ci demande une réalisation plus pratique. Cette réalisation consiste dans les droits de l'homme universels. La dignité humaine reste vide et inutile si on n'est pas libre, si on ne peut pas décider de sa vie et si sa sécurité élémentaire n'est pas protégée. Ce sont des objets nécessaires impliqués par la dignité humaine. Ils consistent en la réalisation pratique de la dignité humaine. Du point de vue métaphysique, les droits de l'homme universels existent en vertu du fait que la dignité humaine existe. Inversement, de l'autre point de vue, la dignité humaine constitue le fondement des droits de l'homme et peut les générer. Par conséquent, cela signifie que les droits de l'homme universels sont fondés métaphysiquement sur la dignité humaine. Pourtant, les droits de l'homme particuliers sont les instanciations des droits de

---

27 GRIFFIN 2008, p. 50.

28 GRIFFIN 2008, p. 50 ; TASIOLAS, 2011, p. 33.



l'homme universels dans des conditions spécifiques, ce qui signifie qu'ils ne dépendent pas seulement de droits de l'homme universels. Ainsi, les droits de l'homme particuliers ne peuvent pas être (seulement) fondés sur les droits de l'homme universels et, par conséquent, sur la dignité humaine qui fonde les droits de l'homme universels. Je pense que les droits de l'homme particuliers sont fondés sur les droits de l'homme universels et sur des faits contingents, sur des conditions spécifiques relatives au temps et à l'espace. Ensemble, ils fondent les droits de l'homme particuliers complètement et chacun les fonde partiellement.

Une autre solution pour résoudre le problème de la dignité humaine plus abstraite que les divers droits de l'homme qu'elle explique, consiste dans la suggestion de John Tasioulas selon laquelle la dignité humaine et des intérêts humains sont le fondement des droits de l'homme<sup>29</sup>. Suivant la notion métaphysique, on peut dire que des droits de l'homme (il s'agit des droits de l'homme particuliers) sont fondés complètement sur la dignité humaine et sur des intérêts humains, tandis que chacun d'eux les fonde seulement partiellement. Par exemple, l'intérêt de la santé et la dignité humaine donnent la base du droit de l'homme à la protection de sa santé. La dignité humaine est nécessaire comme objet normatif sans lequel un intérêt descriptif ne pourrait être le fondement d'un droit de l'homme normatif. Les animaux ont leurs intérêts, comme l'intérêt à la vie, mais cela n'implique pas qu'ils ont un droit à la vie –de nombreux animaux meurent tous les jours de faim, ou tués par d'autres animaux et on ne pense pas que cela est immoral, mais est plutôt regardé comme naturel<sup>30</sup>. Par contre, que les gens meurent de faim et de guerre est regardé comme négatif du point de vue de la moralité. Cela montre qu'un droit doit avoir une base dans un objet normatif et pas seulement descriptif, tel un intérêt. En termes plus métaphysiques, un objet normatif ne peut pas être fondé seulement sur un objet descriptif. Les droits de l'homme existent en vertu de la dignité humaine et des intérêts humains et la dignité humaine et des intérêts humains « génèrent » les droits de l'homme. Ainsi, puisque la dignité humaine et des intérêts humains constituent la base des droits de l'homme, cela signifie que les droits de l'homme sont fondés métaphysiquement sur la dignité humaine.

---

29 TASIIOULAS, 2011, 2013, 2015.

30 Je ne stipule pas que les animaux n'ont pas de droits mais leur fondement est différent que seulement des intérêts.

Ce mode d'explication est possible en raison de la relation de la fondation métaphysique qui fournit sa force explicative. J'ai présenté l'interprétation métaphysique de deux notions précises des fondements des droits de l'homme rencontrés dans la philosophie des droits de l'homme. Dans la première, la dignité humaine fonde les droits de l'homme universels, qui fondent les droits de l'homme particuliers avec des faits, des conditions spécifiques relatives au temps et à l'espace. Dans la seconde, la dignité humaine et les intérêts humains fondent les droits de l'homme particuliers.

La déclaration que les droits de l'homme découlent de la dignité humaine, trouvée dans la loi des droits de l'homme, doit être comprise comme déclarant que les droits de l'homme sont fondés métaphysiquement sur la dignité humaine. Je pense qu'on peut généraliser ces déclarations et proposer que chaque explication des droits de l'homme doit être formulée en termes de fondation métaphysique. L'explication adéquate des droits de l'homme doit répondre à la question : quel objets (quel faits) fondent métaphysiquement les droits de l'homme<sup>31</sup>?

## 7. Sur quels faits la dignité humaine est-elle fondée?

Mon premier but était d'analyser ce que signifie que les droits de l'homme découlent de la dignité humaine du point de vue de la métaphysique analytique contemporaine. Je suggère que cela doit être compris comme l'affirmation que les droits de l'homme sont fondés sur la dignité humaine. Mais, on peut aussi poser la question suivante : « Qu'est-ce que le fondement de la dignité humaine ? » ou, selon le mode précis de la métaphysique analytique : « Sur quels faits la dignité humaine est-elle fondée ? ». La fondation métaphysique est transitive et des faits fondant la dignité humaine seront par conséquent des faits qui fondent les droits de l'homme, de sorte qu'on pourra découvrir les fondations ultimes des droits de l'homme.

Je voudrais présenter brièvement ma proposition de la conception du fondement de la dignité humaine. Il existe de nombreuses notions ou théories de la dignité humaine. On peut citer la notion classique, son prolongement chrétien, la notion de Kant et la conception basée sur la conception

---

31 Dans la philosophie générale du droit, il est postulé que l'explication adéquate du droit, ou plus précisément, des faits légaux – les faits sur le système légal, doit fournir explication quels faits fondent métaphysiquement les faits légaux (CHILOV, PAVLAKOS, 2019).

de la personne analytique-descriptive. Ma proposition consiste en une notion compatible avec l'approche dominante de la métaphysique analytique contemporaine – la naturalisation. Celle-ci, dans la version de la naturalisation ontologique, est l'approche selon laquelle tous les objets sont en fait des faits physiques, naturels<sup>32</sup>. La naturalisation ontologique propose la relation de réduction comme relation correcte entre des objets explorés par la philosophie et les faits naturels. Selon la version la plus faible – la naturalisation méthodologique – l'enquête philosophique doit rechercher des faits naturels pertinents découverts par les sciences naturelles et construire des notions philosophiques compatibles avec eux mais sans réduction aux faits naturels<sup>33</sup>. Je pense que la naturalisation ontologique n'est pas possible quant à la dignité humaine et son fondement – la dignité humaine est l'objet normatif et elle ne peut pas être réduite à des faits naturels qui sont des objets descriptifs. Cependant, j'estime la naturalisation méthodologique possible. Cela revient à proposer des faits naturels pertinents découverts par les sciences naturelles pour fonder la dignité humaine.

La dignité humaine exprime la valeur inhérente de chaque humain. En d'autres termes, c'est une évaluation positive de l'être humain. On peut dire que c'est une évaluation positive de quelque chose de plus fondamental en l'être humain. Je pense que ce « quelque chose de plus fondamental en l'être humain » peut être nommé la nature humaine. Suite à la naturalisation méthodologique, je comprendrai « nature humaine » ainsi qu'elle est comprise par une science naturelle concentrée sur la découverte de ce que nous sommes sur la base de l'approche évolutionniste – la psychologie évolutionniste.

La psychologie évolutionniste définit la nature humaine comme un ensemble de tendances dominantes dans la pensée et le comportement humains. Ce sont des tendances qui se sont formées par la voie de l'évolution humaine et qui distinguent les humains des autres animaux.

Michael Tomasello, un primatologue et psychologue évolutionniste contemporain de premier plan, cherche à trouver des tendances fondamentales innées par des expériences empiriques comparant les comportements des nourrissons humains et de jeunes chimpanzés – de l'espèce

---

32 PAPINEAU 2016 ; LEITER, ETCHEMENDY, 2017.

33 PAPINEAU 2016 ; LEITER, ETCHEMENDY, 2017.

la plus proche de nous<sup>34</sup>. Il conclut que la nature humaine consiste en la tendance à coopérer<sup>35</sup>. La tendance à coopérer comporte l'altruisme – un individu se sacrifie pour un autre – et la collaboration – plusieurs individus travaillent ensemble pour un bénéfice mutuel<sup>36</sup>. Les chimpanzés ne possèdent pas ces tendances.

Wojciech Załuski, un philosophe du droit qui s'intéresse aussi à la psychologie évolutionniste, sur la base de la théorie évolutionniste des jeux et de nombreuses expériences empiriques, propose une notion légèrement différente de la nature humaine. D'après Załuski, la nature humaine consiste dans le motif moral du comportement humain dominant et le mode de comportement humain dominant<sup>37</sup>. Quant au motif moral dominant, ce peut être l'altruisme (agir pour les avantages des autres), l'égoïsme (agir pour son avantage) et la malice (violation des avantages des autres sans avantage pour soi-même)<sup>38</sup>. Quant au mode de comportement dominant, ce peut être la prudence ou l'imprudence<sup>39</sup>. Un individu est parfaitement prudent quand il maximise la fonction d'utilité, quand il ne préfère pas un avantage moindre dans le présent pour un plus grand dans le futur<sup>40</sup>. Załuski conclut que le motif moral dominant de l'homme est l'altruisme étroit dirigé vers les proches (parents) et ceux qui peuvent offrir une aide réciproque, et que le mode de comportement dominant est la prudence imparfaite – nous avons tendance à préférer un avantage moindre dans le présent plutôt qu'un plus grand dans le futur quand un avantage dans le futur est très éloigné<sup>41</sup>. Załuski considère que la tendance à coopérer survient sur l'altruisme étroit et la prudence imparfaite; sa notion est ainsi compatible avec celle de Tomasello.

Załuski, contrairement à Tomasello, évalue la nature humaine du point de vue moral. Il stipule qu'elle peut être regardée comme modérément optimiste. Pour Załuski, l'évaluation morale dépend de deux composantes de

---

34 TOMASELLO, 2009 ; TOMASELLO, CARPENTER, 2005 ; LISZKOWSKI, CARPENTER, STRIANO, TOMASELLO, 2006; LISZKOWSKI, CARPENTER, TOMASELLO, 2008 ; BULLINGER, KAMINSKI, ZIMMERMAN, TOMASELLO, 2011.

35 TOMASELLO, 2009, p. XVII.

36 TOMASELLO, 2009.

37 ZAŁUSKI, 2009.

38 ZAŁUSKI, 2009, p. 4.

39 ZAŁUSKI, 2009, p. 7-8.

40 ZAŁUSKI, 2009, p. 40-41.

41 ZAŁUSKI, 2009, p. 9.

la nature humaine – le motif moral du comportement humain dominant et le mode de comportement humain dominant<sup>42</sup>. Si le motif moral du comportement humain dominant était la malice et le mode de comportement humain dominant était une prudence imparfaite plus grande, l'évaluation morale serait pessimiste. D'autre part, si le motif moral du comportement humain dominant était le pur altruisme – l'altruisme envers tous et le mode de comportement humain dominant était la prudence parfaite, on pourrait évaluer la nature humaine comme extrêmement optimiste ou parfaite. En fait, la nature humaine est modérément optimiste du point de vue moral<sup>43</sup>. Je pense que, de la même manière, on peut considérer que la notion de Tomasello est compatible avec celle de Załuski.

Je me permets de rappeler que la dignité humaine exprime la valeur inhérente de chaque humain. On peut dire qu'il s'agit d'une évaluation positive de l'être humain. Puisqu'« être humain » est compris comme la nature humaine selon la psychologie évolutionniste, la dignité humaine est une évaluation positive de la nature humaine. Cette évaluation est possible et elle est faite par des théoriciens tels que Załuski. De cette manière, la dignité humaine est une évaluation modérément optimiste de la nature humaine. Si nous étions malicieux et imprudents complètement, nous n'aurions pas de dignité humaine – quelle valeur morale aurions-nous ? D'un autre côté, si les tendances fondamentales étaient le pur altruisme et la prudence parfaite, la dignité humaine ne serait pas la valeur inhérente de chaque humain, mais plutôt la perfection.

La nature humaine découverte par la psychologie évolutionniste par des méthodes empiriques fournit la base de l'existence de la dignité humaine. Elle existe en vertu de la nature humaine, ce qui signifie que, du point de vue de la métaphysique analytique, la dignité humaine est fondée sur la nature humaine. Du point de vue de la naturalisation, les fondements de la dignité humaine – un objet philosophique, un fait moral – sont trouvés parmi des faits naturels, descriptifs – dans la nature humaine découverte par la psychologie évolutionniste. De cette manière, l'existence de la dignité humaine est expliquée par la relation de fondation métaphysique qui existe entre les droits de l'homme et la nature humaine<sup>44</sup>.

---

42 ZAŁUSKI, 2009, p. 14.

43 ZAŁUSKI, 2009, p. 50.

44 Je suis conscient que c'est une brève présentation et beaucoup d'aspects nécessitent une élaboration plus approfondie. Cependant, je voulais présenter brièvement ma conception du fondement de la dignité humaine à la lumière de la naturalisation méthodologique et métaphysique analytique.

## 8. Est-ce que les droits de l'homme sont fondés sur la nature humaine ?

La fondation métaphysique est transitive. La dignité humaine est fondée sur la nature humaine. J'ai analysé deux notions grâce auxquelles comprendre comment la dignité humaine peut fonder les droits de l'homme. Dans la première, on doit distinguer les droits de l'homme universels des droits de l'homme particuliers. La dignité humaine fonde les droits de l'homme universels et les droits de l'homme universels ensemble avec des faits contingents liés à des conditions spécifiques relatives au temps et à l'espace fondent les droits de l'homme particuliers. Dans la seconde, la dignité humaine et les intérêts humains fondent les droits de l'homme (particuliers). Dans les deux notions, il existe deux faits qui fondent les droits de l'homme particuliers. Chacun d'eux fonde les droits de l'homme particuliers partiellement et, ensemble, ils les fondent complètement. Les droits de l'homme (particuliers) ne sont pas fondés seulement sur la dignité humaine, pendant que la dignité humaine est fondée sur la nature humaine. Donc, dans la tentative d'utilisation de la transitivité de la fondation afin d'exprimer que les droits de l'homme sont fondés sur la nature humaine, le problème se présente de la transitivité partielle de la fondation.

En acceptant le traitement contrastif, les droits de l'homme (particuliers) plutôt que d'autres faits sont fondés sur la nature humaine plutôt que sur un autre fait. Cela souligne que la nature humaine est le fondement métaphysique ultime des droits de l'homme. Si on n'accepte pas le traitement contrastif, les droits de l'homme (particuliers) ne sont pas complètement fondés sur la nature humaine qui constitue seulement une partie du fondement métaphysique des droits de l'homme connus de la loi internationale des droits de l'homme et de nombreuses constitutions de pays différents. Néanmoins, une partie du fondement des droits de l'homme est donné par la nature humaine et je pense que c'est là une conclusion importante. L'existence des droits de l'homme est donc expliquée par la relation de la fondation métaphysique qui lie les droits de l'homme et leur (partiel) ultime fondement – la nature humaine.

La fondation (partielle) des droits de l'homme sur la dignité humaine est une conséquence des propriétés logiques de la fondation métaphysique et ne nécessite pas d'explication supplémentaire. Cependant, on peut énoncer quelques remarques. La nature humaine nous permet de coopérer pour des bénéfices mutuels et de bien nous comporter sur la base de l'al-

truisme naturel, inné, bien que limité, comme « réflexe » naturel dirigés vers nos parents et ceux qui peuvent nous rendre notre aide. Les droits de l'homme permettent à notre nature de se développer et de fleurir et ils nous protègent contre des situations qui peuvent la freiner. Je pense que telle est la connexion entre les droits de l'homme et la nature humaine.

## 9. Conclusions

J'ai présenté une interprétation de la question du fondement des droits de l'homme du point de vue de la métaphysique analytique contemporaine. J'ai analysé ce qu'est précisément la relation entre les droits de l'homme et leur fondement – la dignité humaine selon la loi des droits de l'homme et selon de nombreux philosophes. Cette relation n'est pas la réduction parce qu'on ne peut pas réduire les droits l'homme à la dignité humaine. La survenance est trop faible pour donner une explication des droits de l'homme. J'ai argumenté en faveur de la relation de la fondation métaphysique qui lie les droits de l'homme à la dignité humaine et montré que différentes notions des fondements des droits de l'homme proposées par les philosophes des droits de l'homme sont bien interprétées par la fondation métaphysique. La déclaration que les droits de l'homme découlent de la dignité humaine doit être comprise comme signalant que les droits de l'homme sont fondés métaphysiquement sur la dignité humaine. De plus, j'ai proposé les faits sur lesquels peut être fondée la dignité humaine – en acceptant la naturalisation métaphysique, elle est fondée sur la nature humaine comprise par la psychologie évolutionniste. Par conséquent, en raison de la transitivité de la fondation, les droits de l'homme sont fondés au moins partiellement sur la nature humaine.

Je pense la notion présentée dans cette article a de nombreux avantages. Premièrement, la relation entre les droits de l'homme et leur fondement devient claire. On peut étendre cette déclaration à tous les fondements des droits de l'homme proposés – quand un philosophe soutient qu'un objet est le fondement des droits de l'homme, il doit présenter que les droits de l'homme sont fondés sur cet objet. Deuxièmement, une grande partie de la métaphysique analytique contemporaine stipule que tous les faits qui existent sont soit fondamentaux – ils ne sont fondés sur aucun fait (les faits physiques sont les plus fondamentaux) – soit fondés. Les droits de l'homme, bien sûr, ne sont pas fondamentaux en ce sens et ils doivent

être fondés sur quelques faits. L'explication de l'existence des droits de l'homme, en utilisant la fondation métaphysique, est compatible avec l'explication générale proposée par la philosophie générale. Ainsi, la philosophie des droits de l'homme peut s'ouvrir à la philosophie plus générale. Troisièmement, l'utilisation des outils clairs de la philosophie analytique peut conduire à des conclusions intéressantes – dans cet article, en raison de la transitivité de la fondation, il était possible de conclure que les droits de l'homme sont (au moins partiellement) fondés sur la nature humaine sans l'analyse de la connexion entre les droits de l'homme et la nature humaine.

## Bibliographie

- ALLEN, Paul. A critique of Gewirth's "is-ought derivation", *Ethics*, 92(2), 1982.
- BLISS, Ricki, TROGDON, Kelly. Metaphysical Grounding. In: ZALTA, Edward (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2016 Edition. Disponible em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/grounding/>>. Acesso em: 30/04/20.
- BULLINGER, Anke; ZIMMERMANN, Felicitas; KAMINSKI, Julianne; TOMASELLO, Michael. Different social motives in the gestural communication of chimpanzees and human children, *Developmental Science* 14(1), 2001.
- CHALMERS, David; MANLEY, David; WASSERMAN, Ryan (dir.). *Metaphysics: New Essays on The Foundations of Ontology*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- CHILOVI, Samuele; PAVLAKOS, George. Law-determination as grounding: a common grounding framework for jurisprudence, *Legal Theory*, 25(1), p. 53-76, 2019.
- CORREIA, Fabrice, SCHNIEDER, Benjamin. Grounding: an opinionated introduction. In: CORREIA, Fabrice; SCHNIEDER, Benjamin (dir.), *Metaphysical grounding: understanding the structure of reality*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- FINE, Kit. Guide to Ground. In: CORREIA, Fabrice; SCHNIEDER, Benjamin (dir.), *Metaphysical grounding: understanding the structure of reality*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.



- GEWIRTH Alan. *Human Rights: Essays on Justification and Application*. Chicago: University of Chicago Press, 1982.
- GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. The Social Sources Thesis, Metaphysics and Metaphilosophy. In: BANAS, Paweł; DYRDA, Adam; STUDNICKI, Tomasz Gizbert (dir.), *Metaphilosophy of Law*, Oxford–Portland: Hart Publishing, 2016.
- GRIFFIN, James. *On Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HUME, David. *A Treatise of Human Nature*, London: John Noon, 1739.
- KIM, Jaegwon. *Supervenience and Mind: Selected Philosophical Essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- KIM, Jaegwon. Supervenience, emergence, realization, reduction. In: LOUX, Michael J.; ZIMMERMAN, Dean W. (dir.), *The Oxford Handbook of Metaphysics*, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- LEITER, Brian; ETCHEMENDY, Matthew. Naturalism in Legal Philosophy. In: ZALTA, Edward (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2017 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/lawphil-naturalism/>>. Acesso em: 30/04/20.
- LISZKOWSKI, Ulf; CARPENTER, Malinda; STRIANO, Tricia; TOMASELLO, Michael. 12- and 18-month-olds point to provide information for others, *Journal of Cognition and Development* 7(2), 2006.
- LISZKOWSKI, Ulf; CARPENTER, Malinda; TOMASELLO, Michael. Twelve-month-olds communicate helpfully and appropriately for knowledgeable and ignorant partners, *Cognition* 108(3), 2008.
- MCLAUGHLIN, Brian; BENNETT, Karen. Supervenience. In: ZALTA, Edward Z (dir.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2018 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/supervenience/>>. Acesso em: 30/04/20.
- MILLER, David. Grounding human rights, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 15(4), 2012.
- MULLIGAN, Kevin; CORREIA, Fabrice. Facts. In: ZALTA, Edward (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2017 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/facts/>>. Acesso em: 30/04/20.
- PAPINEAU, David. Naturalism. In: ZALTA, Edward (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2016 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/naturalism/>>. Acesso em: 20/04/20.

- RAZ, Joseph. Human Rights Without Foundation. In: BESSONS, Samantha; TASIOULAS, John (dir.) *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- ROSEN, Gideon. Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction. In: HALE, Bob; HOFFMANN, Aviv (dir.), *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology*, Oxford: Oxford University Press 2010.
- SCHAFFER, Jonathan. Monism: The Priority of the Whole, *Philosophical Review* 119(1), 2010.
- SCHAFFER, Jonathan. Grounding, Transitivity and Contrastivity. In: CORREIA, Fabrice; SCHIEDER, Benjamin (dir.), *Metaphysical grounding: understanding the structure of reality*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- TASIOULAS, John. On the Nature of Human Rights. In: ERNST, Gerhard; HEILINGER, Jan-Christoph (dir.), *The Philosophy of Human Rights: Contemporary Controversies*, Berlin, Boston: De Gruyter, 2011.
- TASIOULAS, John. Human Dignity and the Foundations of Human Rights. In: MCCRUDDEN, Christopher, *Understanding human dignity*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- TASIOULAS, John. On The Foundations of Human Rights. In: CRUFT, Rowan; LIAO, S. Matthew; RENZO, Massimo, *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- TOMASELLO, Michael. *Why We Cooperate?* Cambridge, London: A Boston Review Book, 2009.
- TOMASELLO, Michael; CARPENTER, Malinda. The Emergence of Social Cognition in Three Young Chimpanzees, *Monographs of the Society for Research in Child Development* 70 (1), 2005.
- VAN RIEL, Raphael; VAN GULICK, Robert. Scientific Reduction. In: ZALTA, Edward (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2019 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/scientific-reduction/>>. Acesso em: 30/04/20.
- WITKOWSKI, Ken. The “is-ought” gap: deduction or justification?, *Philosophy and Phenomenological Research*, 36(2), 1975.
- ZAŁUSKI, Wojciech (2009). *Evolutionary Theory and Legal Philosophy*, Cheltenham: Edward Elgar, 2009.

## Documents

*La Déclaration Universelle des droits de l'homme*, (1948).

*Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1966).

*Les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux* (2007/C 303/02), (2007).

*La Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, (1949).

*La Constitution de la République de Pologne*, (1997).

**Autor convidado.**

# Humano demasiado inumano: gênero, direitos humanos e discursos em disputa

*Human too inhuman: gender, human rights and speeches in dispute*

Tuanny Soeiro Sousa\*

Universidade Federal da Paraíba, São Luís – MA, Brasil.

## 1. Introdução

*Eu lutava porque não queria uma alegria desconhecida. Ela seria tão proibida pela minha salvação quanto o bicho proibido que foi chamado de imundo – e eu abria e fechava a boca em tortura para pedir socorro, pois ainda não havia me ocorrido inventar esta mão que agora inventei para segurar a minha. No meu medo de ontem eu estava sozinha, e queria pedir socorro contra a minha primeira desumanização. A desumanização é tão poderosa quanto perder tudo, como perder tudo, meu amor.*  
– Clarice Lispector (A paixão segundo G.H.).

Cotidianamente somos confrontados com notícias e relatos de discriminação, violência e morte de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT) no Brasil. De acordo com o Relatório do Grupo Gay da Bahia, o Brasil é um dos países que mais mata LGBTs no mundo<sup>1</sup>. Logo, por mais que exista, desde a publicação da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, um extensivo rol de direitos positivados internacionalmente com o objetivo de proteger “humanos”, parece que,

---

\* Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Docente da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. E-mail: tusoeiro@hotmail.com.

1 GRUPO GAY DA BAHIA, 2019.

em alguma medida, a violação massiva dos direitos de dissidentes sexuais e de gênero parece deslocar essas populações da “humanidade” para a abjeção. Portanto, ou o “humano” dos direitos humanos não contempla LGBTs como pessoas, ou essa categoria é menos “autoevidente” do que poderíamos imaginar. É essa tensão discursiva que se apresenta como *objeto* deste artigo.

A *problemática* principal que baliza o estudo parte da seguinte questão: diante dos ideais normativos que produzem o sujeito de direitos humanos, há possibilidade de reconhecimento de humanidade de dissidentes sexuais e de gênero frente a esses direitos?

A *hipótese* parte da ideia de que os direitos humanos circulam em uma dialética sem síntese entre assujeitamento e negociação, o que significa afirmar que o sentido de sua humanidade se encontra fraturado e em constante transformação. Assim, também os direitos de dissidentes sexuais e de gênero, e sua participação na categoria humana, envolvem processos históricos de lutas por reconhecimento para além do individualismo.

O método hipotético-dedutivo apresenta-se como abordagem deste trabalho, no qual também utilizamos documentação indireta sintetizada através de pesquisa bibliográfica, tendo como pressuposto teórico a teoria do discurso pós-estruturalista de Michel Foucault<sup>2</sup>, Judith Butler<sup>3</sup> e Costas Douzinas<sup>4</sup>. Por isso, compreendemos que o social é um campo aberto de discursividade: os sentidos que compõem os enunciados só podem encontrar as suas condições de possibilidade nesse campo complexo, antagônico e permeado por relações de poder. A irrupção dos efeitos de verdade dos enunciados e dos sujeitos dependem dessas configurações normativas.

Organizamos o trabalho em três seções distintas. Na primeira, situamos a articulação dos enunciados direito e humanidade no campo da discursividade, analisando as condições de surgimento do sujeito de direitos humanos moderno. Em seguida, examinamos o processo de produção dos dissidentes sexuais e de gênero e sua relação com as normas que produzem humanos inteligíveis. E, por último, estudamos as possibilidades de novas configurações normativas para o humano dos direitos humanos, refletindo sobre a viabilidade de articulações que comportem o reconhecimento de pessoas LGBTI.

---

2 FOUCAULT, 2012; 2013.

3 BUTLER, 1997; 2004a; 2015c; 2016.

4 DOUZINAS, 2009.

## 2. Humanidade, discursividade e direitos humanos

A relação existente entre dissidentes sexuais e expressões/identidades de gênero dissonantes com o Direito é complexa e contraditória. Até a década de 70, o único espaço encontrado no discurso jurídico para essa população era o da criminalidade e do desvio. Como consequência, ao contrário do que se viu acontecer com o movimento feminista, o movimento de gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros e intersexuais (LGBTI) demorou a clamar por reconhecimento de direitos humanos. É somente a partir da década de 90 que pessoas LGBTI começam a exigir que seus desejos, afetos, famílias, expressões e identidades sejam levadas em consideração frente às instituições internacionais.

Essas demandas incorporam aspirações de reconhecimento dos ideais de liberdade e igualdade declarados nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. A princípio, esses documentos já parecem incluir dissidentes sexuais e de gênero, haja vista abarcarem *universalmente todos os humanos*. Quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”<sup>5</sup>, acredita-se que esteja se referindo à espécie humana, essa categoria *autoevidente*. Ainda assim, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas precisa reiterar, diante dos altos índices de discriminação, violência e morte, que LGBTI também são humanos, abrindo espaço para o questionamento crítico dos sentidos que carregam os termos humanidade e direitos<sup>6</sup>.

O hiato existente entre os direitos humanos e sua eficácia – bastante visível no cotidiano de pessoas LGBTI – pode ser explicado através daquilo que Villey<sup>7</sup> sublinhou como “direitos irrealis”, pois prometem mais do que podem cumprir; e prometem de uma forma indeterminada, inconsistente e contraditória, porque não expressam o sentido exato daquilo que proclamam e colecionam uma gama de direitos heterogêneos.

Se pensarmos, por exemplo, que a liberdade pode ser exercida somente quando há suporte suficiente para o seu exercício; que alguém só pode exercer liberdade de locomoção e reunião quando há infraestrutura; que alguém somente pode falar quando não é impedido, então, aquilo que, à

---

5 NAÇÕES UNIDAS, 1948, frisamos.

6 NAÇÕES UNIDAS, 2014.

7 VILLEY, 2007.

princípio, se apresenta como um direito imanente também parece sofrer rupturas.

E, portanto, esses dois enunciados, direitos e humanidade, quando entrelaçados, anunciam configurações que podem ser analisadas no campo da discursividade. É nesse terreno que o nosso estudo se assenta, focando na compreensão dos sentidos que podem ser atribuídos a esses termos quando utilizados em conjunto e nos efeitos que trazem para a vida de dissidentes sexuais e expressões de gênero dissonantes.

Para isso, antes de tudo, é importante destacar que as palavras não possuem sentidos imanentes, pois as condições de irrupções dos sentidos encontram-se no social, em meio a disputas e relações de poder que tornam possíveis determinados efeitos de verdade em um momento histórico específico<sup>8</sup>. Além disso, precisamos entender que somos seres linguísticos e, como tais, aparecemos como produtores e produtos da linguagem<sup>9</sup>.

Assim, como observou Hunt<sup>10</sup>, a *autoevidência* dos direitos humanos tem uma história; suas condições de possibilidade permeiam as práticas, narrativas e acontecimentos políticos ocorridos nos séculos XVII e XVIII nos Estados Unidos e França, e orquestram importantes transformações sociais, perpassando pela microcapilaridade dos corpos e vidas dos indivíduos, bem como pela produção de verdades que ainda hoje enquadram a maneira pela qual nós apreendemos o mundo.

Para Douzinas<sup>11</sup>, os direitos humanos são criações e criadores da Modernidade e seus elementos modernos podem ser observados nas seguintes características fundamentais: primeiramente, nota-se uma profunda mudança no pensamento político em relação ao dever no direito, de *civitas* e *comunitas* para a civilização e a humanidade; depois, inverte-se a prioridade tradicional entre o indivíduo e a sociedade, emancipando o indivíduo de seus laços cosmológicos e comunitários próprios da Antiguidade e da Idade Média, situando-o no centro da organização e da atividade social e política. Logo, é possível perceber que o nascimento dos direitos humanos está diretamente ligado ao movimento do Humanismo e sua forma jurídica.

---

8 FOUCAULT, 2012; 2013.

9 BUTLER, 197; 2004a; 2015b; 205c; 206.

10 HUNT, 2009.

11 DOUZINAS, 2009.

Como ressalta Hall<sup>12</sup>, é na modernidade que emerge uma forma decisiva de *individualismo* no âmago do qual se desenvolve essa nova concepção de sujeito individual e sua identidade. Esse sujeito liberal reúne dois significados: é indivisível, unificado em seu interior e, ao mesmo tempo, uma entidade singular distintiva e única. O nascimento desse “indivíduo soberano” acontece entre o Humanismo Renascentista do século XVI e o Iluminismo do século XVIII.

No que concerne especificamente à forma jurídica do Humanismo, observa-se a produção da natureza humana – em sua dignidade ou objetividade científica – transformando o homem “no fim da evolução histórica”<sup>13</sup>. Para essa escola de pensamento, a humanidade tem duas características únicas: ela pode determinar seu próprio destino, e é totalmente consciente de si mesma, transparente a si mesma através de reflexão e auto-observação. Portanto, o Humanismo tem um papel fundamental na fabricação dos ideais normativos que permeiam a representação do humano<sup>14</sup>.

O sujeito moderno, tal qual designado pelo Humanismo, é resultado de um entrecruzamento da filosofia com o Direito. Esse sujeito ganha tamanha importância em virtude da necessidade de um “sujeito perante a lei”, pois a lei não pode funcionar sem um centro ativo ou um destinatário que possa ser dotado de prerrogativas e deveres, competências e obrigações. Entretanto, um paradoxo subsiste no coração desse sujeito: apesar de possuir liberdade e autonomia, o sujeito moderno é assujeitado, seja pela lei exterior que o cria e o vincula, seja pela sua capacidade autônoma e racional de exercer um autocontrole sobre si.

Douzinas<sup>15</sup> destaca que o sujeito de direitos é uma ficção legal necessária para a existência da lei e do Direito. Trata-se de uma relação circular, pois a lei cria essa entidade artificial atribuindo-lhe capacidade de possuir direitos e deveres, e transforma-a no suporte lógico das relações jurídicas, ao mesmo tempo em que os sujeitos jurídicos aceitam a legitimidade da lei e o seu poder de criar direitos.

---

12 HALL, 2006.

13 As aspas aparecem como forma de sublinhar a crítica de Douzinas ao paradigma historicista que percebe a história como uma linha evolutiva cujo fim chega na ideia de homem-ocidental-civilizado.

14 DOUZINAS, 2009.

15 DOUZINAS, 2009.



No que concerne à ontologia dos direitos humanos, seguindo as premissões cartesianas e kantianas, o sujeito aparece isolado com uma consciência solitária que se volta para si mesma para criar programas de legislações e planos de vida. Agora, o sujeito é um homem livre que desfruta de igualdade com todos os demais. Entretanto, essa “afirmação falsa”, como observa Douzinas<sup>16</sup>, tem como propósito assujeitar o indivíduo que inicia a sua jornada em direção a tornar-se o sujeito moderno, livre e autônomo, obscurecendo o poder de sujeição do Direito.

Partindo de uma ideia análoga, Santoro<sup>17</sup> observa na teoria contratualista clássica e contemporânea o que chama de modelo antropológico hierárquico-dualista. Nesse modelo, é possível observar a produção de um sujeito livre cujas ações devem ser controladas pela autonomia. Na teoria kantiana, por exemplo, a autonomia é a capacidade racional de conseguir captar e impor a si mesmo leis morais universais. Santoro explica que esse dispositivo de poder, que enclausura o sujeito ao invés de libertá-lo, advém da incapacidade dos autores humanistas de articularem teorias da liberdade com problemas relacionados à ordem pública.

Também para Hunt<sup>18</sup>, a autonomia, sustentadora dos ideais de igualdade e liberdade, baseou-se na ideia de “indivíduos normais” capazes de viverem juntos em uma moralidade autocontrolada. A autora destaca que por trás desse “indivíduo moral” existiu uma grande história de luta. No século XVIII, por exemplo, nem todos eram considerados pessoas igualmente capazes de ter autonomia moral, pois lhes faltavam a capacidade de raciocinar e de decidirem por si mesmas e, em decorrência disso, crianças, mulheres, criados e escravos não eram percebidos como dotados de autonomia.

As reflexões de Hunt<sup>19</sup> levam-nos a perceber que a humanidade ou o status de pessoa são enunciados em disputas; eles adentram os jogos linguísticos de uma comunidade histórica e estão sujeitos a disjunções, deslocamentos e transformações. Os seus sentidos não são imanentes, mas dependem das relações de poder que encapsulam os efeitos de verdade que circulam em um determinado momento.

---

16 DOUZINAS, 2009.

17 SANTORO, 2003.

18 HUNT, 2009.

19 HUNT, 2009.

Similarmente, Butler<sup>20</sup> entende que os termos que determinam as condições de alguém ser reconhecido como humano são socialmente articulados e maleáveis. Os termos que conferem humanidade para alguns podem ser os mesmos que privam outros de atingirem esse status, produzindo a diferença entre o humano e o menos humano. Essas normas produzem efeitos de longo alcance na forma como nós compreendemos o modelo de humano intitulado de direitos ou aqueles que estão incluídos nas esferas de participação da deliberação política. Portanto, a compreensão da humanidade depende de sua raça, morfologia, sexo, etnicidade, bem como dos graus de legibilidade de cada um desses elementos. Alguns humanos são reconhecidos como menos humanos, e essa forma qualificada de reconhecimento não comporta espaço para uma vida viável.

Para analisar a produção diferenciada da humanidade e suas consequências, a autora parte de uma noção foucaultiana de sujeito, engendrado por normas social e historicamente dispostas que enquadram as condições de reconhecimento. O “ser” da vida também entra nesse esquema de enquadramento/reconhecimento sendo constituído por meios seletivos. Portanto, o reconhecimento e a possibilidade de ser reconhecido dependem de ideais normativos que determinam uma noção particular de pessoa humana. Em outras palavras, são normas que determinam como podemos reconhecer o outro e como o outro pode ser reconhecido por nós; normas que produzem o “eu” e o “outro” em uma relação de reflexão e co-constituição.

Se o reconhecimento é esse local de atuação do poder que determina as condições em que alguém pode ganhar inteligibilidade frente aos demais, também é o espaço de determinação do ininteligível, do menos humano e do não humano. A força dessa produção diferencial tem o poder de distribuir desigualmente as condições de vida, designando a condição politicamente induzida na qual algumas vidas são reconhecidas e, portanto, cuidadas e enlutadas, enquanto outras são obrigadas a suportar a carga da fome, do subemprego, da privação de direitos e da exposição diferenciada à violência e à morte, pois não são consideradas valiosas.

Em um viés semelhante, Douzinas<sup>21</sup> afirma que a humanidade é uma condição avaliada e classificada com muitas sombras e camadas entre o ocidental “super-humano” e o inumano. A própria subjetividade legal é

---

20 BUTLER, 1997; 2004a; 2015b; 2015c.

21 DOUZINAS, 2009.

uma conquista frágil que pode ser facilmente minada e destruída. Isso pode ser observado nas campanhas de genocídio e extermínio da segunda metade do século XX, em que determinados indivíduos são produzidos como parasitas não-humanos, como seres inferiores e perigosos para os integralmente humanos. Percebe-se aqui que o reconhecimento da humanidade não é totalmente garantido a todos.

Isso significa que o sentido do humano não está finalizado. Essas são forças que atuam na produção normativa do sujeito, mas que podem, e são, o tempo todo contestadas. Como afirmou Foucault<sup>22</sup>, onde há poder, há resistência, e se nós temos a capacidade limitada de atuar sobre a linguagem – pois ela também atua sobre nós –, então há algo que podemos fazer com aquilo que nos faz.

Assim, um dos problemas fundamentais dos direitos humanos está diretamente ligado com a forma humana ou não humana que se apresenta diante deles. Na próxima seção, falaremos melhor sobre como dissidentes sexuais e de gênero são produzidos, bem como a sua relação com a humanidade.

### 3. Dissidências sexuais e de gênero

No senso comum, as identidades de homens e mulheres são compreendidas como advindas de corpos-machos e corpos-fêmeas, respectivamente. Aqui, a biologia atua como a causa fundante das práticas designadas como femininas e masculinas. Do mesmo modo, a heterossexualidade seria o único direcionamento de afetos e desejos considerada natural. Homens e mulheres são, portanto, detentores de características físicas e mentais radicalmente opostas, mas complementares. Qualquer expressão ou sexualidade que escapa a esse padrão pode facilmente ser classificada como anormal.

Esse não é somente um dado do senso comum. De fato, uma série de teorias foram desenvolvidas em torno dessa compreensão. Entretanto, elas não atuaram somente como meras descrições de experiências, práticas e desejos relacionados ao sexo e à sexualidade, pelo contrário, como observou Foucault<sup>23</sup>, essas teorias fazem parte de um complexo dispositivo de poder que trabalha para fabricar corpos e práticas sexuais. E é esse poder

---

22 FOUCAULT, 2009.

23 FOUCAULT, 2007; 2009.

produtivo que, reiterado no tempo, dissemina efeitos de verdades resultantes de jogos de poder/saber.

De acordo com as análises de Laqueur<sup>24</sup>, nem sempre o sexo fora entendido como a causa primeira das identidades de homens e mulheres. Durante a Antiguidade, acreditou-se que a ordem cosmológica era responsável pela definição das posições hierárquicas desses sujeitos, sendo o local ativo (masculino) ou passivo (feminino) o elemento determinante das características da genitália. Cabe ressaltar que não existiam dois sexos, tal qual os estudos biológicos apontam hoje, mas apenas um, o masculino, que poderia ou não ser externalizado. Nesse paradigma – conhecido como paradigma do sexo único –, a mulher era considerada como um homem ao avesso, pois as características da genitália assemelhavam-se a um “pênis invertido”.

A despeito das práticas de dissecação corporal já adotadas nas ciências médicas e biológicas do final da Idade Média e do início da Idade Moderna, o paradigma do sexo único continuou predominante até o século XIX, apesar de alguns estudos – que não ganharam grande credibilidade na comunidade científica da época – apontarem a existência de diferenças anatômicas nos órgãos sexuais das mulheres e dos homens. Como explica Laqueur<sup>25</sup>, é somente no século XIX que as teorias sobre a divisão sexual começam a ganhar destaque científico; não porque o sexo feminino fora “descoberto”, mas porque essas ideias foram utilizadas para justificar as hierarquias de uma nova ordem social agora fundamentada na ciência, e não no cosmos ou na religião.

Segundo Laclau e Mouffe<sup>26</sup>, os ideais de liberdade e igualdade disseminados pela Revolução Francesa fizeram surgir as condições de possibilidade para que uma série de identidades distintas emergissem na luta contra a opressão. Logo, um feminismo genuíno aparece, na Europa do século XIX, demandando direitos de liberdade e igualdade para as mulheres, mas é confrontado com a resistência antifeminista que passa a legitimar a inferioridade das mulheres através de seus atributos biológicos. Em uma época de sujeitos atomizados, cuja característica distintiva da identidade apresentava-se como um núcleo duro interior, *o sexo feminino* começa a funcionar ao

---

24 LAQUEUR, 2011.

25 LAQUEUR, 2011.

26 LACLAU e MOUFFE, 2015.

mesmo tempo como um predicado de sua essência e de sua incapacidade natural para o exercício da autonomia<sup>27</sup>.

Algo semelhante aconteceu com a sexualidade. Para Weeks<sup>28</sup>, a heterossexualidade foi institucionalizada e transformada em matriz de normalidade na modernidade. A norma heterossexual foi criada a partir da definição de homossexualidade e dela dependente, uma vez que a demarcação da norma e a definição que constitui a normalidade estão inextrincavelmente ligadas. O autor narra que as tentativas dos sexólogos em definir as características básicas do que seja a masculinidade e a feminilidade “normais” e a catalogação infinita de práticas sexuais hierarquizadas através da normalidade e anormalidade foram indispensáveis para que essa institucionalização compulsória da heterossexualidade fosse constituída.

A heterossexualidade compulsória não diz respeito somente à obrigatoriedade de os sujeitos desejarem alguém do sexo oposto, ela produz a matriz de poder que fabrica e hierarquiza corpos femininos e masculinos heterossexuais através de vigilância, punição, exame, individualização, delimitação de espaços, disciplinamento e docilização<sup>29</sup>.

Grande parte das críticas à naturalização das identidades através da biologização dos corpos nasce no seio das teorias feministas que começam a ganhar força nos Estados Unidos e na França na década de 60. Beauvoir<sup>30</sup> já afirmava: “Ninguém nasce mulher, torna-se mulher”, sinalizando o processo de desnaturalização das ideias de que as mulheres são inferiores em decorrência da biologia.

O enunciado gênero entra no campo de estudos feministas, no final da década de 70, com os estudos de Gayle Rubin<sup>31</sup>. A autora começa a utilizá-lo com o intuito de distinguir os processos culturais produtores da masculinidade e da feminilidade do corpo natural. Assim, não seria o sexo o fator determinante daquilo que compreendemos como homens e mulheres, e sim a cultura. O corpo passa a ser visto como uma entidade natural e pré-discursiva em que se inscrevem os sentidos sociais. O pensamento de Rubin cria aquilo que mais tarde vai ser chamado por seus críticos como sistema sexo/gênero, pois distingue esses dois predicados.

---

27 LAQUEUR, 2001; HUNT, 2009.

28 WEEKS, 2010.

29 LOURO, 2010.

30 BEAUVOIR, 2000, p.8.

31 RUBIN, s.d.

Butler<sup>32</sup> explica que o sistema sexo/gênero fracassa em seu objetivo de separar a natureza da cultura, pois não reflete sobre as consequências do enquadramento desses argumentos na linguagem hegemônica humanista que vê a feminilidade e a masculinidade como atributos intrínsecos de homens e mulheres advindos da divisão sexual, e mantém intacta a matriz normativa responsável pela hierarquização de algumas experiências.

Para justificar sua crítica, a autora analisa os reflexos da radicalização dos termos “sexo” e “gênero” fora da linguagem hegemônica: se o sexo é um elemento passivo onde repousa o sentido cultural, então não há nada que impeça que mulheres possam surgir em corpos-machos e que homens possam emergir em corpos-fêmeas. Entretanto, há configurações imagináveis do gênero na cultura, condicionando a análise discursiva do sexo como sendo gênero desde o início, pois nesse domínio uma mulher somente pode ser uma fêmea.

Como consequência, mantém-se a “essência” feminina presa em seus corpos, determinando-a como um dos termos fundamentais do reconhecimento. A inteligibilidade do gênero depende da continuidade entre o sexo, o gênero e o desejo e, assim, a representação da “pessoa humana” requer um gênero coerente com um determinado sexo e seus afetos e desejos direcionados ao gênero oposto. Tudo que atravessa esse enquadramento da humanidade pode ser reconhecido diferentemente como menos humano ou inumano, ou não ser reconhecido de forma alguma.

Partindo dessa crítica, Butler<sup>33</sup> afirma que o gênero é uma performance que acontece no interior de matrizes normativas. As pessoas *fazem* seus gêneros a partir daquilo que o domínio linguístico enquadra como sendo possível e, portanto, seus feitos aparecem ao mesmo tempo em que a linguagem os *faz*. Isso não significa que alguém *faz* o seu gênero sozinho, pois essa é uma atividade performativa constante que depende de uma sociabilidade exterior cujos termos não são definidos por uma única pessoa. E, portanto, o gênero não é nem uma propriedade, pois não é singularmente fabricado, e nem uma substância, porque ninguém “é” um gênero.

Como os sujeitos são produtos e produtores da linguagem, a “sobrevivência linguística” presume que um sobrevivente encontre um lugar na linguagem, que seja interpelado como condição de existência social e ins-

---

32 BUTLER, 2015a.

33 BUTLER, 2004b; 2015a.

tituído em um circuito de reconhecimento cujos termos são sempre convencionais. A interpelação é um conceito de Althusser<sup>34</sup>, e diz respeito ao chamado que cria um sujeito na linguagem; uma produção que depende de normas que preexistem à emersão do sujeito, e que circundam o social engendrando representações e condições de reconhecimento.

Durante a nossa vida, nós somos multiplamente interpelados: essas normas atuam sobre nós, fazendo-nos surgir como sujeitos possuidores de um sexo, um gênero, uma raça, uma nacionalidade, uma etnia; entretanto, os sentidos desses termos estão fora de nós, eles pairam sobre o social mesmo antes de nascermos. Isso não significa que o chamado funcione de maneira determinante, pois há um espaço limitado para a agência na linguagem; há fissuras normativas que permitem outras configurações de sentido, outros agrupamentos discursivos. Por isso a interpelação precisa ser um processo contínuo e as normas precisam agir sobre nós de maneira reiterada; chamando, fabricando, vigiando, examinando, corrigindo e punindo.

Em termos práticos, as normas de gênero atuam sobre nós na ocasião do nascimento, ou mesmo antes dele. Quando o médico enuncia à mãe, através da ultrassonografia, que seu filho é “um menino” ou “uma menina”, ele está exercendo uma interpelação. Essa primeira chamada inicia um processo de expectativas acerca dos cuidados e expressões infantis, demarcando locais distintos – saturados de normas – para cada um desses gêneros: roupas, brinquedos, o ensino e a mimese dos gestos, das falas, das brincadeiras; delimitam-se o que são “coisas de menino” e “coisas de menina”, enquanto instituições familiares, religiosas, escolares, jurídicas e médicas exercem o cuidado necessário para colocar cada um “em seu lugar”.

Portanto, as normas de gênero estão sempre atuando sobre os sujeitos; elas são responsáveis pelas primeiras interpelações, e a representação do sujeito humano depende fundamentalmente dessa generificação. Isso fica muito claro na inquietação familiar, médica, jurídica sobre os possíveis destinos das crianças intersexuais<sup>35</sup>, cujos corpos subvertem a frágil linha que divide o mundo dos homens do das mulheres. A decisão dos pais e médicos em realizar cirurgia definidora do “verdadeiro sexo” nos primeiros

---

34 ALTHUSSER, 1970.

35 Em linguagem médica, a intersexualidade é reconhecida como o estado daquelas pessoas possuidoras de “genitália ambígua” ou “genitália incompletamente formada” (MACHADO, 2005).

anos de vida dessas crianças demonstra o poder dessa linha em efetivamente “cortar corpos”, como afirmara Machado<sup>36</sup> ao sublinhar as intervenções que buscam garantir a dicotomia sexual.

É importante destacar que essas normas são produtos da história, e como tais, possuem uma temporalidade. Essa temporalidade da norma vem acompanhada de uma eterna possibilidade de fracasso, pois dos seus limites histórico-sociais criam-se excessos que não podem ser completamente apreendidos e, por isso, não determinativos. A sua força depende de uma citação constante, pois o social não pode ser completamente fechado, e é aqui que vemos surgir práticas e performances conflitantes e desafiadoras.

Se as normas são aquilo que possibilita a nossa sobrevivência na linguagem, através do reconhecimento, pode ser que seus termos produzam as condições através das quais alguém precise escapar para sobreviver, pois permitem que essa produção aconteça somente em direção oposta ao que é desejável para essa pessoa. Isso pressupõe um distanciamento das normas ou uma relação crítica com elas. No entanto, esse distanciamento pode minar a existência de alguém, tornando sua vida inviável pelo reconhecimento diferenciado.

Nesse contexto, o surgimento dessas identidades sexuais dissidentes e os gêneros dissonantes provocam um afastamento e um desafio às normas de gênero e da heterossexualidade compulsória. Podemos encontrar nesses termos tanto prazeres, desejos e afetos não heterossexuais, como de gays, lésbicas e bissexuais, quanto as expressões de gênero que escapam à ordem sexo-gênero-heterossexualidade, como a de homens e mulheres transexuais, travestis e intersexuais.

Tomando como exemplo a experiência transexual, podemos compreender como esse depender/afastar de normas atua. As pessoas transexuais são aquelas que, durante a ocasião do nascimento, foram interpeladas a ocupar um papel de gênero na ordem binária, mas que se identificam com o outro gênero. Logo, as mulheres transexuais são aquelas que foram interpeladas como “meninos”, em decorrência do sexo, mas que se reconhecem enquanto mulheres, enquanto os homens transexuais são aquelas pessoas que foram interpeladas como “meninas”, mas identificam-se como homens.

---

36 MACHADO, 2014.



Apesar das normas determinarem que aqueles que sejam interpelados pelas instituições médico-jurídicas como “meninos” devem *fazer* seus gêneros conforme os sentidos que circundam o mundo masculino, as mulheres transexuais *fazem-se*, deslocando a coerência sexo-gênero. O percurso de atravessar a fronteira binária é uma transgressão a normas fundamentais de produção da humanidade, e é aquilo mesmo que permite que a pessoa sobreviva conforme o seu desejo, o que fica claro nas inúmeras narrativas de não pertencimento ao mundo do gênero inteligível<sup>37</sup> e nas altas taxas de tentativa de suicídio da população trans<sup>38</sup>.

Entretanto, ao mesmo tempo, a travessia borra a legibilidade social e, portanto, as condições do reconhecimento, e dilatam a vulnerabilidade à violência simbólica, física e letal. Por isso o *desfazer* da norma aparece sempre como uma prática perigosa: a pessoa corre o risco de não só encontrar meios de sobrevivência linguística, como também ser literalmente exterminada.

Observemos como exemplo um informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de 2014, o qual relata que a expectativa de vida das mulheres trans na América oscila entre os 30 e 35 anos, sendo esta a idade de 80% das mulheres trans constantes dos dados da CIDH, com crimes ocorridos sob uma série de fatores: exclusão, discriminação e violência na família, na escola e na sociedade em geral; falta de reconhecimento de sua identidade de gênero; profissões que as colocam sob maior risco de violência; e um elevado grau de criminalização, bem como a violência institucional por parte de policiais e forças de segurança do Estado, as quais as tomam por delinquentes, fazendo-as vítimas de discriminação pelo sistema judiciário<sup>39</sup>.

Butler<sup>40</sup> explica que matar alguém por não se conformar às normas de gênero sugere que a vida em si mesma requer o abrigo nas normas, e estar fora delas, e viver fora delas é estar condenado à morte. A pessoa que ameaça violentar alguém atua através de uma ansiedade e uma crença rígida de que o sentido do mundo e o sentido do *self* vão ser radicalmente minados se há permissão para que esse ser, não categorizável, viva no mundo social.

---

37 BENTO, 2008; 2006; TEIXEIRA, 2013.

38 HAAS, et al, 2014.

39 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2014.

40 BUTLER, 2004b.

A negação desse corpo através da violência é um esforço inútil de reinstaurar a ordem. Essa violência emerge de um profundo desejo de manter a ordem binária do gênero natural, de transformá-la em uma estrutura da qual nenhum humano pode se opor e continuar humano.

Essas reflexões sinalizam para a importância de saber, antes de qualquer coisa, os fundamentos da humanidade, para que só assim possamos preservar e promover a vida humana. Aqui, há a necessidade de manter as noções de humanidade abertas para futuras articulações, em especial no que concerne aos discursos, políticas e projetos de direitos humanos. Falaremos sobre essas possibilidades na próxima seção.

#### 4. Assujeitamento e luta: novas articulações de humanidade

Quando os sujeitos se reúnem para lutar contra a opressão e reivindicam para si o respeito aos seus direitos humanos, articulam resistência em torno de suas vulnerabilidades visando superá-las. A fome, o desemprego, a falta de abrigo, a exposição arbitrária à violência, a expropriação de terras, a discriminação, o sexismo; todas essas são situações às quais o corpo pode estar submetido e o agrupamento humano, para resistir, transforma a vulnerabilidade em uma forte ferramenta política. Entretanto, os fatores acima descritos são apenas consequências externas dessa vulnerabilidade, que em si não pode ser superada, pois é uma característica fundamental da nossa limitada corporeidade.

Nossos corpos são frágeis e necessitam de uma rede de sustentação para se manter. Alimentação, abrigo, cuidado, infraestrutura: essas são condições de vida que não podemos encontrar individualmente, mas somente fora de nós, nas mãos de outros, de instituições, discursos, ambientes, tecnologias e processos de vida. Isso significa que não podemos ser completamente isolados e individualizados, porque estamos inseridos em uma cadeia de interdependência.

Assim, podem ser percebidas duas perspectivas sobre o corpo: em um nível, há uma implícita ideia de corpo em certos tipos de demanda e mobilização; em outro, essa mobilização pressupõe um corpo que requer cuidado. Nas lutas em que as pessoas entendem a si mesmas como ocupantes de posições precárias, as demandas pelo fim da precariedade são *atuadas* publicamente por aqueles cujas vulnerabilidades são expostas em decorrência das condições estruturais deficientes. Percebe-se uma resistência corporal

plural e performativa que mostra como corpos são *atuados* por políticas sociais e econômicas que dizimam meios de sobrevivência, ao mesmo tempo em que encenam uma forma de resistência que pressupõe a dependência de outros corpos e redes de suporte<sup>41</sup>.

Essa relação de profunda dependência encontra dois nomes nas obras de Butler: *precariedade*<sup>42</sup> e *desapropriação*<sup>43</sup>. Essas categorias abarcam dois sentidos inter-relacionados: primeiramente, o condicionamento inaugural do sujeito a normas de inteligibilidade e ao outro, ao qual se move e é, ao mesmo tempo, exposto e afetado; depois, a referência aos processos e ideologias pelas quais as pessoas são negadas e marginalizadas por poderes normativos e normalizadores. No primeiro caso, desapropriação e precariedade apresentam um sujeito descentrado, fragmentado, relacional e dependente, e que por isso aparece como um limite ao sujeito liberal autônomo, impermeável e autossuficiente do Humanismo. No segundo caso, os conceitos dizem respeito aos aparatos de controle e assimilação que rompem a relação ética de interdependência para incitar identidades autênticas e “corpos-no-lugar”, oferecendo linguagem para expressar ocupações, destruição de lares, laços sociais e inviabilidade de manutenção da vida.

Em ambos os sentidos, a autora se propõe a repensar a relação existente entre o corpo humano e infraestrutura a fim de questionar o corpo discreto, singular e autossuficiente dos discursos liberais, oferecendo-nos um modelo em que o corpo é entendido como performativo e relacional. A performatividade diz respeito aos processos em que o corpo é atuado e às possibilidades de *atuação* corporal. As normas *agem* em nós, o que significa que somos suscetíveis às suas ações, e estamos vulneráveis a certas interpelações desde o início; entretanto, nós podemos *agir* limitadamente sobre essas mesmas normas visando transformar as condições materiais que tornam uma vida viável.

Nas lutas por efetivação de direitos humanos de pessoas LGBTI, é comum observar a demanda de direitos de autonomia corporal e sexual. Gays, lésbicas e bissexuais desejam ter liberdade afetiva e sexual para se relacionarem sem interferência de terceiros; pessoas transexuais e travestis almejam investir em técnicas de modificações corporais sem o impedi-

---

41 BUTLER, 2016.

42 BUTLER, 2004a; 2015b; 2016.

43 BUTLER e ATHANASIOU, 2013.

mento do Estado, ou com o auxílio dele; e pessoas intersexuais militam em torno da proibição de “cirurgia corretiva” de crianças com ambiguidade sexual. Em cada um desses casos, a sexualidade, o gênero, o corpo ou o Direito podem aparecer como uma propriedade do sujeito individualizado demandante, negando a relacionalidade primária e, por isso mesmo, rearticulando ideais normativos que definem quem é o humano desses mesmos direitos.

Se analisarmos de perto, a linguagem hegemônica sobre direitos humanos está dotada de ideais normativos que ressuscitam, na contemporaneidade, o sujeito de direitos moderno, fazendo-nos encontrar pronta a representação do humano apto a receber direitos. Entretanto, por serem categorias discursivas em disputas, os sentidos de humanidade e direitos podem ser transformados ou deslocados.

Além disso, os direitos humanos podem ser pensados como aquilo mesmo que anima a coalização de sujeitos na luta contra a opressão e à vulnerabilidade. Nesse caso, a relação crítica com as normas que produzem a humanidade e a inumanidade precisam ser colocadas em ação.

Butler<sup>44</sup> sugere que sujeitos dissidentes possam desenvolver uma relação crítica com essas normas que produzem a vida e a humanidade diferentemente. Essa relação depende da capacidade, invariavelmente coletiva, de articular alternativas, versões menores de normas sustentáveis ou ideais que permitam a alguém agir. Se uma pessoa não pode ser alguém sem fazer alguma coisa, então as condições da ação são, em parte, condições de existência. Se a ação dessa pessoa depende do que é *feito* com ela, ou melhor, das formas como essa pessoa é *feita* por normas, então a possibilidade de persistência do “eu” depende da habilidade dessa pessoa em *fazer* algo com o que *fazem* com ela. A agência não consiste em negar as condições de constituição do “eu” pela norma, mas de se encontrar constituído nelas e por elas, ao mesmo tempo em que mantêm uma relação crítica e transformativa com a norma. A crítica é entendida aqui como uma interrogação dos termos pelos quais a vida é restringida com o fim de abrir a possibilidade para diversas formas de vida.

Se essa é uma atividade coletiva, os modos de individualização de luta por sobrevivência e inteligibilidade não podem sozinhos ser assumidos como uma estratégia de agenciamento crítico e, portanto, a luta por auto-

---

44 BUTLER, 2004b.

nomia e liberdade não pode continuar levando o sentido dado pelo discurso liberal clássico e neoclássico, pois isola, centraliza e atomiza o sujeito.

Como explica Douzinas<sup>45</sup>, os sentidos que circundam a noção de direitos humanos são ambíguos e contraditórios. Institucionalmente, podem servir como engrandecimento do Estado e como princípio de normalização de sujeitos em nome da ordem e harmonia. Entretanto, ao mesmo tempo, os direitos humanos aparecem como importante princípio de política popular aberto a manifestações identitárias diversas e a tradições heterogêneas e reprimidas. Portanto, de um lado, assujeitam e normalizam, de outro, carregam as lutas das pessoas sob a mal definida bandeira da humanidade.

Negando o universalismo e o relativismo dos direitos humanos, o autor encontra na história desses direitos a articulação da duplicidade de um olhar para trás firmemente estabelecido na política do futuro. O progenitor e companheiro dos direitos humanos, os Direitos Naturais, parecem não pertencer a nenhuma época; eles habitam as fronteiras da história através de seus traços do passado e a prefiguração do futuro no presente. Os Direitos Naturais frequentemente atuam como celebração e visões imaginárias suspensas entre o mito e a utopia.

Como observa Hunt<sup>46</sup>, a invenção dos direitos humanos dependeu fortemente da articulação de uma estrutura emocional baseada em uma “empatia imaginada”<sup>47</sup>, responsável pelo deslocamento dos enquadramentos sentimentais possibilitados por novas experiências: a exposição pública de imagens e romances epistolares que circularam pela Europa e Estados Unidos nos séculos XVII e XVIII. As Revoluções do século XVIII, assim como a internalização dos lemas de igualdade e liberdades, não aconteceriam se inexistissem bases emocionais fazendo parte desse processo. Por isso a autora afirma que a revolução dos direitos humanos é contínua.

De acordo com Butler<sup>48</sup>, existem duas formas de conhecer o mundo: o reconhecimento e a apreensão. Como vimos anteriormente, o reconhecimento sempre está vinculado a enquadramentos normativos que delimitam o que é inteligível em cada momento histórico. Contudo, o ques-

---

45 DOUZINAS, 2009.

46 HUNT, 2009.

47 A imaginação de que o sujeito é uma outra pessoa

48 BUTLER, 2015b.

tionamento crítico da moldura que enquadra o olhar pode deslocá-la de tal forma a demonstrar que ela nunca conteve aquilo que se propunha a ilustrar, e que já havia algo fora que tornava os seus sentidos possíveis. A apreensão pode vir a ser o instrumento através do qual o deslocamento crítico ou a deterioração do contexto é efetivada, pois costuma operar através de bases emocionais. A autora explica como a comoção pode produzir o deslocamento crítico na demanda pela resposta ética à dor dos outros quando as fotografias de guerra entram em circulação.

Essas imagens são exibidas repetidas vezes, são transportadas de um contexto para o outro, e esses sucessivos enquadramentos e recepções condicionam sem determinar os tipos de interpretação que nós temos. Aqui, as normas que regem a humanidade são transmitidas e revogadas e, nesse processo, pode haver um encontro entre o rastro visual do humano e seu telespectador. Esse rastro não diz o que é o humano, mas pode fornecer provas de que houve uma quebra na condição de humanidade. As fotografias que retratam tortura e morte em Abu Ghraib chegam até nós mostrando pessoas com rostos obscurecidos ou encapuzados. Nós não somos capazes de olhar esses rostos, mas essa obliteração e rasura tornam-se sinais persistentes de seus sofrimentos e de suas humanidades. Esse é um exemplo claro em que a vida humana excede e resiste à norma do humano.

A fotografia rompe com o contexto porque a sua temporalidade é condensada: ela é uma crônica do que se foi e uma crônica antecipada do que terá sido. Isso nos aproxima da compreensão de fragilidade da vida através da morte, o que fica evidente nas palavras de Barthes<sup>49</sup> quando analisa o retrato de Lewis Payne<sup>50</sup> sentado em sua cela esperando para ser enforcado:

Leio ao mesmo tempo: isto será e isto foi. Observo, horrorizado, um futuro anterior em que a morte é a aposta. Dando-me o passado absoluto da pose (aoristo), a foto diz-me a morte no futuro. O que me fere é a descoberta desta equivalência. Diante da foto de minha mãe criança, digo para mim mesmo: ela vai morrer. Estremeço, como um psicótico de Winnicott, perante uma catástrofe que já aconteceu. Quer o sujeito tenha ou não morrido, toda fotografia é uma catástrofe.

---

49 BARTHES, 2014, p. 107.

50 Lewis Payne tentou assassinar o secretário de Estado americano em 1865, W.H. Seward. A fotografia a qual Barthes faz referência é de autoria de Alexandre Gardner (BARTHES, 2014).

A temporalidade do Direito Natural funciona de maneira similar para Douzinas<sup>51</sup>: o passado, o futuro e a utopia estão no centro do presente. Esse domínio do imaginário, ao aproximar a anterioridade futura da identidade humana, vincula a estrutura da subjetividade com a utopia social. O vínculo entre o Direito Natural e os direitos humanos aparecem em suas tradições compartilhadas de resistência e divergência da exploração e da degradação e na preocupação com a utopia política e ética.

Apresentar possibilidades além da norma, ou mesmo, um diferente futuro para a norma, faz parte da construção da fantasia compreendida na captação do corpo como um ponto de partida para uma articulação. Se aceitarmos que a alteração das normas que produzem a morfologia normativa humanas pode apresentar diferentes formas humanas como resultado, então somos compelidos a afirmar que vidas transgressoras têm potencial e impacto na vida política em nível fundamental na contagem do humano “real”. A fantasia é a articulação do que é possível; ela se move além do presente, dentro de um reino de possibilidades: o “ainda que não está atualizado” e o “ainda não atualizável”. A fantasia é o oposto da “realidade”, ou seja, é aquilo que a “realidade” exclui e, como resultado, fabrica a fantasia como constitutiva *outsider*.

Como que lésbicas, gays, bissexuais, mulheres e homens transexuais, travestis e intersexuais podem entrar no campo dos direitos humanos? Essas experiências questionam a “realidade”, e o que deve ser a “realidade”, mas também nos mostram como as normas que governam a noção contemporânea de liberdade podem ser questionadas e como novos modelos de realidade podem ser produzidos.

A luta por direitos precisa romper com o paradigma individualista. Isso significa que, quando nós lutamos por direitos, nós não estamos lutando por direitos que são imanentes, na verdade, nós estamos lutando para sermos concebidos enquanto pessoas. Se percebermos que a luta por direitos imanentes pressupõe a existência de uma pessoa já produzida, então as nossas chances de transformar a própria noção de pessoa caem por terra, reconduzindo-nos para o local onde os direitos se apresentam como uma ferramenta de produção desigual da humanidade.

Por isso, é importante não perder de vista que os direitos humanos estão sempre entre o processo de assujeitamento do humano e sua redefi-

---

51 DOUZINAS, 2009.

nição e renegociação. Eles mobilizam o humano a serviço dos direitos, mas também reescrevem o humano e rearticulam o humano quando confrontado com os limites culturais. A humanidade é, portanto, uma categoria elástica, e através do deslocamento de percepções, enquadramentos e molduras, novas configurações menos excludentes se tornam possíveis.

## 5. Conclusão

O presente trabalho se propôs a analisar a tensão existente entre a humanidade dos direitos humanos e a produção diferencial de humanidade dos dissidentes sexuais. A princípio, situamos os enunciados humanidade e direitos no campo da discursividade, um local onde as condições de suas irrupções dependem das relações de poder.

Para responder à questão principal, tivemos que compreender qual o sujeito está implicado na ontologia dos direitos humanos, ou seja, que discursos foram responsáveis por construir o sujeito jurídico moderno e os sentidos de sua personalidade. Notamos que as ideias desenvolvidas entre o Humanismo e Iluminismo dos séculos XVI ao XVIII, em seu entrecruzamento com o Direito, fabricaram um sujeito individual, detentor de uma identidade única e atomizada, portador de liberdades imanentes. Entretanto, esse é um modelo antropológico pobre, tendo em vista a pluralidade de expressões identitárias que foram possibilitadas pelos ideais de liberdade e igualdade disseminados pela Revolução Francesa. É, no entanto, um modelo que responde de forma eficiente às demandas de homogeneização e ordenação social.

Esse sujeito individualista liberal também produz humanidades. Isso significa que essa representação articula sentidos para as molduras epistemológicas que enquadram as percepções de vida e humanidade e que regulam as condições necessárias para o reconhecimento. Esses enquadramentos são responsáveis tanto pela interpelação, o chamado que concede ao sujeito uma sobrevivência linguística, quanto pela distribuição de meios de vida, tornando alguns corpos mais precários que os demais.

Os dissidentes sexuais e de gênero, ou seja, aquelas pessoas que não se fazem conforme as normas que determinam a coerência e continuidade entre o sexo, o gênero e o desejo estão, o tempo todo, atravessando e deslocando os enquadramentos normativos da humanidade, e por isso mesmo, estão mais suscetíveis a terem uma vida inviável. Entretanto, enquanto as



normas de gênero atuam de forma a piorar as condições de vida para essa população, surgem possibilidades limitadas de agência, ou seja, de fazer algo com aquilo que os faz.

Nossa hipótese assentou-se na afirmação de que pessoas LGBTI não teriam sua humanidade reconhecida pelos direitos humanos, entretanto, nossa resposta prévia encontra-se parcialmente negada, tendo em vista que não só os conceitos de direitos e de humanidade são elásticos e fazem parte de um contexto de disputa que possibilita novos sentidos para cada enunciado, como também são procedentes do Direito Natural e, como tais, animam as lutas pelo fim da precariedade.

O campo de luta pelo reconhecimento dos direitos humanos aparece como sendo esse local em que a vulnerabilidade é politicamente instrumentalizada com a finalidade de superar as condições que precarizam a vida. Além disso, existem formas críticas de lidar com o Direito sem vivenciá-lo de maneira individual, possibilitando a experiência da relacionalidade fundamental dos corpos.

## Referências

- ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Lisboa: Editorial Presença, 1970.
- BARTHES, Roland. *A câmara clara*. Lisboa: Edições 70, 2014.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
- BENTO, Berenice. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo*. Sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Gramond, 2006.
- BUTLER, Judith. ATHANASIOU, Athena. *Dispossession: The performative in the political*. Malden: Polity Press, 2013.
- BUTLER, Judith. *Excitable speech. A politics of the performative*. New York: Routledge, 1997.
- BUTLER, Judith. *Precarious life: the life of mournig violence*. New York: Verso, 2004a.
- BUTLER, Judith. *Undoing gender*. New York: Routledge, 2004b.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: Feminismo e subversão de identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015a.

- BUTLER, Judith. *Quadros de guerra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015b.
- BUTLER, Judith. *Senses of the subject*. New York: Fordham University Press, 2015c.
- BUTLER, Judith. Rethinking vulnerability and resistance. In: BUTLER, Judith. GAMBETTU, Zeynep. SABSAY, Leticia (Orgs.). *Vulnerability in Resistance*. Durham and London: Duke University Press, 2016.
- DOUZINAS, Costa. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- FOUCAULT, Michel. El verdadero sexo. In: BABIN, Herculine. *Herculine Babin Lhamada Alexina B*. Madrid: Talasa, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edição Graal, 2009.
- FOUCAULT, Michel *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Edição Loyola, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório 2018: assassinatos de LGBT no Brasil*. 2019. Disponível em: <<https://tribunahoje.com/wp-content/uploads/2019/01/Popula%C3%A7%C3%A3o-LGBT-morta-no-Brasil-relat%C3%B3rio-GGB-2018.pdf?x69597>>. Última visualização em 28 de dezembro de 2019.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. – Rio de Janeiro: DP&A, 2006
- HAAS, Ann P. HERMAN, Jody L. *Suicide Attempts among Transgender and Gender Non Conforming Adults: findings of the national transgender discrimination survey*. 2014. Disponível em: <<https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/AFSP-Williams-Suicide-Report-Final.pdf>>. Última visualização em 28.11.2017.
- HUNT, Lyn. *A invenção dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- LACLAU, Ernesto. MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista. Por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios; Brasília: CNPq, 2015.
- LAQUEUR, Thomas. *Inventando o Sexo*. Corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 2001.
- LOURO, Guacira. O corpo educado: pedagogias da sexualidade. (In) LOURO, Guacira (org). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010

- MACHADO, Paulo Sandrine. O sexo dos anjos: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. In: *Cadernos pagu* (24), janeiro-junho de 2005, pp.249-281.
- MACHADO, Paulo Sandrine. (Des)fazer corpo, (re)fazer teoria: um balanço da produção acadêmica nas ciências humanas e sociais sobre intersexualidade e sua articulação com a produção latino-americana. In: *Cadernos pagu* (42), janeiro-junho de 2014:141-158.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Última visualização em: 28.11.2017.
- NAÇÕES UNIDAS. *Human rights, sexual orientation and gender identity*. 2014. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/27/L.27/Rev.1](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/27/L.27/Rev.1)>. Última visualização em 28.11.17.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Una mirada a la violencia contra personas LGBTI en América: un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014. *Comunicado de prensa*, 17 dic. 2014. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2014/153A.asp>>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.
- RUBIN, Gayle. *Thinking sex: notes for a radical theory of the politics of Sexuality*. Disponível em: <<http://sites.middlebury.edu/sexandsociety/files/2015/01/Rubin-Thinking-Sex.pdf>>. Acesso em: 04.11.2017.
- SANTORO, Emílio. *Automy, freedom and rights*. A critique of liberal subjectivity. Norwell: Kluwer Academic Publishers, 2003.
- TEIXEIRA, Flávia. *Dispositivos de dor: saberes – poderes que (con)formam a transexualidade*. São Paulo: AnnaBlume, 2013.
- VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. In: LOURO, Guacira (org). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

Recebido em 11 de janeiro de 2018.

Aprovado em 17 de outubro de 2019.



## Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas de janeiro a junho de 2020  
no âmbito do Programa de Pós-Graduação em  
Teoria do Estado e Direito Constitucional.

**Aluno:** Alexandre de Andrade e Rezende (Mestrado)

**Título:** Entre o interesse público e as elites do poder – uma análise sociológico-política do Ministério Público brasileiro pós 1964

**Data da defesa:** 04/06/2020

**Banca:** Gisele Guimarães Cittadino (Orientadora), Bárbara Lou da Costa Veloso Dias (Co-orientadora), Florian Fabian Hoffmann e Fábio José Kerche Nunes

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo analisar os processos de reposicionamento do Ministério Público nos campos jurídico e político brasileiros a partir de 1964. Tal investigação perpassa, para tanto, pela inquirição das condições capazes de explicar a conquista de atribuições que permitiram ao MP uma atuação progressivamente mais significativa para a organização do espaço político nacional e das estratégias que viabilizaram a conquista de autonomia e independência sem referência em ordenamentos estrangeiros. As hipóteses articuladas giram em torno do compartilhamento, entre a cúpula militar dirigente do país a partir de 1964 e o Ministério Público, da percepção de mundo e da concepção de Nação – condição que viabilizaria a atuação do MP como instrumento de institucionalização do regime militar -, do êxito na conformação, perante a opinião pública, de uma instituição efetivamente voltada à e capaz de promover a defesa do interesse público de forma apolítica, da continuidade da reprodução social da elite integrante do MP a partir da ausência de ruptura com a estratégia de recrutamento quando da transição democrática. Por fim, verifica-se o caráter fundamental da atuação do Ministério Público para manutenção da estabilidade da dominação do Estado e de suas elites dirigentes, aspectos que levam ao questionamento sobre a capacidade e motivação da referida instituição, nas suas atuais condições de organização e atuação, ao pleno atendimento das funções lhe atribuídas pela Constituição Federal de 1988.

**Aluna:** Consuello Alcon Fadul Cerqueira (Mestrado)

**Título:** A corrupção dos outros: corrupção privada, sua relação com a pública e tipificação no Brasil

**Data da defesa:** 19/02/2020

**Banca:** Gisele Guimarães Cittadino (Orientadora), Rodrigo de Souza Costa (Co-orientadora), Carolina de Campos Melo e Artur de Brito Gueiros Souza

**Resumo:** A extensão da corrupção nos mais amplos setores da vida social, evidencia que não há espaço livre de corrupção. Por essa razão, o enfretamento à expansão do fenômeno corruptivo tem sido preocupação de todos os países do globo. Esse debate é colocado neste trabalho especificamente na abordagem da corrupção privada, que é aquela que ocorre na economia de mercado, estabelecendo ser este um âmbito da vida em que seria conveniente conferir tratamento jurídico-penal adequado. Inicia-se o trabalho com a análise das características elementares do fenômeno da corrupção e como o âmbito de abrangência das práticas corruptas está em forte expansão, localizando o surgimento do debate sobre corrupção privada. Nesse caminho, abordar-se-ão os efeitos danosos de práticas de corrupção privada para demonstrar o problema que se enfrenta. Em seguida, é abordado o tratamento conferido à temática na legislação internacional e nos países que tipificaram a corrupção privada, identificando os modelos de tratamento jurídico-penal e como tem se estabelecido seu enfrentamento. Tal análise servirá como contraponto à forma como a legislação penal brasileira aborda o tema, demonstrando suas limitações. A seguir, objetiva-se verificar nos atos de corrupção privada afetação a bem jurídico carente de tutela pelo Direito Penal, o que é feito a partir da identificação de uma reprodução no setor privado dos mesmos elementos que compõem o bem jurídico tutelado pela corrupção pública. Com a identificação do bem jurídico a ser contemplado na definição dos comportamentos de corrupção privada, desenvolve-se proposta de modelo político-criminal a ser acolhido pelo legislador brasileiro, por meio da tipificação da corrupção privada.

**Aluna:** Corinne Sciortino (Mestrado)

**Título:** Trajetórias Atravessadas: uma análise interseccional para a proteção das meninas adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas

**Data da defesa:** 06 de maio de 2020

**Banca:** Gisele Guimarães Cittadino (Orientadora), Adriana Vidal de Oliveira (Co-orientadora), Thula Rafaela de Oliveira Pires e Maria Helena Rodrigues Navas Zamora

**Resumo:** O presente trabalho consiste na análise da condição de invisibilidade interseccional das meninas adolescentes que estão em situação de conflito com a lei, em especial aquelas cumprindo a medida socioeducativa de internação. Estudos que investigam as trajetórias das adolescentes internadas oferecem insumos para uma melhor compreensão do percurso de violação de direitos e de violência, colocando em primeiro plano a experiência das meninas e sua relação com o sistema de justiça juvenil. Utilizando-se da lente da interseccionalidade, são ressaltadas as relações entre as opressões vivenciadas pelas meninas em razão da idade, do gênero, da classe e da raça. A partir da aproximação dos argumentos da teoria da interseccionalidade e da sociologia da infância, pretende-se defender o reconhecimento da idade como um marcador social da diferença. Por fim, com base na apreciação de políticas públicas direcionadas às mulheres em situação de prisão e aos adolescentes meninos no sistema socioeducativo, pretende-se destacar a ausência de iniciativas direcionadas às meninas e indicar potenciais caminhos para a sua proteção.



**Aluna:** Ericka Gavinho D'Icarahy (Mestrado)

**Título:** Fomento à Cultura no Brasil: o controle pelo resultado

**Data da defesa:** 15/05/2020

**Banca:** Fábio Carvalho Leite (Orientador), Adriano Pilatti (Co-orientador), José Vicente Santos de Mendonça e Marianna Montebello Willeman

**Resumo:** A dissertação irá discutir o papel do controle estatal no fomento à cultura no Brasil, de forma a verificar se o modelo atual é o mais eficiente e seguro para a efetivação do direito à cultura. Assim, no primeiro capítulo, faz-se uma análise dos direitos culturais na ordem internacional e interna, apontando tais direitos como fundamentais e de segunda geração, requerendo, portanto, investimentos estatais para a sua consecução. Além da obrigatoriedade do fomento estatal por força da determinação constitucional (Art. 215 da CF), diante da conhecida escassez de recursos para investimento em todas as demandas da sociedade, busca-se demonstrar que há outras razões para se investir na cultura, em razão de suas dimensões simbólica, cidadã e econômica. Ainda no primeiro capítulo, analisa-se o fomento público no Brasil e, em especial, os marcos regulatórios de fomento à cultura existentes no país, identificando-se o fomento direto e o indireto, como formas de investimento estatal na cultura. No segundo capítulo, faz-se a análise da prestação de contas de recursos públicos no Brasil, passando pelo dever republicano de prestar contas e as funções do controle estatal, para, em seguida, identificar as suas disfunções, que gerou um fenômeno conhecido como medo no direito administrativo. Esse fenômeno está contribuindo para uma administração pouco eficiente, vez que, de modo em geral, administradores públicos não apostam em soluções inovadoras, por receio de serem punidos pelos órgãos de controle. Ao fim do segundo capítulo, verifica-se se a Lei 13.655/2018, que incluiu dez artigos na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), visando maior segurança jurídica e eficiência para a criação e aplicação do direito público no Brasil, poderá vir a atenuar as disfunções do controle de recursos públicos no país. No terceiro capítulo, busca-se compreender as possibilidades do controle por resultado nas prestações de contas ao fomento à cultura. Neste sentido, analisa-se alguns marcos regulatórios já existentes em que

o controle se dá de forma menos burocratizada e mais racional. Ademais, verifica-se, ainda, como está se construindo a jurisprudência no Tribunal de Contas da União, para, ao fim do capítulo, apresentar-se horizontes para um modelo mais seguro a fomentadores, fomentados e controladores.

**Aluna:** Isabelle Dianne Gibson Pereira (Mestrado)

**Título:** Histórias Interrompidas - A Incorporação da Perspectiva de Gênero nos Julgamentos de Femicídios nos Tribunais do Júri da Cidade do Rio de Janeiro

**Data da defesa:** 30 de abril de 2020

**Banca:** Gisele Guimarães Cittadino(Orientadora), Thula Rafaela de Oliveira Pires (Co-orientadora), Rodrigo de Souza Costa e Patrícia Mothé Glioche Béze

**Resumo:** A adoção do feminicídio na legislação brasileira representa, para o movimento feminista, o reconhecimento da misoginia estrutural como causa dessas mortes violentas de mulheres, enunciativa da opressão de gênero por meio do direito. Além disso, essa nomeação promoveria uma mudança essencial da atuação do sistema de justiça no julgamento desses crimes, anteriormente realizados com base na culpabilização da vítima, no julgamento moral de sua conduta e, conseqüentemente, na discriminação de gênero. Sendo assim, a partir da Teoria Feminista do Estado de Catharine Mackinnon e dos parâmetros instituídos pela Lei 13.104/15 e pelas Diretrizes Nacionais do Femicídio, pretende-se investigar a incorporação da perspectiva de gênero nos julgamentos de feminicídios nos Tribunais do Júri da Cidade do Rio de Janeiro, ocorridos após a entrada em vigor da referida lei.

**Aluna:** Leticia Maria Rego Teixeira Lima (Mestrado)

**Título:** (In)Justiça Climática e Mulheres: Um Olhar Interseccional

**Data da defesa:** 29/05/2020

**Banca:** Danielle de Andrade Moreira (Orientadora), Adriana Vidal de Oliveira (Co-orientadora), Rosangela Lunardelli Cavallazzi e Solange Teles da Silva

**Resumo:** A Dissertação de Mestrado “(In)Justiça Climática e Mulheres: Um olhar interseccional” se propõe a identificar se as razões pelas quais as mulheres são mais vulneráveis e sofrem com maior intensidade os impactos da crise climática têm a influência do gênero como mais um eixo de discriminação e marginalização. Para tanto, apresenta-se o Antropoceno, nova época geológica na qual o ser humano é comparado a uma força geológica capaz de alterar o clima e a biosfera, como panorama de fundo para compreensão da crise climática, além de apresentar e discutir o histórico e as características desta. Em seguida, analisa-se o conceito ainda novo de Justiça Climática, apresentando seu histórico e inspiração nos movimentos de Justiça Ambiental. Apresenta-se a conceituação da Justiça Climática e questões ligadas à responsabilidade histórica entre países do norte e sul globais, além da distribuição desigual de ônus e bônus climáticos entre países, comunidades e até mesmo pessoas, como é o caso específico das mulheres. Ao final, aborda-se o conceito da Interseccionalidade, oriundo do feminismo negro norte-americano, como ferramenta analítica que permite compreender as questões específicas das mulheres em diferentes cruzamentos identitários. A crise climática e os movimentos de Justiça Climática são analisados para que se compreenda as vulnerabilidades específicas do gênero feminino, com o olhar interseccional, e se investigue a existência da interseccionalidade entre gênero e mudanças climáticas a partir de fatores ambientais como pobreza, segurança alimentar, educação, saúde etc. Pretende-se compreender, portanto, a relação entre gênero e mudanças climáticas como mais um fator de opressão e marginalização das mulheres.

**Aluno:** Lucas Groth Pereira (Mestrado)

**Título:** Um Argumento Abolicionista: um resgate do abolicionismo penal a partir da criminologia crítica

**Data da defesa:** 20/05/2020

**Banca:** João Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador), Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulock (Co-orientadora), Vera Malaguti de Souza Weglinski Batista e Rosangela Lunardelli Cavallazzi

**Resumo:** O presente trabalho faz um resgate do discurso abolicionista a partir das bases teóricas da criminologia crítica. Em meio aos diversos discursos e propostas de abolição penal de hoje, o que se pretende é argumentar que uma prática orientada na busca de realização prática na tarefa de abolir o sistema punitivo e a violência socialmente organizada precisa se calcar em bases teórico-metodológicas rigorosas a fim de compreender os processos que determinam o sistema punitivo e sua relação com a totalidade social. Sendo assim, defende-se que a prática abolicionista precisa se socorrer dos conhecimentos acumulados da criminologia crítica, de base marxista, a fim de que se possa organizar a ação política necessária para uma mudança nas condições sociais que determinam a violência e a pena. Para isso, faz-se um resgate histórico dos argumentos e descobertas realizados pelos pesquisadores que se debruçaram sobre a questão criminal a partir do materialismo histórico dialético. Com isso, descortina-se o caráter ideológico e idealista da criminologia tradicional, evidenciando os processos históricos determinantes para compreensão das formas de punição e gestão da violência do sistema capitalista de produção. Ao verificar a síntese das diversas determinações que criam o Estado, o direito e a pena na sociedade burguesa por meio do sujeito de direito e do princípio da troca equivalente de mercadorias, é possível verificar o desenvolvimento histórico e alterações das formas de punição na sociedade capitalista de acordo com a organização e necessidades de produção e reprodução dos modos de produção. Somente a partir dessa análise e compreensão das mediações que a punição estabelece com o Estado e com a sociedade dentro da economia política é se torna possível propor um modelo de prática abolicionista que não seja idealista e esteja consciente de suas tarefas e desafios como forma de superação (*aufhebung*) da sociedade capitalista.

**Aluna:** Renata Araujo de Paiva (Mestrado)

**Título:** Violência obstétrica: um mecanismo conformador do sujeito feminino

**Data da defesa:** 02/06/2020

**Banca:** Gisele Guimarães Cittadino (Orientadora), Thamís Ávila Dalsenter Viveiros de Castro (Co-orientadora), Adriana Vidal de Oliveira e Heloisa Helena Barbosa

**Resumo:** A recente emergência do termo violência obstétrica abarca uma grande carga de significados e possibilidades. Fruto da busca pela ruptura com as estruturas opressoras de poder impostas sobre os corpos das mulheres em período gestacional no sistema de saúde, o termo é tão polêmico e impactante quanto a violência vivenciada por essas mulheres no mundo inteiro. Diante dos debates que a expressão suscita, este trabalho consiste na análise dos mecanismos de poder que perpetuam a violação de direitos das mulheres gestantes no sistema de saúde brasileiro, sob a perspectiva de Michel Foucault, e sua caracterização como violência de gênero, estruturante da sociedade capitalista ocidental. A partir da análise de tais mecanismos, considerando fatores como o racismo estrutural, classe e as disputas políticas que envolvem a atenção de saúde da mulher, bem como o arcabouço legal disponível, pretende-se traçar um panorama das possibilidades de prevenção e enfrentamento do problema no cenário brasileiro atual.

**Aluna:** Thabata Souto Castanho de Carvalho (Mestrado)

**Título:** Política de Segregação Pública: entre muros sociais e marginais

**Data da defesa:** 13/05/2020

**Banca:** João Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador), Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulock e Pedro Cláudio Cunha Brando Bocayuva Cunha

**Resumo:** A presente dissertação tem por tema a espacialidade da cidade como uma política de segregação pública que engendra a política de segurança pública. Para tanto, pretende-se compreender de que forma a produção do espaço social e da cidade está intimamente relacionada ao modelo econômico adotado e como as tensões entre grupos sociais etnograficamente diferentes se reproduzem no espaço geográfico e na cidade. Assim, a presente dissertação se subdivide em: (a) compreensão da cidade como espaço de disputa; (b) compreensão da cidade como uma reprodução do capitalismo global; (c) as políticas de (re)planejamento urbano, visando o “mercado mundial de cidades”, que culminam em reproduções de segregações baseadas em classe e raça; (d) a análise do Rio de Janeiro como cidade global e o (re)planejamento urbano ocorrido em vista dos megaeventos, em conjunto com a segregação do Rio de Janeiro; (e) a análise da necroespacialidade que culmina na necropolítica da Segurança Pública.

**Aluno:** Walber da Silva Gevu (Mestrado)

**Título:** Reflexões sobre racismo religioso e decolonialidade a partir de análise crítica do Recurso Extraordinário nº 494.601

**Data da defesa:** 29/05/2020

**Banca:** Fábio Carvalho Leite (Orientador), Thula Rafaela de Oliveira Pires e Gabriel Banaggia de Souza

**Resumo:** O presente trabalho dissertativo busca, a partir de análise crítica sobre o Recurso Extraordinário 494.601, cuja temática perpassa pelo sacrifício de animais em ritos de religiões de matrizes africanas, compreender os processos que estão por detrás desta demanda, quais sejam: o racismo religioso, haja vista tais religiões terem seu histórico ligado ao povo e cultura negra e afro-brasileira; o racismo estrutural e racismo institucional, uma vez que é ontológico ao direito agir como instrumento em prol da classe dominante, e, assim, reproduz todas as questões e privilégios que advém da branquitude. A seu turno, então, pretende-se analisar o quanto as estruturas racializadas, criadas a partir do processo de modernidade e seus viéses (cristão, eurocêntrico, burguês, branco, masculino, heteronormativo) criaram hierarquia racial como forma de encampar todos os demais processos de violência e epistemicídios que daí advém. Nesta medida, ao confrontar o direito a partir dele mesmo, é fazer compreender que, mesmo o resultado do presente processo em análise sendo positiva aos adeptos de religiões de matrizes africanas (declarada constitucional a prática de sacrifício de animais) é preciso analisar que isso não se trata de um fator sintomático, cuja causa não foi superada e muito menos compreendida, qual seja o racismo. A partir daí, então, busca-se compreender, com o olhar decolonial para a sociedade e suas estruturas, bem como para o direito, como as formas de novas epistemologias são capazes de melhor captar os processos que estão em jogo num campo de disputa multicultural e, assim, fazer com que sejam experienciadas teorias e práxis mais adequadas ante aos casos, como este, em o próprio direito vigente no Brasil, por suas instituições e linguagens, não conseguem alcançar e, a partir deste dorso, ressignificar direitos, instituições e sociedades.





Resumos/*Abstracts*

## **Santos, Carlos Victor Nascimento. O Supremo de “portas abertas”: a colegialidade em ação**

**Resumo:** O presente artigo mapeia o tratamento da literatura a respeito da colegialidade no Supremo Tribunal Federal e utiliza um conjunto de métodos novos para investigar o tema. Posteriormente, foram utilizadas entrevistas concedidas pelos ministros do Supremo para destacar o modo como veem a colegialidade ou como gostariam que ela fosse vista e registrada. Por fim, realizou-se um trabalho etnográfico nas sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal por um período de dois anos a fim de desconstruir a categoria investigada e destacar a colegialidade em ação. Em resumo, a pesquisa se utiliza de múltiplos métodos para destacar o “direito nos livros”, “o direito no discurso” e “o direito em ação”. O que permitiu, dentre outras questões, identificar a existência de uma rotina na elite judiciária investigada, capaz de reger suas próprias relações; além de destacar a produção social do Direito no cotidiano das relações, instruídas por elementos como o constrangimento e o processo de legitimação do exercício de suas profissões.

*Palavras-chave:* portas abertas, colegialidade, Supremo Tribunal Federal, direito constitucional, constrangimento

## **Brazilian Supreme Court with “open doors”: collegiality in action**

**Abstract:** This article represents a brief synthesis of research accomplished in a PhD about the practice of collegiality in the Brazilian Supreme Court. The first part reviews the treatment given by the existing literature to collegiality. Afterwards, interviews granted by the Justices of the Brazilian Supreme Court were used to highlight how they see the collegiality or how they would like it to be seen and remembered. Lastly, the article presents an ethnography of the Brazilian Supreme Court hearings for two years to deconstruct the category and highlight collegiality in action. Briefly, the research uses several methods to contrast the “law in the books”, “law in the speech” and the “law in action”. This allowed the identification of a routine in the judiciary elite investigated, a routine which was able to guide their relations; and to highlight the daily social construction of law, instructed by elements as embarrassment and the process of legitimation of the practice of their professions.

*Keywords:* open doors, collegiality, Brazilian Supreme Court, constitutional law, embarrassment

### **Martín, Carmen Almagro. La residencia en el modelo de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición. El CDI entre España y Brasil**

**Resumen:** El fenómeno de la globalización es un proceso imparable que despliega sus efectos en todos los ámbitos propios de un Estado, ya sea social, cultural, político, y sobre todo económico, incidiendo directa o indirectamente en la ordenación jurídica interna de los distintos países que debe adaptarse a la regulación normativa propia de un ámbito supranacional. El Derecho Tributario, que no es ajeno a la internacionalización de las relaciones económicas, a menudo genera problemas de doble tributación que pueden suponer un importante freno en el crecimiento económico de determinados países, en favor de aquellos con una tributación más suave. En la lucha contra este problema resulta imprescindible determinar la residencia de cada sujeto implicado en tales relaciones y establecer los criterios de reparto del poder tributario entre los distintos países implicados principalmente a través de los Convenios de Doble Imposición. En este sentido, la OCDE, entre otras Organizaciones que velan por el adecuado desarrollo del sistema de comercio mundial, confecciona un modelo de convenio en base al cual se elaboran muchos de los Convenios bilaterales que evitan la doble imposición entre los Estados firmantes, estableciendo los criterios para delimitar la residencia en caso de conflicto y eliminar la indeseada duplicidad en la carga tributaria.

*Palabras clave:* residencia fiscal, doble tributación, doble residencia, OCDE, CDI España-Brasil

### **Residência no modelo de acordo da OCDE para evitar tributação dupla. O CDI entre Espanha e Brasil**

**Resumo:** O fenômeno da globalização é um processo imparável que desdobra seus efeitos em todas as áreas de um Estado, seja social, cultural, político e, sobretudo econômico, afetando direta ou indiretamente a ordem jurídica interna dos diferentes países que devem adaptar-se à regulação

normativa de uma esfera supranacional. O direito tributário, que não é estranho à internacionalização das relações econômicas, geralmente gera problemas de dupla tributação que podem ser um freio importante no crescimento econômico de certos países, em favor daqueles com tributação mais branda. Na luta contra esse problema, é essencial determinar a residência de cada sujeito envolvido em tais relações e estabelecer os critérios para a distribuição do poder tributário entre os diferentes países envolvidos principalmente por meio dos Acordos de Dupla Tributação. Nesse sentido, a OCDE, entre outras organizações que garantem o desenvolvimento adequado do sistema mundial de comércio, prepara um modelo de acordo com base no qual muitos dos acordos bilaterais são preparados para evitar a dupla tributação entre os Estados signatários, estabelecendo o critérios para definir a residência em caso de conflito e eliminar a duplicação indesejada na carga tributária.

*Palavras-chave:* residencia fiscal, dupla tributação, dupla residência, OCDE, CDI Espanha-Brasil

### **Residence in the OECD agreement model to avoid double taxation. The DTA between Spain and Brazil**

**Abstract:** The globalization phenomenon is an unstoppable process that deploys their effects throughout own fields of a Nation —cultural, political, and especially economic areas— having a direct or indirect impact on the internal legal system of different countries, which must arrange for its own regulation from a supranational field. Tax Law, which is not detached from an internationalization process of economic relationships, usually creates problems of double taxation. For this reason, these problems can become an important obstacle for the economic growth in some countries, in favour of others with softer taxation. In the fight against this problem, it is essential to determine the legal residence of every individual involved in these relationships and establish the distribution criteria of taxing power between the different countries principally implicated through Double Taxation Conventions. In that sense, The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) —between other organizations that ensures compliance with the proper development of the world trade system— developed a conventional model. Based on this model, there are

many bilateral agreements, in order to avoid the double taxation between signatory countries, establishing criteria for defining the legal resident in case of conflict, in order to cancel the undesirable duplication of the tax burden.

*Keywords:* legal residence, double taxation, double residence, OECD, DTA Spain–Brazil

***Bolfarini, Isabella Cristina da Mota. L'approche de la violence physique par la loi brésilienne à partir des concepts de torture et traitements inhumains et dégradants***

**Résumé:** Cet article envisage pouvoir apporter une contribution sur la compréhension des différentes dimensions que le concept de violence physique peut avoir dans le droit brésilien. Dans l'ordre juridique interne, ces dimensions sont directement liées aux concepts de torture et traitements inhumains et dégradants, mais en même temps, elles sont fort attachées au contexte socio-économique du pays, lorsqu'elles font appel aux conditions des victimes et des agresseurs. Cela étant, nous proposons dans cet article, une analyse des différents critères utilisés par les lois nationales (les plus pertinentes sur le sujet) pour mesurer la violence physique. D'un côté, on propose une approche d'observation qualitative à l'égard des sujets (auteurs et victimes) et des moyens utilisés pour la typification de la violence physique et, de l'autre, l'analyse est quantitative (mais ne laisse pas d'être qualitative non plus), lorsqu'elle observe comment cette législation aborde l'intensité des souffrances.

*Mots-clés:* violence physique, torture, traitements inhumains et dégradants.

***A abordagem da violência física pela lei brasileira a partir dos conceitos de tortura e tratamentos desumano e degradante***

**Resumo:** Este artigo visa contribuir com o entendimento das diferentes dimensões que o conceito de violência física pode ter no direito brasileiro. Na ordem jurídica interna, essas dimensões estão diretamente relacionadas com os conceitos de tortura e tratamento desumano e degradante, mas ao

mesmo tempo estão fortemente ligados com o contexto socioeconômico do país, uma vez que se referem às condições das vítimas e dos agressores no contexto dos crimes violentos. Para podermos alcançar o objetivo dessa pesquisa, propomos uma análise dos diferentes critérios utilizados pelas leis nacionais (mais relevantes sobre o tema) para mensurar a violência física. Por um lado, sugerimos uma abordagem de observação qualitativa relacionada com os sujeitos (autores e vítimas) e com os meios utilizados para tipificação da violência física, e por outro, indicamos uma análise quantitativa (que tampouco deixa de ser qualitativa), quando observa como essa legislação aborda a intensidade do sofrimento.

*Palavras-chave:* violência física, tortura, tratamentos desumanos e degradantes.

### **Brazilian law's approach to physical violence through the concepts of torture and inhuman and degrading treatment**

**Abstract:** This article aims to contribute to the understanding of the different dimensions that the concept of physical violence can have in Brazilian law. In the internal legal order, these dimensions are directly related to the concepts of torture and inhuman and degrading treatment, but at the same time are strongly linked to the socioeconomic context of the country, since they refer to the conditions of victims and aggressors in the context of violent crimes. In order to achieve the objective of this research, we propose an analysis of the different criteria used by national laws (more relevant on the subject) to measure physical violence. On the one hand, we suggest a qualitative observation approach related to the subjects (authors and victims) and the means used for the typification of physical violence, and on the other hand, we indicate a quantitative analysis when it observes how this legislation addresses the intensity of suffering.

*Keywords:* physical violence, torture, inhuman and degrading treatment.

## **Rapozo, Joana Tavares da Silva. El concepto neoconstitucionalista-pragmatista del Derecho**

**Resumen:** Este artículo pretende examinar dos significados distintos acerca del concepto del Derecho, a través de una aproximación pragmatista: aquel de la doctrina tradicional, esencialista, así como el de la tesis convencionalista. El pragmatismo jurídico puede hacer referencia a un gran número de objetivos, entre ellos, el de la elaboración de una teoría sobre el concepto del Derecho. En el trabajo se afirma que el llamado pragmatismo jurídico conceptual corresponde a la búsqueda de un concepto de Derecho que niega la existencia de una verdad metafísica y que se desarrolla como una doctrina relacionada con las convenciones. Después de analizar las características del pragmatismo conceptual, se sostiene que el neoconstitucionalismo (especialmente aquél de alcance particular) asume una posición pragmatista, al optar por proponer cuestiones tales como las que discuten cómo funcionan los distintos sistemas jurídicos y cómo los argumentamos, en vez de preguntar sobre ¿qué es el Derecho?, cuestión esta cargada de un esencialismo radical. El desplazamiento neoconstitucionalista desde la teoría del sistema jurídico hacia la teoría de la argumentación jurídica como marco fundamental de la teoría del Derecho representa una forma de rechazo al esencialismo, que está de acuerdo con la propuesta pragmatista.

*Palabras-claves:* pragmatismo jurídico, conceptualismo, esencialismo, neoconstitucionalismo.

## **O conceito neoconstitucionalista-pragmatista do Direito**

**Resumo:** Este artigo pretende examinar duas acepções existentes acerca do conceito de Direito, sob a ótica da teoria pragmatista: a da doutrina tradicional, essencialista, bem como a da tese convencionalista. Explica-se que o pragmatismo aplicado no Direito possui diferentes sentidos, dentre eles o de uma teoria sobre o conceito do Direito. Defende-se que o chamado pragmatismo jurídico conceitual corresponde à busca de um conceito do Direito que nega a existência de uma verdade metafísica e que se desenvolve como uma doutrina relacionada com as convenções. Após analisar as características do pragmatismo conceitual, sustenta-se que o neoconstitucionalismo, especialmente aquele de alcance particular, assume deli-

neamentos nitidamente pragmatistas, na medida em que procura resolver questões relacionadas com a argumentação e com o funcionamento dos sistemas jurídicos, em vez de procurar resolver indagações metafísicas. Conclui-se que o neoconstitucionalismo, ao tornar a teoria da argumentação jurídica o marco fundamental da teoria do Direito, representa uma forma de rechaçar o essencialismo jurídico.

*Palavras-chave:* pragmatismo jurídico, conceitualismo, essencialismo, neoconstitucionalismo.

### **The neoconstitutionalist-pragmatist concept of Law**

**Abstract:** This article aims to examine two different meanings on the concept of Law, through a pragmatic approach: that of the traditional, essentialist doctrine, as well as the one from the conventionalist thesis. Legal pragmatism may refer to a great number of objectives, among them, the elaboration of a theory on the concept of Law. In this work it is stated that the so-called conceptual legal pragmatism corresponds to the search for a concept of Law that denies the existence of a metaphysical truth and that is developed as a doctrine related to conventions. After analyzing the characteristics of conceptual pragmatism, it is argued that neo-constitutionalism (especially that of particular scope) assumes a pragmatic position, choosing to propose questions such as those that discuss how different legal systems work and how we argue them, instead of asking itself “what is law?”, a question loaded with a radical essentialism. The neo-constitutionalist shift from the theory of the legal system to the theory of legal argumentation as the fundamental framework of the theory of law represents a way to reject essentialism, which is in accordance with the pragmatist proposal.

*Keywords:* legal pragmatism, conceptualism, essentialism, neo-constitutionalism.



**Brant, Leonardo Nemer Caldeira e Diniz, Pedro Ivo Ribeiro. O estatuto jurídico precário e circunstancial do estado enquanto sujeito precípua da ordem normativa internacional**

**Resumo:** O Estado manifesta-se como elemento cardinal e estrutural do Direito Internacional. A ordem normativa internacional deriva, fundamentalmente, das dinâmicas interestatais. O Direito Internacional carrega, contemporaneamente, a pretensão de definir seu estatuto jurídico. Inúmeras são as críticas e divergências, não obstante, quando os esforços concretos são direcionados para determinação de parâmetros para a caracterização do *status* de Estado e quais os desdobramentos jurídicos objetivos dessa condição. A análise do tema sob o prisma do Direito Internacional – por meio das vagas (e muitas vezes conflitantes) proposições teóricas; das exíguas e superficiais manifestações jurisprudências; da escassez e inoperância dos instrumentos normativos; e das contingenciais construções políticas – corrobora o argumento de que a qualidade de Estado ainda apresenta-se como um estatuto jurídico geral cuja determinação é menos técnico-jurídica do que circunstancial.

*Palavras-chave:* direito internacional, estado, soberania

**The precarious and circumstantial legal status of the state as the foremost subject of the international normative order**

**Abstract:** The State is a cardinal and structural element of international law. The international normative order derives, fundamentally, from inter-state dynamics. At the same time, international law carries the pretension of defining its legal status. There are countless criticisms and divergences, however, when concrete efforts are directed toward determining parameters for the characterization of the State status and what are the objective legal ramifications of that condition. The analysis of the theme under the prism of International Law – through vague (and often conflicting) theoretical propositions; the superficial manifestations of jurisprudence; the scarcity and ineffectiveness of normative instruments; and the contingent political constructions – corroborates the argument that statehood still appears as a general legal status whose determination is less technical-legal than circumstantial.

*Keywords:* international law, state, sovereignty

## **Dal Santo, Luiz Phelipe. Uma outra pena de morte: a violência letal do sistema penal brasileiro**

**Resumo:** A letalidade policial no Brasil tem sido um tema amplamente discutido e investigado, não somente por pesquisadores brasileiros, mas inclusive por órgãos e institutos internacionais. O presente trabalho não pretende revelar as determinações causais desse fenômeno, mas demonstrar como tal prática se configura como uma pena de morte oficializada. Para tanto, o artigo é dividido em duas partes, ambas sustentadas por análises comparativas de dados secundários. Na primeira, expõem-se números e características da conduta policial, viabilizando uma apreciação sobre a hipótese do uso excessivo da força letal pela polícia brasileira. Na segunda, ao considerar também o papel do Ministério Público e do Poder Judiciário, a “pena de morte oficializada” é comparada tanto com a pena de morte oficial aplicada em outros países, quanto com a aplicação da pena de prisão no Brasil. De tal forma, conclui-se que a letalidade policial massiva não configura apenas uma prática de assassinatos “extrajudiciais”, mas, em realidade, representa a aplicação de uma outra pena de morte na realidade brasileira.

*Palavras-chave:* criminologia, sistema penal, Brasil, letalidade policial, pena de morte

## **Another capital punishment: the lethal violence of the Brazilian penal system**

**Abstract:** Police use of deadly force in Brazil has been a widely discussed and investigated subject, to which not only Brazilian researchers, but also international bodies and institutes have turned their attention. This work does not intend to reveal the causal determinations of such phenomenon but is aimed at showing how this practice constitutes an officialised death penalty. For this purpose, the article is divided into two parts, both based on comparative analyses of secondary data. First, numbers and features of police activity are presented, making possible an evaluation of the hypothesis of an excessive use of deadly force by the Brazilian police. Following that, by considering the role of the Public Prosecutor’s Office and Judiciary Power, the “officialised death penalty” is compared to both the official capital punishment enforced worldwide and the enforcement of prison

sentence in Brazil. Thus, it is concluded that the massive police use of lethal force does not only represent the case of “extrajudicial” executions, but actually constitutes the enforcement of another capital punishment in the Brazilian reality.

*Keywords:* criminology, penal system, Brazil, police deadly force, death penalty

***Candido, Mariluci Camargo Ferreira da Silva, Ventura, Carla Aparecida Arena, Furegato, Antonia Regina Ferreira, Santos, Jair Lício Ferreira, Candido, Marco Antonio. Saúde mental e direitos humanos: instrumentos internacionais para garantia de direitos das pessoas com transtornos mentais e/ou deficiência***

**Resumo:** Há uma emergência global de direitos humanos em saúde mental, visto que pessoas com transtorno mental e/ou deficiência vivenciam, ainda, violações de direitos humanos. Este estudo teve como objetivo compreender, no âmbito internacional, o enfoque dado aos direitos humanos da pessoa com transtorno mental e/ou deficiência. Pesquisa descritiva documental, com utilização da base de dados online “*More Inclusiveness Needed in Disability and Development*”, da Organização Mundial de Saúde. Foram incluídos os instrumentos mandatários e não mandatários globais e regionais, excluindo-se os dos países. Examinou-se o conteúdo conforme as dimensões de direitos humanos e identificou-se que os principais direitos se encontram na primeira e segunda geração de direitos humanos. Constatou-se que os direitos humanos se encontram centrados no direito à saúde, não favorecendo o exercício pleno de direitos. O aporte da legislação do transtorno mental precisa ser equacionado ao da deficiência. A sua insuficiência, provavelmente, reflete a falta de entendimento e de vontade política sobre a sua realidade. Há necessidade de que os profissionais de saúde e os operadores do direito possam ser divulgadores de conhecimentos sobre os direitos humanos da pessoa com deficiência e/ou transtorno mental.

*Palavras-chave:* direitos humanos, pessoas mentalmente doentes, deficiência, legislação, saúde mental

## **Mental Health and human rights: international instruments for safeguarding the rights of persons with disabilities and/or mental disorders**

**Abstract:** There is a global human rights emergency in mental health, as people with mental disorders and/or disabilities still experience human rights violations. This study aimed to understand, at the international level, the approach given to the human rights of the person with mental disorder and / or disability. Descriptive documentary research using the World Health Organization's online database "More Inclusiveness Needed in Disability and Development". Mandatory and non-mandatory global and regional instruments, excluding countries, were included. The contents were examined according to the dimensions of human rights and it was identified that the main rights are found in the first and second generation of human rights. It was found that human rights are centered on the right to health, not favoring the full exercise of rights. The contribution of mental disorder legislation needs to be equated with that of disability. Its insufficiency probably reflects the lack of understanding and political will on its reality. There is a need for health professionals and legal practitioners to be able to disseminate knowledge about the human rights of persons with disabilities and/or mental disorders.

*Keywords:* human rights, mentally sick people, deficiency, legislation, mental health

**Feitosa, Rodolfo Rodrigo Santos, Gomes, Erbs Cintra de Souza, Ramos, Zélia Maria Xavier, Silva, Francelle Almeida, Costa, Joanny Kathlyn e Ferreira, Ana Clara Marinho. Ética, corrupção e os dilemas da práxis social: a percepção de acadêmicos do curso de direito a respeito do exercício profissional**

**Resumo:** Objetivou-se a partir do presente estudo, avaliar o tipo de percepção dos acadêmicos do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina, ingressantes do primeiro semestre de 2017, dos temas ética e corrupção, e suas implicações na práxis social. Trata-se de uma abordagem exploratória e descritiva, com o uso de questionários. O questionário foi aplicado no mês de abril de 2017. Para tabulação dos

dados, utilizou-se uma escala likert de cinco pontos, possibilitando conhecer as opiniões dos entrevistados de acordo com o grau de concordância. O nível de compreensão sobre cada um dos temas propostos foi observado a partir da subdivisão da pesquisa em dois grupos de questões, três níveis de avaliação com dez variáveis cada. Os dados coletados foram inseridos no programa Survey Monkey para tabulação e sistematização. Constatou-se ao final do estudo, que os acadêmicos de Direito, em sua maioria, compreendem o significado do tema corrupção, os males que essa prática pode provocar à sociedade e quais os principais comportamentos indicativos da prática de corrupção; igualmente, compreendem o significado e a importância do tema ética para a formação profissional e a necessidade de aprofundamento nos estudos sobre o código de ética do advogado.

*Palavras-chave:* moral, conflitos éticos, valores sociais, advogados, código de ética.

### **Ethics, corruption and the dilemma of social praxis: the perception of Law students about the professional practice**

**Abstract:** The objective of this study was to evaluate the type of perception of the students of the Law course of the Faculty of Social and Applied Sciences of Petrolina, Pernambuco, Brazil, the first half of 2017, the subjects of ethics and corruption, and their implications in social praxis. It is an exploratory and descriptive approach, with the use of questionnaires. The questionnaire was applied in April 2017. To tabulate the data, a likert scale of five points was used, allowing the interviewees' opinions to be known according to the degree of agreement. The level of understanding on each of the proposed themes was observed from the subdivision of the research into two groups of questions, three evaluation levels with ten variables each. The collected data were entered the Survey Monkey program for tabulation and systematization. It was found at the end of the study that law students, for the most part, understand the meaning of corruption, the evils that this practice can cause to society and what are the main behaviors indicative of the practice of corruption; They also understand the meaning and importance of the ethical theme for professional training and the need for further study in the code of ethics of the lawyer.

*Keywords:* moral, ethical conflicts, society values, lawyers, code of ethics of the lawyer.

**Mazurkiewicz, Szymon. Que signifie que les droits de l'homme découlent de la dignité humaine? Utilisation des relations de la métaphysique analytique contemporaine**

**Résumé:** J'analyse la stipulation que les droits de l'homme découlent de la dignité humaine. Je propose l'utilisation des outils de la métaphysique analytique contemporaine, concrètement les relations entre des objets : la réduction, la survenance et la fondation métaphysique. Je prétends que les droits de l'homme sont fondés sur la dignité humaine. J'analyse également quel est le fondement de la dignité humaine et propose la notion naturaliste de ce problème: le fondement de la dignité humaine est constitué par la nature humaine découverte par la psychologie évolutionniste. La nature humaine comprise évolutivement peut être regardée comme bonne et, en raison de cela, peut être le fondement de la dignité humaine. Je stipule que la relation entre la dignité humaine et la nature humaine est la fondation métaphysique.

**Mots-clés:** droits de l'homme, dignité humaine, métaphysique analytique contemporaine

**O que significa (dizer) que os direitos humanos derivam da dignidade humana? Utilização das relações da metafísica analítica contemporânea**

**Resumo:** Analiso a premissa de que os direitos humanos decorrem da dignidade humana. Para esse fim, proponho a utilização das ferramentas da metafísica analítica contemporânea, concretamente, as relações entre diferentes objetos: a redução, a superveniência e a fundamentação metafísica. Argumento que os direitos humanos estão baseados na dignidade humana. Igualmente, analiso qual é o fundamento da dignidade humana e proponho a noção naturalista desse problema: o fundamento da dignidade humana é constituído pela natureza humana descoberta pela psicologia evolucionista. A natureza humana, compreendida evolutivamente, pode ser considerada boa e, em razão disso, pode ser o fundamento da dignidade humana. Considero que a relação entre a dignidade humana e a natureza humana é a fundamentação metafísica.

**Palavras-chave:** direitos humanos, dignidade humana, metafísica analítica contemporânea

## What does it mean that human rights derive from human dignity? Employing contemporary analytic metaphysics relations

**Abstract:** I analyse the claim that human rights derive from human dignity. I propose to employ tools of the contemporary analytic metaphysics, precisely, the relations holding between different objects: reduction, supervenience and metaphysical grounding. I argue that human rights are grounded in human dignity. I also analyse what is the foundation of human dignity and propose the naturalised notion of this problem: the foundation of human dignity is constituted by human nature discovered by evolutionary psychology. Evolutionarily understood human nature can be regarded as good, and hence, can be the foundation of human dignity. I claim that the relation between human dignity and human nature is metaphysical grounding.

*Keywords:* human rights, human dignity, contemporary analytic metaphysics

## Sousa, Tuanny Soeiro. Humano demasiado inumano: gênero, direitos humanos e discursos em disputa.

**Resumo:** O presente trabalho tem como intuito analisar a tensão existente entre a humanidade dos direitos humanos e os processos de produção diferenciada do humano aos quais dissidentes sexuais e de gênero são submetidos por performatizarem o gênero ou a sexualidade atravessando os enquadramentos normativos que organizam as condições necessárias para o reconhecimento. Para isso, nosso pressuposto teórico-metodológico assenta-se nas ideias desenvolvidas pela teoria do discurso de Judith Butler, Michel Foucault e Douzinas. O estudo divide-se em três seções: na primeira, examinamos as condições que possibilitaram a emergência do sujeito jurídico moderno dos direitos humanos; na segunda, analisamos como são engendradas as identidades sexuais e de gênero, relacionando esse processo com a fabricação da humanidade; por último, estudamos as possibilidades de novas articulações de humanidade no Direito. Concluímos que, apesar dos direitos humanos serem instrumentos de assujeitamento, os termos humanidade e direito estão sempre em disputa, existindo espaço para a luta por novas formas de se reconhecer o humano implicado nesses direi-

tos e, portanto, os dissidentes sexuais e de gênero podem encontrar nesse terreno ambíguo um espaço de luta contra a vulnerabilidade e a opressão. *Palavras-chave*: teoria dos direitos humanos, teoria do discurso, dissidentes sexuais, dissidentes de gênero, humanidade

### **Human too inhuman: gender, human rights and speeches in dispute**

**Abstract:** The present work aims to analyze the tension between human rights and the processes of differentiated human production, to which sexual and gender dissidents are submitted for performatizing gender or sexuality beyond the normative frameworks that organize the necessary conditions for the acknowledgment. For this, our theoretical-methodological assumption is based on the ideas developed by the discourse theory of Judith Butler, Michel Foucault and Costas Douzinas. The study is divided into three sections: first, we examine the conditions that allowed the emergence of the modern legal subject of human rights; in the second, we analyze how sexual and gender identities are engendered, relating this process to the fabrication of humanity; finally, we study the possibilities of new articulations of humanity in the law. We conclude that, although human rights are instruments of subjection, the terms humanity and law are always in dispute, and there is room for the struggle for new ways of recognizing the human implicated in these rights and, therefore, sexual and gender dissidents can find in this ambiguous area a space of struggle against vulnerability and oppression.

*Keywords:* human rights theory, discourse theory, sexual dissidents, gender dissidents, humanity



## Normas de Publicação

### 1. Pré-condições

1.1. Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e originais, não estando sendo avaliados por outras revistas. Não são considerados originais, pela Revista Direito, Estado e Sociedade (“Revista”), artigos que tenham sido anteriormente publicados em outra língua. A ocorrência de plágio, incluindo auto-plágio total ou parcial sem a devida citação, implica em exclusão imediata do sistema de avaliação.

1.2. Apenas serão aceitos artigos produzidos por pesquisadores que tenham o título de doutor ou que estejam cursando o doutorado. Mestres, mestrandos, graduados e graduandos podem publicar apenas em coautoria com doutores e/ou doutorandos.

1.3. Não serão aceitos para avaliação, simultaneamente, mais de um artigo com um mesmo autor. Caso venha a ser submetido um novo artigo que tenha um autor/coautor que já possua um artigo em avaliação pela Revista, este novo artigo será rejeitado preliminarmente pelo Conselho Editorial.

1.4. Caso a pesquisa desenvolvida no artigo tenha ocorrido com financiamento de agências ou instituições de fomento, é fundamental que o autor informe em uma nota de rodapé no início do texto.

1.5. São aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol e francês.

### 2. Encaminhamento

Os trabalhos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser, preferencialmente, enviados pelo site <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>; em caso de impossibilidade de submissão online, os trabalhos podem ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-rio, na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala FRINGS, 6º andar, Gávea, Rio de Janeiro/RJ, CEP 22.453-900.

#### 2.1. Processo de Submissão On-line

Para submeter o artigo, os autores devem realizar o cadastro (login/senha) no site da revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>), preenchendo corretamente o perfil e selecionando a opção “Autor”. Após a realização do cadastro, o autor deve clicar em “Página do Usuário” e iniciar o processo de submissão através do link “Nova Submissão”, no qual realizará os cinco passos básicos:

a. Início: Iniciar o processo de submissão, confirmando se está de acordo com as condições estabelecidas pela revista (marcando as caixas de seleção das condições e da declaração de direito autoral) e selecionar a seção artigos;

b. Transferência de manuscritos: realizar a transferência do arquivo para o sistema;

c. Inclusão de metadados: indicar o nome, sobrenome, e-mail, instituição e resumo da biografia do autor e de cada coautor (se aplicável). Indicar o título e resumo do artigo. Indicar também as referências utilizadas ao longo do artigo, no formato especificado no item 3.3 abaixo. É fundamental que os metadados sejam preenchidos corretamente;

d. Transferência de documentos suplementares: realizar a transferência de arquivos com informações suplementares, que funcionam como um apêndice ou anexo ao texto principal, tais como instrumentos de pesquisa, conjuntos de dados e tabelas, que seguem os padrões de ética de avaliação, fontes de informação normalmente não disponíveis para leitores, ou figuras e/ou tabelas que não podem ser integradas ao texto em si; e

e. Confirmação: Concluir a submissão.

### 3. Preparação dos originais

#### 3.1. Folha de Rosto

O artigo deve conter folha de rosto com título, nome completo do(s) autor(es), titulação acadêmica, instituição, endereço de e-mail e endereço físico para correspondência. É fundamental que estejam presentes os dados de todos os autores do artigo. Este é o único local do arquivo em que é permitido aparecer a identificação do(s) autor(es).

Na ausência de folha de rosto o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial.

#### 3.2. Apresentação

O texto deve ter entre 15 e 30 páginas, não incluídos na contagem os elementos pré-textuais (folha de rosto e de resumo) e pós-textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices). Sua preparação deve obedecer aos seguintes parâmetros: Word for Windows, fonte Times New Roman, tamanho 12, texto justificado, espaçamento entre linhas de 1,5, papel tamanho A4, margens esquerda e superior 3,0 cm, direita e inferior 2,0 cm. Imagens inseridas no texto devem estar em resolução mínima de 300dpi.

#### 3.3. Estrutura do trabalho

Para elaboração do artigo, os autores devem obedecer à seguinte sequência:

(OBS.: Para textos em português, TÍTULO, RESUMO, e PALAVRAS-CHAVE devem vir com tradução em inglês e antes do corpo do texto. Para artigos em outras línguas, os elementos correspondentes

devem vir na língua do texto e com subsequente tradução em português e inglês.)

a. Título: deve estar em caixa alta e em negrito, justificado no alto da primeira página, com espaçamento simples entre linhas;

b. Resumo: o texto deve ter entre 100 e 200 palavras, indicando os objetivos, referencial teórico, resultados obtidos e conclusão do artigo. Deve ser precedido da palavra “RESUMO”, em caixa alta, duas linhas abaixo do título, alinhado à esquerda e com espaçamento simples;

c. Palavras-chave: no mínimo três e no máximo sete, separadas por ponto e vírgula, precedidas do termo “PALAVRAS-CHAVE”, em caixa alta, alinhada à esquerda, com espaçamento simples e duas linhas abaixo do resumo. Para maior facilidade de localização do trabalho em consultas bibliográficas, o Comitê Editorial sugere que as palavras-chave correspondam a conceitos mais gerais da área do trabalho;

d. Corpo do Artigo: Na página seguinte, deve-se inserir novamente o título em negrito, justificado e sem caixa alta. O corpo do texto inicia-se na sexta linha abaixo do título, com espaçamento de 1,5 entre linhas;

e. Subtítulos: o corpo do artigo deve ser dividido em itens correspondentes a cada parte do trabalho. Esses itens devem ser referenciados a critério do autor, sendo obrigatórios os itens “Introdução”, no início do artigo, e “Conclusão”, ao final do artigo. Os subtítulos devem estar numerados, justificados e em negrito. Deve ser dado um espaço depois do texto que os precede e um espaço na linha imediatamente acima do texto que os segue;

f. Citações: citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 2 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (Times New Roman), tamanho 11, espaçamento de 1,0 entre linhas, sem o uso de itálico ou aspas.

g. Referências ao longo do texto: as referências feitas ao longo do texto devem estar em nota de rodapé. Devem indicar somente o sobrenome do autor em letras maiúsculas, seguido de vírgula; o ano da publicação, seguido de vírgula; e, quando for o caso, a(s) página(s) onde se encontra a referência. Não serão aceitos artigos com referências bibliográficas inseridas no corpo do texto.

Exemplos:

<sup>1</sup> FRASER, 1996, pp. 128-129.

<sup>2</sup> DWORKIN, 2002.

Se o nome do autor estiver citado no período em que está se inserindo a referência, deve-se indicar, em rodapé, apenas o ano e a(s) página(s), se for o caso. Não devem ser utilizadas, nas citações, as expressões op. cit, ibid, ibidem, id, e idem. Deve-se fornecer sempre a referência completa como no exemplo acima.

Artigos que não sigam o formato de referências indicado nos parágrafos acima serão rejeitados preliminarmente.

h. Referências ao final do texto: as referências utilizadas ao longo do artigo devem ser listadas abaixo do subtítulo “Referências”, que deve estar duas linhas abaixo do fim do texto, em negrito, alinhado à esquerda e sem numeração. As referências devem ser mencionadas em ordem alfabética e cronológica, indicando-se as obras de autores citados no corpo do texto, consultadas ou recomendadas. Devem ser separadas por espaço simples.

As referências bibliográficas no final do texto deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89. A referência bibliográfica básica deverá conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição; ponto; local; dois pontos; editora; vírgula; ano da publicação; ponto; Link ou número do DOI; e ponto. Note o uso de espaços entre cada elemento.

O DOI (Digital Object Identifier) DEVE ser incluído sempre que disponível nas referências bibliográficas indicadas no texto, assim como no processo de submissão (Passo 3: Inclusão de metadados). O DOI deve ser indicado quer na forma de um link ou contendo apenas o número de referência. Autores devem utilizar a página “<http://search.crossref.org>” para verificar a existência de DOIs para as referências citadas em seus trabalhos.

Ao citar uma publicação em jornal, capítulo em obra coletiva ou revista, deve o nome do jornal, obra coletiva ou revista vir em itálico, logo após o nome do título da obra, que não deve ser italicizado. Deve-se inserir a expressão “In:” apenas antes do título de obras coletivas (não se deve utilizá-la no caso de periódicos).

Exemplos:

Obra completa:

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

Parte de obra coletiva (organizada, editada):

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos

morais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pp. 167-190.

Artigo de periódico:

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 26, pp. 6-31, jan./jun. 2005.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. *Direito Internacional Privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos*. Seqüência: estudos jurídicos e políticos. vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v-33n64p259>.

STRUCHINER, Noel; FRIAS, Lincoln. The Cognitive Psychology of the Potentiality Argument. *The American Journal of Bioethics*. Vo. 13, Issue 1, 2013. 10.1080/15265161.2012.747021.

#### 4. Política e Diretrizes de Avaliação

4.1. Os artigos submetidos à Revista *Direito, Estado e Sociedade* são inicialmente avaliados pelo Comitê Editorial nos seguintes quesitos:

- Originalidade e relevância temática;
- Pertinência temática às linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio;
- Adequação às normas de formatação e às diretrizes expostas nesta política;
- Titulação dos autores; e
- Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria.

Caso algum desses critérios não seja observado, o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial. Um artigo que tenha sido rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial poderá ser submetido novamente para avaliação, desde que realizadas as modificações necessárias.

4.2. Após avaliação do Comitê Editorial, os artigos são submetidos à avaliação por, no mínimo, dois pareceristas ad hoc (avaliadores externos), com base nos quais o Comitê Editorial decidirá por aceitar, rejeitar ou solicitar alterações ao texto submetido. O tempo médio para conclusão de uma avaliação é de quatro meses. Essa média, contudo, pode sofrer modificações em virtude de alterações na intensidade do fluxo de recebimento de artigos pela revista.

As avaliações serão feitas mediante preenchimento do formulário no sistema. Em geral, os critérios de avaliação abordam os seguintes temas:

- Pertinência do título e resumo/abstract;

- Clareza na tese central do artigo;
- Clareza e pertinência na argumentação;
- Pertinência e adequação metodológica;
- Pertinência e adequação do embasamento teórico;
- Relevância temática do artigo; e
- Incorrekções de ortografia, pontuação e gramática.

#### 5. Revisão do Manuscrito para Publicação

5.1. Os artigos aceitos para publicação poderão sofrer revisões pelo Comitê Editorial com o objetivo de facilitar sua clareza e compreensão, sem que haja qualquer alteração no seu conteúdo.

5.2. Logo que prontas, as provas gráficas em formato eletrônico serão enviadas, por e-mail, para o autor responsável pelo envio do artigo.

5.3. Os autores deverão revisar a prova gráfica e devolvê-la, também por e-mail, indicando eventuais correções a serem feitas em, no máximo, 72 horas após o seu recebimento. No caso de ausência de retorno do autor dentro deste prazo, o Comitê Editorial considerará a versão encaminhada como definitiva.

#### 6. Considerações Gerais

6.1. A submissão, processamento e publicação dos trabalhos é gratuita e não acarreta quaisquer custos para os autores.

6.2. O conteúdo dos artigos submetidos para o processo de avaliação da Revista é de inteira responsabilidade do autor, se furtando a revista de quaisquer responsabilidades.

6.3. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Conselho Editorial e pela avaliação por pares não serão, necessariamente, publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

6.4. Podem ser aceitos, mas não serão imediatamente publicados, artigos de autores que tenham trabalho publicado em número imediatamente anterior da revista. Nesse caso, o Comitê Editorial entrará em contato com o autor e indagará a respeito do interesse em publicar o artigo na edição subsequente.

6.5. Todos os artigos publicados serão divulgados na homepage da Revista *Direito, Estado e Sociedade*, no seguinte endereço: <http://www.jur.puc-rio.br/revistas/>.

6.6. Caso ocorra divulgação posterior de algum artigo publicado na *Direito, Estado e Sociedade* em outra publicação, esta deverá referenciar a publicação original na *Direito, Estado e Sociedade*.

Em caso de eventuais dúvidas, os autores devem entrar em contato com o Conselho Editorial através do seguinte e-mail: [revistadireito@puc-rio.br](mailto:revistadireito@puc-rio.br).

