



IJP INSTITUTO JURÍDICO
PORTUCALENSE



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

IV CONGRESSO INTERNACIONAL DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

DIREITOS HUMANOS DE 2ª GERAÇÃO

COORDENAÇÃO DE ESTHER QUINTEIRO

IV Congresso Internacional Dimensões dos Direitos Humanos

IV CONDIM

Direitos Humanos de 2ª Geração

Coordenação

María Esther Martínez Quinteiro

Universidade Portucalense Infante D. Henrique

Instituto Jurídico Portucalense (IJP)

2018

Título: IV Congresso Internacional Dimensões dos Direitos Humanos: Direitos Humanos de 2ª Geração

Coordenação:

María Esther Martínez Quinteiro (Universidade Portucalense, Portugal)

1ª edição, 2018

ISBN: 978-972-9354-49-6

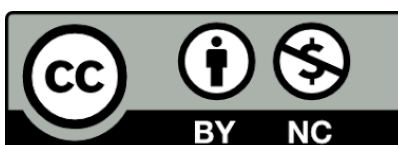
DOI: 10.34625/isbn/978-972-9354-49-6

Instituto Jurídico Portucalense (IJP)

Universidade Portucalense Infante D. Henrique
Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541/619
4200-072 Porto
Portugal

Quinteiro, M. E. M. (Coord.) (2018). Atas do IV Congresso Internacional Dimensões dos Direitos Humanos: Direitos Humanos de 2ª Geração, CONDIM 2018, Universidade Portucalense, Porto, 16-18 julho 2018. ISBN 978-972-9354-49-6. doi: 10.34625/isbn/978-972-9354-49-6. Disponível no Repositório UPT em <http://hdl.handle.net/11328/3889>

Este livro eletrónico está protegido pela **Licença Creative Commons (BY-NC)**



COMITÉ CIENTÍFICO

M^a Esther Martínez Quinteiro

Maria Manuela Magalhães Silva

Alícia Muñoz Ramírez

Aida Monteiro

Ana Cláudia Carvalho Campina

Ana Paula Guimarães

Ana Sílvia Albuquerque

André Pereira Matos

Andreya Navarro

António Carlos da Silva

Bárbara Magalhães Bravo

Daniela Serra Castilhos

Dominique Gay Silvestre

Dora Resende Alves

Elder Lisboa Ferreira da Costa

Eva Dias Costa

Fernanda Neves Rebelo

Flávio Romero Guimarães

José Caramelo Gomes

José Euclimar Xavier de Menezes

Lucyléa Gonçalves França

Maria de la Paz Pando Ballesteros

Maria Emília Teixeira

Maria das Dores Formosinho

Mónica Martinez de Campos

Paulo Velten

Pedro Garrido Rodríguez

Sérgio Victor Tamer

Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti

Índice

Introdução	1
<i>María Esther Martínez Quinteiro</i>	
Crime de colarinho branco: perspectiva criminológica	3
<i>Ana Luiza Almeida Ferro</i>	
Articulação entre a medida tutelar de internamento e o sistema de promoção e protecção - a supervisão intensiva e o acompanhamento pós internamento na definição da importância da família (algumas notas brevíssimas)	21
<i>Ana Rita Alfaiate</i>	
A Convenção Europeia dos Direitos Humanos e os seus laços com os direitos de segunda geração.....	34
<i>Dora Resende Alves</i>	
O direito à fruição cultural, o património cultural e os benefícios fiscais.....	47
<i>Isabel Restier Poças e Ana Sofia Carvalho</i>	
O sistema prisional brasileiro sob a perspectiva dos Direitos Humanos	65
<i>Laís Locatelli</i>	
Direito à identidade de género segundo as lideranças cristãs em Fortaleza- CE	78
<i>Larissa Maria de Queiroz</i>	
Fronteira, território e povos tradicionais: Um olhar jurídico-antropológico acerca da região fronteiriça do Mato Grosso do Sul	93
<i>Marco Antônio Rodrigues, Andréa Lúcia Cavararo Rodrigues e Antonio Hilário Aguilera Urquiza</i>	
O controle de convencionalidade em matéria de Direitos Humanos no Direito Brasileiro	111
<i>Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino</i>	

Introdução

En 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU incluyó una amplia lista de derechos individuales de primera generación (civiles y políticos) a los que añadió, tras no pocos debates y negociaciones, derechos, también individuales, convencionalmente calificados de "segunda generación" (económicos, sociales y culturales), a menudo, llamados, por reducción, "derechos sociales", que son, sobre todo, los comprendidos en el bloque de los Artículos 22 al 27 del mencionado texto, entre los que se enumeraban el derecho de toda persona a la educación, al trabajo y al descanso, a un salario equitativo y no discriminatorio, a sindicarse, a un nivel de vida adecuado que le asegurara, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica, los servicios sociales necesarios, la seguridad social y, dentro de ella, de seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y de otros casos de "pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad", a los que se añaden derechos de toda persona (en cuanto sea madre o niño) a la protección especial de la maternidad y la infancia, (anticipándose además en el Artículo 16 el derecho de la familia a la protección), así como el derecho de toda persona a gozar de la cultura y las artes y a la propiedad intelectual y moral de su producción científica literaria o artística. La distinción entre los derechos "de segunda generación", que acabamos de enumerar someramente, y los denominados "de primera generación", ha dado lugar a numerosos estudios. Hoy se pone en tela de juicio, o se matiza mucho, el supuesto, facilitador de su deslinde, de que los primeros serían por naturaleza "negativos", en el sentido de que no requerirían más que la inhibición o respeto del Estado a los mismos, mientras que los "Derechos de segunda generación" serían "positivos", esto es, requerirían la acción "positiva" del Estado, o de la sociedad internacional organizada, en la forma de "políticas públicas" nacionales o internacionales, con el potencial concurso, en su caso, de la sociedad civil.

En 1948 los "derechos civiles y políticos" y los "económicos sociales y culturales" aparecían unidos en un solo texto y a todos ellos se aplicaba la pretensión de que se asegurara su implementación, "por medidas progresivas de carácter nacional e internacional", lo que indicaba el carácter no vinculante y posibilista de todo el conglomerado, pero mantenía su cohesión. Trató pronto la ONU de dar a

los derechos meramente "declarados" fuerza jurídica e, inicialmente, igual valor. A tal fin encargó a la Comisión de Derechos Humanos, como tarea futura, la elaboración de un Convenio Internacional con el que tales principios pudieran obtener reconocimiento jurídico de los Estados-parte de las Naciones Unidas, encomendándole, al efecto, mediante Resolución de la Asamblea de la ONU del 4 de diciembre de 1950 (A/RES 421 E), la formulación de un único Proyecto de Pacto Internacional de Derechos Humanos y la especificación de las medidas precisas para su aplicación, y enfatizando la indivisibilidad e interdependencia de los derechos que en él fueran recogidos; indivisibilidad que se viene manteniendo teóricamente hasta hoy, y se reiteró en 1968, en Teherán, y en 1993, en Viena: Pese a tan buenas intenciones, el pragmatismo estratégico propició de facto finalmente la división de los Derechos Humanos en dos Pactos, aprobados en 1966, uno vinculante de inmediato, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y otro, menos exigente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), al que siguieron diversos Convenios sectoriales sobre derechos puntuales.

En este Congreso, como en el que le precede, el organizado, en cadena con el de la UPT, en la universidad de Salamanca (USAL), sobre el mismo tema, pretendemos analizar los resultados, a la larga, de esta segregación y doble tratamiento de los derechos de "primera generación" y de los de "segunda generación" y reflexionar sobre la exigibilidad de los segundos y su interdependencia con los derechos civiles y políticos.

María Esther Martínez Quinteiro
(Coordenação)

Crime de colarinho branco: perspectiva criminológica

White collar crime: a criminological perspective

Ana Luiza Almeida FERRO¹

Resumo: O presente artigo procura oferecer uma visão geral sobre o crime de colarinho branco como fenômeno criminológico, em busca de uma maior compreensão das semelhanças e diferenças entre a criminalidade dos indivíduos das classes sociais mais baixas e a criminalidade dos indivíduos das classes mais altas, que pode vulnerar diversas espécies de direitos humanos.

Palavras-chave: Crime de colarinho branco; Sutherland; associação diferencial.

Abstract: This article seeks to provide a general view on white collar crime as a criminological phenomenon, in search of a deeper understanding of the similarities and differences between the criminality of lower social class individuals and the criminality of upper-class individuals, which may violate various kinds of human rights.

Keywords: White collar crime; Sutherland; differential association.

1. Considerações iniciais

O crime de colarinho branco tem como perpetrador mais emblemático o indivíduo de elevado *status* social e como circunstância mais evidente o fato de ocorrer no desempenho de uma ocupação.²

Pela qualidade do(s) sujeito(s) ativo(s) e por seu enorme potencial lesivo, particularmente quando inserido no contexto da criminalidade organizada e cometido em prejuízo ao erário, o delito de colarinho branco pode vulnerar diversas categorias de direitos humanos, a exemplo dos classificados como de segunda geração,

¹ Promotora de Justiça, escritora premiada, conferencista internacional, professora da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão (ESMP-MA), em São Luís-MA, Brasil, Doutora e Mestre em Ciências Penais (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil), Pós-doutora em *Derechos Humanos* (Universidad de Salamanca, Espanha), Membro de Honra da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica, membro da European Society of International Law (ESIL), da Academia Brasileira de Direito (ABD) e de diversas outras instituições culturais, portadora do *Certificate of Proficiency in English* (University of Cambridge, Inglaterra) e do *Diplôme supérieur d'études françaises* (Université de Nancy II). Autora de vários livros de Direito, História e poesias, dentre os quais *O Tribunal de Nuremberg* (2002, 2019), *Crime organizado e organizações criminosas mundiais* (2009) e *Criminalidade organizada* (2014). E-mail: alaferro@uol.com.br.

² Ver SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime: the uncut version*. New Haven/London: Yale University Press, 1983, p. 7.

insculpidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 22 a 27) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como os direitos ao trabalho (art. 6º), à formação de sindicatos (art. 8º), à alimentação (art. 11) e à educação (art. 13). Caso típico ocorre quando são desviadas, por ou com a colaboração de funcionários públicos integrantes de organizações criminosas, verbas destinadas à prestação de serviços públicos e à implementação e funcionamento de programas que visem ao desenvolvimento econômico, social e cultural da população de um país. Outra situação representativa se refere ao uso da burocracia estatal para a obtenção de vantagens ilícitas, como o esquema, recentemente revelado pela imprensa brasileira, de venda de registros sindicais no âmbito do Ministério do Trabalho, supostamente envolvendo servidores da pasta e parlamentares.³

Este artigo pretende oferecer uma breve visão sobre o crime de colarinho branco do ponto de vista criminológico, especificamente pela ótica das concepções de Freud e Alfred Adler e da teoria da associação diferencial, de Edwin Sutherland.

2. As concepções freudiana e adleriana

Freud, célebre neurologista e psiquiatra vienense, é o maior representante do pensamento psicanalítico tradicional, desenvolvendo a sua teoria a partir da ideia de que os fenômenos da vida podem ser explicados pela atuação concorrente, ou mutuamente contrária, de dois instintos humanos fundamentais, ou seja, de um lado, “Eros”, o da vida, referente à libido e à procriação, com papel determinante, em princípio, e um forte enfoque na sua significação sexual, e, do outro, “Thanatos”, o da morte ou destruição.⁴

Em “Thanatos”, força destruidora de caráter inato, podem ser procuradas as origens mais profundas da conduta criminosa. Segundo Freud, onde há uma proibição, por exemplo de ordem legal, há necessariamente um desejo que lhe subjaz, de forma que o impulso de matar está presente no inconsciente⁵. Ele argumenta que não existiria necessidade de proibição de alguma coisa que a ninguém apetece fazer

³ Ver BRONZATTO, Thiago. A farra terminou. *Veja*, 6 Junho 2018, ano 51, nº 23, edição 2585, p. 68-69; e BRONZATTO, Thiago. Petequeiros do trabalho. *Veja*, 13 Junho 2018, ano 51, nº 24, edição 2586, p. 42-43.

⁴ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 81-82.

⁵ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Trad. de Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1999, p. 78.

e que, se algo é vedado com a maior ênfase, há a pressuposição de que se trata de alguma coisa desejada⁶, o que significa que as condutas delituosas descritas na lei – caso do crime de colarinho branco – são condutas ditadas pelos instintos do homem, condutas para as quais estes revelam inclinação natural.⁷

Cabe ainda citarmos Alfred Adler, médico também de origem vienense, colaborador por dez anos de Freud, considerado um psicanalista pós-freudiano heterodoxo, para quem são três os princípios determinantes do comportamento humano, isto é, o sentimento de inferioridade, tendo base orgânica ou apenas situacional; a ambição do poder, com o papel de compensação do complexo de inferioridade; e o sentimento de comunidade, substituto do superego freudiano, atuando na moderação de ambos. O complexo em questão é nuclear na teoria adleriana, de maneira que o criminoso é visto como um complexado, constituindo a inferioridade causa de reações neuróticas geradoras de delitos, mediante mecanismos compensatórios, em uma fórmula cujos componentes obedecem à sequência: inferioridade-complexo-tendência ao poder-supracompensação-crime. O doutrinador reenuncia as construções freudianas mais importantes, como o complexo de Édipo e as etapas de desenvolvimento da personalidade, desembaraçando-as de suas conotações sexuais, assim relativizando o pansexualismo peculiar à doutrina psicanalítica tradicional e evitando o determinismo freudiano, ao optar por um método finalista e conferir grande significação ao ambiente social no desenvolvimento do psiquismo da pessoa. No seu entendimento, não é o sexo, mas a ambição de poder, que impulsiona o comportamento humano.⁸

3. A teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco sob a ótica de Sutherland

A teoria da associação diferencial foi introduzida por Edwin Sutherland na edição de 1939 de seu livro *Principles of criminology*. Ele constrói sua teoria⁹ com alicerce

⁶ *Ibidem*, p. 77.

⁷ *Ibidem*, p. 128. Sobre a concepção freudiana, ver também FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 219-222.

⁸ Ver GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. A moderna Criminologia 'científica' e os diversos modelos teóricos. *Biologia Criminal, Psicologia Criminal e Sociologia Criminal*. In GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 220; e FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e...*, p. 223.

⁹ Ver, a respeito do assunto, *ibidem*, p. 149-168.

em alguns princípios atinentes ao processo pelo qual alguém mergulha no comportamento criminoso:

a) o comportamento criminoso é aprendido, o que implica a dedução de que este não é herdado e de que a pessoa não treinada no crime não inventa tal comportamento;

b) o comportamento em questão é aprendido em interação com outras pessoas, em um processo de comunicação, que é, em muitos aspectos, verbal, o que não exclui a gestual;

c) a principal parte da aprendizagem do comportamento criminoso se verifica no interior de grupos pessoais privados, significando, em termos negativos, o papel relativamente desimportante desempenhado pelas agências impessoais de comunicação, do tipo dos filmes e jornais, na gênese do comportamento criminoso;

d) a aprendizagem de um comportamento criminoso compreende as técnicas de cometimento do crime, que são ora muito complexas, ora muito simples, bem como a orientação específica de motivos, impulsos, racionalizações¹⁰ e atitudes;

e) a orientação específica de motivos e impulsos é aprendida a partir de definições favoráveis ou desfavoráveis aos códigos legais, de feição que, em algumas sociedades, o indivíduo está cercado por pessoas que invariavelmente concebem os códigos legais como normas de observância necessária, ao passo que, em outras, acontece o inverso, sendo que, na sociedade americana, quase sempre, tais definições se apresentam mescladas, resultando na ocorrência de conflito normativo no respeitante aos códigos legais;

f) o fato de a pessoa se tornar delinquente se deve ao excesso de definições em favor da violação da lei sobre aquelas em oposição à infringência desta, configurando este o princípio definidor da associação diferencial e referindo-se tanto a associações criminosas quanto a anticriminosas, sem deixar de incluir forças contrárias;¹¹

¹⁰ Consigna Howard Becker que a maioria dos grupos desviantes possui uma razão fundamental auto-justificante (*a self-justifying rationale*) ou uma "ideologia", sendo uma de suas funções fornecer ao indivíduo razões que pareçam ser justas e justifiquem a continuidade da linha de atividade por ele iniciada. BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1997, p. 38-39.

¹¹ Sobre esse princípio, esclarece Edwin Sutherland: "*The hypothesis of differential association is that criminal behavior is learned in association with those who define such criminal behavior favorably and in isolation from those who define it unfavorably, and that a person in an appropriate situation engages in such criminal behavior if, and only if, the weight of the favorable definitions exceeds the weight of the unfavorable definitions*". SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime*, p. 240.

g) as associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade, o que quer dizer que as associações com o comportamento criminoso e igualmente aquelas com o comportamento anticriminoso sofrem variações nesses aspectos;

h) o processo de aprendizagem do comportamento criminoso por associação com padrões criminosos e anticriminosos envolve todos os mecanismos peculiares a qualquer outro processo de aprendizagem, o que implica, no plano negativo, a constatação de que a aprendizagem do comportamento criminoso não está limitada ao processo de imitação, de sorte que a pessoa seduzida, por ilustração, aprende tal comportamento mediante associação;

i) o comportamento criminoso, embora constitua uma expressão de necessidades e valores gerais, não é “*explained by those general needs and values, since noncriminal behavior is an expression of the same needs and values*”.¹²

Foi Edwin Sutherland quem introduziu o termo *white-collar crime* (crime de colarinho branco) no mundo acadêmico, em discurso intitulado *The white collar criminal*, proferido à *American Sociological Society* (Sociedade Americana de Sociologia), como seu presidente, em 1939. O argumento de sua obra *White collar crime*, cuja primeira edição remonta a 1949, é de que o comportamento criminoso não encontra uma explicação apropriada em patologias sociais ou pessoais. O crime de colarinho branco, a título exemplificativo, não pode ser justificado pelo fator pobreza, nem tampouco por qualquer das patologias sociais ou pessoais que a acompanham. Mais ainda, o argumento é de que as pessoas dos estratos socioeconômicos

¹² SUTHERLAND, Edwin H., CRESSEY, Donald R., LUCKENBILL, David F. *Principles of criminology*. 11th ed. New York: General Hall, 1992, p. 90. Os nove princípios da teoria da associação diferencial apresentados foram extraídos da indigitada obra *Principles of criminology*. *Ibidem*, p. 88-90. A associação diferencial é uma das construções teóricas enquadradas entre as teorias da aprendizagem social ou *social learning*, para as quais “o comportamento delituoso se aprende do mesmo modo que o indivíduo aprende também outras condutas e atividades lícitas, em sua interação com pessoas e grupos e mediante um complexo processo de comunicação. O indivíduo aprende assim não só a conduta delitiva, senão também os próprios valores criminais, as técnicas comissivas e os mecanismos subjetivos de racionalização (justificação ou autojustificação) do comportamento desviado.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. A moderna Criminologia ‘científica’ e os diversos modelos teóricos. *Biologia Criminal, Psicologia Criminal e Sociologia Criminal*. In GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, p. 278. O delito, em tal formulação teórica, “não é algo anormal nem sinal de uma personalidade imatura, senão um comportamento ou hábito adquirido, isto é, uma resposta a situações reais que o sujeito aprende.” *Ibidem*, p. 279. A pobreza e a classe social não são fatores suficientes para a explicação da tendência de alguém para o crime, no contexto das teorias da aprendizagem: “*Experts who study learning theory suggest that poverty and social class are not enough to explain one’s propensity for criminal activity. Persons learn how to become criminals and how to deal emotionally with the consequences of their acts*”. LYMAN, Michael D., POTTER, Gary W. *Organized crime*. 2nd ed. New Jersey: Prentice Hall, 1999, p. 74.

superiores se envolvem em muito comportamento criminoso, não sendo este um fenômeno determinado pelo fator classe, nem mais nem menos associado às classes inferiores; e de que a diferença entre o comportamento criminoso nos primeiros e aquele peculiar às derradeiras está mormente nos procedimentos administrativos empregados no tratamento dos transgressores.¹³

Com o intento de oferecer maior apoio factual à sua tese relativa aos crimes praticados por pessoas do *upperworld*, toma como objeto de sua análise as setenta maiores empresas americanas, nos ramos da manufatura, mineração e comércio, com base nas listas das duzentas maiores corporações não financeiras nos EUA, elaboradas por Berle e Means em 1929 e pela *Temporary National Economic Committee* (Comissão Econômica Nacional Temporária) em 1938, especialmente no tocante às decisões dos tribunais e comissões administrativas contra aquelas, levando em conta formas de violações da lei como a concorrência desleal, a propaganda enganosa, as infrações contra o privilégio de invenção, as marcas de indústria e comércio e os direitos autorais, as práticas desleais no campo das normas trabalhistas, a fraude financeira, entre outras, algumas propriamente consideradas como crimes e outras estreitamente aparentadas com o comportamento criminoso, contra uma ou mais classes de vítimas, tais como os consumidores, os concorrentes, os acionistas e outros investidores, os inventores, os empregados e o próprio Estado, na feição de fraudes na seara tributária e de suborno de servidores públicos.

Como resultado de seu estudo, constata que 779 das 980 decisões contrárias às setenta corporações selecionadas atestavam a prática de crimes e que a criminalidade em questão não era evidenciada pelos procedimentos convencionais inerentes ao Direito penal, porém, ao contrário, encoberta por procedimentos especiais, de maneira a propiciar a supressão ou, pelo menos, a minimização do estigma do crime.¹⁴

¹³ Ver SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime*, p. 5-7.

¹⁴ *Ibidem*, p. 52-53. É mister lembrarmos aqui a asserção de Michel Foucault: “*Ora, essa delinquência própria à riqueza é tolerada pelas leis, e, quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discrição da imprensa*”. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramallete. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 239. Igualmente merece evocação a perspectiva de Flávia Schilling sobre o mecanismo das “ilegalidades toleradas”, em comentário ao pensamento do célebre filósofo francês: “As ilegalidades toleradas funcionariam nos interstícios das leis, apresentando uma heterogeneidade de modalidades, encaixando-se no jogo das tensões entre os ordenamentos legais, as práticas e técnicas administrativas e o que cada sociedade vai reconhecendo como normal e anormal, lícito ou ilícito, legítimo ou ilegítimo”. *Corrupção, crime organizado e democracia. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Outubro/Dezembro 2001, vol. 9, nº 36, p. 402. ISSN 1415-5400.

Para Edwin Sutherland, o crime de colarinho branco (*white collar crime*) “*may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation*”.¹⁵ Hermann Mannheim tem esse conceito como, em geral, “pacificamente aceite” e o decompõe em cinco elementos: “a) é um crime; b) cometido por pessoas respeitáveis e c) com elevado *status* social; d) no exercício da sua profissão. Para além disso, constitui, normalmente, uma *violação da confiança*”.¹⁶

Consoante Sutherland, três fatores podem explicar a implementação diferencial da lei penal no atinente às grandes corporações. São eles o *status* do homem de negócios, a tendência à não utilização de métodos penais e o ressentimento relativamente inorganizado do público contra crimes de colarinho branco.

Quanto ao primeiro fator, sustenta ele que, representando os métodos empregados no cumprimento de qualquer lei uma adaptação das características dos prováveis infringentes da lei segundo as apreciações dos legisladores e das pessoas ligadas à engrenagem da Justiça, as apreciações referentes aos homens de negócios, visivelmente os prováveis infringentes das leis que combatem o crime de colarinho branco, revelam uma mistura de medo e admiração. O medo dos responsáveis pelo sistema da Justiça penal é de hostilizar os homens de negócios, em virtude do seu poder econômico e da sua capacidade de represália. A admiração possui suas raízes na homogeneidade cultural que os legisladores e magistrados compartilham com os homens de negócios, porquanto os legisladores, *exempli gratia*, admiram e respeitam estes últimos, não podendo enxergá-los como criminosos, já que não combinam com o estereótipo popular do “criminoso”, e acreditando que estes homens de “respeitabilidade” se conformarão à lei como decorrência de pressões muito brandas.

No concernente ao segundo fator, o criminólogo especifica que a tendência ao não uso ou à redução do espaço de métodos penais, cujo avanço mais rápido ocorreu precisamente no campo dos crimes de colarinho branco em contraste com outros

¹⁵ *Ibidem*, p. 7.

¹⁶ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Vol. 2. Trad. de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1984-85], p. 724. Examinando o conceito do crime do colarinho branco em Edwin Sutherland, Gilbert Geis aduz que, na sua opinião, o que sobressai é uma impressão de que o autor “*was most concerned with the illegal abuse of power by upper-echelon businessmen in the service of their corporations, by high-ranking politicians against their codes of conduct and their constituencies, and by professional persons against the government and against their clients and patients*”. GEIS, Gilbert. White-collar crime: what is it? In SHICHOR, David, GAINES, Larry, BALL, Richard (orgs.). *Readings in white-collar crime*. Prospect Heights, Illinois: Waveland Press, 2002, p. 10-11.

delitos, é geralmente visualizada nas seguintes medidas: o abandono de penalidades extremas como morte e tortura; a substituição de métodos penais convencionais por métodos não penais do tipo da suspensão condicional da pena; e a suplementação de métodos penais por métodos não penais, a exemplo das políticas educacionais no interior das prisões. Esta tendência se deve, continua o autor, a um conjunto de mudanças sociais, representadas no ampliado poder da camada socioeconômica mais baixa, alvo tradicional das penalidades; na inclusão no âmbito da legislação penal de uma parte expressiva do estrato socioeconômico mais alto; na maior interação social entre as classes, gerando um clima de maior compreensão e solidariedade; no insucesso dos métodos penais para operar reduções substanciais nas taxas de criminalidade; e no enfraquecimento da concepção psicológica que enfatizava a utilização da dor no controle do comportamento.

Finalmente, sobre o terceiro fator, o do ressentimento relativamente inorganizado do público contra crimes de colarinho branco, indica o sociólogo três motivos para a natureza diversa da relação entre a lei e os costumes nesse domínio:

a) as violações da lei por homens de negócios têm caráter complexo, não consistindo em ataque simples e direto de uma pessoa contra outra – como o são as lesões corporais –, com efeitos difusos, que podem se espalhar por um longo período de tempo e atingir um elevadíssimo número de pessoas, sem que alguém, em particular, sofra muito, em um dado tempo, e exigindo, em muitos casos de crimes de colarinho branco, a apreciação por parte de expertos nos ramos profissionais da verificação do fato sob investigação;

b) os meios de comunicação não exprimem os sentimentos morais organizados da comunidade quanto aos crimes de colarinho branco, parcialmente devido à complexidade destes e à dificuldade de apresentá-los como notícias, mas possivelmente muito mais em razão do fato de tais agências pertencerem a homens de negócios ou serem por eles controladas e de elas próprias se envolverem nas violações de muitas das leis sob comento;

c) as normas regulando o mundo dos negócios e os crimes relacionados se encontram alocadas em uma parte relativamente nova e especializada das legislações, enquanto os delitos tradicionais permanecem inseridos no corpo dos códigos penais regulares, recebendo estes ilícitos a maior atenção dos professores de Direito penal, os quais têm negligenciado o conhecimento da maior parte do Direito penal do Estado moderno, sendo que, de modo semelhante, o público em geral

comumente não possui consciência de muitas das disposições especializadas, daí resultando a falta de organização do ressentimento do público.¹⁷

Tomando a referência de Thorstein Veblen ao “homem pecuniário ideal” e ao “delinquente ideal”, Edwin Sutherland comenta que o primeiro representa a cultura especial do mundo dos negócios, enquanto o segundo é exemplo da cultura especial do submundo, tendo como melhor representante o ladrão profissional,¹⁸ e passa a estabelecer semelhanças e diferenças entre esses dois tipos de criminalidade e os seus respectivos protagonistas.

Primeiramente, afirma ele, no tocante às similaridades, tanto a criminalidade das corporações quanto a dos ladrões profissionais é persistente, de forma que há grande incidência de reincidentes entre os transgressores. O doutrinador constata que nenhuma das medidas aplicadas aos homens de negócios por infringência à lei tem sido muito efetiva no escopo de reabilitá-los ou de desencorajar outros a práticas assemelhadas.

O segundo ponto repousa no reconhecimento de que o comportamento ilícito é muito mais extensivo do que revelam as ações penais e as petições iniciais, significando, por exemplo, que muitas modalidades de violação da lei são perpetradas pela grande maioria das empresas e indústrias, não representando condutas isoladas de um ou alguns homens de negócios colhidos na malha da Justiça, mas práticas reiteradas de muitos, nem sempre processados.

A terceira semelhança consiste na realidade de que o homem de negócios violador das leis reguladoras do mundo dos “colarinhos brancos” habitualmente não perde *status* entre seus colegas, cujas reações são muitas vezes de admiração pelas

¹⁷ Acerca dos três fatores apresentados, determinantes da implementação diferencial da lei penal quanto aos crimes e criminosos de colarinho branco, ver Sutherland, Edwin H. *White collar crime*, p. 56-60.

¹⁸ Mack reporta-se a algumas características do criminoso profissional na concepção inspirada por Edwin Sutherland: “*Cependant nous estimons que les définitions que l'on trouve dans la plupart des écrits théoriques, à la suite de Sutherland, sont encore pleinement valables; c'est-à-dire que les criminels professionnels constituent une élite, une toute petite fraction admirée et faisant partie d'un groupe plus large de malfaiteurs à plein temps; et que le statut de cette élite a été acquis à la suite d'une formation dispensée par leurs supérieurs, ce qui en a fait des spécialistes. Il y a également dans la signification du terme la notion d'intelligence supérieure, ou du moins celle d'un jugement pratique supérieure, qui permet à celui qui en jouit d'éviter les risques du métier, tel l'emprisonnement, plus fréquemment que les autres criminels moins doués*”. MACK, J. A. Le crime professionnel et l'organisation du crime. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Janeiro/Março 1977, nº 1, p. 7. ISSN 0035-1733. Por outro lado, ele sustenta que o principal defeito do estereótipo ínsito na palavra “profissional” reside no fato de este centralizar a atenção na pessoa e na personalidade do criminoso, em detrimento da atenção que deve ser dispensada ao elemento organizacional nos delitos maiores. *Ibidem*, p. 7-8.

práticas do *smart man*. O princípio geral costumeiramente invocado é o de que a violação do código legal não acarreta necessariamente a violação do código dos negócios, de sorte que a perda de prestígio está vinculada à infração do código de negócios e não à infração do código legal, salvo quando coincidentes.

Um quarto traço de aproximação entre os homens de negócios e os ladrões profissionais está na atitude de desrespeito dos dois grupos em relação à lei, ao governo e a membros da estrutura do Estado. Os primeiros usualmente sentem e exprimem menosprezo pela lei, pelo governo e seu pessoal, enquanto os últimos ostentam o mesmo desprezo pela lei, e ainda por policiais, promotores de justiça e magistrados. Esse desprezo pela lei, compartilhado por ambas as categorias, alimenta-se do fato de que esta lhes impede o comportamento reprovado. No caso dos homens de negócios, o pessoal do governo lhes parece uma equipe de políticos e burocratas e as pessoas com autorização para a investigação das práticas de negócios, bisbilhoteiros. Esses homens de “colarinho branco”, que, muitas vezes, veem a promulgação de uma lei e não a sua violação como o autêntico crime, pensam que quanto menos governo melhor, exceto quando pretendem obter favores especiais deste.

Ainda no campo das semelhanças, Edwin Sutherland elenca três aspectos da racionalidade da corporação relacionados com o comportamento ilícito. Em primeiro lugar, as empresas levam em conta dois fatores principais para a escolha dos delitos: o menor perigo de estes serem detectados e identificados e a seleção de vítimas com menor probabilidade de reação. Tanto os crimes das corporações como os furtos profissionais são cuidadosamente selecionados, sendo praticados contra vítimas consideradas fracas como oponentes. Quanto aos delitos das empresas, suas vítimas (consumidores, acionistas, a título ilustrativo) raramente se encontram em situação de travar luta contra a direção daquelas.

O segundo aspecto diz respeito à escolha de delitos de difícil prova, seja no contexto dos criminosos de colarinho branco, seja no dos ladrões profissionais. O ramo da publicidade é um bom exemplo, pois, uma vez que um pouco de propaganda exageradamente elogiosa é admitido como justificável, há dificuldade quanto à obtenção de prova atestando a utilização de propaganda exageradamente elogiosa desarrazoada.

Quanto ao terceiro aspecto, o autor evoca a política das corporações de “dar um jeito” nos casos e processos, à semelhança dos ladrões profissionais que confiam no

dinheiro e na boa relação com um mediador eficiente perante os canais próprios, para explorar uma peça fraca no mecanismo das pessoas necessárias a uma condenação. Como exemplos concretos, o órgão federal da *Food and Drug Administration* (Administração de Alimentos e Drogas) já sofreu pressões de senadores e deputados, com ameaças de corte de verbas, para impedir a aplicação da lei no concernente a determinadas pessoas, e, após a Primeira Grande Guerra Mundial, em face da atuação dinâmica da *Federal Trade Commission* (Comissão Federal do Comércio), o Presidente dos Estados Unidos, procurado por representantes de grandes empresas, substituiu alguns membros da comissão em tela por outros mais solidários com as práticas do universo dos negócios, ocasionando o indeferimento de pleitos formulados contra muitas corporações. Outra tática empregada é a do suborno. E a prática habitual das empresas de fazer um acordo com acionistas minoritários, quando estes propõem uma ação contra a administração daquelas, faz lembrar a indenização do ladrão profissional ao ofendido, pelo furto cometido, com o intuito de deter a persecução penal.¹⁹

Sutherland não olvida as diferenças entre o crime de colarinho branco e o furto profissional, identificando as principais nas concepções dos transgressores sobre si próprios e do público sobre estes:

The professional thief conceives of himself as a criminal and is so conceived by the general public. Since he has no desire for a favorable public reputation, he takes pride in his reputation as a criminal. The businessman, on the other hand, thinks of himself as a respectable citizen and, by and large, is so regarded by the general public.²⁰

São deveras emblemáticas, no tocante às concepções dos criminosos de colarinho branco sobre si próprios, as declarações do empresário e colaborador Joesley Batista, da JBS, um dos envolvidos nos crimes investigados na Operação Lava-Jato:

¹⁹ Sobre as similaridades expostas, entre a criminalidade dos agentes do “colarinho branco” e a dos ladrões profissionais, ver SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime*, p. 227-229, 236-239.

²⁰ *Ibidem*, p. 230.

Mas a lei 12.850 fala algo simples: ‘Quatro pessoas que se juntam e cometem crime de qualquer natureza formam uma organização criminosa’. Pode ser crime de caixa dois, de evasão de divisas – crimes empresariais, crimes que as empresas cometem, quer dizer, que eu cometia, pelo menos. Mas isso a gente não encarava como crime. Na nossa lógica, no máximo, a gente tinha sonegado um imposto. Mas lá dizia que eu tomava parte em uma organização criminosa. Uma coisa que eu achava que só fazia quem traficava armas, drogas – organização criminosa era o PCC.²¹

Os homens de negócios, na avaliação de Sutherland, não se veem como enquadrados no estereótipo do “criminoso” ainda quando violam a lei. Por outro lado, usualmente pensam em si mesmos como “violadores da lei” – um eufemismo, sem dúvida –, contudo o fazem com orgulho, jactando-se, em suas relações particulares, pela prática de tais violações, porque a lei e não a sua infringência é que lhes parece reprovável. São apoiados por seus colegas nessas violações, o que lhes assegura uma consciência que geralmente não os incomoda. O sentimento de vergonha pelas práticas de negócios desleais, quando existente, parece reservado, mais amiúde, aos homens de negócios mais jovens, por não haverem assimilado ainda, completamente, a mentalidade e as atitudes peculiares ao reino dos negócios.

Sustenta o sociólogo que a concepção de alguém sobre si próprio como criminoso se assenta sobre uma caracterização geral e um tipo ideal. Como, prossegue ele, dois dos fatores mais determinantes para a identificação do eu com o tipo ideal correspondem ao tratamento oficial como criminoso e à associação pessoal íntima com aqueles que enxergam a si mesmos como criminosos, a conclusão é de que o criminoso do “colarinho branco” não se julga um criminoso, porquanto ele não é submetido aos mesmos procedimentos oficiais reservados a outros violadores da lei e, mercê de seu *status* social, não se envolve e não é envolvido em associação pessoal íntima com aqueles que se autodenominam criminosos.

Não são apenas os homens de negócios que repudiam a identificação como criminosos; o público também, em geral, lhes recusa o enquadramento no estereótipo, sendo a sua concepção associada algumas vezes à ideia do *status*, e este

²¹ BATISTA, Joesley. Descobri que eu era um criminoso. Entrevista concedida a Thaís Oyama. *Veja*, 6 Setembro 2017, ano 50, nº 36, edição 2546, p. 42.

aparentemente alicerçado na detenção de poder. O público, é claro, não atribui ao homem de negócios, em princípio, o cultivo de altos padrões de honestidade e de escrupulosidade na observância da lei, mas, devido ao seu *status* baseado no poder, não consegue visualizá-lo como criminoso, isto é, o típico, como o ladrão profissional.²²

Objetivando a proteção de suas reputações, os homens de negócios promovem justificativas e racionalizações – como a de que todo mundo faz propaganda exageradamente elogiosa de suas mercadorias, para descaracterizar o caráter reprovável da fraude na publicidade –, cuja função é a ocultação do fato do crime, rechaçando, *exempli gratia*, o uso de palavras que denotem pejorativamente a natureza de suas práticas, como “desonesto” e “fraudulento”, e estimulando a sua substituição por palavras e expressões eufemísticas.²³ Nesse sentido, o homem de negócios e o ladrão profissional se distanciam.²⁴

Outra estratégia dos homens de negócios em prol da salvaguarda de suas reputações é o seu esforço no sentido de uma implementação diferente das leis a eles aplicáveis, mediante substituições dos procedimentos cabíveis por outros menos estigmatizantes, posto que não desejam ser presos por policiais, nem ser forçados ao comparecimento perante uma corte penal, ou tampouco ser condenados pelo cometimento de delitos.

Para preservar o *status* e a concepção de não enquadramento no mundo criminoso, as empresas também empregam expertos em Direito, bem como em relações públicas e propaganda. O porta-voz dos homens de negócios, o qual equivale ao advogado que defende o ladrão profissional contra acusações específicas, desempenha uma função de caráter bem mais inclusivo, que é a de influenciar a promulgação e a aplicação da lei no respeitante a seus clientes, de

²² A respeito das diferenças apontadas, entre a criminalidade dos agentes do “colarinho branco” e a dos ladrões profissionais, ver SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime*, p. 230-232.

²³ Louk Hulsman, todavia no contexto de sua proposta abolicionista do sistema penal, é um dos autores que salientam o poder estigmatizante das palavras e a necessidade de mudança de linguagem, mas sem a conservação das velhas categorias nas novas palavras e expressões. HULSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. de Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Niterói: Luam, 1997, p. 95-96.

²⁴ “*The policy of corporations is general public adherence to the law and secret defections from the law. In this respect the businessman is quite different from the professional thief. In professional theft the fact of crime is a matter of direct observation, and the important problem for the thief is to conceal his identity in order to avoid punishment but not in order to maintain his status in the general public. In white collar crime, on the other hand, the important problem for the criminal is to conceal the fact of crime, since the identity of the firm which violates the law is generally known*”. SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime*, p. 232.

antecipadamente recomendar a estes os métodos passíveis de utilização com relativa impunidade e de defendê-los duplamente, tanto perante os tribunais, quanto perante o público, diante de acusações específicas que lhes forem feitas.²⁵

Em um dos capítulos finais de seu livro *White collar crime*, o autor assegura que os dados disponíveis, conquanto não possibilitem uma explicação completa do crime de colarinho branco, sugerem que a sua gênese está no mesmo processo geral aplicável a outras espécies de comportamento criminoso, ou seja, a associação diferencial, que, na sua visão, a despeito de não fornecer, como hipótese, uma explicação total ou absoluta do fenômeno do crime de colarinho branco ou de qualquer outro, é talvez a que melhor se ajuste aos dados sobre tais crimes, em contraste com outras hipóteses gerais.²⁶

Sendo um processo de associação diferencial, os homens de negócios, além de expostos a definições em favor da prática do crime de colarinho branco, encontram-se isolados de definições hostis a tal delito e protegidos contra estas. Mesmo crescendo em um lar onde a honestidade é estabelecida como virtude, tais ensinamentos domésticos exibem pouca relação explícita com as práticas dos negócios, até porque aqueles que as classificam como indesejáveis e ilícitas são usualmente tidos como “comunistas” ou “socialistas”, o que praticamente lhes retira qualquer poder de influência de suas definições.

Os meios de comunicação, embora prossigam frequentemente definindo as infrações comuns do Código Penal de uma forma assaz crítica, não dedicam o mesmo tratamento ao crime de colarinho branco e aos seus perpetradores, por vários motivos, entre os quais: a inegável homogeneidade existente nos padrões e princípios compartilhados pelos proprietários e dirigentes dos jornais mais destacados e das

²⁵ Ver *ibidem*, p. 233-234.

²⁶ *Ibidem*, p. 240. Sutherland passa então a desenvolver uma teoria sobre o crime de colarinho branco, aproveitando para expor, em dado momento, a anatomia simplificada da associação diferencial no caso do criminoso em questão: “*White collar criminals, like professional thieves, are seldom recruited from juvenile delinquents. As a part of the process of learning practical business, a young man with idealism and thoughtfulness for others is inducted into white collar crime. In many cases he is ordered by managers to do things which he regards as unethical or illegal, while in other cases he learns from those who have the same rank as his own how they make a success. He learns specific techniques of violating the law, together with definitions of situations in which those techniques may be used. Also, he develops a general ideology. This ideology grows in part out of the specific practices and is in the nature of generalization from concrete experiences, but in part it is transmitted as a generalization by phrases such as “We are not in business for our health,” “Business is business,” and “No business was ever built on the beatitudes.” These generalizations, whether transmitted as such or constructed from concrete practices, assist the neophyte in business to accept the illegal practices and provide rationalizations for them*”. *Ibidem*, p. 245.

corporações de radiodifusão e cinema, *exempli gratia*, que constituem grandes empresas capitalistas, e pelos dirigentes de outras corporações; o fato de a receita mais significativa destas agências de comunicação provir dos anúncios e demais instrumentos publicitários de outras empresas, resultando uma eventual adoção de linha crítica das práticas dos negócios em geral ou de corporações específicas em uma provável perda de expressiva parcela da receita aludida; e o envolvimento das próprias empresas de comunicação em violações da lei enquadráveis como crimes de colarinho branco, como concorrência desleal, propaganda enganosa e outras.

Não somente os meios de comunicação protegem os homens de negócios e suas empresas de severas críticas e da estigmatização do crime; também membros da estrutura do Estado o fazem, de que é exemplo a implementação diferencial das leis, como a opção, no contexto americano, por procedimentos perante o Juízo de Equidade para homens de negócios acusados de concorrência desleal e por procedimentos penais para sindicalistas enfrentando acusações semelhantes. Esta posição menos crítica dos integrantes do Estado e do governo com referência aos homens de “colarinho branco”, em comparação com o tratamento dispensado às pessoas da camada socioeconômica mais baixa, é produto, consoante o doutrinador, de diversas relações:

a) a homogeneidade cultural existente, de modo geral, entre os membros do governo e os homens de negócios, ambos pertencentes às classes mais altas da sociedade;

b) a presença de homens de negócios, como membros, nas famílias de muitos integrantes do governo;

c) a frequente existência de amizade pessoal ligando muitos homens de negócios a componentes do governo;

d) a presença de muitas pessoas em posições no governo, como executivos, diretores, advogados e outros, com ligações, no passado, com firmas e empresas;

e) o desejo de muitas pessoas situadas no governo de garantir emprego nas firmas ou empresas após o encerramento de sua participação naquele;

f) o grande poder das corporações na sociedade americana, objeto de seu estudo, com sua capacidade de promover ou prejudicar os programas de interesse do governo;

g) a íntima conexão entre o programa do governo e os partidos políticos, cujo sucesso nas campanhas eleitorais depende da contribuição de grandes somas providas de importantes homens de negócios.²⁷

Concluindo, o sociólogo observa a pouca importância das leis no controle do comportamento no mundo dos negócios, salvo se apoiadas por uma administração com disposição política para combater o comportamento ilegal. E esta, por seu turno, ostenta pouca força para deter tal tipo de comportamento, salvo se apoiada por um público disposto ao cumprimento da lei.²⁸

Por fim, João Marcello de Araujo Junior assim compõe o perfil do criminoso de colarinho branco:

Senão todos, pelo menos a grande maioria dos crimes econômicos são praticados por indivíduos que, em razão de seus negócios possuem uma especial habilidade no trato da sempre crescente complexidade da vida econômica. Os autores de delitos econômicos são homens que, em geral, pertencem às classes sociais mais poderosas, que desfrutam de boa estima pública, que exercem atividades reputadas importantes e, como lembra Fernandez Albor, quase sempre não consideram suas condutas como criminosas, mas sim, como “simples negócios”. São pessoas socialmente ajustadas, que possuem aquela “...especial destreza para os negócios...” a que se referiu Lampe e, por isso, se aproveitam das disfunções do sistema econômico para obter lucros extraordinários, pondo em risco a confiança e a segurança da ordem econômica.

As condutas criminosas praticadas no contexto das atividades da vida dos negócios revelam em seus autores, um profundo desprezo pela ordem jurídica.

O delinqüente econômico não é um marginalizado social, um desvalido da sorte, que precisa buscar no crime a satisfação de

²⁷ Ver SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime*, p. 250-252. O criminólogo sintetiza as relações determinantes da posição menos crítica dos membros do governo contra os homens de “colarinho branco”, *ipsis litteris*: “Thus, the initial cultural homogeneity, the close personal relationships, and the power relationships protect businessmen against critical definitions by government”. *Ibidem*, p. 252.

²⁸ *Ibidem*, p. 256-257.

necessidades primárias. Por isso sua conduta revela um extraordinário desdém pela ordem jurídica.²⁹

Conclusão

As concepções de Freud e Alfred Adler sobre a natureza e a motivação do delito e a teoria da associação diferencial, de Edwin Sutherland, oferecem explicações que se completam na apresentação de um retrato criminológico bastante acurado das principais características do crime de colarinho branco, em busca de uma maior compreensão das semelhanças e diferenças entre a criminalidade dos indivíduos das classes sociais mais baixas e a criminalidade dos indivíduos das classes mais altas, com seus colarinhos não tão imaculadamente brancos, vulneradora de diversas espécies de direitos humanos.

Referências Bibliográficas

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Os crimes contra a ordem econômica no esboço de nova Parte Especial do Código Penal de 1994 (características gerais). In PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). *Justiça penal – 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 219-262.

BATISTA, Joesley. Descobri que eu era um criminoso. Entrevista concedida a Thaís Oyama. *Veja*, 6 Setembro 2017, ano 50, nº 36, edição 2546, p. 40-47.

BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1997.

BRONZATTO, Thiago. A farra terminou. *Veja*, 6 Junho 2018, ano 51, nº 23, edição 2585, p. 68-69.

BRONZATTO, Thiago. Petequeiros do trabalho. *Veja*, 13 Junho 2018, ano 51, nº 24, edição 2586, p. 42-43.

²⁹ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. “Os crimes contra a ordem econômica no esboço de nova Parte Especial do Código Penal de 1994 (características gerais)”. In PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). *Justiça penal – 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 228-229.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juruá, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramallete. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987. Título do original francês: *Surveiller et punir*.

FREUD, Sigmund; José Octávio de AGUIAR (trad.). *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FREUD, Sigmund; Órizon Carneiro MUNIZ (trad.). *Totem e tabu*. Rio de Janeiro: Imago, 1999.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. A moderna Criminologia 'científica' e os diversos modelos teóricos. *Biologia Criminal, Psicologia Criminal e Sociologia Criminal*. In GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 171-299.

GEIS, Gilbert. White-collar crime: what is it? In SHICHOR, David, GAINES, Larry, BALL, Richard (orgs.). *Readings in white-collar crime*. Prospect Heights, Illinois: Waveland Press, 2002, p. 7-25.

HULSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. de Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Niterói: Luam, 1997. Título do original francês: *Peines perdues: le système pénal en question*.

LYMAN, Michael D., POTTER, Gary W. *Organized crime*. 2nd ed. New Jersey: Prentice Hall, 1999.

MACK, J. A. Le crime professionnel et l'organisation du crime. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Janeiro/Março 1977, nº 1, p. 5-18. ISSN 0035-1733.

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Vol. 2. Trad. de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1984-85].

SCHILLING, Flávia. Corrupção, crime organizado e democracia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Outubro/Dezembro 2001, vol. 9, nº 36, p. 401-409. ISSN 1415-5400.

SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime: the uncut version*. New Haven/London: Yale University Press, 1983.

SUTHERLAND, Edwin H., CRESSEY, Donald R., LUCKENBILL, David F. *Principles of criminology*. 11th ed. New York: General Hall, 1992. (The Reynolds Series in Sociology).

Articulação entre a medida tutelar de internamento e o sistema de promoção e protecção - a supervisão intensiva e o acompanhamento pós internamento na definição da importância da família (algumas notas brevíssimas)

Articulation between the measure of internment in an educational centre and the system of promotion and protection - intensive supervision and post-internment follow-up in the definition of the family importance (some very brief notes)

Ana Rita ALFAIATE¹

Resumo: Só um sistema integrado de promoção e protecção e tutelar educativo poderá garantir que as crianças e jovens são adequadamente protegidos quando termina a intervenção tutelar. A ideia não é nova e permitirá manter presente que a educação para o direito e para o respeito pelas normas é essencial para que não exista reincidência. Uma intervenção isolada do sistema tutelar educativo não surtirá os mesmos efeitos se, depois de cumprida a medida, a criança ou jovem regressar, sem qualquer tipo de apoio, ao meio que potenciou os episódios que determinaram a intervenção. Isto é tanto mais evidente quando o menor esteve afastado desse meio durante algum tempo, na sequência de um internamento.

Parece hoje mais ou menos evidente que não é o endurecimento da medida que determinará o sucesso da intervenção tutelar e que haverá vantagem numa progressiva autonomização da criança ou jovem relativamente ao Centro Educativo, no sentido da sua aproximação ao seu meio, aquele em que é expectável que venha a (re)inserir-se. Para isso, poderá haver vantagens na antecipação do momento da saída do Centro, ainda que condicionada ao cumprimento de determinadas obrigações ou regras de conduta.

Os artigos 158.^o-A e 158.^o-B da LTE, introduzidos em 2015, vêm destacar a importância do acompanhamento da criança ou jovem no momento dessa saída e de regresso ao seu meio natural de vida (ou a casa de autonomia, quando o meio natural de vida não seja uma efectiva alternativa de protecção). Sublinha-se, no entanto, que o envolvimento dos pais ou de outras pessoas significativas para a criança ou jovem será um precioso auxiliar durante esse regresso. Na nossa opinião, diagnosticar que a fragilidade desse momento pode constituir indício de um perigo lato senso considerado permitirá legitimar uma intervenção de promoção e protecção até aqui timidamente usada.

Palavras Chave: Tutelar Educativo, Promoção e Protecção, Crianças, Jovens, Supervisão, Acompanhamento, Família

¹ Doutora em Direito pela FDUC, onde exerce funções docentes. Professora Auxiliar convidada da UPT. Membro integrado (investigadora) do Instituto Jurídico da FDUC e investigadora do Centro de Direito da Família da mesma Faculdade.

Abstract: Only a joint system of promotion and protection and educational guardianship can ensure that children and young people are adequately protected when they finish the guardianship intervention. The idea is not new and will make it possible to keep in mind that education for law and respect for norms is essential so that there is no recurrence. An isolated intervention of the educational guardianship system does not have the same effects if, after complying with the measure, the child or young person returns, without any kind of support, to the environment that potentiated the episodes that determined the intervention. This is all the more evident when the minor has been away from this context for some time, following an internment. It seems evident today that it is not the hardening of the measure that will determine the success of the educational intervention and that they have an advantage in a progressive autonomy of the child or young person in relation to the Educational Center, in the sense of its approach to its environment, in which it is expected that it will (re)insert itself. For this, there may be advantages in anticipating the moment of departure from the Center, even if conditioned to the fulfillment of certain obligations or rules of conduct. Articles 158.º A and 158.º B of the LTE, introduced in 2015, highlight the importance of accompanying the child or young person at the time when the departure and return to their natural environment of life (or the house of autonomy, when the natural context of life is not an effective alternative of protection). It should be stressed, however, that the involvement of parents or other persons significantly for the child or young person will be a valuable aid during that return. In our opinion, diagnosing the fragility of that moment may be an indication of a danger and could help to consider an intervention of promotion and protection until now timidly used.

Keywords: Educational Guardianship Law, Promotion and Protection, Children, Youth, Supervision, Accompaniment, Family

Introdução

Não é nova a ideia de que só um sistema integrado de promoção e protecção e tutelar educativo poderá garantir que as crianças e jovens se encontram adequadamente protegidos quando termine a intervenção tutelar e em condições de manterem presente a educação para o direito que é essencial para que não reincidam na delinquência.

Uma intervenção estanque do sistema tutelar educativo não surtirá os mesmos efeitos se, depois de cumprida a medida, a criança ou jovem regressar, sem qualquer tipo de apoio, ao meio que potenciou os episódios que determinaram a intervenção. Isto é tanto mais evidente quando o menor esteve afastado desse meio durante algum tempo, na sequência de um internamento.

Parece hoje mais ou menos evidente que não é o endurecimento da medida que determinará o sucesso da intervenção tutelar² e que haverá vantagem numa progressiva autonomização da criança ou jovem relativamente ao Centro Educativo no sentido da sua aproximação ao meio em que é expectável que venha a (re)inserir-se. Para isso, poderá haver vantagens na antecipação do momento da saída do Centro, ainda que condicionada ao cumprimento de determinadas obrigações ou regras de conduta.

Os artigos 158.º-A e 158.º-B da LTE, introduzidos em 2015, vêm destacar a importância do acompanhamento da criança ou jovem no momento dessa saída e de regresso ao seu meio natural de vida (ou a casa de autonomia, quando o meio natural de vida não surja como alternativa de protecção). Sublinha-se, no entanto, que o envolvimento dos pais ou de outras pessoas significativas para a criança ou jovem será um precioso auxiliar durante esse regresso. Na nossa opinião, diagnosticar que a fragilidade desse momento pode constituir indício de um perigo *lato senso* considerado permitirá legitimar uma intervenção de promoção e protecção até aqui timidamente usada.

Não é nova, entre nós, a preocupação com o envolvimento das famílias nos processos de promoção dos direitos e de protecção das crianças e jovens,³ sendo disso evidência o facto de o legislador insistir na subsidiariedade das medidas de colocação face a todas aquelas cuja execução não implique uma ruptura com o meio natural de vida.⁴ Parece, pois, consensual, que, sempre que possível, a medida aplicada deva ser a medida de apoio juntos dos pais, logo seguida do apoio junto de outro familiar. As demais medidas surgem, para além de subsidiariamente,

² Tomando posição crítica sobre a possibilidade de endurecimento do direito de menores, com equiparação progressivamente mais prematura entre as respostas neste tipo de intervenção e na intervenção jurídico-criminal em adultos, em Espanha, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «Es conveniente un endurecimiento del Derecho Penal juvenil?: una toma de posición crítica», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LV, Fasc. 1, 2002, pp. 285 a 317; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, «Endurecimiento simbólico de la ley penal del menor?», *Anuario de Justicia de Menores*, n.º VI, 2006, pp. 11 a 56; e ainda POLAINO – ORTS, Miguel, «La irrupción del derecho penal del enemigo en la legislación penal de menores», *Crónica Jurídica Hispalense / Derecho penal*, n.º 5, 2007, pp. 319 a 378.

³ Para maiores desenvolvimentos sobre as especificidades da intervenção nesta matéria, por todos, CLEMENTE, Rosa, *Inovação e modernidade no direito de menores. A perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 16, Coimbra, Coimbra Editora, 2009 e GUERRA, PAULO, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*, Almedina, 2016.

⁴ Sobre os critérios de escolha das medidas na experiência das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, entre outros, ALFAIATE, Ana Rita, RIBEIRO, Geraldo Rocha, «Sistema de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens. Debate com as Comissões: Relatório (2008 e 2009)», *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, Coimbra Editora, Janeiro – Junho de 2010, pp. 121 a 157.

obedecendo ainda a uma hierarquização onde a entidade privilegiada continuará a ser uma família (já não a família natural da criança ou jovem, mas ainda uma família). As medidas de colocação, donde emerge, desde logo, a residencialização (numa nomenclatura mais actual) – institucionalização são, pois, um último recurso no elenco de hipóteses e sempre com carácter tão temporário quanto o exija a espera pela recuperação da família biológica ou o encontro de uma outra família capaz de executar um projecto de vida adequado à criança ou jovem em causa.

Este, contudo, é cada vez menos espaço isolado no horizonte das atenções do legislador na defesa do superior interesse das crianças e jovens. Especialmente atento à Infância e Juventude, até do ponto de vista legal, com a primeira Lei de Protecção à Infância datada de 1911,⁵ é desde 1999 que, em Portugal, a especificidade das crianças e jovens que praticam factos qualificados pela lei como crime tem merecido especial empenho legislativo, doutrinal e jurisprudencial. Fruto desse mesmo empenho, conhecemos, recentemente, a alteração de 2015⁶ à Lei Tutelar Educativa (LTE)⁷ que, procurando resolver alguns aspectos até então por pacificar no plano dogmático e da prática judiciária⁸, apresenta ainda as duas novas figuras de que, neste escrito, nos propomos ocupar, deixando-se, no entanto, muito claro, que também na LTE se promove a subsidiariedade das medidas institucionais, procurando-se, sempre que possível, beliscar o mínimo da vida em família daquela criança ou jovem.⁹

⁵ Sobre a evolução sentida nesta matéria, vide GERSÃO, Eliana, «Um século de justiça de menores em Portugal. No centenário da Lei de Protecção à Infância, de 27 de Maio de 2011», in *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo (Orgs.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1365 e ss, mas também LEANDRO, Armando Gomes, «Direito e direito dos menores. Síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal», *Infância e Juventude*, 90.1, 1990, pp. 9 a 34 e MOURA, José Adriano Souto de, «A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 91 a 119. Para uma contextualização histórica do problema, MARTINS, Cláudia, «A evolução do sistema legal de protecção das crianças e jovens em perigo em Portugal: das Ordenações Afonsinas ao século XVIII», *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 14, 2010, pp. 51 a 72.

⁶ *Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final*, (Leonor Furtado - Presidente do grupo de trabalho de alteração à Lei Tutelar Educativa), Bubok, Março de 2013.

⁷ Para uma análise mais aprofundada da lei, por todos, RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003 e, na sua redacção actual, DIAS, Cristina, SANTOS, Margarida e CARMO, Rui do (Coord.), *Lei Tutelar Educativa Anotada*, Edições Almedina, Novembro de 2018.

⁸ Entre outros, AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria de, «Intervenção tutelar educativa (antinomias do sistema e trilhos do futuro)», *Lex Familiae*, Ano 10, n.º 19, 2013, pp. 51 a 65.

⁹ Sobre as medidas tutelares educativas, em concreto, GUERRA, Paulo, «Medidas tutelares educativas institucionais e não institucionais – execução e acompanhamento», in *Direito Tutelar de Menores*, O

A supervisão intensiva e o acompanhamento pós internamento, mantendo a atenção dos serviços sobre a criança ou jovem, resultam como indesmentível conquista na sedimentação daquele que é o propósito do processo tutelar educativo e que podemos resumir na expressão “educação para o direito”,¹⁰ mas com o compromisso da família e do meio.

Cumprido, pois, olhar a importância da família, sublinhando que é no seio desta que, preferencialmente, deverá ocorrer aquela transição para a liberdade, seja a coberto da figura da supervisão intensiva, seja em face de um acompanhamento pós internamento. Legalmente, encontrávamos já outros momentos de demanda dos pais, representantes legais ou guardião de facto em sede de LTE - no momento da escolha da medida (artigo 6.º/1; 104.º/2, b)), na confiança do menor prévia à sua apresentação a juiz (artigo 54.º), na definição da suspensão do processo (artigo 84.º/2), na execução de medidas não institucionais (artigos 140.º/3; 142.º/3; entre outros) e em figuras como as medidas cautelares (artigo 57.º) ou a execução participada (artigo 22.º/1).

Parece, pois, cada vez mais notória a vantagem, sempre que possível, de um trabalho simultâneo com a criança ou jovem e a sua família. Permitir que a intervenção do Estado se faça apenas numa destas frentes é prestar um mau serviço, quer à educação global do menor (também para o direito), quer à sua (res)socialização, enquanto finalidade reflexa de uma medida tutelar, quer ainda à figura constitucional da protecção generalizada da infância, da juventude, da família e até da comunidade. Assim sendo, é importante que, na determinação do melhor local para o internamento, atendendo, naturalmente, às características do sujeito em mãos, não se desconsidere,

sistema em mudança, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 183 a 193; MARTINS, José Norberto, «Medidas tutelares educativas, sua execução e acompanhamento», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 175 a 181; OLIVEIRA, Jorge, «Medidas tutelares educativas – uma visão institucional», in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós- Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 361 a 385.

¹⁰ Numa perspectiva mais holística do trabalho a desenvolver com estas crianças e jovens, com especial destaque para a influência do meio, sempre CARVALHO, Maria João Leote de: «Entre as malhas do desvio: jovens, espaços, trajectórias e delinquências», 2003 (art. gentilmente cedido pela autora); «Jovens, espaços, trajectórias e delinquências», *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 49, 2005, pp. 71 a 93; «Juventude e risco social: uma questão de olhar(es)?», 2008 (art. gentilmente cedido pela autora); «Lei tutelar educativa – desafios e constrangimentos: contextos, protagonistas e administração da justiça», 2009 (art. gentilmente cedido pela autora); *Do outro lado da cidade. Crianças, socialização e delinquência em bairros de realojamento*, Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2010, disponível em <http://run.unl.pt/handle/10362/6132>

também, uma certa proximidade geográfica daqueles que poderão assumir-se como rede no momento do regresso ao meio natural de vida. Durante a execução da medida, é importante não só comunicá-las, mas sobretudo discutir as estratégias de melhoria das condições concretas do decurso, por exemplo, de um internamento e dos efeitos deste na criança ou jovem alvo da intervenção. Em suma, o compromisso das pessoas de referência que eventualmente existam na vida da criança ou jovem, sejam pais ou não, deve ser privilegiado em todos os momentos do processo tutelar educativo.

Destacamos, por ora, por ser nesse caso que as novas figuras encontram acolhimento, a medida de internamento e, nesta, aquela que é executada em regime fechado,¹¹ partindo dela para uma tentativa de aproximação ao problema que nos ocupa e que sublinha a vital importância da estreita articulação entre processos tutelares educativos e de promoção e protecção.¹²

Não é impossível, por certo, imaginar casos da vida em que a criança ou jovem, demandando a intervenção tutelar educativa, não reúne os necessários pressupostos para a acção das entidades competentes em matéria de promoção e protecção. Não será, ainda assim, dessa realidade que muitos casos serão nascidos, razão pela qual vale a insistência na articulação prática de ambas as leis (e que, na LTE, encontramos vertida também, por exemplo, no artigo 43.º/1, c)).

O processo de promoção e protecção de que é sujeito a criança ou jovem que esteve internado resultará, em muitos casos, da reabertura de processo pré-existente e que, na nossa opinião, não encontra justificação para arquivamento pelo simples facto de, a determinada altura, a criança ou jovem ter sido internado. Nestas hipóteses, o processo será, naturalmente, reaberto na entidade que dele já se ocupava e que, de acordo com as regras da apensação (artigo 81.º da Lei de

¹¹ Sobre o tema, incontornável DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes - A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005; e, do mesmo autor, «Privação de liberdade na justiça juvenil: contornos de problemas entre meios e fins», *Julgar*, n.º 22, Janeiro – Abril de 2014, pp. 75 a 95. Para uma visão desta realidade em Espanha, todos de CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz: *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006; e ainda *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*, Dykinson, 2007.

¹² Detidamente sobre isso mesmo, VIDAL, Joana Marques, «Processos tutelares: que articulação?», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 159 a 173. Sobre estes processos, entre outros, BOLIEIRO, Helena, GUERRA, Paulo, *A criança e a família-uma questão de direito(s). Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, 2.ª ed. (actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP)), será o Tribunal, na medida em que, havendo processo tutelar educativo (mesmo não tendo havido, até aí, qualquer outro processo judicial), inevitavelmente, a gestão de processos estará a ser feita por um juiz. Quando assim não suceda, ou por inexistência de processo prévio, ou por se estar perante uma situação de perigo nova, tendo a anterior sido completamente resolvida, daí tendo resultado um arquivamento do processo existente, caberá abrir um novo processo.

A intervenção no âmbito da promoção e protecção poderá, assim, ter lugar nos seguintes casos: 1) existindo processo de promoção e protecção (PPP) prévio ao internamento, este manteve-se e está ativo durante a supervisão intensiva ou o acompanhamento pós internamento; 2) existindo PPP prévio ao internamento, este foi suspenso, mas é justificadamente reaberto durante a execução da medida, para o período de supervisão intensiva, ou no fim do internamento, para o período de acompanhamento; 3) existindo PPP prévio ao internamento entretanto arquivado por ter sido absolutamente afastada a situação de perigo, ou não existindo PPP prévio ao internamento, é aberto novo PPP durante o período de supervisão intensiva ou de acompanhamento pós internamento, perante o diagnóstico de uma nova situação de perigo.

A lei apresenta os artigos 158.^o-A e 158.^o-B em alternativa, não sendo possível que a mesma criança ou jovem goze de um período de supervisão intensiva e possa receber acompanhamento pós internamento. E, sendo assim, parece ser de privilegiar a supervisão intensiva relativamente ao acompanhamento pós internamento, na medida em que no primeiro caso estamos perante uma antecipação do momento de saída da criança ou jovem do Centro Educativo, potenciando a educação para o direito por meio de expedientes menos invasivos na vida da criança ou jovem e da sua família. No caso do acompanhamento pós internamento, como o próprio nome indica, a criança ou jovem cumpre todo o tempo de medida tutelar de internamento estabelecido, sendo, depois disso, acompanhada no seu regresso à liberdade. Naturalmente, então, nada obstando à antecipação daquele regresso da criança ou jovem ao meio não institucional, entendemos que essa deverá ser sempre a escolha a fazer.

De todo o modo, a supervisão intensiva pode não acontecer, por não estarem reunidos os pressupostos para uma decisão favorável nesse sentido e, ainda que ocorra, poderá não ter lugar junto da família da criança ou jovem, desde logo porque

não estão reunidas as necessárias condições para que exista a integração deste no seu meio natural de vida.¹³ A possibilidade, ainda assim, mesmo que remota, de experimentar com relativo sucesso esta supervisão no ambiente familiar da criança ou jovem deve, em nosso entender, sobrelevar-se, sempre que possível, a todas as outras.

Quando, durante a execução da medida de internamento, surja, então, a possibilidade de supervisão intensiva, em antecipação do termo da medida, potenciar o envolvimento da família na escolha de um projecto de vida adequado para a criança ou jovem acaba por funcionar como crivo dos casos de maior sucesso. Amparado pelos seus, premiado com a possibilidade de, sendo responsável, não se ver privado de liberdade até ao termo do prazo definido judicialmente, a criança ou jovem reunirá, inevitavelmente, melhores ferramentas de combate à “reincidência”.¹⁴ Re-delinquir torna-se menos atractivo quando a criança ou jovem se reconhece como pertença a um grupo de pessoas genuinamente empenhadas na sua recuperação.

Os serviços de reinserção social assumem um importante papel quer no encaminhamento dos casos para a supervisão intensiva, quer na monitorização do sucesso desta supervisão, cabendo-lhes a tarefa fundamental de dar conta das evoluções e involuções de todo o processo ao Tribunal. São ainda estes serviços que preparam e executam o plano de reinserção social da criança ou jovem. Sublinha, no entanto, o n.º 8 do artigo 158.º- A da LTE que não são alheios a este plano de reinserção social a própria criança ou jovem, os pais ou outras pessoas de referência significativa para o menor. A lei não fala, a este propósito, de qualquer intervenção protectora, remetendo para os serviços de reinserção social o acompanhamento em causa. Parece-nos, contudo, que não é vedado ao intérprete o entendimento segundo o qual, na fragilidade de um recomeço, não será ilegítima a intervenção que,

¹³ Sobre as casas de autonomia a que se refere o artigo, veja-se o DL 42/2918, de 12 de Junho, que regula as suas condições de instalação e funcionamento. Importa notar, no entanto, que, a 7 de Janeiro de 2018, o Jornal Público fazia notícia do facto de, três anos depois de aprovada a nova redacção da LTE, a supervisão intensiva ter acontecido apenas duas vezes. Dava conta de que não existiam as casas de autonomia previstas na lei e que os dois únicos casos de supervisão intensiva tinham, pois, ocorrido junto da família. Ouvidos vários especialistas, considerou-se, por unanimidade, que o estado actual do investimento público em matéria de infância e juventude no nosso país deixa adivinhar muitas dificuldades na concretização destas casas.

¹⁴ Para uma análise pormenorizada deste fenómeno, CÓIAS, João, BASTOS, Maria Alice, PRAL, Catarina e PRATAS, Miguel, «Estudo da reincidência e ajustamento social dos jovens ofensores alvo de medidas de acompanhamento educativo e de medida de internamento – Follow-up 2017», *in Sombras e Luzes- Revista da Direcção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais*, n.º 1, 2018, pp. 81 a 111.

reconhecendo a não taxatividade das hipóteses avançadas pelo n.º 2 do artigo 3.º da LPCJP, diagnostica uma situação de perigo no regresso da criança ou jovem ao meio donde emergiu o episódio que desencadeou a intervenção tutelar educativa.

Subsidiariamente, entendemos nós, surge a figura do acompanhamento pós internamento, descrita no artigo 158.º-B da LTE e que obriga ao cumprimento integral do tempo de internamento. Esta solução, porém, não parece, aos nossos olhos, isenta de críticas. Na realidade, ao estabelecer-se, legalmente, a sua obrigatoriedade (a lei utiliza a peremptória expressão “os serviços de reinserção social acompanham o regresso do menor à liberdade”), soçobra o argumento de que, no momento da decisão quanto à medida a aplicar, a criança ou jovem pode antecipar o tipo e o tempo de intervenção de que será alvo. Parece oportuno questionar, pois, a pertinência da intervenção tutelar após o internamento, na medida em que esta, não podemos deixar de o dizer, poderá representar uma intromissão injustificada na vida do jovem (e da sua família). Ainda assim, e se ultrapassada esta objecção inicial, cabe destacar a importância da forma expedita como o legislador interpretou a virtualidades da articulação dos sistemas, promovendo, no n.º 3 do artigo 158.º-B, que

os serviços de reinserção social avaliam as condições de integração do menor no seu meio natural de vida, e propõem fundamentadamente, sendo caso disso, junto da Comissão de Protecção de crianças e jovens territorialmente competente, a instauração de processo de promoção e protecção.¹⁵

Tudo quanto fica dito veio, na nossa opinião, apenas reforçar aquilo que desde há muito parece fundamental, mas continua por efectivar: a necessidade de uma articulação muito estreita entre promoção e protecção e sistema tutelar.

Entender que a criança ou jovem alvo de um processo tutelar educativo reúne, muitas vezes, as condições exigidas pela LPCJP para intervir é acenar à sorte, alavancando decisivamente o seu futuro. Por isso, a par de todas as outras intenções, também o olhar da promoção e protecção deveria, por regra, em vez de excepção,

¹⁵ A expressão “sendo caso disso” permite considerar que esta proposta não seja feita à CPCJ, mas sim ao Tribunal, no caso de se tratar de uma reabertura de processo de promoção e protecção que já se encontrava sob a alçada judicial. Por outro lado, ainda que seja oportuna a proposta à CPCJ, e havendo qualquer processo judicial pendente (desde logo, tutelar educativo), na prática, a este momento terá de se seguir, imediatamente, o da remessa do processo para o Tribunal (pelas razões já expostas e que se prendem com as regras da apensação processual).

ser chamado ao período de supervisão intensiva ou de acompanhamento pós internamento, promovendo, tanto quanto possível, a medida de apoio junto dos pais (ou de outro familiar). Só uma garantia de que os pais ou outras pessoas de referência, com forte probabilidade, conseguiriam assegurar, sozinhos, o êxito do regresso da criança ou jovem ao seu meio ou a sua inserção em lugar securizante, deveria afastar a legitimidade desta intervenção.

Munidas do know how recolhido diariamente na articulação dos processos com as famílias, as pessoas dedicadas, nas equipas de assessoria aos Tribunais, dos processos de promoção e protecção, conhecem muito bem os recursos de cada uma daquelas famílias relativamente aos seus filhos (ou netos, sobrinhos, etc). Nada disto evitará todos os insucessos. Se evitar alguns, terá valido a pena.

Referências bibliográficas

ALFAIATE, Ana Rita, RIBEIRO, Geraldo Rocha. Sistema de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens. Debate com as Comissões: Relatório (2008 e 2009). *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, Janeiro-Junho de 2010, pp. 121-157.

Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final, (Leonor Furtado - Presidente do grupo de trabalho de alteração à Lei Tutelar Educativa), Bubok, Março de 2013.

AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria de. Intervenção tutelar educativa (antinomias do sistema e trilhos do futuro). *Lex Familiae*, Ano 10, n.º 19, 2013, pp. 51-65.

BOLIEIRO, Helena, GUERRA, Paulo. *A criança e a família- uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. 2.ª ed., actualizada). Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel. Es conveniente un endurecimiento del Derecho Penal juvenil?: una toma de posición crítica. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LV, Fasc. 1, 2002, pp. 285-317.

CARVALHO, Maria João Leote de. *Entre as malhas do desvio: jovens, espaços, trajectórias e delinquências*. 2003 (art. gentilmente cedido pela autora);

_____. Jovens, espaços, trajectórias e delinquências. *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 49, 2005, pp. 71-93;

_____. *Juventude e risco social: uma questão de olhar(es)?*. 2008 (art. gentilmente cedido pela autora);

_____. *Lei tutelar educativa – desafios e constrangimentos: contextos, protagonistas e administração da justiça*. 2009 (art. gentilmente cedido pela autora);

_____. *Do outro lado da cidade. Crianças, socialização e delinquência em bairros de realojamento*. Lisboa: Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2010. Disponível em <http://run.unl.pt/handle/10362/6132>.

CLEMENTE, Rosa. *Inovação e modernidade no direito de menores: a perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 16. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CÓIAS, João, BASTOS, Maria Alice, PRAL, Catarina e PRATAS, Miguel. *Estudo da reincidência e ajustamento social dos jovens ofensores alvo de medidas de acompanhamento educativo e de medida de internamento – Follow-up 2017. Sombras e Luzes- Revista da Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais*, n.º 1, 2018, pp. 81-111.

CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*. Madrid: Marcial Pons, 2006;

_____. *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*. Madrid: Dykinson, 2007.

DIAS, Cristina, SANTOS, Margarida e CARMO, Rui do (Coord.). *Lei Tutelar Educativa Anotada*. Coimbra: Almedina, 2018;

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. *Endurecimiento simbólico de la ley penal del menor?*. *Anuario de Justicia de Menores*, n.º VI, 2006, pp. 11-56.

DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Internamento de Menores Delinquentes - A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005;

_____. *Privação de liberdade na justiça juvenil: contornos de problemas entre meios e fins. Julgar*, n.º 22, Janeiro – Abril de 2014, pp. 75-95.

GERSÃO, Eliana. *Um século de justiça de menores em Portugal. No centenário da Lei de Protecção à Infância, de 27 de Maio de 2011*. In: ANDRADE, Manuel da Costa, COSTA, José de Faria, RODRIGUES, Anabela Miranda, et al (Orgs.), *Direito Penal: fundamentos*

dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1365 e ss.

GUERRA, Paulo. Medidas tutelares educativas institucionais e não institucionais: execução e acompanhamento». In: *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança (Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, 5. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 183 a 193;

_____. *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*. Coimbra: Almedina, 2016.

LEANDRO, Armando Gomes. Direito e direito dos menores. Síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal. *Infância e Juventude*, 90.1, 1990, pp. 9-34.

MARTINS, Cláudia. A evolução do sistema legal de protecção das crianças e jovens em perigo em Portugal: das Ordenações Afonsinas ao século XVIII. *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 14, 2010, pp. 51-72.

MARTINS, José Norberto. Medidas tutelares educativas, sua execução e acompanhamento». In: *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança. Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 5. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 17-181.

MOURA, José Adriano Souto de. A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos. In: *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 5. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 91-119.

OLIVEIRA, Jorge. Medidas tutelares educativa: uma visão institucional. In: COELHO, F. M. Pereira (Ed.), *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós- Graduação Protecção de Menores, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 12. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 361-385.

POLAINO-ORTS, Miguel. La irrupción del derecho penal del enemigo en la legislación penal de menores. *Crónica Jurídica Hispalense / Derecho penal*, n.º 5, 2007, pp. 319 a 378.

RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

VIDAL, Joana Marques. Processos tutelares: que articulação?. In: *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 5. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 159-173.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos e os seus laços com os direitos de segunda geração¹⁶

The relationship between the ECHR and second generation rights

Dora Resende ALVES¹⁷

Resumo: O TEDH cinge a sua competência a violações decorrentes da CEDH e dos seus protocolos. Da CEDH fazem parte um conjunto de direitos fundamentais considerados de primeira geração. Contudo, segundo a jurisprudência assente, tal não afasta do TEDH a proteção de certos direitos sociais ou de segunda geração.

Palavras-chave: Convenção Europeia dos Direitos Humanos; Tribunal Europeu de Direitos Humanos; protocolos; ratificação; direitos sociais.

Abstract: The ECHR confines its jurisdiction to violations arising from the ECHR and its protocols. The ECHR includes a set of fundamental rights considered to be of the first generation. This does not exclude from the ECHR the protection of certain social or second generation rights.

Keywords: ECHR; Social Rights.

Sumário: Introdução; 1. A comemoração dos textos de consagração; 2. Menção a Protocolos da CEDH; 3 A questão dos direitos sociais; 4. O papel da jurisprudência do TEDH; Conclusão.

Introdução

A preocupação de consagrar e proteger um catálogo de direitos humanos, considerados fundamentais, é ainda recente e não finalizada. Só após os conflitos mundiais das duas grandes guerras surgiu a preocupação de consagrar e proteger

¹⁶ O presente texto teve de base a comunicação apresentada pela autora em parceria com a Prof.^a Fátima Castro Moreira (cit.) no IV Congresso Internacional Dimensões dos Direitos Humanos: "Direitos Humanos de 2ª Geração", em 16 a 18 de julho de 2018 na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, mas evoluiu diferente dessa intervenção.

¹⁷ Doutora em Direito e Professora Auxiliar da Universidade Portucalense. Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense (IJP). Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT), Departamento de Direito, Porto, Portugal. (dra@upt.pt)

um catálogo de direitos humanos¹⁸. Tal surge, numa primeira fase, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) em 1948.¹⁹

Segue-se, resultando do Conselho da Europa, um outro texto que envolve a criação de um sistema de proteção de direitos humanos de âmbito regional, a então denominada²⁰ Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 1950²¹. Vem introduzir novos mecanismos de reação que, anos mais tarde, vão criar a possibilidade de se recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), no caso de se verificar a violação dos direitos consagrados no seu texto.

Portugal publicou a DUDH e aderiu à CEDH em 1978.

Não sendo nunca em excesso lembrar o valor dos textos mencionados é de focar a dificuldade de tornar acessível ao cidadão algumas facetas mais jurídicas destes textos. Dos 16 Protocolos anexos à CEDH, dois novos Protocolos anexos à CEDH: o n.º 15 e o n.º 16.

O Protocolo n.º 15 pretende introduzir algumas alterações no texto da Convenção no sentido de manter a eficácia do TEDH mas não tem ainda data prevista para a sua entrada em vigor.

Quanto ao Protocolo n.º 16, permitindo uma competência consultiva e interpretativa ao TEDH nos seus textos de referência, já teve a data de 1 de agosto de 2018 para a sua entrada em vigor e aí contou com as necessárias ratificações.

Neste contexto, pretende-se focar a catalogação dos direitos de segunda geração, também conhecidos por direitos sociais como um passo na evolução dos textos de consagração de direitos, seja a nível interno seja na focada proteção internacional regional e de que modo estão já presentes na CEDH.

¹⁸ LEÃO, Anabela Costa; *et al.* *Declaração Universal dos Direitos Humanos; Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. 2019, p. 21.

¹⁹ Artigo de opinião da autora e Fátima Castro Moreira, “*Da importância dos sistemas de proteção/promoção de direitos humanos europeus*”, 2018.

²⁰ De notar que, desde 2013, existe recomendação portuguesa (Resolução da Assembleia da República n.º 39/2013), reafirmada em 2019 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 21/2019), relativa à adoção da expressão “direitos humanos” substituindo a expressão “direitos do homem”, nos documentos oficiais, académicos e outros, na oralidade e no ensino. Aqui a perspetiva será numa política de paridade de género: “direitos humanos” como nova terminologia não discriminatória. Atento que a própria União Europeia dispõe de um quadro jurídico claro que obriga a respeitar e promover a igualdade de género e os direitos humanos nas suas políticas (Resolução do Parlamento Europeu 2018/C 458/03, p. 37, § AA).

²¹ LEÃO, Anabela Costa; *et al.* *Declaração Universal dos Direitos Humanos; Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. 2019, p. 202.

1. A comemoração dos textos de consagração

Ainda que se pudessem encontrar e mencionar alguns pequenos indícios na ação do pretor romano, no seu papel de adequação do *ius civile* e formação do *ius gentium*, isso a partir de 367 a.C., o fenómeno de consagração de declarações de direitos é recente na história, focando a história ocidental. Em localização geograficamente bem próxima, destacamos a Declaração de Direitos que resulta das Cortes de Leão de 1188, quando o recente rei de Leão (1188-1230), Afonso IX, necessitando do apoio do reino nas lutas a travar com o Reino de Castela e o Reino de Portugal, para além de integrar representantes do povo em tais cortes, reconhece nos capítulos delas resultantes direitos e deveres, bem antes da muito celebrada Magna Carta inglesa de 1215, de semelhante carácter como antecedente da história constitucional.

História constitucional que só nos finais do século XVIII surge em pequenos passos mas, precisamente, através dos primeiros documentos de declarações de direitos, nos recém independentes Estados norte-americanos (1776) e em França (1789).

Na perspetiva jurídica atual, só após os conflitos mundiais das duas grandes guerras surgiu a preocupação de consagrar e proteger um catálogo de direitos humanos²², considerados essenciais. Tal surge, numa primeira fase, pela aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) do primeiro texto de carácter universal de promoção dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 10 de dezembro de 1948. Portugal só aderiu nos anos setenta²³.

²² TELES, Patrícia Galvão. Direitos do Humanos – uma visão geral. 2018, p. 41.

²³ Publicou-a no *Diário da República, I Série A*, n.º 57/78 de 9 de Março, e texto acessível em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf > consulta em 08/05/2019.

Tal texto é depois completado, em 1966, pelo Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais²⁴ e pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos²⁵.

Segue-se, resultando da organização intergovernamental criada em 1949, o Conselho da Europa²⁶, um outro texto que envolve a criação de um sistema de proteção de direitos humanos de âmbito regional²⁷, a atualmente designada Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), de 4 de novembro de 1950²⁸, a qual entra em vigor em 3 de setembro de 1953. Muito embora surja na sequência da DUDH, aquela vem introduzir mecanismos de reação não compreendidos nesta: a possibilidade de se recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), no caso de se verificar a violação dos direitos consagrados na CEDH²⁹. Portugal só aderiu 30 anos depois, atenta a sua própria história constitucional³⁰.

Esta Convenção surge num momento de reconstrução europeia, numa Europa devastada pela II Guerra, após violações gravíssimas de direitos humanos³¹, por tal com a criação de instrumentos de proteção de carácter regional³².

Portugal aderiu à CEDH também em 1978³³. O que torna o ano de 2018 especial: assinala-se o 70.º aniversário da proclamação da DUDH, e os 40 anos da sua publicação oficial no Diário da República em Portugal, bem como o 40.º aniversário

²⁴ Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de 1966. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966. Com entrada em vigor na ordem jurídica internacional em 3 de Janeiro de 1976 e na ordem jurídica portuguesa em 31 de Outubro de 1978. Texto em http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/educacao_para_a_Defesa_a_Seguranca_e_a_Paz/documentos/pacto_internacional_sobre_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf

²⁵ Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 2200A (XXI) de 16 de Dezembro de 1966), com entrada em vigor na ordem jurídica internacional em 23 de Março de 1976 e na ordem jurídica portuguesa em 15 de Setembro de 1978. Texto disponível em <<http://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/pacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-e-politicos-0>>.

²⁶ Cf., para mais desenvolvimentos, REHMAN, Javaid. *International Human Rights Law*. 2003, p. 136.

²⁷ MIRANDA, Liliana. *A Convenção Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. 2018, p. 69.

²⁸ Texto acessível em <<http://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-para-proteccao-dos-direitos-do-homem-e-das-liberdades-fundamentais>> consulta em 08/05/2019.

²⁹ PINTO, Ana Cristina dos Santos Alves. A CEDH como fonte de direito europeu in *El cincuentenario de los Pactos Internacionales*. 2018, p. 768.

³⁰ O acesso de Portugal só foi possível por assinatura em 1976 publicado pela Lei n.º 65/78 de 13 de Outubro no *Diário da República* n.º 236, I Série, pp. 2119 a 2145, com retificação publicada no DR n.º 286, de 14/12/1978.

³¹ Pinto de Albuquerque, “Fraternité” in the Strasbourg jurisprudence, 2018, p. 155.

³² Cf., neste sentido, BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais*. 2010, pp. 315 e 316.

³³ Pela já mencionada Lei n.º 65/78 de 13 de Outubro. Que prevê algumas reservas, entretanto afastadas pela Lei n.º 12/87 de 7 de Abril.

da adesão de Portugal à CEDH. Tal motivou iniciativas públicas³⁴ e justificou o sublinhar de algumas questões em aberto.

Não é aqui o local para mencionar outros sistemas de proteção internacional regional³⁵ como é o da União Europeia³⁶ pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

2. Menção a Protocolos da CEDH

Conforme já mencionado, a necessidade de relembrar o valor dos textos mencionados é sempre atual bem como o tornar acessível ao cidadão algumas facetas mais jurídicas destes textos e daí a importância de focar estes pontos de promoção de direitos humanos na DUDH que, sendo um dos textos mais traduzidos é, tantas vezes, ainda desrespeitado. Já quanto à CEDH é um texto mais denso, de mais difícil entendimento, embora disponha de um sistema de proteção jurídica através de um tribunal internacional regional a que o cidadão pode recorrer, mediante condições a preencher. Neste caso, convém registar que se trata de um texto com diversos anexos com o nome de protocolos. Esses textos introduzem modificações na competência, estrutura e funcionamento dos órgãos de controlo e são já dezasseis (16)³⁷. Permitiram manter este sistema regional de proteção dos direitos humanos eficaz³⁸.

De mencionar³⁹, o Protocolo Adicional de 20 de Março de 1952⁴⁰; o Protocolo n.º 6 relativo à Abolição da Pena de Morte de 28 de Abril de 1983⁴¹; o Protocolo n.º 7 de

³⁴ Resolução do Conselho de Ministros n.º 48/2018 de 30 de abril, Diário da República, 1.ª série - n.º 83, p. 1757.

³⁵ PACHECO, Fátima. Vários sistemas e várias respostas para a protecção internacional dos direitos humanos, 2018, p. 228.

³⁶ PACHECO, Fátima. O Sistema de Protecção dos Direitos Fundamentais na União Europeia... 2011, p. 11 e junto com ALVES, Dora Resende. The new paths of fundamental rights in the XXI century... 2019, p. 1.

³⁷ BRANDÃO, Ana Paula *et al.* *Enciclopédia da União Europeia*. 2017, p. 113.

³⁸ MIRANDA, Liliana. A Convenção Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. 2018, p. 70.

³⁹ A aceder em <<http://gddc.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/conselho-da-europa-0?menu=direitos-humanos>> consulta em 08/05/2019.

⁴⁰ Texto no já mencionado *Diário da República* n.º 236, I Série, de 13.10.1978, pp. 2119 a 2145, com o Protocolos 1, 2, 3, 4 e 5.

⁴¹ Resolução da Assembleia da República n.º 12/86, *Diário da República* n.º 129, I Série, de 06 de Junho de 1986: pp. 1335 a 1337.

22 de Novembro de 1984⁴²; o Protocolo n.º 9 de 6 de Novembro de 1990⁴³; o Protocolo n.º 11 relativo à Reestruturação do Mecanismo de Controlo Estabelecido pela Convenção de 11 de Maio de 1994⁴⁴, que revogou os Protocolos n.ºs 2, 3, 5, 8, 9 e 10 ao entrar em vigor em 1 de Novembro de 1998, reestruturando todo o sistema de controlo de aplicação da Convenção; o Protocolo n.º 13 relativo à Abolição da Pena de Morte em quaisquer circunstâncias de 3 de Maio de 2003⁴⁵; e o Protocolo n.º 14 introduzindo alterações no sistema de Controlo da Convenção assinado em Estrasburgo em 13 de Maio de 2004⁴⁶, que entrou em vigor em 1 de Junho de 2010. Este protocolo previu no seu artigo 17.º um aditamento ao artigo 59.º da Convenção no sentido de permitir a adesão da União Europeia⁴⁷.

É de lembrar que, até 1998, apenas os Estados podiam apresentar queixa em nome dos cidadãos. Assim, se numa fase inicial, o mecanismo de protecção jurídica delineado passava pela intervenção de dois órgãos, só com a adoção do Protocolo 11, quarenta e cinco anos após a entrada em vigor da CEDH, se introduziu o mecanismo de queixa individual. Deste modo, o Protocolo 11 constituiu um notável avanço ao atribuir aos particulares a possibilidade de recorrerem a um tribunal internacional, erigindo-os à categoria de verdadeiros sujeitos de Direito Internacional, o que se vem realçar e celebrar.⁴⁸

Dos dezasseis Protocolos citados, dois ainda são muito recentes e um deles ainda nem se encontra em vigor: o n.º 15 e o n.º 16. Ponto atual e a sublinhar porque ainda pouco divulgado. Sendo que o Protocolo n.º 15 pretende introduzir algumas alterações no texto da Convenção no sentido de manter a eficácia do TEDH mas não tem ainda data prevista para a sua entrada em vigor, embora já conte com 44 ratificações dos 47 Estados membros do Conselho da Europa⁴⁹. E quanto ao

⁴² Decreto do Presidente da República n.º 51/90, *Diário da República* n.º 224, I Série, de 27 de Setembro de 1990: pp. 3997 a 4000.

⁴³ Decreto do Presidente da República n.º 12/94 e Resolução da Assembleia da República n.º 11/94, *Diário da República* n.º 55, I Série-A, de 07 de Março de 1994: pp. 1090 a 1092.

⁴⁴ Decreto do Presidente da República n.º 20/97 e Resolução da Assembleia da República n.º 21/97, *Diário da República* n.º 102, I Série-A, de 03 de Maio de 1997: pp. 2042 a 2053.

⁴⁵ Resolução da Assembleia da República n.º 44/2003, *Diário da República* n.º 119, I Série, de 23 de Maio de 2003: pp. 3205 a 3207.

⁴⁶ Resolução da Assembleia da República n.º 11/2006, *Diário da República* n.º 37, I Série-A, de 21 de Fevereiro de 2006: pp. 1346 a 1355.

⁴⁷ Com a necessidade da ratificação por 47 Estados e a demora da Rússia em ratificar, em 2010 o assunto continuava adiado por tempo indefinido.

⁴⁸ Artigo de opinião da autora e Fátima Castro Moreira, “*Da importância dos sistemas de protecção/promoção de direitos humanos europeus*”, 2018.

⁴⁹ Disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213>, consulta em 15/05/2018.

Protocolo n.º 16, permitindo uma competência consultiva e interpretativa ao TEDH nos seus textos de referência⁵⁰, entrou muito recentemente em vigor na data de 1 de agosto de 2018, visto que conta já com as necessárias 10 ratificações⁵¹ previstas, tornando-se uma temática de pertinência.

Através deste Protocolo será ampliada a competência consultiva do TEDH, o qual passará a poder emitir pareceres não vinculativos, a pedido de órgãos jurisdicionais dos Estados-parte, seja sobre os direitos e liberdades consagrados na CEDH, seja por quaisquer direitos e liberdades consagrados nos Protocolos Adicionais. É certo que o Protocolo 2 já atribuía ao TEDH esta competência, mas a mesma era limitada a pedidos apresentados pelo Conselho de Ministros e não poderia ter por objeto os direitos, liberdades e garantias consagrados no Título I da CEDH.

O Protocolo 16 é assim mais abrangente e até pode ser comparado ao mecanismo do reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁵². Naturalmente que o carácter facultativo, ou seja, a possibilidade de poder ou não ser utilizado pelos Estados-parte e o facto dos pareceres emitidos pelo TEDH não terem carácter vinculativo, o tornam distinto do modelo fornecido pelo TFUE, evitando que este mecanismo se torne num meio alternativo de tutela, a qual só existirá após serem esgotados todos os meios jurisdicionais disponíveis. Ainda assim, salienta-se o carácter benéfico deste novo Protocolo: a harmonização da jurisprudência dos tribunais nacionais no espaço europeu, com a conseqüente garantia de uma maior proteção dos direitos humanos.

3. A questão dos direitos sociais

Para que ocorra direito de ação o requerente de recurso junto do TEDH deve preencher as condições previstas na CEDH⁵³. A CEDH é clara⁵⁴ ao determinar que “a competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à

⁵⁰ POSENATO, Naiara. *Diálogo judicial e direitos humanos...*, Chapecó, 2014, p. 259.

⁵¹ Disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214>, consulta em 15/05/2018.

⁵² Veja-se a sua descrição na Recomendação do Tribunal de Justiça 2018/C 257/01 à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativa à apresentação de processos prejudiciais (JOUÉ C 257 de 20.07.2018, pp. 1 a 8), acesso em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2018:257:FULL>> consulta em 08/05/2019. Ainda SILVEIRA, Alessandra e FERNANDES, Sophie Perez. “Interposição de recurso do despacho de reenvio”. 2011.

⁵³ Artigo 34.º da CEDH.

⁵⁴ Artigo 32.º da CEDH.

aplicação da Convenção e dos respetivos Protocolos (...). A CEDH “reconhece”⁵⁵ os direitos e liberdades dela constantes. Contudo, esses correspondem apenas a direitos denominados de primeira geração. E pareceria, então, que apenas a violação desses poderia ser objeto de análise e apreciação pelo TEDH.

A análise das diversas gerações ou, numa mais adequada terminologia, dimensões de direitos não cabe aqui, até por já ter sido feita em momento oportuno⁵⁶. Contudo, há que lembrar a tripartição criada por *Karel Vasak*, o primeiro a propor uma divisão dos direitos humanos em gerações, em 1979, inspirado nos ideais da Revolução Francesa - *liberté, égalité e fraternité*⁵⁷. Divisão depois adotada e acrescentada por outros autores⁵⁸ até ao presente.

Sendo, então, que a CEDH expressa que o seu texto “reconhece” os direitos elencados, aqueles próprios do homem, não se dirige imediatamente àqueles direitos cuja catalogação é já política pois exige a colaboração dos Estado para a sua efetivação, a dos direitos fundamentais sociais⁵⁹. Esta segunda geração, numa terminologia que, por si só, gera alguma análise na doutrina, impõe uma orientação legislativa e de ação concreta pelos Estados. A positivização dos direitos sociais em catálogo constitucional ou por convenção internacional obriga o poder legislativo à sua concretização⁶⁰.

4. O papel da Jurisprudência do TEDH

Se todos, os de primeira e segunda geração, como direitos fundamentais, resultam do princípio da dignidade humana, durante demasiado tempo os da segunda geração foram menos considerados⁶¹ porque traduzem um custo real e financeiro para serem prosseguidos⁶².

⁵⁵ Artigo 1.º da CEDH.

⁵⁶ Conforme comunicação “*O direito à educação e as vicissitudes do Estado Social e Democrático de Direito*”, da autora em parceria com Maria Manuela Magalhães, no XX Congresso Internacional de Historia de los Derechos Humanos “Los Derechos de Segunda Generación”, na Universidade de Salamanca, no dia 12 de Julho de 2018, ainda a aguardar publicação nesta data.

⁵⁷ Ver em Pinto de Albuquerque, “*Fraternité*” in the Strasbourg jurisprudence, 2018, pp. 154 e 155.

⁵⁸ Nomeadamente BOBBIO, Norberto *apud* FRANCISCHINI, Nadialice. Análise descritiva sobre as gerações dos direitos fundamentais, 2013.

⁵⁹ BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise*. 2017.

⁶⁰ BOTELHO, Catarina Santos. *Aspirational Constitutionalism...* 2017, , p. 67.

⁶¹ Cf., neste sentido, BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais*. 2010, pp. 315 e 316.

⁶² PIOVESAN, Flávia. *Direitos sociais...* 2009, p. 74.

Mais difícil se torna a sua consagração internacional e não é a primeira vocação da CEDH⁶³. Porém, o seu reconhecimento encontra lugar, desde logo no artigo 4.º e no 11.º desse texto. E a abertura vem da confirmação pela jurisprudência do TEDH e mais ainda com o Protocolo 1. Com efeito, o artigo 2.º, do Protocolo I, refere-se ao direito à educação, e o TEDH já se pronunciou sobre o direito à saúde, o direito à habitação, o direito a um nível de vida adequado, e o direito à segurança social.

Assim sendo, embora os mesmos não venham expressamente previstos na Convenção, é possível afirmar que o TEDH, em determinadas circunstâncias, pode ser chamado a avaliar estes direitos, pronunciando-se pela extensão da proteção salvaguardada pela CEDH aos direitos sociais, e condenando, em algumas situações, o Estado infrator. No entanto, esta abordagem só se torna possível se existir uma conexão destes direitos com direitos especificamente previstos na CEDH. O contrário redundaria numa violação das regras de competência do TEDH, argumento que o Estado português invocou nessa instância.

O direito à saúde é um dos direitos que merece esta proteção. Conforme analisado por *Fátima Castro Moreira*⁶⁴ sobre o caso *Lopes de Sousa Fernandes*⁶⁵, decisão com opinião, em parte concordante e em parte discordante, do juiz português Pinto de Albuquerque⁶⁶. Neste caso, o TEDH veio confirmar uma jurisprudência assente: a de que uma violação do direito à saúde pode configurar uma violação do direito à vida. Ao direito à saúde de cada indivíduo corresponde um conjunto de deveres da parte do Estado. Estes deveres, diretamente relacionados com o direito à saúde, podem também estar indiretamente relacionados com o direito à vida, e, neste último caso, atribuir ao indivíduo um verdadeiro direito de ação internacional contra o Estado infrator.

De facto, não tendo sido pensado para acolher as chamadas diversas gerações ou dimensões de direitos, o texto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos pode, apesar disso, permitir acolher algumas dessas manifestações na medida em que o

⁶³ Conforme comunicação, ver *Fátima Castro Moreira* em “A proteção dos direitos sociais no Conselho da Europa”, 2018.

⁶⁴ Na comunicação “A proteção social na jurisprudência do TEDH.” em que analisou o Direito à Saúde – O caso *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, 2018. Representa essa intervenção a continuação do aqui analisado.

⁶⁵ TEDH, caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* [GC] n.º 56080/13 de 19 de dezembro de 2017.

⁶⁶ No texto da decisão (cit.), pp. 60 a 121. Veja-se ainda, do mesmo autor, “Fraternité” in the Strasbourg jurisprudence, 2018, pp. 153 a 172.

seu teor deve ser interpretado no presente⁶⁷. A Convenção deve ser interpretada de acordo com as circunstâncias que existem na Europa⁶⁸ em cada momento histórico como um “*living instrument*”⁶⁹.

Conclusão

A não previsão expressa de direitos sociais na CEDH, não significa que estes não sejam aplicados pelo TEDH, quando relacionados com direitos expressamente previstos naquela, atenta a interpretação da CEDH afirmada pelo próprio TEDH.

Correspondendo a CEDH a um texto que resulta de determinadas circunstâncias históricas, a sua capacidade de se tornar aplicável às realidades atuais é alcançada não só através de alterações por via de protocolos que adaptam e atualizam o seu teor jurídico mas também através da interpretação e aplicação do TEDH que muito tem contribuído para a evolução dos conceitos e do direito no seio dos países do Conselho da Europa.

Os breves tópicos apresentados permanecem como pontos de partida para uma análise continuada cujo estudo que se prolongará.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de e KATZ, Andrea Scoseria. “Fraternité” in the Strasbourg jurisprudence. In: THIEL, Marie-Jo e FEIX, Marc (éds), *Le défi de la fraternité*. Zürich: LIT Verlag. 2018, pp. 153 a 172. ISBN 978-3-643-91018-9.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a sua jurisprudência recente. *Jurisprudência Internacional e Constitucional Penal e Processual Penal*. Centro de Estudos Judiciários (CEJ). 2013. Disponível em <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=96&username=guest>. Consulta em 03/04/2019.

⁶⁷ Conforme o TEDH, Caso *Matthews v. the United Kingdom* [GC] n.º 24833/94 de 18.01.2019, p. 14, § 39: “*the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions*” e ainda ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “Fraternité” in the Strasbourg jurisprudence. 2018, p. 158.

⁶⁸ PINTO, Ana Cristina dos Santos Alves. A CEDH como fonte de direito europeu... 2018, p. 765.

⁶⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a sua jurisprudência recente. 2013. e CASALEIRO, Paula. Convenção Europeia dos Direitos Humanos. 2013, § 45.

ALVES, Dora Resende e MOREIRA, Fátima Castro. Artigo de opinião “Da importância dos sistemas de proteção/promoção de direitos humanos europeus”. *Barómetro Social - 2ª Série*. Plataforma de análise social (<http://barometro.com.pt/publicacao>) do Instituto de Sociologia da Universidade do Porto, Agosto 2018. Disponível no Repositório UPT, <http://hdl.handle.net/11328/2285>

ALVES, Dora Resende & Moreira, Fátima Castro. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os seus laços com os direitos de segunda geração. In *IV Congresso Internacional Dimensões dos Direitos Humanos: Direitos Humanos de 2ª Geração*, Universidade Portucalense, Porto, 16-18 Jul.2018. Disponível no Repositório UPT, <http://hdl.handle.net/11328/2223>

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 9789724061931.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 9789724071251.

BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2010.

BOTELHO, Catarina Santos. Aspirational Constitutionalism, Social Rights Proximity and Judicial Activism: Trilogy or Trinity? *Comparative Constitutional Law and Administrative Law Quarterly*. December 2017, 3.4, pp. 62 a 81. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3082954>- Consulta em 08/06/2018.

BRANDÃO, Ana Paula; Coutinho, Francisco Pereira; Camisão, Isabel e Abreu, Joana Covelo de (coord.). *Enciclopédia da União Europeia*, Lisboa: Editora Petrony, 2017.

CASALEIRO, Paula. Convenção Europeia dos Direitos Humanos: contributo para a proteção das crianças em conflito com a lei. *e-cadernos CES*. 20, 2013. Disponível em <https://journals.openedition.org/eces/1638>. Consulta em 09/04/2019.

LEÃO, Anabela Costa; NEVES, Inês; COUTINHO, Juliana Ferraz e NETO, Luísa (coordenação). *Declaração Universal dos Direitos Humanos; Convenção Europeia dos Direitos Humanos: anotações pelos estudantes da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* (eBook). Universidade do Porto, Reitoria, 2019. ISBN 978-989-746-209-2. <http://bibdigital.uportu.pt/handle/123456789/598>

PACHECO, Fátima. “O Sistema de Protecção dos Direitos Fundamentais na União Europeia – Entre a Autonomia e o Compromisso”, in *Julgar*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 11 a 28.

PACHECO, Fátima. Vários sistemas e várias respostas para a protecção internacional dos direitos humanos, *Revista Jurídica Portucalense*, N.º 23, 2018, ISSN 2183-5705, pp. 228-250. [http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(23\)2018](http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(23)2018)

PACHECO, Fátima e ALVES, Dora Resende. The new paths of fundamental rights in the XXI century: globalization and knowledge in a digital age - a proposal In *Constitutional Knowledge and Its Impact on Citizenship Exercise in a Networked Society*. Ana Melro and Lidia Oliveira (org.). IGI Global, 2019, pp. 1-26. ISBN: 9781522583509 DOI: 10.4018/978-1-5225-8350-9.

FRANCISCHINI, Nadialice. Análise descritiva sobre as gerações dos direitos fundamentais. *Revista Direito*. 2013. Disponível em <http://revistadireito.com/analise-descritiva-sobre-as-geracoes-dos-direitos-fundamentais/>. Consulta em 22/05/2018.

MIRANDA, Liliana. A Convenção Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: um modelo na garantia de protecção dos Direitos Humanos. *Revista Negócios Estrangeiros*. Instituto Diplomático, n.º 19, pp. 69 a 78. Dezembro de 2018. Disponível em <https://idi.mne.pt/images/NegociosEstrangeirosN19F.pdf>. Consulta em 20/04/2019.

MOREIRA, Fátima Castro. A protecção social na jurisprudência do TEDH. In *IV Congresso Internacional Dimensões dos Direitos Humanos: Direitos Humanos de 2ª Geração*, Universidade Portucalense, Porto, 16 a 18 jul.2018. Disponível no Repositório UPT, <http://hdl.handle.net/11328/2686>

MOREIRA, Fátima Castro e ALVES, Dora Resende. A protecção dos direitos sociais no Conselho da Europa. In *XXI Congreso Internacional de Historia de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca*, Facultad de Derecho, Salamanca, Espanha, 12 a 14 jul. 2018. Disponível no Repositório UPT, <http://hdl.handle.net/11328/2687>

PINTO, Ana Cristina dos Santos Alves. A CEDH como fonte de direito europeu (avanços e recuos) in María de la Paz Pando Ballesteros, Pedro Garrido Rodríguez, Alicia Muñoz Ramírez (Eds.): *El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M^a. Esther Martínez Quinteiro*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2018, pp. 765 a 776. ISBN 978-84-9012-850-3.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: protecção nos sistemas internacional e regional interamericano. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. n.º 5, out/2009, pp. 67 a 80.

Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/33285-42418-1-PB.pdf> >, consulta em 02/02/2019.

POSENATO, Naiara. Diálogo judicial e direitos humanos – o novo Protocolo 16 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, *Chapecó*, v. 15, n. 1, 2014, pp. 259-264.

REHMAN, Javid. *International Human Rights Law*. London: Pearson Education Limited, 2003, pp. 136-138.

SILVEIRA, Alessandra e FERNANDES, Sophie Perez. “Interposição de recurso do despacho de reenvio”. *Revista Julgar*, n.º 14. Coimbra Editora, 2011. Disponível em <http://julgar.pt/interposicao-de-recurso-do-despacho-de-reenvio-2/>. Consulta em 14/03/2019.

TELES, Patrícia Galvão. Direitos do Humanos – uma visão geral da proteção jurídica internacional desde 1948. *Revista Negócios Estrangeiros*. Instituto Diplomático, n.º 19, pp. 41 a 50. Dezembro de 2018. Disponível em <https://idi.mne.pt/images/NegociosEstrangeirosN19F.pdf>. Consulta em 20/04/2019.

O direito à fruição cultural, o património cultural e os benefícios fiscais¹

The right of cultural fruition, the cultural heritage and the tax benefits

Isabel Restier POÇAS²
Ana Sofia CARVALHO³

Resumo: O direito à fruição cultural está intimamente ligado com o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural, ambos previstos no artigo 78.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa. Como ramo de Direito Público, o Direito do Património Cultural conjuga normas de direito internacional, de direito constitucional, de direito administrativo e de direito fiscal. Após o enquadramento constitucional, os benefícios fiscais previstos quanto ao património cultural são abordados quanto ao seu regime jurídico e importância prática, assim como as principais questões tratadas pela jurisprudência fiscal e pelos tribunais arbitrais. Face ao recente Ano Europeu do Património Cultural (2018), no qual se visou, entre outros, a promoção do seu conhecimento e a sua valorização, como meio dinamizador da economia e da sociedade, este texto pretende ser um pequeno contributo, nesse sentido.

Palavras-chave: direito à fruição cultural; património cultural; benefícios fiscais.

Abstract: The right to cultural fruition is closely linked with the duty to preserve, defend and enhance cultural heritage, both of which are provided for in Article 78 (1) of the Constitution of the Portuguese Republic. As a branch of Public Law, Cultural Heritage Law combines rules of international law, constitutional law, administrative law and tax law. Following the constitutional framework, the tax benefits foreseen for cultural heritage are dealt with in terms of their legal status and practical significance, as well as the main issues dealt with by tax caselaw and by arbitral tribunals. In the light of the recent European Year of Cultural Heritage (2018), which aimed to promote knowledge and valorisation, as a means of stimulating the economy and society, this text is intended as a small contribution in this regard.

Keywords: the right to cultural fruition; cultural heritage; tax benefits.

¹ Tema apresentado no IV Congresso Internacional – Dimensões dos Direitos Humanos “Direitos Humanos de 2.ª Geração” Universidade Portucalense – 16 a 18 de julho de 2018.

¹ Advogada, Pós-graduada em Direito do Património Cultural na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Porto; Portugal; isabelrestierpocas@gmail.com.

² Advogada, Pós-graduada em Direito do Património Cultural na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Porto; Portugal; isabelrestierpocas@gmail.com.

³ Mestre em Direito Tributário e Fiscal pela Universidade do Minho. Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigadora colaboradora do Centro de Investigação Jurídico-Económica, Universidade do Porto e do Centro de Investigação sobre Direito e Sociedade, Universidade Nova de Lisboa; Portugal; anascarvalho@gmail.com.

Introdução: o direito à cultura e fruição cultural e relação com o direito do património cultural

O artigo 73.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) contempla o Direito à cultura e em particular, no seu n.º 3 declara-se que incumbe ao Estado a promoção da sua democratização “incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural”.

O artigo 78.º da Lei Fundamental no seu número 1, com a epígrafe -Fruição e criação cultural -, estabelece como direito que pertence a todas as pessoas, tal como o faz em relação à sua contrapartida - o dever - de preservar, defender e valorizar o património cultural.^{4 5}

O direito à fruição cultural abrange seguramente a defesa do património cultural (n.º 1, 2.ª parte, e n.º 2 /c). Mas a Constituição sublinha a importância deste, pois faz dele objecto de: (a) um *dever* de todos de não atentar contra ele e de impedir a sua destruição (n.º 1, 2.º parte); (b) uma *obrigação* do Estado de não o destruir e de o defender (n.º2/c); (c) um direito de todos os cidadãos de o defender, impedindo a destruição dele (art.52.º3-a); cfr. Lei do Património Cultural-Art.3.º-1). Não deixa de ter significado o facto de a proteção e valorização do património cultura constituir uma das tarefas fundamentais do Estado (art. 9.º e), certamente porque se trata de salvaguardar e valorizar os testemunhos da «identidade cultural

⁴ A Declaração Universal dos Direitos do Homem constitui o paradigma da defesa dos direitos humanos a nível mundial (1948) e nos artigos 22.º a 27.º estão contemplados os direitos económicos, sociais e culturais, estando previsto o direito à fruição cultural no artigo 27.º, o qual é considerado um direito de 2.ª geração.

Também o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (adotado juntamente com o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da sua Resolução 2200 A (XXI) de 16 de dezembro de 1966) no artigo 15.º reconhece a todas as pessoas o direito de participar na vida cultural.

⁵ O mesmo artigo no seu número 2 estipula que: “Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais:

- a) Incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de ação cultural, bem como corrigir as assimetrias existentes no país em tal domínio;
- b) Apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e coletiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade;
- c) Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum;
- d) Desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro;
- e) Articular a política cultural e as demais políticas sectoriais.”

comum» (n.º2/c), de enriquecer a herança cultural da colectividade em todos os seus aspectos (do património artístico ao etnográfico, dos documentos aos monumentos, dos objectos arqueológicos às zonas históricas, etc).⁶

Como «direito social» de natureza positiva, o direito à fruição e criação cultural traduz-se ainda em variadas incumbências do Estado (*lato sensu*) compreendendo o poder público em geral, incluindo as demais entidades públicas, algumas das quais são expressamente enunciadas na Constituição e que, desse modo adquirem a natureza de verdadeiras imposições constitucionais (n.º 2). No n.º 2/a prescreve-se o dever de *democratização do processo cultural*, compensando positivamente a desigualdade de oportunidades quanto ao acesso à fruição cultural. A democratização exige o incentivo e a garantia de acesso aos meios e instrumentos de acção cultural e a correcção de assimetrias, sobretudo as de natureza territorial, eliminando designadamente as diferenças culturais entre o campo e a cidade, entre as regiões culturalmente apetrechadas e as terras desfavorecidas em equipamento cultural (*descentralização cultural*). O n.º 2 b) determina o apoio à *criação cultural* e à *circulação dos bens culturais*. O cumprimento desta imposição constitucional implica, por exemplo, a instituição de veículos de *animação cultural*, a *descentralização da acção cultural* e a *difusão das obras culturais* (através de exposições, meios de comunicação, etc). A obrigação estadual de protecção de *património cultural* (n.º 2-c) implica designadamente a sua inventariação, classificação, recolha (quando se trate de objetos móveis) bem como a definição de um regime de conservação e fruição colectiva.⁷

São direitos sociais de titularidade coletiva e de natureza positiva, cabendo, por isso, ao Estado concretização da democratização do processo cultural, do apoio à circulação de bens culturais, da sua descentralização e da sua difusão.

⁶CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª ed. revista, 2007, p.926.

⁷CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p.928.

A defesa do património cultural constitui uma obrigação do Estado e um direito dos cidadãos e isso revela-se na classificação, inventariação, regulamentação e fiscalização da aquisição, venda e comércio de antiguidades, adoção de medidas cautelares e de conservação e que os bens integradores do património cultural estejam contemplados nos planos de ordenamento do território e planos urbanísticos.

O direito do património cultural é um conjunto de normas de direito público constituído por normas de direito constitucional, de direito da União Europeia, de direito internacional, de direito administrativo e de direito fiscal, que tem como objetivo tutelar os bens culturais, o que passa pela sua conservação, preservação e valorização económica e cultural.

A expressão de património cultural que adotamos segue a subscrita pela doutrina⁸, cujo objetivo consiste em abarcar todo o património cultural que um entendimento aberto e em permanente expansão comporte e a que foi adotada pelo legislador na CRP está contemplado nos artigos 9.º alínea e) quanto à sua proteção e valorização, 52.º n.º3 alínea a) - o direito de participação política na preservação do património cultural, 78.º - à fruição e criação cultural, 165.º n.º1, alínea g) - as bases do património cultural constituem reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República e 227.º alínea b) que contempla o poder de legislar das regiões autónomas em relação ao património cultural, assim como na Lei do Património Cultural⁹ e na Lei de Bases da Política e do Regime da Proteção e Valorização do Património Cultural¹⁰, doravante LBPC.

1. A proteção do Direito do Património Cultural

1.1 Ao nível do direito internacional

A Convenção da UNESCO de 1972¹¹ para a proteção do património mundial, cultural e natural contém o regime de registo e proteção internacional dos bens culturais património da humanidade.

⁸ NABAIS, José Casalta, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, Coimbra: Almedina, 2004, p.17.

⁹ Lei n.º 13/85, *Diário da República* 1.ª Série. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1985-07-06, n.º 153 pp. 1865 - 1874, revogada pela Lei n.º 107/2001 de 8 de setembro.

¹⁰ Lei n.º 107/2001, *Diário da República*, 1.ª Série - A. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2001-09-08, n.º 209, pp. 5808 – 5829.

¹¹ Decreto n.º 49/79. *Diário da República*, 1.ª Série. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1979-06-06, n.º 130, p.1259-1272.

Esta Convenção possui na sua base um conceito amplo de património cultural, uma vez que abrange os bens culturais e também os bens naturais. É ela que contém também a classificação internacional dos bens arquitetónicos culturais em monumentos, conjuntos e locais de interesse, como património cultural: os primeiros, são as obras arquitetónicas, de escultura de carácter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos com valor universal excecional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência, os segundos, são os grupos de construções isolados ou reunidos, que, em virtude da sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, têm valor universal excecional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência e os terceiros, são as obras do homem, ou obras conjugadas do homem e da natureza, e as zonas, incluindo os locais de interesse arqueológico, com um valor universal excecional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico. Devem também os Estados Signatários inventariar ou proceder ao levantamento do património situado nos seus territórios e assegurar a sua salvaguarda e proteção, de modo a assegurarem a sua transmissão às gerações futuras, afetando os recursos financeiros para tal fim e tomando as respetivas medidas legislativas, independentemente, da criação de um Fundo do Património Mundial com esse objetivo, ao qual podem pedir assistência financeira. A Convenção criou também um Comité do Património Mundial, que além da competência para avaliar esses pedidos de assistência e pedidos de assistência técnica ou científica, tem também a competência de avaliar os requerimentos de classificação de bens com valor mundial e a de elaborar os critérios de inscrição dos bens na "lista do património mundial", de acordo com o regulado no texto da Convenção.¹²

Por seu turno, a Convenção para a proteção do Património Arquitetónico da Europa¹³ conhecida como "Convenção de Granada"- 1985 no artigo 1º

¹² POÇAS, Isabel Restier, *Direito do Património Cultural e Mecanismos de Resolução/ Agilização de Litígios*, ROA, III/IV, Ano 77, Jul.-Dez. 2017, pp. 626-627.

¹³ Decreto do Presidente da República n.º 5/91. *Diário da República*, 1.ª Série - A. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1991-01-23, n.º 19 p. 386.

esclarece que a expressão «património arquitetónico» é considerada como integrando os seguintes bens imóveis:

1) Os monumentos: todas as construções particularmente notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, incluindo as instalações ou os elementos decorativos que fazem parte integrante de tais construções;

2) Os conjuntos arquitetónicos: agrupamentos homogéneos de construções urbanas ou rurais, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, e suficientemente coerentes para serem objeto de uma delimitação topográfica;

3) Os sítios: obras combinadas do homem e da natureza, parcialmente construídas e constituindo espaços suficientemente característicos e homogéneos para serem objeto de uma delimitação topográfica, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico.

De modo, a identificar os monumentos, conjuntos arquitetónicos e sítios para poderem ser alvo de proteção, devem os Estados proceder à sua inventariação e a consagrar um regime legal que cumpra tal desiderato e, desse modo, impeça a sua desfiguração, degradação e demolição, assim como adotar políticas de conservação, a observação do princípio de participação e da associação das autoridades centrais e locais na aplicação de políticas de conservação e restauro dos monumentos e o princípio de colaboração com privado (mecenato), promovendo a informação e formação dos respetivos profissionais. A Convenção institui também um Comité de Peritos para o seu cumprimento, por meio da elaboração periódica de um relatório sobre a situação das políticas de conservação do património arquitetónico, levado a cabo pelos Estados signatários e a proposição de medidas, se tal for necessário.¹⁴

¹⁴ NABAIS, José Casalta, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2010, pp. 123-125.

1.2 Ao nível do direito interno

A LBPC no artigo 2.º n.º1 define o património cultural e consagra a tipologia dos bens culturais materiais e os bens culturais imateriais; no artigo 3.º sublinha a tarefa fundamental do Estado nesta matéria; no artigo 7.º reafirma o direito à fruição do património cultural; no artigo 15.º¹⁵ prevê as categorias de bens culturais - imóveis (monumento, conjunto e sítio) e móveis e respetiva graduação cultural; no artigo 16.º a respetiva forma de proteção legal - classificação e correspondente nível de registo e no artigo 18.º define classificação –interesse nacional, interesse público e interesse municipal.

No procedimento de classificação, a legislação aplicável envolve a LBPC, os princípios e normas do Código do Procedimento Administrativo (doravante CPA)¹⁶ e o DL n.º 309/2009 de 23 de outubro¹⁷, o qual estabelece o regime jurídico da classificação de monumentos, conjuntos e sítios.

2. Património cultural e benefícios fiscais conexos

Os benefícios fiscais constituem normas excecionais no contexto do sistema fiscal, na medida em que exprimem uma derrogação do princípio da igualdade tributária, como refere Casalta Nabais.¹⁸ Com efeito, o próprio artigo 2.º, n.º 1 do Estatuto dos Benefícios Fiscais¹⁹ (doravante EBF) refere que os benefícios fiscais são:

¹⁵ O artigo 15.º da LBPC veio consagrar três conceitos jurídico-patrimoniais distintos e com um recorte técnico preciso, a saber: (a) a Categoria, (b) a Classificação e (c) a Designação. São três as Categorias previstas na LBPC (artigo 15º/1): Monumento, Conjunto e Sítio, sendo que as suas definições, para o que releva no caso sub judice, constam da Convenção da UNESCO de 1972. São três as Classificações previstas na LBPC (artigo 15º/2): Interesse Nacional, Interesse Público e Interesse Municipal, organizadas numa escala de graduação decrescente. A designação de Monumento Nacional está reservada exclusivamente para os monumentos, conjuntos ou sítios que se encontrem classificados como sendo de Interesse Nacional (artigo 15º/3), ou seja, ao monumento, conjunto ou sítio (i.e., categorias) que se encontre classificado como sendo de Interesse Nacional (i.e., classificações) é-lhe ainda atribuída a designação de Monumento Nacional.

¹⁶ Decreto-Lei n.º 4/2015, *Diário da República*, 1.ª Série, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2015-01-07, pp. 50-87.

¹⁷ DL n.º 309/2009, *Diário da República*, 1.ª Série, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009-10-23, pp. 7975 – 7987.

¹⁸ NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 8.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora. 2015, p. 391.

¹⁹ Decreto-Lei n.º 215/89, *Diário da República*, 1.ª Série. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1989-07-01, n.º 149, pp. 2578 – 2591.

medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem”, indicando o n.º 2 as isenções como um dos exemplos de benefícios fiscais e esclarecendo o n.º 3 que constituem despesas fiscais. No âmbito deste último número “dir-se-á que o dispêndio de recursos é meramente virtual, por apontar para uma libertação de créditos e autorização de pagamentos imaginários, não suscitando movimentos monetários e orçamentais reais. Logo, em termos económicos, a despesa fiscal corresponde a um dispêndio virtual de recursos. Juridicamente, a despesa fiscal equivale a uma situação de renúncia de receitas tributárias que, a não ser esta abdicação, seriam arrecadadas pelo Estado, pelo que, prescreve a alínea g) do n.º 3 do artigo 106.º da Constituição da República Portuguesa que a proposta de Orçamento de Estado seja acompanhada de um relatório sobre os *benefícios fiscais e a estimativa da receita cessante*.²⁰.

O regime jurídico aplicável aos benefícios fiscais em matéria de património cultural é constituído pelos artigos 97.º a 99.º da LBPC, que remetem a definição e estruturação da proteção e valorização do património cultural para o Estatuto dos Benefícios Fiscais, onde encontramos o artigo 44.º, que seguidamente se transcreve, na parte que releva para a matéria em análise, na redação que vigora desde 1/1/2018:

Artigo 44.º - Isenções

1 - Estão isentos de imposto municipal sobre imóveis:

(...)

n) Os prédios classificados como monumentos nacionais e os prédios individualmente classificados como de interesse público ou de interesse municipal, nos termos da legislação aplicável;

(...)

2 - As isenções a que se refere o número anterior iniciam-se:

(...)

d) Relativamente às situações previstas na alínea n), no ano, inclusive, em que ocorra a classificação.

²⁰ ROLA, Sérgio Moutinho, *Estatuto dos Benefícios Fiscais Anotado* – anotação ao artigo 2.º, Lexit, 2019 [em linha], [consult. em 10 fev.2017] Disponível em: www.lexit.pt

(...)

5 - As isenções a que se referem as alíneas n) e q) do n.º 1 são de carácter automático, operando mediante comunicação da classificação como monumentos nacionais ou da classificação individualizada como imóveis de interesse público ou de interesse municipal, do reconhecimento pelo município como estabelecimentos de interesse histórico e cultural ou social local e de que integram o inventário nacional dos estabelecimentos e entidades de interesse histórico e cultural ou social local, respetivamente, a efetuar pela Direção-Geral do Património Cultural ou pelas câmaras municipais, conforme o caso, vigorando enquanto os prédios estiverem classificados ou reconhecidos e integrados, mesmo que estes venham a ser transmitidos.

6 - Para os efeitos previstos no número anterior, os serviços do Instituto de Gestão do Património Arquitectónico e Arqueológico, I. P., e as câmaras municipais procedem à referida comunicação, relativamente aos imóveis já classificados à data da entrada em vigor da presente lei:

- a) Oficiosamente, no prazo de 60 dias; ou
- b) A requerimento dos proprietários dos imóveis, no prazo de 30 dias a contar da data de entrada do requerimento nos respectivos serviços.

(...)

10 - Os benefícios constantes das alíneas b) a m), o) e p) do n.º 1 cessam logo que deixem de verificar-se os pressupostos que os determinaram, devendo os proprietários, usufrutuários ou superficiários dar cumprimento ao disposto na alínea g) do n.º 1 do artigo 13.º do Código do Imposto Municipal sobre Imóveis, e os constantes das alíneas n) e q) do n.º 1 cessam no ano, inclusive, em que os prédios venham a ser desclassificados ou deixem de estar reconhecidos pelo município e integrados no inventário nacional de estabelecimentos e entidades com interesse histórico e cultural ou social local, respetivamente, ou sejam considerados devolutos ou em ruínas, nos termos do n.º 3 do artigo 112.º do Código do Imposto Municipal sobre Imóveis.

(...).

Este artigo, no seu n.º 1 alínea n), é um exemplo de como o Direito Fiscal, prossegue uma política de um outro ramo do direito - Direito do Património Cultural - que consiste na proteção e valorização do património cultural e que também se encontra consagrada como uma das tarefas fundamentais do Estado, no artigo 9.º, alínea e) da CRP.

Relativamente ao n.º 5, a isenção a que se refere a alínea n) do n.º1 é de caráter automático e opera mediante comunicação feita ao abrigo do DL n.º 309/2009 de 23 de outubro que contempla no artigo 32.º a situação para o imóvel classificado de interesse nacional e no artigo 61.º para o imóvel classificado de interesse municipal. Tal comunicação será efetuada nomeadamente pela Direção Geral do Património Cultural, a qual sucedeu ao Instituto de Gestão do Património Arquitectónico e Arqueológico, I.P., ao abrigo do DL n.º 115/2012 de 25 de março ou pelas câmaras municipais. A isenção vigora enquanto os prédios estiverem classificados, mesmo que venham a ser transmitidos e neste caso, aplica-se o que está previsto nos artigos 35.º a 39.º da LBPC.

O n.º 10, refere que os benefícios constantes da alínea n) do n.º 1 cessam no ano, inclusive, em que os prédios venham a ser desclassificados, situação do artigo 30.º da LBPC e à qual se aplica o estatuído no artigo 165.º do CPA.

A propósito da alínea n), tem-se levantado a questão de saber, se os centros históricos classificados pela UNESCO, estão isentos de imposto municipal sobre imóveis. O artigo 15.º, n.º7 da LBPC dispõe que "os bens culturais imóveis incluídos na lista do património mundial, integram, para todos os efeitos e na respectiva categoria a lista dos bens classificados como de interesse nacional", cuja referência consta do n.º 3 do artigo 3.º do DL n.º 309/2009, no qual a designação de "monumento nacional" é atribuída aos bens imóveis classificados como de interesse nacional, sejam eles monumentos, conjuntos ou sítios.

A doutrina pronunciou-se, entretanto, relativamente à alínea n) do n.º 1 do artigo 44.º com um Parecer do ICOMOS - Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios de 16 de junho de 2016, do qual se reproduzem as conclusões:

A alínea n) do n.º 1 do artigo 44.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais estabelece a isenção do IMI para os prédios classificados como monumento nacional e para os prédios individualmente classificados como de interesse público ou de interesse municipal;

A alínea g) do artigo 6.º do CIMT estabelece uma isenção do IMT nas aquisições de prédios individualmente classificados como de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal;

Nos termos da Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro e respetiva legislação regulamentadora, não se classificam prédios na acepção fiscal do termo, mas sim bens imóveis cuja configuração corresponde a uma das categorias internacionalmente definidas (monumento, conjunto ou sítio);

A entidade que procede à classificação, ao delimitar a área classificada, indiretamente determina quais são os prédios, na acepção fiscal do termo, abrangidos pela classificação, e que são os que se inserem na área classificada.

Apenas os imóveis classificados na categoria monumento podem considerar-se objecto de uma classificação individual;

Um imóvel situado num conjunto ou sítio classificado como de interesse nacional (grau máximo) beneficia da isenção do IMI, pois a alínea n) do n.º 1 do artigo 44.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais não exige, nesse caso, a classificação individual do mesmo;

Nem as regras da interpretação da lei, nem os elementos sistemáticos permitem concluir que o legislador não obstante ter regulado a isenção do IMT em moldes mais restritos que a do IMI, estabeleceu um regime igualmente restritivo para ambos os impostos;

Uma aplicação da lei no sentido da restrição da isenção do IMI aos imóveis classificados individualmente como monumento nacional com a consequente exclusão dos imóveis situados em conjuntos ou sítios também classificados no grau máximo de interesse nacional, contraria a disposição expressa da alínea n) do n.º1 do artigo 44.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais;

A isenção do IMI aplica-se também quando está em causa um imóvel (prédio) situado na área correspondente a um bem cultural inscrito na lista do património mundial, uma vez que o legislador integrou automaticamente e para todos os efeitos, os bens culturais inscritos na lista do património mundial no elenco dos bens classificados como de interesse nacional (grau máximo);

Os bens imóveis classificados nas categorias de conjunto e sítio não têm, à luz da Lei de Bases do Património Cultural e dos normativos

internacionais para que a mesma remete, valor cultural inferior aos bens classificados na categoria de monumento;

O regime legal, actualmente estabelecido, de isenção do IMT em todos os graus de classificação e de isenção do IMI no caso dos graus de interesse público e de interesse municipal, restritas aos imóveis classificados na categoria de monumento, consubstancia um tratamento desigual dos proprietários de prédios abrangidos pela classificação como monumento relativamente aos proprietários de prédios abrangidos pela classificação como conjunto ou sítio, sem que a esse tratamento diverso subjaza qualquer desigualdade ou valor extrafiscal conexo com o património cultural que justifique a distinção, o que não só se afigura contrário ao princípio da igualdade tributária, como prejudica o entendimento da importância do valor cultural do património.²¹

O CAAD-Centro de Arbitragem Administrativa, que constitui um centro de arbitragem institucionalizada e carácter especializado e opera nas áreas administrativa e tributária tem proferido decisões na matéria. Com efeito, relativamente à área tributária o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT)²² aplica-se à resolução por via arbitral de litígios que importem apreciação da legalidade de atos tributários. A Autoridade Tributária e Aduaneira pré-vinculou-se à arbitragem tributária, o que importou a previsão de um verdadeiro direito potestativo de acesso à arbitragem por parte dos contribuintes. Têm sido várias as decisões²³ na matéria, das quais destacamos as seguintes passagens:

- Decisão arbitral de 24 de julho de 2017, *in proc.* N.º 534/2016 –T:

Ora, em resumo:

- estando o Centro Histórico de Guimarães incluído na lista do património mundial, enquanto Conjunto;
- referindo expressamente a Lei 107/2001 que os bens imóveis incluídos nessa lista são, para todos os efeitos e na respetiva categoria (Conjunto), classificados como de interesse nacional;

²¹ ICOMOS - Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios [consult. em 2017.02.10], disponível na Internet: http://www.icomos.pt/images/pdfs/Parecer_Isencao_-IMI.pdf

²² D.L. n.º 10/2011, *Diário da República*, 1.ª Série. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2011-01-20, n.º 14, pp. 370 – 376.

- referindo a mesma lei e o Decreto-Lei 309/2009 que um bem imóvel classificado como de interesse nacional é designado como “monumento nacional”;

- aplicando-se todo este racional ao Centro Histórico de Guimarães;

- referindo-se o nº1 alínea n) do artigo 44º do EBF a “monumento nacional” desconhecendo-se qualquer outra fonte de interpretação do termo para além das acima referidas;

Considera-se manifesto que os imóveis sub judice beneficiam da referida isenção, sendo assim ilegais as liquidações de IMI aqui impugnadas, na parte a que a tais imóveis se referem, devendo ser restituído aos Requerentes o imposto que foi pago.

- Decisão arbitral de 22 de novembro de 2017, *in proc.* n.º 172/2017- T:

Neste sentido, já se pronunciaram as decisões do CAAD dos processos n.º 325/2014- T, 76/2015-T, 33/2016-T, 98/2016-T, 379/2016-T, 534/2016-T e 204/2017-T. 23. Assim, e tal como concluiu a decisão do CAAD do processo n.º 76/2015-T, estando o prédio em questão integrado no Centro Histórico do Porto, legalmente qualificado como monumento nacional, é manifesto que beneficia da referida isenção, sendo assim ilegal a liquidação de IMI aqui impugnada, e devendo ser restituído aos Requerentes o imposto que foi pago.

Quanto à jurisprudência fiscal, o acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo Norte em 7/12/2016, no processo n.º 00134/14.4BEPRT, com o sumário:

1 - Estão isentos de imposto municipal sobre imóveis: os prédios classificados como monumentos nacionais e os prédios individualmente classificados como de interesse público ou de interesse municipal, nos termos da legislação aplicável – cfr. artigo 44.º, n.º 1, alínea n) do Estatuto dos Benefícios Fiscais.

2 - Os imóveis situados nos Centros Históricos incluídos na Lista do Património Mundial da UNESCO classificam-se como sendo de interesse nacional, inserindo-se na categoria de “monumentos

nacionais” – cfr. artigo 15.º, n.º 3 e n.º 7 da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro.

3 - Os prédios inseridos nos Centros Históricos Classificados beneficiam de isenção de imposto municipal sobre imóveis.

deu origem ao recurso de revista excecional previsto no artigo 150.º, n.º 1 CPTA²⁴, a qual foi admitida através de acórdão do STA de 17/01/2018 (*in* processo n.º 0501/17), no qual se entendeu que:

No caso vertente, a questão analisada no acórdão recorrido e que se pretende ver reapreciada pelo Supremo Tribunal Administrativo consiste em saber se estão ou não isentos de IMI os prédios situados em centros históricos classificados como património mundial da UNESCO, tendo em conta que nele se revogou a sentença de 1ª instância e se sufragou a seguinte posição, vertida, de forma sintética, no (...) sumário: (...).

Em suma, está em causa a interpretação do artigo 44º, nº 1, alínea n), do Estatuto dos Benefícios Fiscais, articulado com o art.º 15º da Lei nº 107/2001, de 8 de Setembro (Lei de Bases de Protecção do Património Cultural), com o Dec. Lei nº 309/2009, de 23 de Outubro, e com o art.º 2º do Código do IMI. Trata-se de questão jurídica que justifica a admissibilidade da revista, dado o seu carácter geral e a sua relevância jurídica e social fundamental à luz da definição acima enunciada, tendo em conta a sua complexidade jurídica em face da necessidade de concatenar diversos conceitos e regimes legais, e, sobretudo, tendo em conta a utilidade (jurídica e prática) da resposta que venha a ser dada à questão, utilidade que ultrapassa os limites da situação singular face à possibilidade de repetição num número indeterminado de casos futuros.

Com efeito, existem milhares de imóveis integrados em centros históricos classificados como património mundial da UNESCO, sendo

²⁴ Código do Processo dos Tribunais Administrativos-Lei n.º 15/2002 de 22 de fevereiro -“Das decisões proferidas em segunda instância pelo Tribunal Central Administrativo pode haver, excecionalmente, revista para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito.”

bem conhecida a forte controvérsia e a abundante litigância que tem gerado a interpretação daquele preceito do Estatuto dos Benefícios Fiscais, sem que, contudo, tenha sido alcançada jurisprudência firme e uniforme sobre a questão, até porque a mesma nunca foi apreciada e decidida pelo órgão de cúpula desta jurisdição. Estamos, portanto, perante situação em que a admissão da revista se reveste de relevância jurídica e social fundamental e em que, para além disso, se reconhece a utilidade da intervenção do STA com vista a emitir pronúncia que possa servir como orientação para os tribunais, assim contribuindo para uma melhor aplicação do direito.

Para analisar a questão identificada, o STA fez uma resenha dos factos e das razões que estiveram na sua origem, de modo a poder interpretar, nos termos do disposto no artigo 9º do Código Civil, os textos legais que estabelecem as normas reguladoras da matéria, resenha que pela sua clareza e importância, passamos a transcrever:

Como facilmente se depreende da argumentação expendida pela recorrente e pelo recorrido as dúvidas interpretativas do texto do artigo 44º, n.º 1, al. n) do EBF (que antes da renumeração e republicação correspondia do artigo 40º, cfr. Decreto-Lei n.º 108/2008, de 26/06) surgiu com a alteração que lhe foi introduzida pelo artigo 82º do Orçamento do Estado para 2007, Lei n.º 53-A/2006, de 29.12.2006.

Efectivamente, antes desta alteração do texto legal dispunha o artigo 40º, n.º 1, al. n) do EBF: *Estão isentos de imposto municipal sobre imóveis os prédios classificados como monumentos nacionais ou imóveis de interesse público e bem assim os classificados de imóveis de valor municipal ou como património cultural, nos termos da legislação aplicável.*

Posteriormente à entrada em vigor do Orçamento do Estado para 2007, tal norma passou a ter a seguinte redação:

Estão isentos de imposto municipal sobre imóveis os prédios classificados como monumentos nacionais e os prédios individualmente classificados como de interesse público, de valor municipal ou património cultural, nos termos da legislação aplicável.

Em simultâneo com a alteração deste texto legal o legislador no mesmo Orçamento do Estado editou mais duas normas que dispunham do seguinte modo, e cuja razão de ser se prende com esta alteração ao texto do artigo 40.º, n.º 1, al. n):

Artigo 88.º

Disposições transitórias no âmbito dos benefícios fiscais
Às alterações introduzidas pela presente lei ao Estatuto dos Benefícios Fiscais aplica-se o regime transitório seguinte:

a) ...

b) ...

c) *A administração fiscal notifica, no prazo de 180 dias após a entrada em vigor da presente lei, todos os sujeitos passivos, que se encontrem a beneficiar da isenção referida na alínea n) do n.º 1 do artigo 40.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, da cessação deste benefício por alteração dos seus pressupostos;*
 d) *Os sujeitos passivos referidos na alínea anterior podem, no prazo de 90 dias a contar da data da notificação, requerer a isenção a que se refere o artigo 42.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais se reunirem todos os requisitos aí referidos e se para o mesmo prédio ainda não tiverem beneficiado deste regime...*

Como se depreende da interpretação conjugada destas disposições legais o legislador ao elaborar o Orçamento do Estado para 2007 quis introduzir uma alteração significativa no regime de acesso às isenções de IMI de que poderiam beneficiar os prédios classificados em razão do seu interesse e importância cultural e/ou valor patrimonial.

Enquanto que na versão da norma anterior a este OE de 2007 o legislador não exigia, para efeitos fiscais, a classificação individual de cada um dos prédios, bastando-se, portanto, com a sua classificação *nos termos da legislação aplicável*, com esta alteração passou a exigir mais um requisito, o da *classificação individual nos termos da legislação aplicável*. Contudo, apenas passou a exigir esta classificação individual para os imóveis que devam ser integrados nas categorias de *interesse público, de valor municipal ou património cultural*, não fazendo a mesma exigência para os imóveis que devam ser integrados na categoria de *monumento nacional* (no EBF o legislador faz referência a *monumento nacional* quando se pretende referir aos imóveis de

interesse nacional porque é assim que nos termos do disposto no artigo 15º, n.º 3 da Lei n.º 107/2001, de 08 de Setembro devem ser designados).

E esta distinção resulta claramente da vontade expressa do legislador ao editar a norma em questão, ou seja, o legislador não pretendeu exigir, para os imóveis que devam ser incluídos na categoria de monumento nacional (interesse nacional) e para efeitos desta isenção fiscal, que devam ser sujeitos a classificação individual, mantendo, portanto, quanto aos mesmos o regime que anteriormente se encontrava estabelecido. Aliás a “nova” redacção do preceito mantém inalterada a primeira parte do artigo em questão -*Estão isentos de imposto municipal sobre imóveis os prédios classificados como monumentos nacionais*- que se refere aos monumentos nacionais. Esta interpretação resulta, também, expressamente do debate parlamentar e votação ocorridos a propósito deste preceito legal. Tal como resulta da leitura do Diário da Assembleia da República I Série, nº 24, de 02.12.2006, págs. 29 e 30, a exigência da classificação individual dos imóveis que devem ser enquadrados na categoria de monumento nacional não foi expressamente aceite pelos deputados: (...).

Daqui se conclui, assim, que os imóveis que já anteriormente beneficiavam da isenção fiscal, por se encontrarem enquadrados na categoria designada por monumento nacional, não foram abrangidos pelas alterações legislativas operadas pelo OE de 2007, podendo por isso manter a isenção fiscal de que vinham a beneficiar, não havendo, portanto, quanto aos mesmos, que aplicar o regime transitório constante do artigo 88º, als. c) e d) do mesmo Orçamento do Estado.

Após tal explicação e aplicação ao caso concreto, se concluiu em tal revista, através do acórdão do STA de 12/12/2018 (*in* processo 0134/14.4BEPRT 0501/17), proferido no âmbito do mesmo processo, que “Estão isentos de imposto municipal sobre imóveis os prédios denominados como monumentos nacionais nos termos do disposto no artigo 44.º, n.º 1, alínea n) do Estatuto dos Benefícios Fiscais.”.

Conclusão

Após um breve enquadramento legislativo acerca do direito à cultura e fruição cultural no nosso ordenamento jurídico e referência à proteção do Direito do Património Cultural a nível internacional e interno, focamos a relação deste com os benefícios fiscais que lhe estão associados para chamarmos à atenção da mais recente questão que se tem colocado à jurisprudência nacional e a sua resolução pelo Supremo Tribunal Administrativo através do acórdão do STA de 12/12/2018 (*in* processo 0134/14.4BEPRT 0501/17) proferido em sede de recurso de revista.

Com este artigo esperamos ter dado um pequeno contributo para demonstrar a importância do Direito do Património Cultural, entendido no sentido da conjugação de normas de direito internacional, de direito da União Europeia, de direito constitucional, de direito administrativo e de direito fiscal em que o mesmo está contido, e que tem como objetivo tutelar os bens culturais, o que passa pela sua conservação, preservação e valorização económica e cultural.

Referências bibliográficas

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.^a ed revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, v.1;

POÇAS, Isabel Restier. Direito do Património Cultural e Mecanismos de Resolução/Agilização de Litígios. *ROA*, III/IV, Ano 77, Jul-Dez. 2017;

NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do Património Cultural*. Coimbra: Almedina, 2004;

NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito do Património Cultural*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2010;

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 8.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015;

ROLA, Sérgio Moutinho. Estatuto dos Benefícios Fiscais Anotado – anotação ao artigo 2.^o. *Lexit*, 2019. Disponível em www.lexit.pt, [consult. em 13.mai. 2019];

ICOMOS - *Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios* [consult. em 2017.02.10], disponível na Internet: http://www.icomos.pt/images/pdfs/Parecer_Isencao-IMI.pdf

O sistema prisional brasileiro sob a perspectiva dos Direitos Humanos

The Brazilian prison system from the perspective of Human Rights

Laís LOCATELLI¹

Resumo: Dimensionar os problemas que estão presentes no sistema prisional brasileiro é uma tarefa multifacetada. Tal sistema encontra-se colapsado e demanda um olhar atento e crítico sob uma perspectiva dos Direitos Humanos, especialmente quanto aos problemas que enfrenta, buscando compreender como chegou nesse ponto e o que é necessário para sair dele. É um tema que ademais de ser pertinente é necessário porque deixa sua chaga na vida dos prisioneiros de maneira permanente.

Palavras-chave: Sistema prisional; Direitos Humanos; Reinserção; Políticas Públicas

Abstract: It is a multifaceted task to find the dimensions of the problems that are present in the Brazilian prison system. The system has collapsed and requires a critical look with a human rights perspective, especially for the main problems, trying to understand how it ends up like it and what it needs for a real change. It is a subject that is more than pertinent, it is necessary because it leaves a permanent print in the prisoners life.

Keywords: Prison System; Human Rights; Reinsertion; Public Policy

¹ Advogada. Professora do Programa de Pós-doutorado Políticas Públicas e Segurança da Universidade Portucalense, UPT - Porto/Portugal; Pós-doutora e Doutora em Direitos Humanos - USAL - Universidade de Salamanca/Espanha; Pós-doutoranda em Direitos Sociais - USAL - Universidad de Salamanca/Espanha Mestre em Ciências Jurídico-Políticas - UAL - Universidade Autónoma de Lisboa/Portugal; Mestre em Psicanálise - Universidad de León; Pós-graduada em Terapia Psicanalítica - UB - Universidad de Barcelona/Espanha; Pós-graduada em Direito Público e Privado - URI - Universidade Regional Integrada/Brasil; Graduada em Direito - URI - Universidade Regional Integrada/Brasil. Investigadora no Instituto Jurídico Portucalense - Grupo "Dimensions of Human Rights", Universidade Portucalense, Portugal; Investigadora no Grupo "Law, Public Policies and Sustainable Development", Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul; Investigadora no Grupo "Roles of gender and interculturality of mixed couples in Spain: a qualitative longitudinal research" Universidad Rovira i Virgili URV/Tarragona, Espanha. Espanha. E-mail:laislocatelli@gmail.com.

Introdução

A chaga do descaso e da violência dentro das prisões brasileiras é um dos mais graves problemas a serem enfrentados pelo Estado. Falar do sistema prisional brasileiro hoje significa falar de desrespeito aos Direitos Humanos, aos princípios constitucionais, às leis, etc. Esse problema não é produto exclusivo de uma época específica, ao contrário, é um problema que se arrasta no tempo e se agrava no território do país.

Atualmente desperta esperança que o tema, por muito tempo velado e subjugado como algo à margem da “sociedade de bem”, esteja estampado nas capas dos jornais e denunciados por vários meios, inclusive o acadêmico, partindo do pressuposto que os investigadores tem uma enorme responsabilidade de leitura social e de interrogante do que deve ser modificado na sociedade.

A importância do enfoque nos Direitos Humanos fica evidente quando encontra-se a origem do seu conceito: nasce do reconhecimento de valores básicos como a igualdade e a dignidade. E mais: nasce das histórias de guerra, de morte, de preconceito, de poder e de vulgarização da vida e da dignidade humana. Canotilho² aponta que “os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal”. Destaca-se que existe uma inquietação sobre a natureza de tais direitos apesar do artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³ estabelecer que eles surgem pelo simples fato de se ser um ser humano, sem depender de qualquer condição⁴.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 393. ISBN: 9724021068.

³ “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”. ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948* [Em linha]. [consultado 02 Maio 2018]. Disponível na Internet: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>.

⁴ Sobre a natureza dos Direitos Humanos questionam Menke e Pollmann: são direitos porque estão em um ordenamento jurídico ou são naturalmente direitos que nascem junto o homem: “al hablar de “derechos”, ¿qué significa que éstos corresponden por igual a todos los hombres, es más, que todos los hombres ya los “tienen”? Sobre o tema escreve Martínez Quinteiro o seguinte: “Antes y desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948 se sigue discutiendo si los derechos humanos son facultades morales y naturales, intemporales o independientes de su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos o son prerrogativas políticas nacidas en virtud de su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos y por tanto de carácter histórico o naturaleza temporal”. Ressalta-se que o Brasil é um dos países signatários dos Tratados de Direitos Humanos sendo, dessa forma, responsável pela aplicação e efetivação dos direitos ali elencados. MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. *Filosofía de los Derechos Humanos*. Tradução de Remei Capdevila Werning. Barcelona: Herder, 2010, p. 32 e 29. ISBN: 9788425426018. MARTÍNEZ QUINTEIRO, M.E.

Nesse sentido e a partir do pressuposto que a igualdade e a dignidade são, por um lado, direitos comuns a todos os seres humanos e, por outro, que o Brasil se comprometeu em respaldá-los e considerando que quando tais direitos não estão sendo resguardados é quando algo está fracassando, urge questionar quais são os maiores problemas e desafios do sistema prisional brasileiro hoje, tendo como horizonte minimizar essa chaga.

1. O sistema prisional brasileiro sob a égide dos Direitos Humanos

*Eu tô sem ar, feito num peixe num aquário
Sem sair do lugar, feito um presidiário.*

Gabriel Pensador.

É inverossímil a realidade em que hoje se encontram as prisões brasileiras. Existe uma grande lacuna nessa questão e os problemas são preocupantes e urgem soluções, considerando um cenário repleto de diversidades e complexidades.

Nesse sentido escreve Eberhard⁵ quando afirma que os Direitos Humanos, ademais de não estarem garantidos universalmente para todos, “son violados en todo el mundo, a menudo de manera grave, por lo que todavía tiene que ser superada la brecha entre la teoría y la retórica de los derechos humanos respecto de las realidades de base”. Apesar do Estado brasileiro ser signatário da Carta dos Direitos Humanos, está longe de ser um país que cumpra com seu compromisso de implementar e garantir que eles sejam aplicados.

Por ser signatário, quando não cumpre com as suas obrigações existe a possibilidade de ser responsabilizado internacionalmente, o que ocorreu em mais de uma ocasião. A última denúncia contra o Estado perante à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos responsável por promover o respeito a direitos humanos no continente, foi levada a cabo por entidades da sociedade civil que o acusaram “de adotar uma política institucional de encarceramento em massa, que levou a população detida a quase

Problemáticas conceptuales y metodológicas de los Derechos Humanos [Em linha]. [consultado 25 Abril 2018]. Disponível na Internet: <http://www.ivoox.com/prof-dr-m-esther-martinez-quinteiro-problematicas-conceptuales-audios-mp3_rf_4684689_1.html>.

⁵ EBERHARD, Christoph. “Derechos Humanos y diálogo intercultural”. In GARCIA, Manuel Calvo. *Identidades culturales y Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson, 2002, p. 255. ISBN: 84-8155-971-7.

triplicar desde 2000 (...), e de ser conivente com a prática de tortura e violação sistemática de direitos humanos dentro das prisões”⁶. De acordo com o ex-diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional, Marco Severo, esse aumento no número dos presos é decorrente da legislação e das medidas adotadas pelos governos.

Também nesse sentido Lemgruber⁷ afirma que uma das razões do aumento da população carcerária foi a mudança na lei antidrogas (Lei 11.343/2006) “que muita gente diz que é branda, resultou nisso”. De fato os dados publicados no Infopen, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias⁸, confirmam que “o crime que mais leva pessoas para cadeia é o tráfico de drogas. 28% dos brasileiros estão no cárcere em razão da lei de drogas, seguido de acusados ou condenados por roubo (25%) e furto (13%)”⁹.

Diferentemente do que ocorre com outras demandas contra o Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana, no Brasil existe uma legislação que dá os contornos que devem seguir os sistemas prisionais, como a Lei de Execução Penal n° 7.210/1984, que determina, entre outras coisas, uma série de obrigações e condições para garantir o bem-estar dos detentos; e a Lei n° 12.714/2012 que dispõe sobre o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança aplicadas aos custodiados do sistema penal brasileiro¹⁰. Contudo, a legislação está muito longe de ser aplicada na sua totalidade.

⁶ OEA recebe denúncia sobre prisões do Brasil - A acusação seria de encarceramento em massa que levou a população detida a quase triplicar desde 2000. *Diário de Pernambuco* [Em linha]. [consultado 23 Maio 2018]. Disponível na Internet: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2017/03/23/interna_brasil,695464/oea-recebe-denuncia-sobre-prisoos-do-brasil.shtml>.

⁷ Julita Lemgruber é Socióloga e coordenadora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes. AMORIM, Felipe; COSTA, Flávio; BIANCHI, Paula. Brasil tem 726 mil presos, o dobro do número de vagas nas cadeias. *UOL* [Em linha]. [consultado 20 Março 2018]. Disponível em Internet: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/08/brasil-tem-duas-vezes-mais-presos-do-que-numero-de-vagas-nas-cadeias.htm?cmpid=copiaecola>.

⁸ BRASIL. Ministério Extraordinário da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias 2016* [Em linha]. [consultado 08 Maio 2018]. Disponível na Internet: <<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>>.

⁹ YAROCHEWSKY. Leonardo Isaac. Caos no sistema penitenciário: propostas efetivas para reverter a crise. *Justificando* [Em linha]. [consultado 04 Maio 2018]. Disponível na Internet: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/>>.

¹⁰ O Sisdepen foi criado para atender a Lei n° 12.714/2012 (...). Na visão de Alencastro, “é a melhor ferramenta de integração para os órgãos de administração penitenciária no Brasil, na medida que possibilita a criação de um banco de dados centralizado com as informações que deverão atender a todas as necessidades dos diferentes atores da execução penal”. BRASIL. Ministério da Justiça do

Mingardi faz uma crítica a denominação “sistema penitenciário” e diz que “sequer pode ser chamado de “sistema”. É uma “coisa dispersa”, onde cada lugar tem uma regra diferente”¹¹.

É importante frisar que, ao mesmo tempo que o Brasil hoje apresenta sérias falhas na garantia da dignidade humana e na igualdade de tratamento dentro das prisões, os números da violência sobrem de maneira abrupta, revelando uma população que convive com o medo.

Pode-se dizer que a causa principal da reação em cadeia que levou o país a estar entre os mais violentos do mundo foi o descaso político em realizar uma política social efetiva, com políticas públicas¹² consolidadas em várias frentes: educação, saúde, segurança, saneamento básico, etc. Ainda, a corrupção que historicamente acompanha a governança brasileira deixou suas marcas com grandes fortunas desviadas dos valores destinados a investimentos que tinham real necessidade e urgência de serem implementados para o bem-estar de todos e para o crescimento da economia.

Infelizmente esses déficits ainda podem ser visualizados a olhos nus pela população bem como estão sendo provados em juízo os graves casos de uma corrupção nunca vistos antes em um estado democrático de direito. O “antes tarde do que nunca” é um ditado otimista para a situação que o país se encontra: perderam-se incontáveis anos entre mandatos dos representantes tanto do poder executivo como do legislativo marcados pela inércia política¹³ e pelo perigoso jogo de eleições e reeleições, caracterizados por uma corrupção sistematizada.

Governo Federal. *Informações penitenciárias consolidarão base de dados nacional* [Em linha]. Brasília [22 Janeiro 2018]. Disponível na Internet: <<http://www.justica.gov.br/news/integracao-das-informacoes-penitenciarias-vai-consolidar-base-de-dados-nacional>>.

¹¹ BRANDÃO, Marcelo. Más condições das prisões facilitam crescimento de facções, dizem especialistas. *Agencia Brasil* [Em linha]. [consultado 14 Maio 2018] Disponível na Internet: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2.017-01/mas-condicoes-das-prisoos-facilitam-crescimento-de-faccoes-dizem-especialistas>>.

¹² Quanto as política públicas, é necessário pontualizar que a dinâmica política muitas vezes parece estar distante e desconectada dos indivíduos, mas faz parte do dia a dia, intervindo em todas as vidas, de alguma maneira, direcionando opiniões e ações do que é importante dentro de um Estado e do que ficará à margem e se tornará raso. Ou seja, “trata de proporcionar elementos de comprensión, e incluso de respuesta, a los interrogantes fundamentales acerca de la legitimidad, la eficacia y la continuidad o sostenibilidad de las acciones públicas (bien como) permite situar a los actores públicos en un tempo y un espacio determinados y analizar la acción pública en este contexto”. A importância deste entendimento está no fato do desenvolvimento da cidadania – e com isso da dignidade da pessoa humana – depender, em grande medida, da sua elaboração e aplicação. SUBIRATS, Joan, et al. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2012, p 10.

¹³ “Para o juiz Luis Carlos Valois, “se fizer uma reforma, aumentar a eficiência da polícia, do Judiciário e do Ministério público, vai mais gente para a cadeia. Tem de pensar como vai fazer isso, de forma que

2. Muito além da superlotação: os principais problemas das prisões brasileiras

O agente é carcereiro, psicólogo, enfermeiro, carteiro, motorista, não sei o que não é. Até babá de preso tem que ser porque tem de levar no hospital e não tem uma pessoa para ficar lá com ele.

Agente carcerário de Goiás¹⁴

O problema da falta de vagas e da superlotação dos presídios existe em larga medida e são decorrentes de uma série de motivos, entre os quais se destacam a falta de vagas e a má gestão que, somados a lentidão da Justiça, potencializam os problemas carcerários. A demora dos julgamentos acarreta uma grande massa de prisões temporárias: cerca de 40% do total da população carcerária, de acordo com o relatório Infopen de 2016¹⁵. Tais prisões, muitas vezes, são realizadas na delegacia mas, em outras, os presos que aguardam julgamento são levados para os presídios juntamente com presos condenados, inclusive com os considerados de alta periculosidade.

Pode-se ainda destacar a falta de pessoal qualificado¹⁶, as limitadas ofertas de trabalho para os detentos, a precariedade de infraestrutura, de assistência médica e educacional. Salienta-se que existe a obrigação do Estado em prover tais condições, estabelecida por lei, visando o cumprimento adequado da pena e a boa reinserção do preso à sociedade.

Essas fragilidades do sistema ganham uma maior proporção com a taxa de ocupação das prisões atingindo índices de 197,4%, conforme aponta a Infopen. Esse

a cadeia não fique ainda mais entupida, porque ninguém quer gastar dinheiro em cadeia. Todo mundo acaba falando 'eu prefiro construir escola'. É bobagem, porque a maioria não constrói escola nem cadeia." BRANDÃO, Marcelo. *Op. Cit.*

¹⁴ Raio X dos presídios: Prisões do Brasil têm em média 7 presos para cada carcereiro. *Repórter Maceió* [Em linha]. [consultado 01 Maio 2018]. Disponível na Internet: <<http://www.reportermaceio.com.br/raio-x-dos-presidios-prisoos-do-brasil-tem-em-media-7-presos-para-cada-carcereiro/>>.

¹⁵ BRASIL. Ministério Extraordinário da Segurança Pública. *Op. Cit.*

¹⁶ "O estado do Paraná, por exemplo, há 20 anos não faz concurso para pessoal técnico. O sistema penitenciário não tem mais médico, dentista, pedagogo, assistente social e outros. E também não tem recursos para contratar", explica a advogada Isabel Kugler Mendes, presidente do Conselho da Comunidade de Curitiba. MARONI, João Rodrigo. Muito além da falta de vagas: os problemas das prisões brasileiras. *Gazeta do Povo* [Em linha]. [consultado 25 Maio 2018]. Disponível na Internet: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/muito-alem-da-falta-de-vagas-os-problemas-das-prisoos-brasileiras-7lceyu62fhvx3e12aeey7gc1h>>.

dado é ainda mais preocupante quando se constata que tanto os presos como os servidores e colaboradores que ocupam os espaços prisionais vivem ou convivem com condições insalubres¹⁷. No geral há 8,2 presos para cada agente no sistema prisional brasileiro, quando o ideal seria 1 agente para cada 5 presos, conforme determina uma resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Esse número é considerado como padrão razoável para garantir a segurança física e patrimonial nas unidades prisionais¹⁸.

Quanto a deficiência de estudo e de trabalho, os dados publicados revelam que somente 15% dos presos tem a possibilidade de realizar atividades laborais, internas ou externas aos estabelecimentos penais, e 12% participam de alguma atividade educacional. Como exemplo temos o estado de Minas Gerais com o maior índice do país, com 30% dos presos realizando atividades laborais, enquanto que no Rio Grande do Norte somente 1% tem essa oportunidade¹⁹. Piasecki²⁰ descreve os entraves burocráticos, tributários e trabalhistas como a causa que impede uma maior oferta de trabalho aos presos, além da ausência de espaços físicos adequados e da falta de agentes para realizar a escolta dos presos até o local do trabalho. Sobre a educação, apesar da maioria das prisões terem espaços de estudo, Caruncho²¹, que é promotor de Justiça, afirma que eles não são utilizados “porque faltam professores ou porque não foi implantado ainda o estudo à distância, e as justificativas do Estado vão pipocando. Uma política consistente para o sistema prisional passa por um plano que envolva tudo isso”.

A precariedade do sistema prisional encontra nas palavras de Piovesan²² algo em que se apoiar e se fundamentar. Escreve a autora:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.

¹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça do Governo Federal. *Op.Cit.*

¹⁸ MARONI, João Rodrigo. *Op. Cit.*

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ MARONI, João Rodrigo. *Op. Cit.*

²² PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6 ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 131-132. ISBN: 9788502619982.

2.1 A superlotação

O inferno não é embaixo da terra; o inferno é o presídio.

Ex-detento do RS ²³

Conforme o Infopen²⁴ de 2016, a população prisional era de 726.712 presos que se aglomeravam nas 368.049 vagas, a terceira maior população prisional do mundo²⁵. Bajer²⁶ descreve a superlotação com o principal problema do sistema prisional: “Ela impede que o preso tenha uma vida digna. Por conta dela, os detentos acabam tendo que brigar por necessidades básicas, por exemplo, por um lugar onde dormir”.

Carneiro²⁷ afirma que “presídio cheio é falta de investimento no sistema” e aponta para o poder Executivo, que não acompanha a demanda da Justiça e o aumento das decretações de prisões. Para Carneiro, não existe solução a curto prazo, “é preciso investir num plano consistente, aumentar o número de vagas em novas unidades. Outra questão é fazer com que essas novas unidades tenham condições dignas para tratar os presos, o que é algo que a sociedade infelizmente não valoriza”.

Caruncho²⁸ enfatiza que o caminho para uma melhora no sistema prisional são políticas públicas a longo prazo, com a construção de presídios “porque temos uma população prisional que está por anos aguardando a entrada no sistema e ele não consegue absorver, está contingenciado”.

Uma importante questão levantada por Maroni²⁹ é: o Brasil prende pouco ou prende muito? Para responder seria necessário avaliar dois pontos: o aumento da violência e o aumento no número de prisões. Como visto, a mudança na Lei de tráfico

²³ LAMAS, Aline. 'O inferno é o presídio', afirma ex-detento - Déficit de vagas no sistema prisional brasileiro é de mais de 208 mil. G1 [Em linha]. [consultado 20 Abril 2018]. Disponível na Internet: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/11/o-inferno-e-o-presidio-afirma-ex-detento.html>>.

²⁴ De acordo com Maroni, “apesar de haver indícios de que os números do Infopen podem estar superestimados, ainda assim a falta de vagas é uma realidade na grande maioria dos presídios do país”. MARONI, João Rodrigo. *Op. Cit.*

²⁵ BRASIL. Ministério da Justiça do Governo Federal. *Op. Cit.*

²⁶ Paula Bajer é procuradora, membro do grupo de trabalho Sistema Prisional, da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, vinculado ao Ministério Público federal. LAMAS, Aline. *Op. Cit.*

²⁷ Leandro Piquet Carneiro, professor do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (USP) e pesquisador do Núcleo de Pesquisa de Políticas Públicas da USP. *Idem.*

²⁸ LAMAS, Aline. *Op. Cit.*

²⁹ Guilherme Moniz Barreto é defensor público do Paraná e atua na área de execução penal. MARONI, João Rodrigo. *Op. Cit.*

de drogas teve muita influência no aumento no número de prisões, a maioria dos presos respondem pelo crime de tráfico e por crimes contra o patrimônio.

Levanta-se a hipótese de ser aplicada em maior escala penas alternativas ao regime fechado, contudo, novamente encontra-se presente a precariedade dos recursos disponíveis para o monitoramento eletrônico, por exemplo. Também, é fundamental ter em conta a violência que o tráfico de drogas gera em grande escala na sociedade brasileira e se essa decisão seria de grande valia socialmente ou somente buscaria desinflar as cárceres.

Nessa linha de pensamento Carpes³⁰ não concorda que no Brasil se prende demais. Na opinião dele, “o número de presidiários no país aumenta gradativamente porque a criminalidade tem crescido geometricamente, exigindo que o mesmo indivíduo seja solto e preso inúmeras vezes”, o que dá impressão da falta de resultados do encarceramento.

Carpes também pontualiza que uma parte dos criminosos ficam presos por pouco tempo, e que “isso faz com que os presos não vejam a prisão como um grande mal, pois sabem, em sua grande maioria, que permanecerão por alguns meses na prisão”. Outro efeito das regressões de pena, segundo ele, são que os criminosos não evitam cometer crimes porque “sabem que o tempo de permanência é curto, além de possuírem regalias como visita íntima, acesso aos meios de comunicação e às drogas, além da falta de exigências de ordem e disciplina”³¹.

2.2. Poderes paralelos

O Estado brasileiro se tornou uma espécie de departamento de RH (Recursos Humanos) para as facções criminosas dentro das prisões.

Flávio Werneck³²

As facções criminosas são a preocupação número um da segurança pública do Brasil. São elas que controlam o tráfico, influenciam no funcionamento das prisões, implementam suas próprias Leis nas comunidades, estruturam o crime organizado, os roubos sistêmicos de cargas e de carros, etc, além da disputa por território de

³⁰ Bruno Carpes é promotor de Justiça do Rio Grande do Sul e membro do Núcleo de Pesquisa e Análise da Criminalidade da Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais. Idem.

³¹ Idem.

³² Flávio Werneck era vice-presidente da Federação Nacional de Policiais Federais. AMORIM, Felipe; COSTA, Flávio; BIANCHI, Paula. *Op.Cit.*

distribuição de drogas, roubos e, especialmente, poder, deixando um rastro de sangue e violência por onde passam.

Esse poder paralelo toma conta, cada vez mais, da vida dos presidiários. Maroni afirma que, “com falta de vagas e de infraestrutura adequada, de servidores e na ausência de gestão mais consistente, o poder das facções cresce dentro dos presídios, substituindo a presença do Estado”³³. Mas essa afirmação é demasiadamente simples para um problema tão grande porque tanto dentro das prisões como fora delas as facções tem poder de mando.

O que fundamenta a afirmação do autor é que o governo não fornece itens básicos como material de limpeza, de higiene e determinados tipos de alimentação permitindo que as famílias sejam provedoras de tais itens. Essa mercadoria acaba sendo comercializada dentro da prisão e alguns presidiários se endividam com as facções que financiam não só tais produtos mas também advogados, drogas³⁴, telefone celular e até mesmo proteção³⁵. Como tudo isso entra nas prisões? Através da corrupção, da ameaça à vida dos agentes e dos seus familiares, com drones, que atiram mercadorias sobrevoando os presídios, escondidos entre as coisas que as famílias levam, etc.

Mas seria somente através dos supra citados meios que as facções criminosas controlam os demais presos? Quem responde é um agente penitenciário com quase 30 anos de experiência: “as facções ditam as regras dentro das prisões. E os presos obedecem. Quem não obedece, você vê nas televisões [o resultado], cabeça cortada. O comando é imposto pela violência”³⁶.

Amorim, Costa e Bianchi bem como Brandão confirmam que em muitos presídios existe uma divisão de presos por facção, “o que é uma situação absurda, pois os presos ficam à mercê do recrutamento dessas facções”³⁷. Nesse sentido se manifesta Fontes³⁸: “dar um presídio para o PCC significa dizer que todo mundo que entrar lá vai virar PCC. E isso não é bom”.

³³ MARONI, João Rodrigo. *Op. Cit.*

³⁴ “O que mais tem é droga, de todo tipo. Tem mais lá dentro do que aqui fora. A própria droga é um calmante para os detentos”, explica um detento que preferiu não ser identificado. LAMAS, Aline. *Op. Cit.*

³⁵ MARONI, João Rodrigo. *Op. Cit.*

³⁶ Raio X dos presídios: Prisões do Brasil têm em média 7 presos para cada carcereiro. *Op. Cit.*

³⁷ AMORIM, Felipe; COSTA, Flávio; BIANCHI, Paula. *Op. Cit.*

³⁸ Secretário de Segurança Pública do Amazonas.

A solução para desarticular esse poder paralelo dentro das prisões – já que fora delas demanda uma solução ainda mais complexa – passa, de acordo com o presidente da OAB Claudio Lamachia, “pela separação de presos por tipo de crime cometido, algo que não é visto em muitos presídios do país”³⁹.

Conclusões

O sistema prisional brasileiro encontra-se em uma situação que demanda uma solução imediata (como quase todos os graves e sérios problemas do país): está superlotado, sem condições dignas de estadia para um ser humano que se vê não só privado de sua liberdade, pagando sua pena pelos atos pelos quais é responsável, mas desprovido das condições de ser humano. E mais, um sistema que já está dividido entre dois diferentes poderes: estado de um lado, facções criminosas de outro.

Essa situação não se deu de um dia para o outro. O processo foi longo, fruto de uma cadeia de falhas de políticas públicas que chegaram a esse resultado.

Apesar do Brasil já ter sido denunciado aos organismos internacionais, a curto prazo é difícil encontrar soluções, apesar do tema ser urgente. Isso significa que é necessário fazer, por enquanto, o que for possível, inclusive dentro da academia, que é transmissora de valores, tendo um papel determinante frente às questões sociais.

Por fim, a mensagem que nos deixa Lafer⁴⁰, quando se refere a história dos Direitos Humanos, revela um horizonte: não é nem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma causa perdida de antemão, mas a história de um combate, que não pode nem deve entregar os pontos.

Referências bibliográficas

³⁹ BRANDÃO, Marcelo. *Op. Cit.*

⁴⁰ LAFER, Celso. “Prefácio”. In PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXII.

AMORIM, Felipe; COSTA, Flávio; BIANCHI, Paula. Brasil tem 726 mil presos, o dobro do número de vagas nas cadeias. *UOL* [Em linha]. [consultado 20 Março 2018]. Disponível em Internet: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/08/brasil-tem-duas-vezes-mais-presos-do-que-numero-de-vagas-nas-cadeias.htm?cmpid=copiaecola>.

BRASIL. Ministério Extraordinário da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias 2016* [Em linha]. [consultado 08 Maio 2018]. Disponível na Internet: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>.

BRASIL. Ministério da Justiça do Governo Federal. *Informações penitenciárias consolidarão base de dados nacional* [Em linha]. Brasília [22 Janeiro 2018]. Disponível na Internet: <http://www.justica.gov.br/news/integracao-das-informacoes-penitenciarias-vai-consolidar-base-de-dados-nacional>.

BRANDÃO, Marcelo. Más condições das prisões facilitam crescimento de facções, dizem especialistas. *Agencia Brasil* [Em linha]. [consultado 14 Maio 2018] Disponível na Internet: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2.017-01/mas-condicoes-das-prisoas-facilitam-crescimento-de-faccoes-dizem-especialistas>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. ISBN: 9724021068.

EBERHARD, Christoph. "Derechos Humanos y diálogo intercultural". In GARCIA, Manuel Calvo. *Identidades culturales y Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson, 2002. ISBN: 84-8155-971-7.

LAMAS, Aline. 'O inferno é o presídio', afirma ex-detento - Déficit de vagas no sistema prisional brasileiro é de mais de 208 mil. *G1* [Em linha]. [consultado 20 Abril 2018]. Disponível na Internet: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/11/o-inferno-e-o-presidio-afirma-ex-detento.html>.

MARONI, João Rodrigo. Muito além da falta de vagas: os problemas das prisões brasileiras. *Gazeta do Povo* [Em linha]. [consultado 25 Maio 2018]. Disponível na Internet: <http://www.gazetadopovo.com.br/justica/muito-alem-da-falta-de-vagas-os-problemas-das-prisoas-brasileiras-7lceyu62fhvx3e12aeey7gc1h>.

MARTÍNEZ QUINTEIRO, M. E. Los recursos los strando coyunturales o prolongadas variaciones de grado y echando mano a recursos. *Problemáticas conceptuales y*

metodológicas de los Derechos Humanos [Em linha]. [consultado 25 Abril 2018]. Disponível na Internet: <http://www.ivoox.com/prof-dr-m-esther-martinez-quinteiro-problematicas-conceptuales-audios-mp3_rf_4684689_1.html>.

MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. *Filosofia de los Derechos Humanos*. Tradução de Remei Capdevila Werning. Barcelona: Herder, 2010. ISBN: 9788425426018.

OEA recebe denúncia sobre prisões do Brasil - A acusação seria de encarceramento em massa que levou a população detida a quase triplicar desde 2000. *Diário de Pernambuco* [Em linha]. [consultado 23 Maio 2018]. Disponível na Internet: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2017/03/23/interna_brasil,695464/oea-recebe-denuncia-sobre-prisoas-do-brasil.shtml>.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948* [Em linha]. [consultado 02 Maio 2018]. Disponível na Internet: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6 ed. São Paulo: Max Limonad, 2004. ISBN: 9788502619982.

Raio X dos presídios: Prisões do Brasil têm em média 7 presos para cada carcereiro. *Repórter Maceió* [Em linha]. [consultado 01 Maio 2018]. Disponível na Internet: <<http://www.reportermaceio.com.br/raio-x-dos-presidios-prisoas-do-brasil-tem-em-media-7-presos-para-cada-carcereiro/>>.

SUBIRATS, Joan, et al. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2012. ISBN: 9788434400108.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Caos no sistema penitenciário: propostas efetivas para reverter a crise. *Justificando* [Em linha]. [consultado 04 Maio 2018]. Disponível na Internet: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/>>.

Direito à identidade de gênero segundo as lideranças cristãs em Fortaleza-CE

Right to gender identity according to Christian leaderships in Fortaleza- CE

Larissa Maria de QUEIROZ¹

Resumo: O artigo discute a posição dos líderes das igrejas no Brasil em relação à educação de gênero, especificamente no que diz respeito à discussão sobre a Diversidade Sexual e Sexual como uma possibilidade de construção de sujeitos sociais críticos, que reproduzem na sociedade uma nova mentalidade em relação à orientação sexual, discutem o preconceito e encontram mecanismos para mitigar a violência de gênero. O objetivo é considerar o uso do político das convicções pessoais face ao tema. A metodologia utilizada é a análise bibliográfica sobre o fato, através de jornais, livros, artigos e documentos circulares. Os resultados apontam para a reflexão filosófica sobre os estigmas da sexualidade humana. Concluímos informando que a educação de gênero e diversidade é uma maneira eficaz de provocar debates sobre a negatividade do preconceito sexual e que as relações de poder na sociedade podem ser reexaminadas como consequência de um país mais socialmente harmonioso.

Palavras-chave: PME; Fortaleza; Igrejas; Educação de gênero.

Abstract: This article discusses the position of church leaders in Brazil in relation to gender education, specifically regarding the discussion on Sexual and Sexual Diversity as a possibility for the construction of critical social subjects, which reproduce in society a new mentality regarding sexual orientation, discuss prejudice and find mechanisms to mitigate gender violence. The objective is to consider the use of the politician's personal convictions on the subject. The methodology used is the bibliographic analysis of the fact, through newspapers, books, articles and circular documents. The results point to philosophical reflection on the stigmas of human sexuality. We conclude by stating that gender and diversity education is an effective way of provoking debates about the negativity of sexual prejudice and that power relations in society can be reexamined as a consequence of a more socially harmonious country.

Keywords: PME; Fortress; Churches; Gender education.

¹ Advogada. Doutoranda em Estudios Interdisciplinares de género y políticas de igualdad pela Universidade de Salamanca (US, Salamanca, Espanha). 37008 Salamanca, Spain. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-6534-1111>>. E-mail: <larissa.queiroz@fate.edu.br>.

Educação e gênero

Com o avanço dos estudos sobre o comportamento humano e o alcance do ensino e da educação na vida dos indivíduos, observou-se que a educação de gênero é um componente fundamental na escolarização em todas as fases, por isso é necessário incluí-la nos planos de educação. Mas, no processo de aprovação dos Planos Municipais de Educação em todo o território nacional, as câmaras de vereadores de várias cidades brasileiras se tornaram um verdadeiro campo de batalha do ódio e da intolerância. Após longos processos de participação - envolvendo professores, organizações da sociedade civil e gestores públicos na tarefa de delinear prioridades para a próxima década - os Planos começaram a ser reduzidos em questões que se referem ao gênero e à sexualidade, como no caso de Fortaleza-CE.

A questão é cada vez mais necessária, à medida que a violência relacionada à orientação sexual e ao radicalismo está crescendo. A pesquisa de SOARES (2006)² apontou que ambientes familiares e religiosos também são locais predominantes de discriminação por orientação sexual. Com isso, os pesquisadores acreditam que a análise das questões familiares e religiosas como causas de violência contra os homossexuais deve estar na pauta de propostas e ações para superar esses problemas no cotidiano escolar. A mesma pesquisa mostrou que 32% dos entrevistados disseram que os homossexuais sofrem preconceito em sala de aula e educadores ainda não sabem reagir adequadamente aos ataques, que podem ser físicos ou verbais, no ambiente escolar. Esses dados convergem com os apresentados na investigação pelo Ministério da Educação que ouviu 8.283 estudantes na faixa etária de 15 a 29 anos, no ano de 2013³, em todo o país, e constatou que 20% dos alunos não quer um colega homossexual ou transexual.

Neste cenário, os defensores de direitos LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) e ativistas dos direitos das mulheres afirmam que é parte da função educadora da escola discutir gênero e sexualidade. Por outro

²SOARES, B. A Violência Doméstica e as Pesquisas de Vitimização. *Documento apresentado no II Encontro Nacional de Produtores e Usuários de Informações Sociais, Econômicas e Territoriais – CONFEST. IBGE, Rio de Janeiro, 2006. [Consultado 08 abril 2019]*
Disponível em www.ibge.gov.br/confest_e_confega/pesquisa_trabalhos/arquivosPDF/M705_01.pdf.

³ IBGE. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios : síntese de indicadores 2013* / IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. - 2. ed. - Rio de Janeiro : IBGE, 2015. [Consultado 09 abril 2019]. Disponível em World Wide Web <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94414.pdf>

lado, muitas vezes este espaço é dominado por fiéis que expressam repúdio ao que foi descrito como "ideologia de gênero". Portanto, a distorção da questão e incitamento ao ódio em vez de uma discussão aprofundada sobre o assunto e a razão para que isso esteja na escola⁴ ocorre pois,

A educação é uma porta de entrada para o indivíduo na sociedade fora de casa, por isso devemos avançar nas práticas educacionais e sociais. Sabe-se que há evolução da sociedade e que discussões que não foram realizadas anteriormente, como a divisão de tarefas domésticas, já são possíveis. Discutir gênero é mostrar que pode haver igualdade e respeito na sociedade e na escola.⁵

A discussão sobre gênero nas políticas educacionais é baseada em uma falácia cruel: que gênero, sexualidade e identidade de gênero são invenções ideológicas. Hoje, é muito comum ver a desclassificação de certas visões de mundo como sendo "ideológica", isto é, uma ideologia sem ancoragem na realidade.

Em resposta a estas alegações, a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) publicou o Manifesto para a igualdade de gênero na educação: "a escola democrática, inclusiva e sem censura", assinado por 113 pesquisadores e grupos de estudo, que tem como objetivo desmistificar estes argumentos. Alguns pontos do manifesto são os seguintes:

Ao contrário das "ideologias" ou "doutrinas" sustentadas pela fundação de crenças ou fé, o conceito de gênero é baseado em parâmetros científicos de produção de conhecimento sobre o mundo. O gênero, como conceito, identifica processos históricos e culturais que classificam e posicionam as pessoas a partir de um relacionamento sobre o que é entendido como feminino e masculino. É um operador que cria significado para as diferenças percebidas em nossos corpos e articula pessoas, emoções, práticas e coisas dentro de uma estrutura de poder. E é neste sentido que o conceito de gênero tem sido historicamente útil para muitas investigações que falham em

⁴ GDE: Gênero e Diversidade na Escola. *Módulo 2, Gênero, Unidade 1, Texto 4: Construção social da identidade adolescente/juvenil e suas marcas de gênero*, Ministério da Educação, UFPA. 2009.

⁵ CANDAU, V. L. *Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença*. PUC. *Rev. Bras. Educação* (Rio de Janeiro), 2008. 3(37).

conjunto para identificar mecanismos de reprodução das desigualdades no contexto escolar (...) Quando se fala, então, da noção de "igualdade de gênero" na educação, a demanda é por um sistema escolar inclusivo, que crie ações específicas para combater a discriminação e que não contribua para a reprodução das desigualdades que persistem em nossa sociedade. Falando em uma educação que promova a igualdade de gênero, no entanto, isso não significa anular as diferenças percebidas entre as pessoas (que têm sido amplamente distorcidas no debate público), mas para garantir um espaço democrático onde tais diferenças não se desdobram em desigualdades. Exigimos que o direito à educação seja garantido a qualquer cidadã ou cidadão brasileiro e, para isso, é preciso implementar políticas para combater as desigualdades de gênero. (...).⁶

Em debates sobre a temática, os psicólogos também refutaram acusações de que gênero é uma ideologia e sim uma questão que obriga a sociedade a discuti-lo, porque é uma relação de poder que mata pessoas, que viola e subjuga milhões de indivíduos.

Outro aspecto é que a violência e o preconceito de gênero afastam os alunos da escola, levando à evasão escolar, por isso é necessário ter Planos Municipais de Educação que abordem a discriminação e a evasão escolar de LGBTs. Entre as populações trans, as taxas de evasão são ainda maiores, o que limita as opções profissionais e de vida desses indivíduos, separados dos estudos e do mercado de trabalho pelo preconceito. Muitas vezes os alunos que se reconhecem como trans são invisíveis nas escolas, não sendo chamados pelo nome social e são obrigados a abandonar a escola. Mesmo assim, alguns professores e educadores não são movidos, levando ao questionamento de por que as pessoas de gênero cis têm direito garantido à vida e elas não o fazem. Por que essa diferença? Isso deve ser discutido para que esta realidade educacional possa ser mudada.

Além da necessidade no contexto brasileiro, a não discussão de gênero contraria vários tratados internacionais firmados pelo Brasil. Existem algumas dezenas de

⁶ ABANT. *Manifesto pela Igualdade de Gênero na Educação*. 2015. [Consultado 15 abril 2019] Disponível na World Wide Web em: www.portal.abant.org.br/images/Noticias/

conferências, tratados, convenções e acordos internacionais que foram negligenciados quando os Planos Municipais de Educação de Fortaleza excluíram os termos relacionados a gênero:

Um PME (Plano Municipal de Educação) que contempla as discussões de gênero diz muito mais respeito às mulheres, que é cerca de 50% da população. Discutir o gênero nas escolas significa questionar a violência contra as mulheres e desconstruir a mentalidade machista. Questionando na sala de aula a razão pela qual elas têm salários mais baixos e espaço reduzido nos parlamentos.⁷

O machismo afeta o aprendizado e a autopercepção de meninos e meninas. A forma como os alunos são avaliados e percebidos pelos adultos afeta fortemente sua percepção de si mesmos. Embora diferentes papéis de gênero são passados de uma geração para a próxima, há muitos preconceitos implícitos que são invisíveis currículo e permanecem pouco debatidos ou ausentes na educação. Um deles é aquele que promove a ideia de que os meninos são mais talentosos para as ciências exatas e serão melhores engenheiros e técnicos de informática, mas uma nova pesquisa, relatado pelo *The New York Times*, ajuda a desconstruir esse mito vai.

Pensando na origem da ausência de mulheres nas áreas de exatas, pesquisadores da Universidade de Tel Aviv realizaram um experimento com 3 grupos de estudantes da 6ª série até o fim da escolaridade. Cada aluno fez dois testes idênticos sobre uma série de assuntos, e os testes foram corrigidos por 2 grupos de professores: um que sabia os nomes dos alunos (e, portanto, foi capaz de deduzir o sexo deles) e um provas corrigidas anônimo.⁸

Na pesquisa, enquanto as respostas dos estudantes eram idênticas, as correções eram desiguais. O grupo de professores que conhecia os nomes dava notas maiores aos meninos; a correção anônima, por outro lado, dava notas mais altas para as meninas. Esse efeito, no entanto, só ocorreu com testes de matemática e ciências

⁷ GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório 2013-2014*. 2015. [Consultado em 02 abril 2019] Disponível na World Wide Web em <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2015/01/relatc3b3rio-2014s.pdf>

⁸ GDE, 2009.

- as avaliações de língua inglesa, por exemplo, tiveram correções semelhantes. A conclusão dos pesquisadores foi que, em matemática e ciências, os professores superestimar as capacidades dos meninos e subestimar as meninas, e que produz um efeito duradouro. Quando outros grupos foram observados com alunos perto de graduação, as meninas mostraram pouco interesse nas áreas de Ciências Exatas.

A desigualdade de gênero também afeta as crianças. Estudos mostram que o insucesso escolar e a evasão estão ligados a referências socialmente generalizadas sobre a masculinidade. A identidade masculina com base em agressão e indisciplina tem, cada vez mais, afastado os filhos de bancos escolares em uma proporção de 37,9% deles, de acordo com o IBGE, em 2011, negando-lhes o direito à educação e reproduzindo uma cultura de violência.

Em relação ao espaço educacional brasileiro, os preconceitos continuam a ser reproduzidos, principalmente nos eventos "lúdicos" de dança, teatro, esportes e outras manifestações que acontecem na Instituição escolar. A "territorialidade" é exemplificada por meio de atividades para "meninos" e "meninas" como regras sociais, códigos e significados que indicam "feminilidade" e "masculinidade" - no sentido estrito - funções sociais "normais" anteriormente determinadas e direcionadas e, portanto, culturalmente impostas. Se uma menina faz parte do time de futebol ou um menino faz parte do grupo de dança é visto como pejorativo, "instintivamente" errado, ferindo amplamente a "feminilidade" e a "masculinidade" que são indicados como uma regra. A partir deste julgamento de valor e de outros estigmas, fofocas, rótulos, dúvidas, depreciações e julgamentos inéditos são criados.⁹

O preconceito sexual que é estimulado pela "piadas" e várias formas de bullying emerge como automatizado e, muitas vezes, é estereotipado à luz do comportamento conservador ainda está presente em vários "aparelhos ideológicos de Estado"¹⁰ como nas Escolas, nas Igrejas, na própria Família, etc. Sobre o preconceito, a segregação e o estigma é um fato que precisa levar a uma reflexão sobre as atitudes que causam violência e inferiorizações na sociedade. Para sair de um estado de congelamento é preciso que se lute e evite a intolerância, para que os estudantes possam atingir a capacidade cognitiva e de aprendizagem dos seres humanos para que, finalmente,

⁹ MACEDO, M.(2002) Relações de gênero no contexto urbano: um olhar sobre as mulheres, in: *Perspectivas de Gênero: Debates e questões para as ONGs*, 2002. [Consultado em 10 abril 2019]. Disponível na Word Wibe Web www.redemulher.org.br

¹⁰ Althusser, 2007

seja formado um indivíduo eminentemente humano. Reitera-se que os seres humanos precisam ser humanizados e fazer-se possuidor de seus dos direitos, desenvolvendo aspectos sociais da vida e da sociedade, sendo capaz de expressar as suas preocupações e conquistar referências de respeito mútuo, especialmente entre as chamadas minorias sociais.

É inconcebível que no Sistema Educacional não se faça essa discussão. A própria escola como uma instituição precisa aperfeiçoar o conhecimento e a compreensão de que a sociedade é dinâmica, está em constante transformação histórica. Sendo assim, os processos educativos devem ser voltados para ações concretas eficazes, como o diálogo e o reconhecimento de que se pode e deve-se transmutar o desnivelamento social, cultural e simbólico que ainda habita (bem como todas as relações sociais) a educação brasileira.

Gênero e religião

Outro aspecto a ser pensado é a relação entre preconceito e religião, porque discutir gênero é uma luta pela dignidade humana, portanto, pode ser entendido como uma luta cristã. Alguns líderes religiosos entendem que esta questão deve estar acima de qualquer doutrina para que uma educação secular possa ser garantida. Depois da suposta discussão entre ativistas religiosos e feministas e LGBT, as recentes polêmicas que envolvem a educação nos trazem reflexões essenciais: somos capazes, como sociedade, de enfrentar nossos abismos? Somos capazes de acolher pessoas que sofrem violência diariamente? É possível criar um ambiente escolar capaz de olhar para os desafios do nosso tempo e propor uma outra sociabilidade, baseada na solidariedade e na empatia?

Documentos que deviam ser construídos de forma participativa e democrática, os Planos de Educação Municipais e Estaduais, contendo metas e estratégias para garantir o direito à educação para a população de uma cidade ou estado específico nos próximos dez anos trouxe à tona a discussão. Com esse propósito, parte da sociedade de Fortaleza pedia a inserção da educação de gênero.

Neste contexto, as autoridades religiosas, muitas delas profundamente ligadas à participação política e alguns tomando parte nos quadros do executivo e do legislativo, fazem de suas convicções pessoais bandeiras de defesa de seus conceitos de educação e do que deve ser tratado ou não na escola. Um exemplo é o texto

postado nas redes sociais no dia da votação do PME, que incluía a discussão sobre gênero:

A não inclusão de tal tema proposto pela vereadora Larissa Gaspar é de total interesse da comunidade cristã. Convido a todos aqui para se fazerem presentes nesta sessão, pois é também papel do cristão leigo exercer pressão *política* contra medidas desse tipo!!!¹¹

Percebe-se que há uma convocação para a participação da comunidade cristã, o que foi prontamente atendido. Assim, nota-se que entre determinados grupos religiosos há algo de fanatismo que dificulta a discussão e facilita o efeito de manada que segue o líder, geralmente, sem discutir.

Por outro lado, muitas correntes religiosas entendem que é aterrador que a violência contra as mulheres não gere indignação, já que são casos e mais casos todos os dias; por isso a mudança de cultura é gradual, por isso deve-se começar a falar abertamente sobre essas questões para que uma concepção patriarcal do mundo seja substituída por uma visão de mundo diversificada. Esta conversa é necessária em todos os espaços, especialmente nas escolas.

Sobre a ação dos grupos que colocaram pressão sistemática para que a palavra gênero nem sequer seja mencionada nos Planos, Romi Bencke(2015)¹² acredita que eles têm dificuldade em aceitar as transformações da sociedade. Para ela, há uma dificuldade em aceitar que nos tempos de hoje não é mais possível que a religião normalize a vida das pessoas. Um destes casos ocorreu em tom de alerta e de convocação:

A deputada Silvana Oliveira (PMDB) voltou a alertar, na tribuna da Assembleia Legislativa, para a propagação da “Ideologia de Gênero” no Estado, desta vez, em uma escola pública da Capital, onde, segundo ela, livros que fazem referência à questão da

¹¹ DIÁRIO DO NORDESTE. *Ideologia de gêneros chega na Câmara de Fortaleza*. 2017. [Consultado 18 abril 2019]. Disponível na World Wide Web: <http://blogs.diariodonordeste.com.br/robertomoreira/politica/ideologia-de-generos-chega-na-camara-de-fortaleza/189204>

¹² BLENKE, R. *Pastora defende a abordagem de questões de gênero na educação*. 11 de junho de 2015. [Consultado 08 abril 2019] Disponível na World Wide Web <https://www.brasildefato.com.br/node/32246/>

sexualidade já foram adotados em sala de aula. A parlamentar, que preside a Comissão de Educação na Casa, levou o caso ao conhecimento do Ministério Público Estadual e aguarda por uma audiência. Ela aproveitou para lançar a Frente Popular para Fiscalização da Ideologia de Gênero, que vai reunir representantes de quaisquer municípios, com o objetivo de coibir a Ideologia, vetada do Plano Estadual de Educação. “O Plano Estadual de Educação ele tem validade por 10 anos, só daqui a 10 anos, é que pode haver alguma alteração e acredito que Jesus tenha vindo buscar a Igreja dessa terra, mas, por enquanto, nós, que somos povo, a nossa missão é organizar o povo, é lembrar ao povo que nós, se utilizando da estratégia correta, nós conseguiremos coibir a Ideologia de Gênero nas escolas. Vamos fazer uma frente popular, em todos os lugares vamos ter gente denunciando, fiscalizando o prefeito, a prefeita, o secretário. Já temos 20 alunos que querem fazer parte dessa Frente, vamos ramificar um grande exército”, disse.¹³

Nota-se que o discurso retoma ações e vocabulário semelhantes a outros momentos históricos obscuros das igrejas ao redor do mundo, com a convocação para um exército de vigilância.

A abordagem das questões de gênero é essencial. É importante que os educadores estejam preparados para abordar essas questões de maneira madura e inclusiva. O Brasil é um país onde a violência faz parte do cotidiano e um número significativo de casos é sexista. É o caso da violência contra as mulheres e a população LGBTT, resultado de um país em que prevalecem os valores tradicionais que tendem a reforçar relações de poder desiguais e opressivas. Problematizar esses valores também é uma tarefa da educação.

A partir do momento em que a questão da diversidade é efetivamente trabalhada nas escolas, a sociedade pode adotar medidas concretas para mudar a percepção do mundo. Para isso, deve-se olhar para os valores presentes nas décadas anteriores e compará-los com os eventos atuais para que as pessoas vejam que a história é dinâmica. Nos últimos anos, o Brasil deu passos importantes para superar a

¹³ DIÁRIO DO NORDESTE. *Educação e ideologia de gênero*. 2018. [Consultado 18 abril 2019]. Disponível na World Wide Web: <http://blogs.diariodonordeste.com.br/edisonilva/plano-estadual/educacao-e-ideologia-de-genero/>

desigualdade econômica e é necessário fornecer outros para superar todas as formas de preconceito e discriminação.

Uma das funções da religião é a preservação das tradições, no entanto, essa tarefa precisa ser feita em diálogo com o contexto histórico e social em que é vivida. Os papéis de gênero mudaram muito forte e rapidamente. Então eles também mudam os papéis sociais de homens e mulheres. No entanto, determinados seguimentos não têm interesse em combater discriminações, e sim, manter as tradições, ainda que estas firam direitos ou busquem garanti-los:

De acordo com o projeto, ficaria proibida, em qualquer instituição de ensino de Fortaleza, seja pública ou privada, "a prática, por ação ou omissão, de quaisquer tipos de discriminações ou violências em razão de gênero, cor, idade, orientação sexual, deficiência, opção religiosa, origem ou cultura", com penas que vão de multa de R\$2 mil à cassação do alvará. Segundo o vereador Jorge Pinheiro (DC), o maior problema do projeto está no termo "gênero". Para ele, isso traz consigo referência à "ideologia de gênero". O parlamentar, entretanto, reconhece que não há referência direta ao tema na proposta.¹⁴

Os modelos familiares de hoje são diferentes dos modelos familiares do início do século XX, por exemplo. Não é possível que as igrejas digam o que é um modelo de família aceitável ou não aceitável. Se não houver amor, respeito, carinho e diálogo em uma determinada família, pode-se dizer que existe uma família, se são dois homens, duas mulheres, uma mulher ou um homem. Em um contexto de desrespeito, agressão e dominação do poder, pode-se dizer que há uma família com problemas, independentemente de quem a invente. É o que a religião deve avaliar e contribuir positivamente para transformar: relações humanas. Contribuir positivamente para uma cultura de paz.

Segundo Romi Bencke (2015), grupos que atuam fortemente contra as questões de gênero percebem uma resistência em aceitar as transformações ocorridas na sociedade e, em muitos deles, rapidamente. As mudanças desestabilizam. A fim de

¹⁴ DIÁRIO DO NORDESTE. *Projeto contra discriminação sofre resistência na Câmara*. 2018. [Consultado 12 abril 2018]. Disponível na World Wide Web em <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/politica/projeto-contradiscriminacao-sofre-resistencia-na-camara-1.2005045>

redescobrir a segurança, a fim de manter o mundo organizado, é necessário se apegar aos conceitos que causam uma sensação de segurança. Outro entendimento é que há uma dificuldade em aceitar que no tempo de hoje não é mais possível que a religião normalize a vida das pessoas.

A ideologia é um conjunto de crenças e ideias que constituem a visão de mundo de um determinado grupo ou classe social. Práticas e valores sociais podem corresponder a uma ideologia, mas eles não são uma ideologia. A ideologia é sempre uma representação social do mundo em um sentido mais amplo. Assim, as relações de gênero e suas representações sociais podem expressar parte de uma certa ideologia. O que foi historicamente observado é que os valores patriarcais substanciaram as relações de gênero. Por outro lado, esses valores pertencem a uma ideologia dominante.

Quando os grupos propõem o debate sobre as relações de gênero e pedem mudanças, eles estão problematizando uma ideologia que tem dominado e contribuído para as relações humanas baseadas na desigualdade de poder entre os gêneros. A problematização das relações de poder é fundamental para que novas relações humanas e sociais sejam forjadas.

Na redação inicial do Plano Municipal de Educação de Fortaleza, o último dos objetivos descritos no documento, que traça estratégias para os próximos 10 anos, trata de políticas curriculares para combater o preconceito e garantir o direito à diversidade de gênero. Entre outros itens para garantir o direito à diversidade de gênero, o Plano Municipal de Educação propõe acesso garantido dos transexuais e travestis para o banheiro, de acordo com sua identidade de gênero, o direito de uso de nomes de empresas na lista de presença e a luta contra o preconceito e a discriminação das pessoas de acordo com sua orientação sexual. Tal proposta não agradou as igrejas e foi retirada do texto do documento aprovado.

Através de documentos, algumas arquidioceses sugerem que, para superar as discriminações, as diferenças são ignoradas. Nesse sentido, o texto diz que o respeito às minorias não pode impor a todo custo a destruição de valores consagrados na família e que a “ideologia de gênero” representa uma completa distorção do conceito de homem e mulher. A Igreja Católica também questiona a imposição ao Estado na tarefa de encorajar as crianças a se abster de suas disposições biológicas, acrescentando que os pais são a autoridade sobre a educação de seus filhos em tópicos como moralidade e sexualidade.

O posicionamento é claro na Carta Circular da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil do Nordeste Regional em que se fala de ideologia de gênero e os cristãos são encorajados a ser contrários à aprovação do assunto.

(...) Incumbe, como pastores cristãos, saber exatamente o que bastante se comenta sobre ideologia, mas é mal definido, quais são seus objetivos, e qual deve ser a nossa posição diante dela. Ideologia de gênero é uma tentativa de afirmar a todos que não há identidade biológica em relação à sexualidade, isso significa que o indivíduo, quando nasce, não é um homem ou uma mulher não tem um macho ou fêmea definido, já que, de acordo com a ideologia de gênero, essa é uma construção cultural e social. Um documento da Conferência Episcopal Peruana, talvez o mais completo sobre este assunto em termos eclesiais, revela que por trás dessa ideologia está uma estrutura de destruição social. De acordo com este documento "Fica claro, portanto, que o objetivo dos promotores do gênero, fortemente presente em Pequim, é alcançar uma sociedade sem classes do sexo. Portanto, eles propõem o colapso da linguagem, relações familiares, reprodução, sexualidade, educação, religião e cultura, entre outras coisas. De acordo com a ideologia de gênero, sexo não é mais considerado um dado por elemento de natureza, e que o homem deve aceitar e estabelecer um sentido pessoal para sua vida. Nós bispos do Ceará afirmamos que não se pode ignorar a origem biológica e psicológica da própria natureza, os seres humanos nascem masculino ou feminino e esta é sua identidade¹⁵.

No caso das igrejas Católica e neopentecostais o posicionamento é contrário a qualquer referência a gênero nos Planos Municipais de Educação (PME) e Planos Estaduais de Educação (PEE), argumentando que estes destruiriam o papel da família.

Em Fortaleza, por exemplo, os pontos sobre "denúncias de violência e discriminação de gênero e identidade de gênero, raça / etnia, origem regional ou nacional, orientação sexual, deficiências, a intolerância religiosa", "ações contínuas para formação da comunidade escolar sobre sexualidade, diversidade, relações de

¹⁵ CNBB de 2015, pp. 1 -2

gênero e Lei Maria da Penha foram eliminados do documento. Da mesma forma foram retiradas as "propostas pedagógicas que incorporam conteúdos sobre sexualidade, diversidade em termos de orientação sexual, relações de gênero e identidade de gênero", como ampliar a formação de profissionais, a fim de superar "preconceitos, discriminação, violência sexista, homofóbica e transfóbica no ambiente escolar".

O plano segue as etapas do Plano Nacional de Educação, eliminando do texto final o que a Câmara denominou de "leitmotivos clássicos de ideologia de gênero". Além das PMEs, oito estados tiveram que modificar o texto de seus PEEs sob pressão de grupos religiosos para uma visão de "certo" no ponto de vista da igreja, o debate não foi mais amplo e não houve entendimento de que a intenção é educar sobre os preconceitos. A posição desses grupos é até surpreendente visto que o cristianismo pressupõe um compromisso contra a discriminação, o preconceito e a desigualdade.

As contradições que mostram grupos ligados à Igreja-CNBB, por exemplo, afirmou que "a introdução dessa ideologia na prática de ensino nas escolas trará consequências desastrosas para a vida de crianças e famílias" - também surpreenderam a especialista Jane Felipe, coordenadora da investigação. de Gênero, Amor Romântico e Famílias: Entre Ideais e Invisibilidades, O Tratamento Mau Emocional e Morte, do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Estas são religiões que devem ter precedência sobre os direitos humanos, amor ao próximo, respeito pelos outros. E são precisamente aqueles que são levantados contra a promoção desses valores. O que percebemos é uma profunda ignorância desses grupos sobre o que eles chamam de "ideologia de gênero". Eles não sabem do que estão falando. Eles usam a massa de manobra que nunca estudou os conceitos para protestar nas Câmaras¹⁶.

A pesquisadora lamenta que alguns legisladores sejam "truculentos" quando deveriam ter alguma preparação e lembrar: as crianças têm sexualidade e identidade, então é papel da escola também discutir questões de gênero em qualquer disciplina. Integrante do Laboratório de Psicologia Escolar e Educacional da UFSC, Marivete

¹⁶ FELIPE, 2013 p.86

Gesser, no documento *Gênero e Diversidade na Escola*, explica que gênero pode ser caracterizado como uma construção discursiva:

Nascemos com um corpo com genitália masculina ou feminina e, por meio de normas sobre masculinidade e feminilidade, nos construímos como sujeitos "generalizados". O viés de gênero está relacionado aos discursos sociais que naturalizam os lugares sociais para homens e mulheres, além de patologizar aqueles que são colocados de maneira diferente do socialmente esperado.¹⁷

Segundo a professora do Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal de Santa Catarina, há recortes de preconceito de gênero em todas as instituições sociais: família, escola e Estado, justificando uma ampla discussão sobre as políticas sociais públicas sobre educação, saúde e justiça. A escola tem sido um espaço privilegiado para discutir essas questões e os professores têm sido atores importantes na luta contra as desigualdades. É por isso que a retirada de menções relacionadas à igualdade de gênero de documentos como o PME de Fortaleza é um grande retrocesso, pois quando a questão de gênero é discutida por uma perspectiva que vai contra os padrões dominantes de masculinidade e feminilidade, ela contribui para a redução da homofobia.

Conclusão

A expressão que os conservadores usam, "ideologia de gênero", é uma falsa noção, porque o conceito de gênero não tem uma estrutura ideológica e, sim, sociológica. Gênero é uma palavra cunhada para lidar com as relações de poder e discriminação que sempre existiram, em torno das identidades e papéis associados ao masculino e feminino além do sexo biológico para dizer que há discriminação contra o feminino.

É importante discutir gênero na escola não negar ou mostrar outras possibilidades, mas para promover o respeito pela diversidade, que vem junto com questões como a etnia racial. Não se trata de ensinar a criança a ser assim ou assado, mas a fazer respeitar quem é diferente e entender que as pessoas têm outra opção.

¹⁷ GDE, 2009.

Finalmente, é claro que o fato de que a igreja, no Estado laico, ainda imponha seus pontos de vista sobre a legislação deixa claro que há muito a mudar. A falta de debates é modo para ser invisível, é um subterfúgio criado por pessoas que acreditam que ser gay é uma doença. É necessário, precisamente, tornar visíveis todas as formas de discriminação. A escola é um espaço para a construção da identidade. É por isso que é importante supor que a sociedade é racista, sexista, homofóbica e criar regras para torná-lo um espaço mais tolerante. Esta é a possível maneira de gerar pessoas melhores no futuro. Em todas as idades e contextos é possível fazer um tratamento respeitoso desses problemas.

Referências Bibliográficas

ALTHUSSER, L. *Aparelhos Ideológicos de Estado*. 10.^a ed. São Paulo: Graal Editora, 2007.

BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

GDE: Gênero e Diversidade na Escola. *Módulo 3, Sexualidade e orientação sexual, Unidade 1, Texto 1: Homem ou mulher, que pergunta é essa?* Ministério da Educação, UFPA, 2009.

RIOS, R. R. Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes Antropológicos*, 2006. 12(26), pp. 71-100.

**Fronteira, território e povos tradicionais: Um olhar jurídico-antropológico
acerca da região fronteira do Mato Grosso do Sul**

**Frontier, territory and traditional peoples: A legal-anthropological view on the
border region of Mato Grosso do Sul**

Marco Antônio RODRIGUES¹
Andréa Lúcia CAVARARO RODRIGUES²
Antonio Hilário AGUILERA URQUIZA³

Resumo: O presente artigo decorre do projeto de pesquisa em andamento, intitulado “A Dinâmica Migratória dos Povos Tradicionais Fronteiriços no Estado do Mato Grosso do Sul e os Reflexos da Mensagem de Veto nº 163/2017” o qual se insere em projeto mais amplo (OGUATA GUASU E TERRITÓRIO: Uma análise antropológica da mobilidade guarani nas fronteiras de Mato Grosso do Sul), financiado pelo CNPq. O artigo tem por objetivo situar os povos tradicionais fronteiriços do Estado do Mato Grosso do Sul, seus territórios e o Estado brasileiro partindo-se da visão de fronteira e territorialidade compreendida pelo Estado desde a sua formação a partir do direito natural, base para a construção das fronteiras sul-americanas. Ao analisar o conceito de mobilidade humana, o artigo fará um comparativo entre a visão estatal e a visão dos povos tradicionais. A partir dessas premissas, torna-se possível avaliar o impacto da mensagem de veto nº 163/2017 em face dos povos tradicionais fronteiriços e alguns desdobramentos desse ato jurídico na esfera de direitos fundamentais contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por meio da pesquisa bibliográfica e dos principais conceitos antropológicos e jurídicos, o artigo buscará chegar ao resultado esperado.

Palavras-chave: Povos Tradicionais. Mobilidade Humana. Fronteiras Nacionais. Lei de Migração.

¹ Mestrando em Direito pela UFMS. Especialista em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2015). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017). Foi voluntário PIBIC CNPq 2014/15 e 2015/16. Integrante do Grupo de Pesquisa Científica do CNPq intitulado Antropologia, Direitos Humanos e Povos Tradicionais e do Grupo de Pesquisa Científica intitulado Fluxos Migratórios Internacionais. Pesquisador da FUNDECT (Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Pesquisa e Tecnologia no Estado de Mato Grosso do Sul). marcorod.adv@gmail.com

² Mestra em Antropologia Social - PPGAS pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Bolsista CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Especialista em Antropologia História dos Povos Indígenas pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (2017). Bacharela em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (2016). Foi Bolsista PIBIC CNPq.2014/15. andreacavararo@gmail.com

³ Professor Associado da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, orientador da pesquisa. Possui Doutorado em Antropologia pela Universidade de Salamanca/Espanha; atualmente é docente do curso de Ciências Sociais, da Pós-Graduação em Direitos Humanos da UFMS e do Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social (UFMS) e Professor colaborador da Pós-Graduação em Educação (UCDB). Bolsista CNPq (PQ2). hilarioaguilera@gmail.com

Abstract: This article is based on an ongoing research project entitled "The Migratory Dynamics of Traditional Border People in the State of Mato Grosso do Sul and the Reflexes of Veto Message No. 163/2017" which is part of a project (OGUATA GUASU AND TERRITORY: An anthropological analysis of Guarani mobility on the borders of Mato Grosso do Sul), funded by CNPq. The objective of this article is to situate the traditional frontier peoples of the State of Mato Grosso do Sul, their territories and the Brazilian State, starting from the frontier and territorial view understood by the State from its formation based on natural law, the basis for construction of the South American borders. In analyzing the concept of human mobility, the article will make a comparison between the state vision and the vision of traditional peoples. Based on these premises, it is possible to evaluate the impact of the veto message 163/2017 on traditional frontier peoples and some developments of this legal act in the sphere of fundamental rights contained in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil. the bibliographical research and the main anthropological and juridical concepts, the article will seek to reach the expected result.

Keywords: Traditional Peoples. Human Mobility. National Borders. Law of Migration.

Sumário: Introdução; 1. Estado e Fronteiras Nacionais: Algumas teorias acerca de sua formação. 2. Mobilidade e Territorialidade: Duas Visões, Dois Paradigmas. 3. Breve análise da mensagem de veto: suas razões e fundamentos. Conclusão. Referências.

Introdução

A pesquisa se propõe, através do estudo bibliográfico, jurídico e antropológico, efetuar o estudo da livre mobilidade dos povos tradicionais através das fronteiras nacionais a partir da formação do Estado e das fronteiras nacionais, pois com este referencial é possível compreender como ocorreu o processo de formação das fronteiras nacionais sul-americanas e de que forma o Estado brasileiro participou desse contexto. O estudo poderá contribuir para a compreensão dos atuais problemas enfrentados pelos povos tradicionais, como dificuldades quanto à livre mobilidade dentre as fronteiras políticas estabelecidas com base na noção hobbesiana de ser humano e Estado, que não se coadunava com o direito e os costumes das populações locais, gerando conflitos e agressões de diversas ordens.

Analisar os pressupostos desta pesquisa comparando-se a ótica do Estado e dos povos tradicionais para se entender fronteira e mobilidade humana faz-se imprescindível a partir do momento em que se pretende analisar o processo histórico de formação de fronteiras, entendendo-se como elas foram estabelecidas e quais impactos foram produzidos sobre as populações tradicionais.

As cidades fronteiriças do Mato Grosso do Sul são verdadeiros laboratórios de estudo do processo de inserção dos migrantes, sendo um espaço privilegiado para a discussão dos temas acerca da diversidade e da trajetória histórica e cultural de povos tradicionais.⁴

A faixa de fronteira é uma área especial que, em função de questões históricas e políticas, tem sido associada a uma agenda negativa, ficando praticamente abandonada pelo Estado. A isto deve ser acrescido o fato de que a legislação brasileira que dispõe sobre a migração é de 1979, ou seja, elaborada durante o regime de exceção, razão pela qual a área é vista e considerada apenas do ponto de vista da segurança nacional. A faixa de fronteira continua sendo uma região estratégica para a garantia da segurança nacional, porém o próprio conceito de segurança evoluiu nas últimas décadas, incorporando, modernamente, ao referencial geopolítico o referencial geoeconômico, com os novos desafios implícitos nessa mudança.⁵

A rigor, quando se trata do assunto de formação de fronteiras nacionais e da própria formação e organização do Estado, os povos tradicionais, em sua grande parte, estão em posição de hipossuficiência jurídica, dada a posição de dominação do ente estatal, outrora personificada na figura do soberano, e atualmente definida como supremacia estatal, a partir do instituto da presunção de veracidade e validade dos atos administrativos, cuja análise não é o objetivo principal deste trabalho.

Nessa lógica, ao se analisar os fluxos migratórios nas regiões fronteiriças do MS, os indígenas e os povos tradicionais estarão sempre na situação desconfortável e de vulnerabilidade, comuns às minorias sociais, estando sujeitos a todo tipo de dificuldades para sobreviver no novo ambiente, passando por discriminação e marginalização.⁶

As quatro dimensões do direito, estabelecidas a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, fundamentadas na liberdade, nos direitos sociais, civis e políticos, assentadas na defesa do Estado soberano integrante de uma comunidade de Estados organizados e harmônicos entre si, cujo objetivo maior é a prosperidade universal dos povos.

⁴ AGUILERA URQUIZA, Antonio H. (Org.) *Culturas e história dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul*. Campo Grande: Ed. UFMS, 2013.

⁵ CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto & BAINES, Stephen (Org.). *Nacionalidade Etnicidade em Fronteiras*. Brasília, Editora UNB. 2005.

⁶ CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto & BAINES, Stephen (Org.). Op. Cit. 2005

No tocante à justiça social, ela estará vinculada à defesa do trabalho digno, cidadania e respeito aos direitos fundamentais. Nesse contexto, vale uma reflexão sobre a formulação de leis e políticas públicas decorrentes de antigas políticas assistencialistas e outras formas de atuação do poder público que nada mais fizeram do que associar a região fronteira ao conceito de “regiões fracassadas”, como resultado de políticas insuficientes ou distorcidas, que levaram ao panorama social, jurídico e político que se verifica atualmente no contexto dos povos tradicionais habitantes dessas regiões.

A ideia de fronteira é interpretada como um espaço em movimento, isto é, como um espaço vivo e vivido, levando a uma perspectiva teórica que nos permite ir além das visões das fronteiras baseadas apenas no dogma da soberania dos estados nacionais, que trabalham necessariamente com os fundamentos de limites estáticos e definitivos do Estado, mas como espaços que ainda estão sendo estruturados e vivenciados como “zona de interesses mútuos”. Dessa forma, mais do que um simples limite territorial entre dois estados nacionais, marcado pela presença das forças de segurança, entendemos a fronteira como espaço de fluidez e porosidade, por onde transitam e se hibridizam práticas culturais, relações simbólicas e de poder e também, por onde se movimentam pessoas e mercadorias, de formas lícita e ilícita.⁷

Registra-se, no caso brasileiro, a consolidação de uma instância de poder que, além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana, surgiu sem identidade nacional, completamente desvinculada dos objetivos de sua população de origem da sociedade como um todo. Alheia à manifestação e à vontade da população, a Metrópole instaurou extensões de seu poder real na Colônia, implantando um espaço institucional que evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários, senhores de escravos e proprietários de terras.⁸

Se a contribuição dos indígenas foi relevante para a construção de nossa cultura, o mesmo não se pode dizer quanto à origem do Direito nacional, pois os nativos não conseguiram impor seus “mores” e suas leis, participando mais “na humilde condição de objeto do direito real”, ou seja, objetos de proteção jurídica.

Igualmente o negro, para aqui trazido na condição de escravo, se sua presença é mais visível e assimilável no contexto cultural brasileiro, a sua própria condição servil

⁷ LEACH, Edmund R. "The Frontiers of 'Burma'". *Comparative Studies in Society and History*, 1960.

⁸ VOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

e a desintegração cultural a que lhes impelia a imigração forçada a que se viam sujeitos, não lhes permitiu também pudessem competir com o luso na elaboração do Direito brasileiro.⁹

Em uma análise lógico-matemática, verifica-se que o Estado e os indígenas possuem visões distintas acerca do que é território, fronteira e mobilidade humana. Porém, os indígenas se situam fora do plano de referência quando se aborda a formação das fronteiras nacionais e a disjunção aparece quando a Mensagem de Veto nº 163/2017¹⁰ é publicada, pois ela se insere nos planos da mobilidade, fronteira e territorialidade, porém restringe direitos e exime o Estado brasileiro de alguns deveres e obrigações.

Ao compararmos a disposição do parágrafo 2º do art. 1º da Lei nº 13.445/2017¹¹, suprimido por meio da mensagem de Veto nº 163/2017¹², constata-se uma mostra inequívoca dos padrões culturais arraigados na consciência política brasileira, que ainda não se desvinculou de sua forma autoritária e discriminatória ao privar os povos tradicionais do direito a se deslocar livremente sob o manto de aparente legalidade, justiça e equidade, cujas evidências denotam exatamente o contrário.

Diante do exposto, o artigo irá abordar inicialmente a formação das fronteiras nacionais. Em seguida, serão analisados sucintamente os conceitos de mobilidade e território, buscando comparar essas duas perspectivas e situá-las dentro do objetivo da pesquisa e, por fim, lançar uma reflexão, ainda que breve, acerca da justificativa da mensagem de veto em comento.

1. Estado e fronteiras nacionais: algumas teorias acerca de sua formação

O objetivo da pesquisa é analisar os impactos da Mensagem de Veto nº 163/2017¹³ em face das populações tradicionais na fronteira do Estado do Mato Grosso do Sul, possuindo estreita relação com a historicidade, proporcionando uma melhor visão das dificuldades enfrentadas pelos povos indígenas Guarani e Kaiowá fronteiriços do Estado do Mato Grosso do Sul.

⁹ VOLKMER, Antonio Carlos. Op. Cit. p.45.

¹⁰ BRASIL, *Mensagem de Veto nº 163*, de 24 de maio de 2017.

¹¹ BRASIL, *Lei de Migração*. Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017

¹² BRASIL, Op. Cit. , 24 de maio de 2017.

¹³ Idem.

Ao se considerar a hora do nascimento do Estado moderno e o começo das relações entre os Estados, verifica-se que essas relações caem em uma faixa temporal em que a prática do Estado nascente é dominada por um pensamento legal e de conceitos jurídicos.¹⁴

Essa estrutura atraiu para si o poder completo e liberdade do trato político, não reconhecendo nenhuma outra autoridade capaz de lhes opor, em decorrência dessa instância de poder, tal instância de poder foi capaz de puxar pra si as comunidades que estavam abaixo de sua jurisdição, aniquilando seu direito à autonomia e vida própria, arrogando-se o direito de declarar a guerra e decidir na justiça de vida ou morte das pessoas.

Segundo Isidoro de Sevilha¹⁵, *civitas* terá o mesmo significado de cidade. “Uma *civitas* é, em si, um conjunto de pessoas unidas pelo laço da comunidade”. Para Isidoro de Sevilha, o Estado não é o território, mas sim o povo e os membros da liga política, e o poderio político não é tanto o poder sobre a Terra, mas o poder sobre as pessoas, e as fronteiras de um tal poder não são estabelecidas geograficamente, na medida em que, pela definição de fronteiras, certos pontos da superfície terrestre são designados como o limite do respectivo poder de uma ou outra parte.

Um território será a definição de objeto e elemento definidor de domínio político, e mais do que uma unidade de domínio, é um espaço legal, onde se impunha o direito à terra¹⁶.

Ao se definir o conceito de ocupação da “terra de ninguém”¹⁷, além da conquista bélica, aparecia a hipótese de ocupação do território que não estava sob o domínio de ninguém, possibilitando ao soberano cumprir seus deveres senhoriais, como proteção dos moradores desse território contra inimigos externos, com fundamento no direito romano de que a terra de ninguém que é ocupada torna-se propriedade de quem a ocupa.¹⁸

¹⁴ HEYDTE, Friedrich August Von Der. *O Nascimento do Estado Soberano: Uma contribuição à História do direito natural, da teoria geral do Estado e do pensamento político*. Rio de Janeiro: Capax Dei, 2014. p.14

¹⁵ Isidoro de Sevilha, *Etymologias*, XV, 2.ed. v.82. Paris: 1878, Sp. 536

¹⁶ HEYDTE, Friedrich August Von Der. *Op. Cit.*, p. 330.

¹⁷ *Idem.* p. 341.

¹⁸ Princípio do Direito Romano denominado *uti possidetis*. (nota do autor).

Na região de fronteira, as relações sociais existem ou tendem a se formar pela evolução histórica, caracterizando verdadeiros centros de contato e focos de vida intensa, sendo verdadeiros órgãos vitais do Estado, ao lado de suas capitais.¹⁹

No princípio, as fronteiras eram vastas regiões de terra desabitadas e caracterizadas por desertos, pântanos, montanhas e outros obstáculos naturais.

No âmbito da América Latina, os Estados que se emanciparam ou se desdobraram tiveram inúmeras questões sobre limites devido às indefinições quanto às fronteiras que separavam territórios espanhóis e portugueses, sendo aplicado o princípio romano do *uti-possidetis* como regra razoável para delimitação de fronteiras.²⁰

Em outra ótica, o estabelecimento dos Estados nacionais no caso das fronteiras brasileiras também seguiu o modelo de outrora, baseado na força e na imposição de uma estrutura de poder que não respeitou os povos tradicionais que já se encontravam no território, forçando-os a migrar em virtude de conflitos, massacres e falta de alimento em alguns casos.

A ideologia dos juriconsultos teocráticos justificava as crueldades e as arbitrariedades cometidas contra os ameríndios, como a escravidão e a desapropriação de suas terras, sob o manto de uma nobre missão delegada pelo papa, que nada mais fez do que transportar para o continente americano toda uma ética medieval pautada em um padrão de comportamento dos cristãos em relação aos infiéis, aos muçulmanos e aos hereges.²¹

Nesse compasso, o que se verificou na América Latina foi a formação de Estados Nacionais com a sobreposição de uma estrutura jurídica que sedimentou a estrutura de dominação estatal sobre diversos territórios tradicionalmente habitados por populações milenares, e que foram desalojadas de seus territórios, de sua cultura e, por conseguinte, tiveram suas leis e costumes relegados e não recepcionados pela estrutura jurídico-normativa que a partir de então se estabelecia.

¹⁹GABAGLIA, Fernando Raja. *Fronteiras do Brasil*. Disponível em <<http://archive.org/details/asfronteirasdobr00gaba>>. Acesso em 09 set. 2014. p. 07

²⁰Idem. p. 48.

²¹ FRANCISCO DE VITÓRIA. *Relecciones sobre Los Indios y el Derecho de Guerra*. Disponível em <https://www.uv.es/correa/troncal/resources/Relectio-prior-de-indis-recenter-inventis-Vitoria.pdf>. Acesso em 20 dez. 2018. p. 107

2. Mobilidade e territorialidade: duas visões, dois paradigmas

Se por um lado mobilidade e territorialidade possam parecer conceitos óbvios, eles representam posições diametralmente distintas quando abordados a partir das matrizes do Estado e dos povos Guarani e Kaiowá fronteiriços.

Nessa perspectiva, o Estado entende a mobilidade humana como resultado do fluxo migratório motivado em função da necessidade de trabalho e renda. Por outro lado, a mobilidade humana para os povos tradicionais será fundamentada em sua cosmologia e em concepções cuja lente estatal é incapaz de perceber.

O Estado, a partir de sua gênese, conforme estudado, percebe o território como moeda de troca, atribuindo-lhe valor monetário, que será utilizado em meras negociações, pouco importando a sua destinação e se irá sofrer degradação, ao passo que os indígenas valorizam e atribuem ao território um valor transcendental, além de primar pela sua preservação em prol de gerações futuras.

“As mobilidades que permeiam a vida das pessoas e da sociedade atualmente são um *modus vivendi* que a globalização introduziu e dos quais a migração não é mais que uma de suas formas”.²²

Em rápida análise, verifica-se que o conceito estatal de migração está atrelado ao capital e à economia, fatores que organizam e sistematizam a política estatal, onde o migrante será considerado para compor a força de trabalho do local para onde se dirige.

Pode haver migrantes “ruins” ou menos “vantajosos” por não trazerem consequências positivas no ciclo de produção, consumo e trabalho, ou seja, contribuir economicamente com o país.²³

Uma das características fundamentais do fenômeno da migração é que, salvo excepcionalidades, ele contribui para dissimular a si mesmo sua própria verdade. Por não conseguir sempre pôr em conformidade o direito e o fato, a imigração condena-se por engendrar uma situação que parece destiná-la a uma dupla contradição: não se sabe se se trata de uma situação provisória ou de um estado duradouro.²⁴

²² LUSI, Carmen, DURAND, Jorge. *Metodologia e Teorias no Estudo das Migrações*. São Paulo: Paco Editorial, 2015. p. 46

²³ SAYAD, Abdelmalek. *A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade*. Prefácio Pierre Bourdieu; tradução Cristina Marachco. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p. 65

²⁴ Idem. p.45

O caráter provisório da migração é determinante para que o Estado não estabeleça uma tutela mais efetiva desses direitos. Dessa forma, o migrante é visto como alguém que abandonou provisoriamente o seu território, para depois de um certo tempo retornar, a que o autor definiu como uma provisoriedade contínua em qualquer dos locais onde o migrante esteja.²⁵

Um dos objetos dessa pesquisa, a mobilidade dos povos tradicionais, fundadas no costume e na cosmologia desses povos, leva a crer que esse tipo de mobilidade não é componente de um sistema de ideias pré-concebidas pela instituição “Estado”.²⁶

Desse modo, a mobilidade dos povos tradicionais pode ser rechaçada, não somente por não integrar um sistema em que o cidadão migrante pode ser visto como um clandestino em que suas práticas sociais e costumes são resumidas ao fator trabalho, mas em grande parte por causa dos povos tradicionais não encaixarem no senso comum, ou seja, a lógica do trabalho e do capital imposta pelo Estado.

Com isso, é necessário estabelecer dois parâmetros a partir de então. Primeiramente, compreender que os povos tradicionais não representam uma massa de indivíduos que migram em busca de trabalho. Em segundo, entender que os povos tradicionais baseiam sua mobilidade na cosmologia, nas relações de parentesco e outros fatores culturais/antropológicos.

Em uma visão antropológica, ao se considerar a cultura e o modo de viver das sociedades tradicionais, os Guarani possuem o costume da caminhada como parte de seu *ethos*, de seu *teko* (jeito de ser), que reflete seu modo de ser de acordo com sua cultura historicamente arraigada, e ainda presente nos dias atuais cujo traço característico é a mobilidade.²⁷

Dentro do processo de construção dos Estados Nacionais, via de regra, houve a privação da liberdade dos povos indígenas em praticar seus deslocamentos espaciais. Migrar está intrinsecamente ligado ao movimento espacial de uma população, e conforme essa autora, os deslocamentos espaciais ocorrem em virtude de catástrofes naturais, guerras, perseguições e outros fatores decorrentes da ação humana.²⁸

²⁵SAYAD, Abdelmalek. Op. Cit. p. 45

²⁶ Idem. p. 105

²⁷ MELIÀ, Bartomeu. *Camino guaraní: de lejos veninos, hacia más lejos caminamos*. Centro de Estudios Paraguayos” Antonio Guasch”. Asunción. 2016. p. 15

²⁸ COLMAN, Rosa Sebastiana. *Guarani Retã e Mobilidade Espacial Guarani: belas caminhadas e processos de expulsão no território Guarani*. 2015. Tese (Doutorado em Demografia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas/SP. p. 21

Os Guarani como outros grupos indígenas, caracterizam-se por manter constante mobilidade espacial, em especial, dada a sua magnitude populacional, isto fica mais evidente entre eles.²⁹ E isso se dá, além da razão do sistema de uso e pousio, também por outros aspectos socioculturais.

As aldeias Guarani mantêm entre si estreitas relações políticas, econômicas, matrimoniais e religiosas. São constantes as visitas entre seus moradores. Elas podem durar alguns poucos dias, semanas, meses ou até anos; a partir de uma visita à parentela mais próxima, determinada família pode resolver instalar residência naquela aldeia visitada. Quando se visita qualquer aldeia Guarani, não há uma delas onde não se encontre parentes de indivíduos de outras aldeias, próximas ou distantes.

A Fortiori, o povo Guarani, que vivia há centenas de anos em toda a região (bacia do Rio da Prata e do Rio Paraguai, nas fronteiras entre Brasil, Paraguai e Argentina), simplesmente foi desconsiderado em suas especificidades e direitos de autonomia sobre seu território e, aos poucos, foram sendo “empurrados” e separados pela lógica da colonização, além de serem destituídos da quase totalidade dos seus territórios tradicionais, ao passo que a restrição imposta pela Mensagem de Veto nº 163/2017³⁰ houve por *criminalizar* a prática milenar da livre mobilidade dos povos tradicionais.

3. Breve análise da mensagem de veto: razões e fundamentos

Aparentemente, a restrição ao livre trânsito dos povos tradicionais ao longo das fronteiras pode ter apenas o condão de influenciar políticas de maior controle do fluxo de pessoas, contudo, indo mais além desse fato, o veto estudado trouxe uma discussão no meio acadêmico e no âmbito da sociedade quanto à finalidade e o alcance do Estado na formulação de políticas para as populações tradicionais, além de suscitar uma reflexão concisa que trouxe a seguinte indagação: qual o limite da ideia de segurança nacional ao influenciar as políticas formuladas para as fronteiras e qual o seu impacto no *modus vivendi* das populações tradicionais que tiveram ao longo dos anos os seus direitos e costumes malogrados? Qual o grau de alcance do Direito Consuetudinário e qual o grau de importância desse instituto na formulação de políticas para as populações tradicionais?

²⁹ CARVALHO, Maria Lucia Brant de. *Das terras dos índios a índios sem terra. O Estado e os Guarani do Oco'y. Violência, Silêncio e Luta*. 2013. Tese (Doutorado em Geografia Humana) – Universidade de São Paulo, São Paulo/SP. p. 101

³⁰ BRASIL, Op. Cit. 24 de maio de 2017.

Analisando-se os limites impostos pelo poder estatal sem se levar em conta o direito de ir e vir das populações tradicionais dentro do seu próprio território, cuja liberdade era amparada pelo Direito Consuetudinário, a fronteira delimita “um pra cá” e “outro pra lá” como forma de segurança.³¹ Esse autor enuncia: “A fronteira é um dos elementos da comunicação biossocial que assume uma função reguladora”³²

A mobilidade espacial praticada entre os Guarani e Kaiowá, fundamentada na sua cosmologia, está vinculada ao princípio da ancestralidade do território. Eles são povos agricultores que utilizam um sistema rotativo das terras, de forma a se evitar o desequilíbrio ecológico. Eles também praticam visitação a seus parentes, podendo ficar por meses até mesmo anos, mantendo assim suas redes sociais e políticas. Outra causa não menos importante é o deslocamento para outros territórios devido a conflitos internos, doenças, acidentes e imprevistos com parentes como, por exemplo, o falecimento de algum membro da família.

Os territórios indígenas são parte da sua identidade, remetendo para o seu modo de ser. O território é o espaço no qual as relações de parentesco, com suas complexas redes de comunicação, se reproduzem. Por isso, sob a  tica indígena, as fronteiras políticas e geográficas são relativizadas em determinados casos, em decorrência de casamentos ou pelas dinâmicas de alianças. Essas redes seguem, no presente, em pleno vigor, constituindo e desconstituindo fronteiras, entendidas como dinâmicas e não fixas conforme as entendemos.³³

Neste ponto, como foram recepcionados os costumes e leis dos povos tradicionais, baseadas em uma perspectiva da ancestralidade e de uma cultura considerada estranha ao soberano? Além do mais, se as normas traduzem o comportamento humano, que pela constância acaba se incorporando ao ordenamento jurídico, o direito dos povos tradicionais não conseguiu se impor a ponto de ser recepcionado pelo Estado.

O veto é o instituto através do qual o Presidente da República manifesta sua discordância para com o projeto de lei, impedindo, pelo menos em um primeiro momento, a sua entrada em vigor. O Estado foi concebido em termos absolutos³⁴,

³¹ RAFFESTIN, Claude. *A ordem e a desordem ou os paradoxos da fronteira*. Território sem limites: estudos sobre fronteiras / Tito Carlos Machado de Oliveira, organizador. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2005. p.14

³² Idem.

³³ MELI , Bartomeu. Op. Cit.

³⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco, 3  ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

como manifestação da *faculté d'empêcher*, sem a qual o Poder Executivo seria “logo despojado de suas prerrogativas”. Não é este, todavia, o perfil que lhe dá o moderno Direito Constitucional, já que as várias constituições que mantêm o instituto permitem a derrubada do veto pelo Poder Legislativo.

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, o Presidente da República só pode vetar projetos de lei com base em dois fundamentos: o da inconstitucionalidade e o da contrariedade ao interesse público. O veto jurídico, como é conhecido no caso de inconstitucionalidade, coloca o Presidente da República como guardião da Constituição, exercendo o controle prévio de constitucionalidade das leis. O veto político, como é conhecido no caso de contrariedade ao interesse público, coloca o Presidente da República como um defensor desse, competindo-lhe formular o juízo de conveniência e oportunidade do ato normativo.

O veto pode ser parcial ou total. Todavia, o veto parcial passou a ser utilizado na história política brasileira como instrumento de abuso do Poder Executivo, para, vetando palavras isoladas do texto legal, mudar-lhe completamente o sentido, acabando por desvirtuar o projeto de lei.

Diante desses fatos, cabe indagar em que ponto a mobilidade dos povos tradicionais nas fronteiras representa uma afronta à Constituição da República³⁵, que prevê no art. 231 o direito originário dos índios à mobilidade sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

Nesse quadrante, as razões do veto estudado estão sedimentadas no argumento de segurança nacional, cujo conceito veremos a seguir.

A Doutrina de Segurança Nacional apresenta como conceitos básicos a geopolítica e bipolaridade. A geopolítica fornece à Doutrina duas importantes contribuições fundamentadas em uma visão ideológica, ou pseudocientífica, ou seja, o conceito geopolítico de Nação e o de bipolaridade.³⁶ Segundo a Geopolítica a nação se constitui em um único projeto e uma única vontade: o desejo de ocupação e domínio do espaço.

A Nação age pelo Estado: como vontade, poder e poderio, ela se exprime pelo Estado. É impossível encontrar ou fazer uma distinção

³⁵ BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

³⁶ COMBLIN, Joseph. *A Ideologia da Segurança Nacional – O Poder Militar na América Latina*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Ed Civilização Brasileira, 1978

real entre a Nação e o Estado: a Nação acrescenta ao Estado os materiais, uma população, um território, recursos, apenas o passivo. O que faz formalmente a Nação não difere do que constitui formalmente o Estado. É esse o conceito de Nação com o qual joga a Doutrina de Segurança Nacional.³⁷

Nesse contexto, a bipolaridade se fundamenta em um sistema político que teve como base as oligarquias, constituídas em sua maioria por famílias proprietárias de terras, que haviam afiançado ao capital externo o controle sobre o setor mais dinâmico da economia nacional, enquanto que esse mesmo capital externo garantia o domínio oligárquico da sociedade, se necessário intervindo de forma militar quando houvesse alguma movimentação popular que de alguma forma colocasse em questão a dominação dessas oligarquias.

No caso brasileiro, o sistema político emerge exatamente dessa realidade e se coaduna com a Doutrina de Segurança Nacional, que justifica e consolida todo um sistema de dominação e segregação baseada no latifúndio, nas oligarquias e no coronelismo.

O bacharel reformista, o militar devorado de ideais, o revolucionário intoxicado de retórica e de sonhos, todos modernizadores nos seus propósitos, têm os pés embaraçados pelo lodo secular. Os extraviados cedem o lugar, forçados pela mensagem da realidade, aos homens práticos, despidos de teorias e, não raro, de letras. No campo, no distrito, no município, o chefe político, o *coronel* tardo e solene, realista e autoritário, amortece, na linguagem corrente, o francês mal traduzido e o inglês indigerido.³⁸

O coronel, antes de ser um líder político, é um líder econômico, não necessariamente, como se diz sempre, o fazendeiro que manda nos seus agregados, empregados ou dependentes.³⁹ O vínculo não obedece a linhas tão simples, que se traduziriam no mero prolongamento do poder privado na ordem pública. Segundo esse

³⁷ COMBLIN, Joseph. Op. Cit. p. 28.

³⁸ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. prefácio Gabriel Cohn. – 5.ed. – São Paulo: Globo, 2012. p. 1115

³⁹ Idem. p. 1118.

esquema, o homem rico exerce poder político, num mecanismo onde o governo será o reflexo do patrimônio pessoal.

Nesse prisma, constata-se que o Estado brasileiro não possui meios de gerenciar e organizar o livre trânsito de pessoas ao longo de suas fronteiras, alegando questões de segurança nacional como justificativa para a sua incapacidade de regulamentar o trânsito de pessoas, seja de forma autônoma ou em regime de cooperação internacional, mantendo sua visão historicamente distorcida em relação aos povos tradicionais.

O livre trânsito entre as diversas regiões de fronteira pelos que habitam essas regiões é algo arraigado em sua cultura tradicional, em seu modo de ser e viver, e não pode ser simploriamente proibido, cabendo ao Estado regulamentar e estabelecer parâmetros para que a circulação de pessoas pela fronteira ocorra sem que sejam afetadas a sua soberania e autonomia.

Os costumes representam fontes importantes do direito, visto que as normas derivam, em boa parte, dos modos de viver de uma sociedade. No entanto o direito positivo vigente dá aos costumes um valor secundário, colocando o direito costumeiro como algo inferior ou atrasado, como se fosse um estágio anterior à constituição do direito positivo normativo emanado pelo Estado.⁴⁰

Para caracterizar o direito indígena como um direito consuetudinário ou costumeiro, podemos, de modo geral, levantar dois traços específicos: 1) ele se encontra imerso no corpo social, firmemente entrelaçado com todos os outros aspectos da cultura, com o qual forma uma unidade compacta; 2) ele extrai sua força e seu conteúdo da tradição comunitária expressa nos usos e costumes.⁴¹

O direito costumeiro para os povos indígenas atende a uma cosmovisão fundada em princípios ancestrais que está relacionada com a ordem natural dos acontecimentos. São regras aceitas e aplicadas pela sociedade porque a consciência coletiva diz que são boas para os homens. Sua aplicação não requer a inclusão de tais regras em textos normativos, pois o que as tornam legítimas é a consciência comum do grupo que, por meio do conhecimento dos princípios gerais que regem as

⁴⁰ CURI, Melissa Volpato. *O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico*. In: Revista Espaço Ameríndio, v. 6, n. 2, p. 230-247, UFRGS, Porto Alegre/RS, jul./dez. 2012. p. 05

⁴¹ Idem. p.07

suas condutas, sustenta as regras determinadas para a resolução de problemas específicos.⁴²

Conclusão

O presente artigo buscou, embora de forma breve, evidenciar através de questões históricas, jurídicas e antropológicas as consequências da mensagem de veto estudada e seus desdobramentos no tocante aos povos tradicionais fronteiriços do Estado do Mato Grosso do Sul.

A partir de uma análise despretensiosa, é possível entrever alguns aspectos que consubstanciam as decisões e atos administrativos relacionados aos povos tradicionais e a preservação de sua cultura e territórios.

Ao longo de anos, o homem tem desenvolvido modelos de justiça que inevitavelmente refletiram, em quase sua totalidade, os interesses dos mais fortes, das classes dominantes.

Não seria diferente no caso dos indígenas e povos tradicionais, que ao longo do tempo foram destituídos de suas coisas, em prol do progresso, dizem alguns; no entanto, esse mesmo progresso tem ocasionado danos irreparáveis a esses povos, mais fracos nesse processo, marcados em muitos locais por densa miséria e exclusão social.

Lançando luzes sobre a causa indígena, observa-se que, historicamente, não há como se diferenciar políticas que fossem voltadas para resguardar os interesses imediatos das populações tradicionais, ou mesmo a sua dignidade, destruída ao longo dos anos.

A Constituição Federal de 1988 garantiu aos povos indígenas o direito de buscar e resgatar seus direitos originários como cidadãos etnicamente diferenciados mostrando a possibilidade de existência de um Estado pluriétnico, e por outro lado a letra da Constituição não garantiu, até o momento, a inclusão das comunidades étnicas em um processo de participação plena nas políticas públicas de desenvolvimento que permitam a essas comunidades exercer plenamente seus direitos.

⁴² CUEVAS GAYOSSO, José Luis. *La Costumbre Jurídica de los Pueblos Indígenas em la Constitución Del Estado de Vera Cruz, México (2000), de la Norma a la Práxis*. Ciudad del México: Universidad Veracruzana, 2000.

Paralelamente aos avanços sociais anunciados pelo governo, as comunidades étnicas coexistem nesse sistema como grupos vulneráveis que buscam soluções para seus problemas, que tendem a se agravar devido à política do Estado mínimo, onde não há espaço para políticas sociais que incluam as minorias étnicas.

Fixando a disposição do parágrafo 2º do art. 1º da Lei nº 13.445/2017, suprimido por meio da mensagem de Veto nº 163/2017, fica demonstrada a visão anacrônica e limitada do Estado brasileiro, revelando que se mantém vinculado à sua antiga estrutura patriarcal, oligárquica e clientelista.

À luz de todo o arcabouço legal no qual o país está inserido, englobando a sua Constituição e os diversos tratados e convenções internacionais aos quais o Brasil aderiu, é inconcebível que não exista uma política efetivamente voltada à causa dos povos tradicionais.

A quem responsabilizar por tais fatos?

É insofismável a importância da cultura indígena para o nosso país, e que merece ser respeitada. Entretanto, a agonia experimentada pelos Guarani e Kaiowá é fruto dos interesses econômicos embutidos no discurso estatal acerca dos povos tradicionais, que acabam por se converter em um dardo certo na cultura e sociedade indígenas de um modo geral.

Não se pode negar que as relações humanas são movidas por interesses, e as crises são ocasionadas pelo desequilíbrio, cujo conflito se acaba a partir do momento em que as partes transijam.

No caso dos povos tradicionais, os interesses imediatos são apenas a terra para plantar, o território onde nasceram e morreram seus ancestrais, e a preservação de sua cultura.

Por conseguinte, a divisão de territórios e delimitação de fronteiras não considerou os direitos e costumes dos povos tradicionais dessas regiões, que já as ocupavam bem antes da própria formação do Estado, e uma das garantias de um país justo e democrático é a cidadania, garantida ao cidadão através da sua participação na administração do Estado. Cumpre ao agir estatal, desse modo, buscar o bem comum para melhor atender aos interesses de todos e diminuir desigualdades.

Referências Bibliográficas

AGUILERA URQUIZA, Antonio H. (Org.) *Culturas e história dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul*. Campo Grande: Ed. UFMS, 2013.

BRASIL: Lei de Migração. *Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017a*.

_____: *Mensagem de Veto nº 163, de 24 de maio de 2017b*.

_____: *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto & BAINES, Stephen (Org.). *Nacionalidade Etnicidade em Fronteiras*. Brasília: Editora UNB. 2005.

CARVALHO, Maria Lucia Brant de. *Das terras dos índios a índios sem terra. O Estado e os Guarani do Oco'y. Violência, Silêncio e Luta*. Tese (Doutorado em Geografia Humana), Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2013.

COLMAN, Rosa Sebastiana. *Guarani Retã e Mobilidade Espacial Guarani: belas caminhadas e processos de expulsão no território Guarani*. Tese (Doutorado em Demografia), Universidade Estadual de Campinas, Campinas/SP, 2015.

COMBLIN, Joseph. *A Ideologia da Segurança Nacional: O Poder Militar na América Latina*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1978.

CUEVAS GAYOSSO, José Luis. *La Costumbre Jurídica de los Pueblos Indígenas en la Constitución Del Estado de Vera Cruz, México (2000), de la Norma a la Práxis*. Ciudad del México: Universidad Veracruzana, 2000.

CURI, Melissa Volpato. O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico. *Revista Espaço Ameríndio*, 6(2), jul./dez. 2012, pp. 230-247. Porto Alegre/RS: UFRGS.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Globo, 2012.

VITÓRIA, Francisco de. *Relecciones sobre Los Indios y el Derecho de Guerra*. Disponível em <https://www.uv.es/correa/troncal/resources/Relectio-prior-de-indis-recenter-inventis-Vitoria.pdf>. Acesso em 20 dez. 2018.

GABAGLIA, Fernando Raja. *Fronteiras do Brasil*. Disponível em <<http://archive.org/details/asfronteirasdobr00gaba>>. Acesso em 09 set. 2014.

HEYDTE, Friedrich August Von Der. *O Nascimento do Estado Soberano: Uma contribuição à História do direito natural, da teoria geral do Estado e do pensamento político*. Rio de Janeiro: Capax Dei, 2014.

LEACH, Edmund R. The Frontiers of 'Burma'. *Comparative Studies in Society and History*, 1960.

LUSSI, Carmen, DURAND, Jorge. *Metodologia e Teorias no Estudo das Migrações*. São Paulo: Paco Editorial, 2015.

MELIÀ, Bartomeu. *Camino guaraní: de lejos veninos, hacia más lejos caminamos*. Asunción: Centro de Estudios Paraguayos "Antonio Guasch", 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, MURACHCO, Cristina (trad.). *O Espírito das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAFFESTIN, Claude. A ordem e a desordem ou os paradoxos da fronteira. In: OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de (Org.), *Território sem limites: estudos sobre fronteiras*. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2005.

SAYAD, Abdelmalek. *A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

VOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

O controle de convencionalidade em matéria de Direitos Humanos no Direito Brasileiro

The control of conventionality in the matter of Human Rights in the Brazilian Law

Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa AQUINO¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo promover uma análise acerca do instituto do controle de convencionalidade das leis direcionado ao sistema interamericano de tutela dos direitos humanos, com especial ênfase no direito brasileiro, analisando a sua recepção e a aplicabilidade no âmbito interno, a partir das concepções jurisprudenciais gestadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Adota-se uma metodologia de cunho crítico-analítico no objetivo de constatar que, o controle normativo possibilita, sobretudo, uma revisão pelos órgãos jurisdicionais internos de suas próprias decisões.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade; Direitos Humanos; Sistema de Proteção dos Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: This article aims to promote an analysis on the control system of conventionality of laws, directed to the inter-american human rights system, with special emphasis on Brazilian law, analyzing its reception and applicability in the internal scope, from jurisprudential concepts developed by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). A critically-analytical methodology is adopted in order to verify that the normative control allows, above all, a review by internal jurisdictional bodies of their own decisions.

Keywords: Control of Conventionality; Human rights; Human Rights Protection System; Inter-American Court of Human Rights.

¹ Advogada e Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/Espanha (USAL). Pós-doutoranda em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca/Espanha (USAL). Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Doutoranda em *Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social*, pela Universidade de Salamanca/Espanha (USAL). Membro Efetivo da Comissão de Direito Processual Civil e da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB Nacional). Vice-presidente da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Maranhão (OAB/MA). Correio eletrônico: mgcgn@email.iis.com.br.

Introdução

Após o final da Segunda Guerra Mundial, com a revelação das diversas atrocidades e horrores ocorridos, exsurge uma determinada corrente de pensamento que observava a necessidade de se consagrar e tutelar os direitos elementares dos seres humanos, especialmente, aqueles que primam pela proteção da dignidade da pessoa humana².

No contexto de se evitar a repetição da barbárie praticada pelos Estados totalitários, o descarte irrefreável de pessoas humanas e a continuidade dos efeitos que implicavam em impunidade, é que se impulsionou o debate em torno do primado da reconstrução dos direitos humanos³.

A reconstrução dos direitos humanos passou a ser tratada com um assunto de relevante interesse da comunidade internacional, uma vez que exigiu a reformulação acerca dos limites de atuação dos Estados nacionais, fazendo eclodir o entendimento de que a tutela dos direitos humanos não se restringe a um determinado espaço físico territorial. Com base nesse entendimento, passou a haver uma pressão da comunidade internacional (74-88), no sentido de se erigir e estruturar um efetivo sistema internacional de proteção dos direitos humanos⁴, apto a garantir direitos e tutelar a dignidade da pessoa humana.

² De acordo com Celso Lafer: “[...] A ruptura totalitária levou, assim no pós-Guerra Mundial, à afirmação de um Direito Internacional Penal. Este procura tutelar interesses e valores de escopo universal, cuja salvaguarda é fundamental para a sobrevivência não apenas de comunidades nacionais, de grupos étnicos, raciais ou religiosos minoritários, mas da própria comunidade internacional. Entre tais valores e interesses está a repressão ao genocídio”. Cfr. Lafer, Celso. “A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt” [em linha]. *Estudos Avançados*, v. 11, n. 30, p. 59, 1997. <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200005> [20 dezembro 2017].

³ Cfr. Luño, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 48. Na versão original: “[...] A tenor de ella los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

⁴ Segundo Maria Esther Martínez Quinteiro, “Al comenzar la Segunda Guerra Mundial, puede decirse, sin embargo, que no había progresos substanciales para la internacionalización del discurso ideológico de los derechos humanos en bloque y que el iusnaturalismo carecía de vigor para dotar-los de un marco jurídico. Sin embargo, al terminar la guerra las oportunidades del discurso de los derechos humanos para imponerse parecían muy acrecidas por varios motivos. Primero porque la defensa de los derechos de las personas, iniciada por el humanismo y las revoluciones liberales, parecía un eficaz instrumento para luchar con el totalitarismo y también para articular defensas del pensamiento religioso que se sentía acorralado por los progresos del laicismo. [...]”. Quinteiro, Maria Esther Martínez. “El discurso de los derechos humanos em perspectiva histórica. El síndrome de la torre de babel”. In: Ballesteros, María de la Paz; Ramírez, Alicia Muñoz; Rodríguez, Pedro Garrido (dirs. y eds.). *Pasado y presente de los derechos humanos – mirando al futuro*. Madrid: Catarata, 2016. p. 50

A criação de uma estrutura normativa internacional de direitos humanos se amparou nas fortes evidências de fragilidade de se atribuir aos próprios Estados soberanos a competência para criar e elaborar normas que primassem pela proteção da pessoa humana, em razão da existente desconfiança em torno da atuação dos poderes legislativos desses Estados e da supremacia por eles exercidas.

Assim, fez-se necessária a ampliação do sistema de proteção dos direitos humanos abarcando normas vinculativas que exprimissem valores fundamentais, sem que ocorresse qualquer interferência dos poderes exercidos pelos Estados soberanos. Além da indispensabilidade de reconstrução dos direitos humanos para se garantir minimamente a proteção, amparada no paradigma da valorização da pessoa humana.⁵

O movimento de internacionalização dos direitos humanos baseado numa “[...] justiça constitucional das liberdades (nacional e supranacional) [...]”⁶, foi fundamental para a criação de um sistema protetivo que possibilita o reconhecimento da violação e a responsabilização de um Estado nacional no plano internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10 de dezembro de 1948, se constituiu no documento que consagrou a internacionalização dos direitos humanos, ao lado de outros instrumentos⁷ imperativos que compõem a sistemática normativa de proteção internacional.

⁵ Nesse sentido, assevera Aquino e Bichão: “Com efeito, sendo os direitos humanos liberdades e garantias fundamentais da pessoa humana que decorrem da sua dignidade iminente e que pela sua positivação obrigam a todos os estados membros da comunidade internacional (Valencia Villa, 2003: 137), necessário se torna que os mesmos sejam interpretados e aplicados de forma uniforme e universal, embora alguns países contestem a universalidade dos direitos humanos afirmando que os direitos devem ser vistos como culturalmente relativos e secundários relativamente aos padrões locais, consuetudinários ou tradicionais (Bell, 2003: 190)”. Aquino, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa, y Bichão, João Paulo Borges. Análise procedimental comparativa do acesso ao sistema de proteção europeu e interamericano de direitos humanos [em linha]. *Revista de Direitos Humanos em perspectiva*, v. 3, n. 2, 2017. <<http://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/2276>> [10 maio 2018].

⁶ A internacionalização dos direitos humanos provocou uma efetiva expansão judicial, cujo fenômeno foi denominado por Mauro Cappelletti como “justiça constitucional das liberdades”. Nesse sentido, assevera o autor: “A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos”. Cappelletti, Mauro. *Juizes legisladores?*. [Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 65.

⁷ Essa nova lógica ensejou a proclamação de diversos instrumentos internacionais, inclusive em âmbito regional, como exemplo, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950), os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos (1966), os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1978) e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul) (1986).

Por outro lado, o processo de incorporação das Convenções e Tratados Internacionais, nos ordenamentos jurídicos internos se mostrou igualmente importante pois, muitos países, em especial, os situados no continente europeu, passaram por um movimento de redemocratização que ensejou a construção de uma nova dimensão constitucional, focalizada na prática de mecanismos de controle constitucional cuja fiscalização coube ao Poder Judiciário, mais precisamente, aos tribunais constitucionais. Ou seja, esses instrumentos normativos passaram a exercer um *status* constitucional, na medida em que passam a vincular o legislador ordinário na esfera nacional.

Na contemporaneidade, o direito passa a ser caracterizado por fortes traços de complexidade social e cultural, e pela necessidade de integração, as quais são fomentadas pelo efetivo protagonismo judicial e pela proteção internacional dos direitos humanos, o que ocasiona uma mudança na relação entre a ordem jurídica interna e internacional. Tanto no continente europeu quanto no continente americano, a aplicação das convenções e tratados internacionais suscita inúmeras discussões, acarretando muitas dúvidas em relação aos seus efeitos jurídicos no âmbito social.

É nesse contexto que o fenômeno do controle de convencionalidade ganha significância, na medida em que se caracteriza como um mecanismo tendente à invalidação de normas que tenham sido criadas e/ou aplicadas em desconformidade com os conteúdos enunciados nas Convenções e Tratados que versam sobre direitos humanos, desde que ratificados pelos Estados-parte.

Sendo assim, o presente artigo tem como propósito a análise do fenômeno jurídico denominado “controle de convencionalidade das leis”, orientado pelo sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a partir da atual estrutura erigida no direito brasileiro, considerando o entendimento de um constante engendramento quanto a sua recepção no ordenamento jurídico interno. Examinar-se-á a força vinculante do instituto e a sua aceitação no sistema jurídico brasileiro.

1. O Controle de convencionalidade

O fenômeno do controle de convencionalidade se manifesta como sendo um instrumento que objetiva assegurar a eficácia das Convenções e Tratados Internacionais de direitos humanos.

Esse instrumento teve origem na França, na década de 70, através da decisão nº 74-54 DC, de 1975⁸, onde o Conselho Constitucional entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, melhor dizendo, o Conselho não tinha atribuição para promover o exame da compatibilidade das leis infraconstitucionais com as convenções e tratados internacionais ratificados pela França que, no caso específico, envolvia a verificação de compatibilidade do ordenamento jurídico interno com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, sob o argumento de que detinha apenas a competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis.⁹

Apesar do controle de convencionalidade ter sido concebido na Europa, faz-se importante frisar que, se trata de uma criação jurisprudencial que encontra sustentação nos tribunais internacionais que compõem os sistemas de proteção de direitos humanos. No presente trabalho, o enfoque se dará através da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Destacando-se o papel desenvolvido pela Corte Interamericana que buscou o desenvolvimento com o fito de garantir a eficácia da Convenção Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) desenvolvendo, genuinamente, a teoria e doutrina a respeito do controle de convencionalidade.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os países que a compõem¹⁰, devem exercer o denominado controle de convencionalidade. O Brasil, está inserido no rol de países que compõem a Corte e, portanto, imperativamente, deve aplicar o referido controle. A obrigatoriedade de aplicação do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário brasileiro foi definida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da sentença no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, notoriamente conhecido como *Guerrilha do Araguaia*. Na decisão, ficou estabelecida no parágrafo 176, a obrigatoriedade dos Estados-membros aplicar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹¹:

⁸Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>> [10 junho 2018].

⁹ Nesse sentido, consultar: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle de convencionalidade das leis*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 81.

¹⁰ Atualmente, são 21 (vinte e um) países que reconhecem a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direito Humanos, são eles: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela.

¹¹ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> [20 junho 2018]

176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

Uma questão deve ser destacada antes de se discorrer acerca do controle de convencionalidade no âmbito internacional e no âmbito interno, com ênfase nas jurisdições do direito brasileiro. É que o controle de convencionalidade não é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo mas, sim, pelo Poder Jurisdicional, o qual detém o protagonismo de promover a defesa das normas internacionais de direitos humanos. Especificamente, em relação aos direitos humanos, o direito internacional defende uma atuação conjunta dos Poderes em relação a proteção desses direitos, cabendo ao Legislativo e ao Executivo, nesse aspecto, atuar em conjunto no processo de incorporação das convenções, tratados e acordos internacionais no âmbito interno.

Os tribunais das cortes internacionais exercem o controle de convencionalidade através das Convenções e Tratados de Direitos Humanos, ao disporem acerca da criação, estruturação e funcionamento das suas próprias cortes julgadoras, a exemplo do que ocorre com o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹² De outro lado, o controle de convencionalidade exercido pela

¹² Alguns doutrinadores brasileiros, como Valério Mazzuoli, defendem que o controle de convencionalidade exercido pelas cortes internacionais não se configura como um controle de convencionalidade genuíno, elementar, sob o argumento da necessária observância ao princípio do

jurisdição interna, como dito anteriormente, foi reconhecido pela decisão nº 74-54 DC, de 1975, prolatada pelo Conselho Constitucional francês que, firmou o entendimento de que os juízes ao realizarem a validade das leis no ordenamento jurídico interno tem o dever de promover o controle normativo considerando o teor do texto constitucional e das convenções e tratados internacionais.

Portanto, o controle de convencionalidade pode ser realizado pelas Cortes internacionais e pelos juízes e tribunais nacionais e deve ser entendido, nas palavras de Paulo Junior Vaz (65), como sendo:

[...] o método a impedir que o Poder Legislativo crie normas que violem, ainda que abstratamente, direitos humanos previstos em Tratados Internacionais [...]. Lado outro, também é o mecanismo para invalidar as normas que, porventura, tenham sido criadas em desconformidade com o conteúdo dos Tratados e Convenções sobre Direito Humanos.

Assim, entende-se que o instituto possui uma abrangência mais ampliada do que a mera concepção de conter a criação de normas internas que violem os direitos humanos, já que, também, visa promover a compatibilidade do conteúdo das normas de natureza infraconstitucional com o conteúdo previsto nas convenções e tratados internacionais de direitos humanos.

esgotamento das vias judiciais internas, mas, como uma modalidade de controle normativo complementar, *literatim*: “Assim, não é correto dizer que apenas o controle internacional de convencionalidade das leis (realizado pelas instâncias internacionais de direitos humanos) seria o verdadeiro controle de convencionalidade, uma vez que tal raciocínio guarda a insuperável incongruência de não reconhecer que é dos próprios tribunais internacionais (v.g. da Corte Interamericana) que decorre a exigência de os juízes e tribunais internos controlarem (em primeira mão, antes que qualquer manifestação internacional sobre o tema) a convencionalidade de suas normas domésticas. O controle de convencionalidade internacional é apenas coadjuvante ou complementar do controle oferecido pelo direito interno [...]”. A respeito, consultar: Marinoni, Luiz Guilherme, y Mazzuoli, Valério de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 37.

2. O controle de convencionalidade no sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos

Como mencionado anteriormente, o surgimento do instituto do controle de convencionalidade ocorreu no continente europeu. Contudo, foi no continente americano que o instituto foi desenvolvido, tanto no que pertine ao controle normativo exercido no âmbito nacional como por meio do controle exercido pelas jurisdições internacionais. Segundo Sousa e Chaves¹³ (97-98), vários foram os fatores que contribuíram para o desenvolvimento desse fenômeno:

Várias circunstâncias podem ser pontuadas como influentes para considerar o continente americano como um ambiente fértil para tal peculiaridade, mas destaca-se o fato de que os países latino-americanos têm regime democráticos neófitos e ambivalentes, assim como suas cartas constitucionais, promulgadas recentemente e, portanto, sem um nível amadurecido de prática de efetivação de direitos. Ademais, os governos ditatoriais imprimiram nos povos das Américas uma percepção dos direitos humanos como uma “necessidade vital” para se evitar um sempre possível *déjà-vu* das ditaduras. Nesse contexto, vem sendo construído um Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, marcado não somente pela promulgação e ratificação de diplomas internacionais, mas precipuamente pela atuação jurisdicional em defesa dos direitos humanos.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem aprovada na Nona Conferência Internacional Americana e realizada no ano de 1948 consagra a preocupação de se estabelecer um sistema inicial de proteção para os Estados Americanos acerca dos direitos essenciais do homem.

O sistema regional de proteção interamericano foi instituído através da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de

¹³ Consultar: Chaves, Denisson Gonçalves, y Sousa, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do Poder Judiciário brasileiro [em linha]. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, jan./abr. 2016, p. 87-113. <file:///C:/Users/UFMA/Downloads/43787-177141-1-PB.pdf> [02 junho 2018].

San José da Costa Rica, que fixou atribuições para o conhecimento dos compromissos e obrigações dos Estados Americanos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos se constitui no primordial instrumento de proteção de Direitos Humanos no continente americano, envolvendo uma ampla proteção que abarca a tutela aos direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais.

No sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, se destacam dois órgãos responsáveis pela supervisão e controle do cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos, são eles: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com sede em Washington D.C., EUA e, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), com sede em San José, na Costa Rica.

Os dois órgãos tem a atribuição de promover ações contra as violações em face dos Estados-partes que eventualmente violem os direitos humanos, no continente americano.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui a atribuição de promover a observância e a defesa dos direitos humanos¹⁴; podendo formular relatórios e elaborar formulações, emitir pareceres consultivos e, ainda, propor ação em face dos Estados-membros perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por decorrência de eventual violação de direitos humanos. A Comissão Interamericana não possui, contudo, legitimidade para adotar medidas para dar cumprimento aos postulados contidos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Desse modo, cabe a Corte Interamericana de Direitos Humanos o desempenho da função contenciosa quando existente eventual violação de direitos humanos no

¹⁴ Assim, estabelece a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 41: "A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhes proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhes formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem; f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e g) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos". Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

continente americano. Ressaltando-se que, a Corte Interamericana também tem competência consultiva que consiste na interpretação das normas da Organização dos Estados Americanos (OEA) e das demais Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, assim como, na verificação de compatibilidade das normas internas dos Estados-membros com as normas internacionais de direitos humanos.

O cumprimento da função contenciosa pela Corte Interamericana de Direitos Humanos está condicionada a aceitação da jurisdição obrigatória pelos Estados-membros, o que significa dizer, que existe a necessidade de esgotamento das vias recursais e jurisdicionais antes da submissão e da apreciação do pleito pela Corte.

Seja no plano consultivo, seja no exercício da função contenciosa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos realiza o controle de convencionalidade das leis. No plano consultivo, a Corte Interamericana pode emitir parecer a fim de que sejam cumpridas as diretrizes das convenções e tratados internacionais de direitos humanos no âmbito jurídico interno de cada Estado-membro. É o que estabelece o inciso 2 do art. 64 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

Artigo 64. [...]

2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Já no plano contencioso, a Corte Interamericana exerce o controle normativo de convencionalidade através da análise de casos realizada pela própria Corte, momento em que verifica a existência de compatibilidade entre as leis internas de Estados-membros e as normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

O que distingue o controle de convencionalidade do sistema interamericano dos demais sistemas de proteção é justamente as medidas de cumprimento e de responsabilização dos Estados-membros da Convenção para que haja a observância das convenções e tratados internacionais de direitos humanos.

É através da disposição contida no artigo 2º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que se encontra consagrada a prestação positiva para o exercício do controle de convencionalidade por parte dos juízes e tribunais nacionais dos Estados-membros.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

O artigo 2º se configura em uma autêntica medida de efetivação dos direitos humanos consagrados na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pois impõe aos juízes e dos tribunais nacionais o dever de reconhecer as disposições dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como, dos precedentes da Corte Interamericana.

Veja-se que os Estados-membros deverão adotar as medidas cabíveis ao cumprimento imediato da sentença proferida pela Corte Interamericana, não podendo alegar em hipótese alguma a ausência de legislação regulamentadora para dar o devido cumprimento, consoante dispõe o artigo 68.1 da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, *literatim*:

Artigo 68

1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

A imposição do cumprimento integral das sentenças proferidas pela corte Interamericana representa um genuíno avanço em relação ao modelo europeu, tendo em vista que, os Estados-membros americanos tem o dever de cumprir com as decisões da Corte Interamericana, obtendo a sentença um caráter definitivo, inapelável e de imediata execução.

3. O controle de convencionalidade no ordenamento jurídico interno brasileiro

De acordo com a denominada teoria da transnormatividade, para que seja efetivado o controle de convencionalidade, pressupõe-se a primazia da norma internacional de direitos humanos em relação as normas constantes no ordenamento

jurídico interno, no objetivo fim de garantir a eficácia das convenções e tratados internacionais na estrutura interna jurídico-estatal.

Antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, não havia um posicionamento consolidado sobre o *status* hierárquico e a aplicabilidade das convenções e tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, de modo que a ausência de uma regra clara, suscitava divergentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do assunto.¹⁵

Todavia, foi através da Emenda Constitucional nº 45/2004, com a inserção do §3º ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil/1988, que se estabeleceu a recepção das convenções e tratados internacionais de direitos humanos como norma equivalente às emendas constitucionais, desde que aprovadas pelo Senado Federal e Câmara dos Deputados em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Assim, tem-se que, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, as Convenções e Tratados Internacionais são automaticamente incorporados ao ordenamento jurídico interno, uma vez que o §2º do art. 5º da CRFB/1988, confere um tratamento qualificado as Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dos quais o Brasil seja signatário.

Apesar da especificação do *quorum* qualificado para a aprovação das Convenções e Tratados Internacionais, cumpre salientar que, diversos tratados e convenções já tinham sido aprovados por maioria simples, gerando, assim, divisões sobre a recepção e hierarquia dessas Convenções e Tratados Internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, se consolidou o entendimento de que as Convenções e Tratados Internacionais que foram recepcionados no ordenamento jurídico antes de 2004, adquiriram o *status* de norma supralegal, ou seja, encontram-se em posição hierárquica superior às leis ordinárias, porém abaixo da Constituição Federal. Enquanto que, as Convenções e Tratados Internacionais que versarem sobre Direitos

¹⁵ Segundo Gilmar Mendes, existiam quatro correntes principais no que tange a hierarquia dos tratados internacionais: 1ª) que reconhece a natureza supraconstitucional das convenções e tratados internacionais de direitos humanos; 2ª) que reconhece uma equivalência constitucional as convenções e tratados internacionais de direitos humanos; 3ª) que reconhece um *status* de lei ordinária as convenções e tratados internacionais e, por fim, a 4ª) que confere um *status* supralegal as convenções e tratados internacionais de direitos humanos. A respeito, consultar: Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 215-216.

Humanos, recepcionados sob o rito previsto no §3º do art. 5º da CRFB/1988 passaram a um *status* de norma constitucional, em razão da sua equivalência às emendas constitucionais.

Importante salientar que, foi no ano de 2003, que o Supremo Tribunal Federal (STF), se manifestou no sentido de reconhecer a preponderância das convenções e tratados internacionais de direitos humanos sob as leis ordinárias. Estava em discussão duas teses, a do Min. Gilmar Mendes e do Min. Celso de Mello. O primeiro, defendia o *status* de supralegalidade das convenções e tratados internacionais de direitos humanos, enquanto que o segundo, sustentava a compatibilização dos mesmos ao conteúdo constitucional, melhor dizendo, sustentava o valor constitucional das convenções e tratados internacionais de direitos humanos.¹⁶

Veja-se, que o entendimento acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais faz-se necessário, justamente, porque o controle jurisdicional de convencionalidade tem como objetivo a compatibilização vertical das normas internas com as Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Entretanto, o critério de hierarquia não é absoluto, pois quando uma convenção ou tratado internacional de direitos humanos contrariar os preceitos constitucionais, em regra, estes preceitos prevalecerão, pois se trata de norma superior.

No Brasil, o controle de convencionalidade é exercido pelos juízes e tribunais internos do Poder Judiciário brasileiro (Figueiredo, 2016: 91). Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) consolidou entendimento jurisprudencial, no sentido de que os juízes e os tribunais internos deverão exercer o controle normativo, inclusive de ofício, independentemente de petição e/ou qualquer requerimento das partes. A respeito, destaca Sousa e Chaves (2016: 104-105):

Após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 houve que o ministro Gilmar Mendes, do STF, chamou de “necessidade de contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da Constituição”. [...] o controle nacional de convencionalidade não diz respeito tão somente a uma “adaptação interpretativa” das normas

¹⁶ A respeito das teses suscitadas pelos Ministros do STF à época, consultar o HC 87.585/TO, que tratou da subscrição pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia e implicou na derrogação das normas legais referente à prisão do depositário infiel. E, o RE 466.343/SP, que trata também da prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos.

internacionais de direitos humanos, mas cumpre também a função de convocar os juízes e tribunais brasileiros a revisarem seus papéis na construção da sociedade e na proteção dos direitos humanos, seguindo a mesma trilha dos Estados modernos, no sentido de questionar “sua autorreferencialidade” como órgãos autossuficientes e fechados em si mesmo, para abrirem-se a diálogos (re)produtivos no viés dos direitos humanos, seja por meio da reciprocidade de legitimidade normativa, seja mediante o diálogo interjurisdicional.

No contexto de reconhecimento de inúmeros direitos e garantias assegurados pelas Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como também, do elenco de direitos e garantias recepcionados pela Constituição Federal de 1988, houve o direcionamento da atuação do judiciário brasileiro, em especial, do Supremo Tribunal Federal (STF), que teve que promover a revisão de seus posicionamentos para o fim de permitir a coesa integração dos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

O controle de convencionalidade brasileiro segue as diretrizes e determinações da Corte Interamericana, no entendimento de que os órgãos do Poder Judiciário devem exercer o controle normativo *ex officio*, sempre com o objetivo de garantir a eficácia útil da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, assim como de qualquer outra convenção ou tratado internacional de direitos humanos que tenha sido ratificado pelo Brasil.

Conclusão

O presente artigo demonstrou que o controle da convencionalidade é um instituto que encontrou guarida na estrutura do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, apesar de se tratar de um fenômeno recente à disposição do próprio sistema.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade se constituiu em um novo modelo de proteção internacional dos direitos humanos, ao conferir eficácia e força normativa às convenções e tratados internacionais de direitos humanos.

No âmbito do sistema de proteção interamericano, a eficácia e o controle jurídico dever ser exercido por todos os Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Verifica-se que no Brasil, o controle de convencionalidade é um instrumento jurídico, hábil a conferir o suporte para a integração da ordem jurídica interna e internacional, de modo a garantir a adequada harmonia entre as normas internas e as obrigações pactuadas internacionalmente.

Referências Bibliográficas

Aquino, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa, y Bichão, João Paulo Borges. Análise procedimental comparativa do acesso ao sistema de proteção europeu e interamericano de direitos humanos [em linha]. *Revista de Direitos Humanos em perspectiva*, v. 3, n. 2, 2017. <<http://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/2276>> [10 maio 2018].

Cappelletti, Mauro. *Juizes legisladores?*. [Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

Chaves, Denisson Gonçalves, y Sousa, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do Poder Judiciário brasileiro [em linha]. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, jan./abr. 2016, p. 87-113. <<file:///C:/Users/UFMA/Downloads/43787-177141-1-PB.pdf>> [02 junho 2018].

Convenção Americana de Direitos Humanos [Pacto de San José da Costa Rica] [em linha]. San José da Costa Rica, 22 nov. 1969. <<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>> [30 maio 2018].

Figueiredo, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

Garapon, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar – Para uma justiça internacional*. Coleção Direito e Direitos do Homem [tradução de Pedro Henriques]. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

Govea, Laura Alicia Camarillo. Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos [em linha]. *Revista Prolegómenos: Derechos y Valores*, Bogotá, v. 19, b. 37, p. 67-84, ene./jun. 2016. <<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a05.pdf>> [30 maio 2018].

Lafer, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt [em linha]. *Estudos Avançados*, v. 11, n. 30, p. 55-65, 1997. <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200005>. [20 dezembro 2017].

Luño, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

Marinoni, Luiz Guilherme, y Mazzuoli, Valerio de Oliveira (coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *O controle de convencionalidade das leis*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Quinteiro, Maria Esther Martínez. “El discurso de los derechos humanos em perspectiva histórica. El síndrome de la torre de babel”. In: Ballesteros, María de la Paz; Ramírez, Alicia Muñoz; Rodríguez, Pedro Garrido (dirs. y eds.). *Pasado y presente de los derechos humanos – mirando al futuro*. Madrid: Catarata, 2016.

Vaz, Paulo Junior. *Controle de Convencionalidade das Leis: a inconveniência da Lei da Anistia brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

