

Nota do Editor-Chefe

Esta edição é especial para mim, já que é primeira edição lançada como Editor-Chefe da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Além deste fato, os temas dos artigos deste número abordam muito relevantes e importantes para mim, já que estão como principal foco da minha pesquisa atualmente, quais sejam Direitos Humanos, Direito Internacional e Direito Público.

Acredito que, diante últimos acontecimentos surreais que sucedem no Brasil e no mundo nos últimos anos, o debate sobre esses temas é de extrema importância, para definirmos criticamente o caminho a seguir de agora em diante. E essa edição conta com escritos de extrema relevância para esse debate.

Apesar de seguir um eixo temático coerente, a edição conta com textos de diversas temáticas e abordagens metodológicas, pois temos artigos de cunho mais pragmático, como o estudo sobre a violação de direitos humanos no procedimento de reconhecimento fotográfico de pessoas, tema bastante atual e que gera diversos debates, como também, temos artigos de abordagens mais teóricas que discute, por exemplo, a teoria garantista de direitos fundamentais. Dessa forma, o leitor poderá se deliciar com enfoques que podem ser interessantes para pesquisadores das diferentes vertentes do direito e áreas afins.

A diversidade da edição se mostra também por outro lado, qual seja, a origem e vinculação dos diversos autores e autoras contemplados na edição, que conta com contribuições de pesquisadores e pesquisadoras de diferentes estados do Brasil, tais como Mato Grosso do Sul, Piauí, Santa Catarina, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, São Paulo, Goiás, contemplando praticamente todas as regiões brasileiras.

Essa diversidade pode ser observada, ainda, pelo fato de que, dentro dos artigos publicados, temos autores vinculados a instituições de Angola e Portugal, mantendo a tradição da revista de publicar artigos internacionais.

Esta edição marca, ainda, o primeiro número lançado depois que a revista obteve o conceito A2 pela CAPES, para o quadriênio 2021-2024, honra esta que a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia deve aos editores-chefes da Revista que imediatamente me antecederam, a quem nominalmente agradeço e presto minhas homenagens. Muito obrigado Tatiana Squeff e Helvécio Damis.

E sem mais delongas, convido os leitores e leitoras a aproveitarem os artigos desta edição e que possam fazer suas reflexões, quem sabe, num futuro breve, possam também contribuir para os próximos números.

Prof. Dr. João Hagenbeck Parizzi

Editor-Chefe da Revista da Faculdade de Direito da UFU



Entre o ciberespaço e o Direito: A in(existência) legal do crime de *Phishing* em Angola

3

*Between cyberspace and the law:
The legal (non)recognition of Phishing as a crime in Angola*

António Maria Dala do Nascimento¹

Resumo: O artigo em tela tem como objeto de estudo o enquadramento jurídico-penal do *Phishing* no ordenamento criminal angolano, analisando as formas pelas quais essa prática pode ser sancionada, mesmo na ausência de uma tipificação penal autónoma. A pesquisa busca responder à questão: de que forma o ordenamento jurídico-penal angolano pode enquadrar e sancionar as condutas típicas do *Phishing*, mesmo na ausência de uma tipificação penal específica?. O principal objetivo consiste em identificar os tipos legais existentes que abrangem comportamentos associados a esse fenómeno e propor um modelo penal específico para o seu tratamento. Este estudo adoptou uma metodologia qualitativa, de natureza exploratória e descritiva, baseada na análise bibliográfica. Os resultados indicam que o *Phishing* pode ser enquadrado em crimes como falsidade informática, burla nas comunicações, acesso ilegítimo e dano em dados informáticos, previstos no Código Penal Angolano. Concluiu-se que, embora existam mecanismos normativos suficientes para punir tais condutas, é necessária a criação de um tipo penal autónomo de *Phishing*, definido como a prática fraudulenta de obtenção de dados pessoais, bancários ou sensíveis mediante manipulação digital e engenharia social.

Palavras-Chave: *Phishing*. Código Penal Angolano. Crimes Informáticos. Enquadramento Jurídico-Penal. Política Criminal.

Abstract: This article examines the criminal-legal framework of *Phishing* within Angolan criminal law, exploring how such conduct can be punished even without an autonomous legal definition. The study seeks to answer how Angolan criminal law can classify and sanction typical *Phishing* behaviors in the absence of a specific provision. Its main goal is to identify existing legal norms that already encompass this phenomenon and to propose a specific criminal model for its regulation. A qualitative, exploratory, and descriptive methodology was adopted, grounded in bibliographic analysis. Findings reveal that *Phishing* may be subsumed

¹ Professor Mestre em Criminologia e Investigação Criminal do Instituto Superior Politécnico de Ciências e Tecnologias (INSUTEC) e do Instituto Superior de Ciências Policiais e Criminais “Genereal – Osvaldo de Jesus Serra Van-Dúnem” (ISCPC). E-mail: liriomiguel.lm@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-6458-9526>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3656286357534267>.

under offenses such as computer forgery, communication fraud, unlawful access, and data damage, all covered by the Angolan Penal Code. Although current legislation offers sufficient mechanisms to punish these acts, the research highlights the need for an autonomous criminal provision on *Phishing*, defined as the fraudulent acquisition of personal, financial, or sensitive data through digital manipulation and social engineering.

Keywords: *Phishing*. Angolan Penal Code. Cybercrimes. Criminal-Legal Framework. Criminal Policy.

1. Introdução

A expansão da *Internet* em Angola nas últimas décadas tornou-se um fenómeno expressivo que desempenha um papel substancial no desenvolvimento do país. Este avanço tecnológico actua como um verdadeiro catalisador para a transformação e modernização de vários sectores, impactando positivamente a sociedade angolana no âmbito social, económico e jurídico, permitindo o compartilhamento rápido de conhecimento, a comunicação eficiente, o acesso a recursos educacionais e oportunidades de emprego.

Contudo, esta massiva conectividade também introduz novos desafios, expondo os indivíduos a práticas criminosas no ambiente digital, entre as quais se destacam os ataques de *Phishing*, uma modalidade de engenharia social² que visa enganar as vítimas a comprometerem a sua segurança pessoal e a fornecer informações sensíveis. Assim, como no espaço físico, também no ciberespaço, as interações humanas são orientadas por interesses individuais, frequentemente resultando em conflitos e comportamentos ilícitos.

Dados do Serviço de Investigação Criminal angolano (SIC) revelam que, anualmente, os crimes informáticos em Angola causam prejuízos estimados em cerca de 600 milhões de kwanzas. Apenas em 2022, foram formalizadas 1.209 denúncias relacionadas a cibercrimes, o que representa

² A Engenharia Social refere-se a práticas de persuasão e engano utilizadas por indivíduos mal-intencionados para manipular outras pessoas a comprometerem a sua segurança pessoal, com a finalidade de obterem informações pessoais.

um aumento de 6% em comparação com o ano anterior. De acordo com Dembinsky (apud SEBASTIÃO, 2022), gestor de dados da *Check Point Software*³, as tentativas de ataques por *Phishing* e *Ransomware*⁴ em Angola tiveram um aumento de 58% entre 2020 e 2021, tendo como alvos principais, as aplicações bancárias em telemóveis. Em fevereiro de 2021, por exemplo, os sistemas do Ministério das Finanças em Angola foram comprometidos por um ataque informático, durante o qual, contas de *e-mail* e pastas compartilhadas foram invadidas por sujeitos desconhecidos.

No campo jurídico-penal angolano, verifica-se que o *Phishing*, enquanto técnica de ataque informático, não constitui, de forma autónoma, um tipo penal (crime) específico previsto na legislação vigente. Ainda assim, mesmo sem previsão expressa, o *Phishing* pode, em determinadas circunstâncias, ser enquadrado em tipos penais já existentes, ou seja, este ataque cibernetico pode servir como meio executivo para a consumação de outros crimes previstos na legislação. Essa constatação conduz ao seguinte problema central deste artigo: de que forma o ordenamento jurídico-penal angolano pode enquadrar e sancionar as condutas típicas do *Phishing*, mesmo na ausência de uma tipificação penal específica?

Dessa forma o artigo tem como objetivo geral: analisar o enquadramento jurídico-penal do *Phishing* à luz da legislação criminal angolana. Especificamente, procura-se: (i) identificar os tipos legais que podem abranger condutas associadas ao *Phishing*; (ii) interpretar os elementos objetivos e subjetivos desses crimes à luz das práticas comuns de ataque *Phishing*; (iii) contribuir para o debate jurídico-criminológico sobre a necessidade de uma tipificação autónoma do crime de *Phishing* em Angola.

³ A *Check Point Software* é uma empresa internacional especializada em segurança cibernética. Fundada em 1993. É conhecida por fornecer soluções de segurança para proteger redes e dispositivos móveis contra ameaças cibernéticas

⁴ Sequestro de dados com pedido de resgate.



Do ponto de vista metodológico, a investigação assenta em uma abordagem qualitativa, de natureza exploratória e descritiva, fundamentada em pesquisa bibliográfica. O método científico utilizado é o indutivo, partindo da análise de práticas e características típicas do crime de *Phishing* para inferir o seu possível enquadramento legal à luz do ordenamento jurídico-penal angolano.

A prática de *Phishing* pode ser instrumentalizada para o preenchimento dos elementos objetivos e subjetivos de diversos crimes tipificados na legislação penal angolana, dependendo das circunstâncias concretas do caso e da intenção do agente. Esta interpretação permite que o ordenamento jurídico-penal de Angola, ainda que de forma indirecta, alcance e sancione as condutas fraudulentas praticadas por meio de ataques *Phishing*, reforçando assim, a eficácia legal na proteção dos bens jurídicos e na adaptação às novas formas de criminalidade cibernética.

2. *Phishing*

2.1. Conceito de *Phishing*

Na contemporaneidade, os criminosos adotam novas metodologias para expandir a execução de delitos antes perpetrados sem a utilização das tecnologias de informação e comunicação. Os crimes cibernéticos, assim, emergem como uma preocupação inegável, englobando uma diversidade de ações que têm sido objeto de tentativas de categorização e, consequentemente, de tipificação no âmbito da legislação jurídico-penal. Nesse contexto, destaca-se a necessidade de focar no principal objeto deste artigo: o *Phishing*. Este procedimento tem-se destacado como uma das principais formas de ataques perpetrados na *Internet*. Originado em ataques de engenharia social, etimologicamente, o termo *Phishing* deriva da palavra em inglês *fish*,

proveniente da prática da pesca, em que pescadores (o *phisher*⁵, utiliza mensagens de engenharia social para obter informações da vítima) utilizam iscas para atrair peixes. Portanto, o termo resulta de uma analogia com a pesca, em que há a necessidade de o usuário na *Internet* morder a isca, e para esse acto, há uma ilusão de que a mesma é autêntica (ALABDAN, 2020).

Khonji et al. (2013) elucidam que a modificação do *f* para *ph* na palavra *fishing* ocorreu devido ao primeiro tipo de ataque de *Phishing* ter sido realizado por telemóvel. Em 2006, a sua definição foi incorporada no *Oxford English Dictionary* como a ação fraudulenta de encaminhar e-mails falsos, simulando serem provenientes de empresas confiáveis, com o propósito de persuadir pessoas a fornecer informações pessoais, como senhas e números de cartões de crédito, pela *Internet*⁶.

Nesta mesma linha de ideias, Pinheiro (2020, p. 16), em sua obra Segurança Digital: Proteção de Dados, oferece uma abordagem conceptual esclarecedora acerca do conceito de *Phishing*, destacando que:

o Phishing pode ser entendido como pescaria ou golpe de pescaria, apresentando-se como uma encenação por meio da qual o utilizador é atraído ou enganado para que, cogitando ser um conteúdo autêntico, acesse um link falso, uma página web ou abra algum arquivo para haver furto de dados ou o respetivo acesso dos mesmos. É um tipo de engenharia social.

De outro modo, na visão de Milletary e Center (2005), o *Phishing* é concebido como uma estratégia astuciosa que emprega meios digitais, como mensagens, imitando o estilo de comunicação de agentes, entidades, empresas e *websites* de confiança, objetivando a obtenção de informações pessoais da vítima. É, portanto, uma forma de engenharia social que busca induzir as vítimas a tomar medidas urgentes, muitas vezes sob a falsa necessidade de validar a conta pessoal ou permitir o acesso do *phisher*.

⁵ *Phisher* é o termo técnico utilizado para descrever uma pessoa ou entidade envolvida na prática dos ataques de *Phishing*.

⁶ Traduzido pelo autor, do inglês original: *the fraudulent practice of sending e-mails purporting to be from reputable companies in order to induce individuals to reveal personal information, such as passwords and credit card numbers, online.*

Apesar disso, embora se observe uma convergência entre os autores ao considerarem o *Phishing* como uma forma de engenharia social, pode-se constatar, a existência de divergências nas ênfases dadas à encenação ilusória, à imitação de entidades confiáveis e à sofisticação técnica. A metáfora da pesca utilizada por Pinheiro (2020) ilustra claramente o carácter atractivo e enganoso do *Phishing*. Enquanto, Milletary e Center (2005) ressaltam a astúcia na imitação, evidenciando a sofisticação técnica do ataque. Essas perspectivas enriquecem a compreensão do *Phishing*, abrangindo desde a sua origem como uma ameaça direcionada a usuários comuns até a sua evolução para ataques mais sofisticados com o intuito de obter informações estratégicas em níveis mais elevados da sociedade e da esfera corporativa.

Observa-se então que, nos últimos anos, a esfera académica tem-se envolvido em debates acerca da evolução conceptual dos ataques de *Phishing*. Se inicialmente essa categoria de abordagem era caracterizada como uma maneira fraudulenta de conduzir usuários da *Internet*, por meio de páginas da *web*, a fornecer informações pessoais, Hong (2012) introduz uma perspectiva mais abrangente ao afirmar que os ataques de *Phishing*, numa primeira fase, têm como alvos usuários comuns da *Internet*, visando o roubo de identidade e informações de cartões. Em todo caso, posteriormente, expandiram-se para abrangir também alvos de elevado *status social*, com o intuito de obter propriedade intelectual, segredos empresariais e informações confidenciais relacionadas à segurança nacional de um determinado Estado.

Por último, Lastdrager (2014), alinhado com a doutrina científica, argumenta que o conceito de *Phishing* deve incorporar outros elementos essências, como informação, alvo, escalabilidade e engano. Em decorrência disto, ele conceitua o *Phishing* como a “ação escalonável de engano em que a representação é utilizada para colher informações de um alvo” (LASTDRAGER, 2014, p. 8). Na perspectiva desse autor, trata-se de um conceito abstracto que amplia o escopo das práticas, possibilitando a

identificação de diversos crimes cibernéticos que podem ser preenchidos por meio desses ataques, conforme se poderá verificar nas secções seguintes.

9

3. *Phishing* à luz do Direito penal angolano: Entre a ausência de tipificação autónoma e o enquadramento em tipos legais existentes

3.1. Falsidade informática (artigo 442º do código penal angolano)⁷

Uma das técnicas de iniciação para o ataque *Phishing* consiste na criação ou falsificação de páginas *Web*, ou *websites* que replicam, de forma quase idêntica, a aparência e as funcionalidades de instituições específicas. Esta técnica tem o propósito de induzir a vítima potencial, associada a uma determinada instituição, a acessar a página falsa, sob a falsa suposição de que se trata do *website* legítimo da instituição.

O crime de Falsidade Informática reveste-se de natureza pública, o que significa que não é necessária a apresentação de uma queixa-crime para o início do procedimento criminal, sendo suficiente a simples comunicação dos fatos. O bem jurídico protegido por este crime é a segurança e a fiabilidade de documentos, bem como a proteção contra enganos nas relações jurídicas no ambiente informático.

⁷ Código Penal Angolano, artigo 442º - Falsidade Informática:

1. Quem, com intenção de enganar ou prejudicar, introduzir, alterar, eliminar ou suprimir dados em sistema de informação ou, em geral, interferir no tratamento desses dados, por forma a dar origem a dados falsos que possam ser considerados verdadeiros e utilizados como meio de prova, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com a de multa até 240 dias.
2. Quando as ações descritas no número anterior incidirem sobre os dados registados ou incorporados em cartão bancário de pagamento ou qualquer outro dispositivo que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações eletrónicos ou a serviço de acesso condicionado, a pena é de 2 a 5 anos de prisão.
3. As penas estabelecidas nos n.ºs 1 e 2 são aplicáveis a quem, não sendo o autor dos crimes descritos nesses números, utilizar, com a intenção de causar prejuízo a outrem ou de obter benefício para si ou para terceiro, respetivamente, os dados falsos referidos no n.º1 ou o cartão ou dispositivo em que se encontrarem registados ou incorporados os dados obtidos com fatos descritos no n.º2.
4. Se o autor dos fatos descritos nos números anteriores for funcionário público no exercício das suas funções, a sua pena é de, 6 meses a 3 anos ou multa de 60 a 360 dias, no caso do n.º1; e 4 a 10 anos, no caso dos n.ºs 2 e 3.

Segundo a professora Moniz (2004, p. 269), “sempre que um documento falsificado seja inserido no tráfego informático, configura-se um caso de falsidade informática.” Ademais, a autora sustenta que, conforme o disposto no n.º 1 do crime de Falsidade Informática, é imprescindível que “os dados ou programas possam ser utilizados como meio de prova, de modo que a sua visualização produza os mesmos efeitos que um documento falsificado” (MONIZ, 2004, p. 270).

Em essência, o resultado obtido é análogo ao da Falsificação de Documento⁸, sendo que a Falsidade Informática constitui uma extensão do tipo clássico de falsificação, adaptada às especificidades do ambiente informático. Consoante as concepções doutrinárias do célebre professor da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto de Angola, Rodrigues (2016), sobre esta temática, explica que a falsificação de documentos consiste, em primeiro lugar, na elaboração de um documento inteiramente falso, mas também inclui a alteração de um documento verdadeiro, a utilização abusiva da assinatura de outra pessoa disposta no respetivo suporte documental para elaborar documento falso e, ainda, a falsidade intelectual.

Fazendo a apreciação sob a perspectiva informática, pode-se afirmar que não se protege um novo bem jurídico, nem um bem jurídico especificamente ligado ao ambiente informático. O objetivo do legislador foi salvaguardar a segurança e a fiabilidade dos documentos, bem como a proteção contra enganos nas relações jurídicas, ou a veracidade na reconstituição das relações jurídicas, de forma exatamente idêntica aos interesses protegidos pelo direito penal clássico (falsificação de documento),

⁸ Código Penal Angolano, artigo 251º - Falsificação de documento:

1. É punido com pena de prisão até 2 anos ou com multa até 240 dias quem, com o propósito de causar prejuízo a alguém ou de obter, para si ou para outrem, um benefício:
a) Elaborar documento falso, imitando verdadeiro;
b) Falsificar ou alterar documento verdadeiro;
c) Utilizar abusivamente a assinatura de outra pessoa para elaborar documento falso;
d) Fizer constar falsamente num documento, fatos juridicamente relevantes ou nele omitir fatos juridicamente relevantes que no documento deviam constar.

porém, no caso em concreto, por via da incriminação de condutas que envolvam a falsificação de programas ou dados informáticos. Deste modo, tal como descrevem Castanheira e Andrade (2009), a única especificidade deste tipo de crime reside no *modus operandi*, que se destaca pela execução via meios informáticos. Os elementos objetivos do crime de Falsidade Informática decorrem de circunstâncias como introduzir, alterar, eliminar ou suprimir dados em sistemas de informação ou, em geral, interferir no tratamento desses dados, por forma a dar origem a dados falsos (não genuínos), enquanto o elemento subjetivo é caracterizado pela intenção de enganar ou prejudicar para que possam ser considerados verdadeiros.

Pode-se concluir então que os perpetradores do crime, ao criarem e manterem um *site* idêntico ao legítimo, preenchem a conduta descrita no n.^º 1 do artigo 442º. Isso ocorre porque, com intenção de enganar ou prejudicar, eles interferem no tratamento desses dados, por forma a dar origem a dados falsos. O n.^º 2 do artigo 442º agrava a responsabilidade dos agentes quando as ações descritas no n.^º 1 incidirem sobre os dados registados ou incorporados em cartão bancário de pagamento ou qualquer outro dispositivo que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações eletrónicas ou a serviço de acesso condicionado. Esse agravamento aplica-se claramente a muitas das aplicações bancárias móveis, que atuam como plataformas de comunicação entre a instituição e o cliente.

Consequentemente, é inegável que a criação de uma página falsa para a execução de um ataque de *Phishing* reflete a intenção do agente criminoso de, posteriormente, utilizar os dados obtidos, mediante o erro ou engano induzido ao utilizador, para acessar sua conta e causar-lhe prejuízo. Assim, conforme a descrição do n.^º 2, o simples acto de criar o referido *site*, aliado à intenção dos agentes de provocarem engano ou prejudicar nas relações jurídicas relativas a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações eletrónicas ou a serviço de acesso condicionado, fazendo o utilizador acreditar que está no domínio legítimo da sua instituição, constitui

uma conduta capaz de preencher integralmente os elementos objetivos previstos no tipo penal de Falsidade Informática, conforme estabelecido no artigo 442º do Código Penal Angolano.

3.2. Furto de identidade (o caso do uso de *e-mails*)

A crescente utilização da *Internet*, impulsionada por um número gradativo de utilizadores de origens diversas, tem expandido significativamente a quantidade de informação disponível *online*, tornando-a acessível a qualquer pessoa. Diante desse aspecto, e considerando a relevância dos dados pessoais, é inevitável que a exploração indevida dessa informação se torne atractiva para indivíduos com menos escrúulos, resultando num aumento substancial dos furtos de identidade na *Internet*. Assim, a utilização de referências, nomes e denominações falsos por agentes criminosos constitui um dos métodos empregados para induzir as vítimas a acreditar na legitimidade das solicitações recebidas, criando a falsa percepção de que interagem com uma pessoa ou entidade de boa-fé, com o intuito de fomentar a convicção de que a solicitação apresentada é legítima.

Estudos apresentados em 2009, durante o Congresso Internacional *World Wide Web*, realizado em Madrid, a 18 de Abril, demonstraram a relativa facilidade com que se podem conduzir ataques nas redes sociais *Facebook* e *LinkedIn*. Esses estudos indicaram que as redes sociais assumem uma importância crescente tanto nos contactos locais quanto globais, suscitando discussões sobre a legitimidade da prática de empregadores consultarem o perfil de candidatos para obter informações adicionais sobre a sua personalidade. Ainda segundo esta mesma pesquisa, conduzida por Balzarotti *et al.* (2009), evidenciou-se ser extremamente simples lançar ataques automatizados de furto de identidade contra as principais redes sociais, permitindo o acesso a um vasto volume de informações pessoais.

Para compreender com precisão o conceito de identidade, é necessário recorrer ao ordenamento jurídico angolano, especificamente à Lei Fundamental. A Constituição Da República De Angola consagra, no artigo 32.º, o direito à identidade, à privacidade e à intimidade. No contexto do presente estudo, a ênfase recai sobre o direito à identidade, que a Constituição Da República De Angola assegura como o conjunto de elementos que identifica cada pessoa como individuo, singular, abrangendo também o direito ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar. No Código Civil Angolano, no Título II (Das Relações Jurídicas), Subtítulo I (Das Pessoas), Capítulo I (Pessoas Singulares), Secção I (Personalidade e Capacidade Jurídica), o artigo 72.º, n.º 1, sob a epígrafe Direito ao Nome, estabelece que toda a pessoa tem direito a usar o seu nome completo ou abreviado,e a opor-se a que outrem o use ilicitamente para sua identificação ou outros fins. O nome, portanto, é reconhecido como um direito da personalidade, sendo este conceito intrinsecamente relacionado aos indivíduos enquanto pessoas físicas. No âmbito da proteção da privacidade do indivíduo, o ordenamento jurídico angolano prevê também a existência de um diploma legal que consagra a proteção dos dados pessoais. Trata-se da Lei n.º 22/11, de 17 de Junho (Lei da Proteção de Dados Pessoais), que na alínea b) do artigo 5.º, sob a epígrafe Definições, conceitua dados pessoais como qualquer informação, seja qual for a sua natureza ou suporte, incluindo imagem e som, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados), acrescentando ainda que é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um numero de identificação ou à combinação de elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social.

Daqui se concluirá, que a identidade constitui uma referência singular a um indivíduo considerado fisicamente. De toda a maneira, o fato de essa questão estar relacionada ao cidadão enquanto pessoa física e individual

suscita um desafio significativo quando transposta para o mundo digital. Como exemplo, considere-se o caso de um endereço de *e-mail* em nome de alguém que possa ser associado ou identificado como um indivíduo específico e reconhecido na comunidade ou no meio social. Surge então a dúvida se um *e-mail* dessa natureza se enquadra ou não na categoria de dado pessoal legalmente protegido. Este tipo de referência é frequentemente utilizada em endereços de *e-mail* criados intencionalmente por autores de ataques de *Phishing*, visando atrair as vítimas a abrir *e-mails* e acessar determinados domínios.

Neste âmbito, a questão em análise consiste em determinar se a utilização de endereços de *e-mail* falsos constitui, por si só, um elemento suficiente para ser qualificado como um ilícito de natureza criminal. No entendimento do pesquisador deste estudo, observa-se uma lacuna legislativa evidente nesse domínio, uma vez que a lei angolana não prevê, nem sanciona, a criação e utilização de um endereço de *e-mail* que se faça passar por outrem.

Concretamente, não existe uma norma específica que caracterize ou inclua a criação de um *e-mail* falso como uma conduta criminosa. Em outras palavras, qualquer pessoa pode, se assim o desejar, utilizar o seu nome ou qualquer outro para criar uma conta em diversos serviços de *e-mail*, sem que isso implique, de imediato, uma infração penal. De toda a forma, este acto encontra um limite, particularmente no que diz respeito à forma como o utilizador pode empregar a identidade associada ao *e-mail*. O artigo 274.^º do Código Penal Angolano, sob a epígrafe Assunção ou Atribuição de Falsa Identidade⁹, estabelece que aquele que assumir a identidade de terceira pessoa e acrescenta com o propósito de obter benefício, para si ou para outrem, ou de causar prejuízo, será responsabilizado criminalmente. Logo, sempre que

⁹ Código Penal Angolano, artigo 274º - Assunção ou Atribuição de Falsa Identidade: Aquele que assumir a identidade de terceira pessoa ou atribuir a terceira pessoa falsa identidade com o propósito de obter benefício, para si ou para outrem, ou de causar prejuízo a alguém é punido com pena de prisão até 2 anos ou co a de multa até 240 dias.

um indivíduo utilizar uma conta de *e-mail* para se fazer passar por outra pessoa física, para obter vantagens ou causar prejuízos a terceiros, tal conduta será considerada crime, configurando-se, em geral, como um acto de assunção de falsa identidade. Este enquadramento legal assegura que, apesar da ausência de regulamentação específica sobre a criação de *e-mails* falsos, o uso fraudulento desses meios para furtar a identidade de outrem e prejudicar terceiros, como no caso dos ataques de *Phishing*, são passíveis de sanção penal, reforçando a proteção da identidade no âmbito digital.

3.3. Acesso ilegítimo a sistema de informação e devassa de sistema de informação (artigo 438º do código penal angolano)¹⁰

Após o envio em massa de *e-mails*, a vítima, ao abrir a mensagem destinada a si, acaba por comprometer o seu dispositivo ou computador, resultando em uma possível infecção.

¹⁰ Código Penal Angolano, artigo 438º - Acesso ilegítimo a sistema de informação e devassa de sistema de informação:

1. Quem, sem autorização, aceder à totalidade ou à parte de um sistema de informação, de que não for titular, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com a de multa até 240 dias.
2. Se o acesso for conseguido através da violação das regras de segurança ou se tiver sido efetuado a um serviço protegido, a pena é de 2 a 8 anos de prisão.
3. A mesma pena é aplicável sempre que, no caso descrito no n.º1, o agente:
 - a) Tomar conhecimento de segredo comercial ou industrial ou de dados confidenciais protegidos por lei;
 - b) Obtiver benefício ou vantagem patrimonial de valor elevado, conforme este é definido na alínea b) do artigo 391.º
4. É punido com pena do n. 1º quem, sem estar devidamente autorizado:
 - a) Proceder ao tratamento informático de dados ou informações individualmente identificáveis;
 - b) Transmitir a terceiros, para fins diferentes dos autorizados, dados ou informações informaticamente tratados;
 - c) Criar, manter ou utilizar ficheiro informático de dados pessoalmente identificáveis relativos a convicções políticas, religiosas ou filosóficas, a filiação partidária ou sindical ou à vida privada de outrem.
5. A tentativa é sempre punível.
6. Para efeitos do n. 2º, serviço protegido significa qualquer serviço de radiodifusão ou da sociedade da informação, desde que prestado mediante remuneração e com acesso condicionado, conforme este é descrito na alínea c) do artigo 250º.

O termo acesso ilegítimo refere-se, primordialmente, à infração que ameaça a segurança dos sistemas informáticos, abrangendo aspectos como a confidencialidade, integridade e disponibilidade (VENÂNCIO, 2011).

De acordo com Rodrigues (2011, p. 163 – 164), este tipo legal visa proteger a “esfera formal da privacidade e do segredo ou a integridade do sistema informático lesado”, fundamentando-se numa nova concepção de inviolabilidade do domicílio informático, seja em termos restritos, seja numa perspectiva mais ampla, pretendendo a tutela do uso legítimo dos meios informáticos pelos seus titulares. Ainda segundo o autor, o Acesso Ilegítimo configura “um crime informático-digital próprio (ou puro), que acarreta riscos para os fluxos informacionais, comunicacionais e informático-digitais” (RODRIGUES, 2011, p. 171).

Conforme mencionado por Martins e Marques (2006), o Conselho da Europa considera este crime como uma das infrações informáticas mais emblemáticas, comumente conhecida como espionagem informática ou furto de informação. A intenção do legislador é salvaguardar ou proteger o bem jurídico denominado domicílio informático, comparável à introdução em casa alheia (no sentido de invasão de domicílio físico).

Os elementos objetivos que caracterizam o crime de Acesso Ilegítimo assentam na “ausência de permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou parte dele, e de qualquer modo aceder a um sistema informático”, bem como o fato de o agente ilegalmente transmitir dados informáticos destinados a produzir ações não autorizadas (VENÂNCIO, 2011, p. 60). Nos termos do n.º 2, o elemento objetivo também se fundamenta na violação de regras de segurança, o que acarreta um agravamento da pena, situando-se entre 2 a 8 anos de prisão. Já o n.º 3 estabelece que a mesma pena será aplicável se, através do acesso, o agente tiver tomado conhecimento de segredo comercial ou industrial ou de dados confidenciais, protegidos por lei, ou de se o benefício ou a vantagem

patrimonial obtidos forem de valor elevado. O acesso ilegítimo possui como elemento subjetivo a mera intenção do agente em aceder ilegitimamente a um sistema, desrespeitando os direitos de quem detém a sua titularidade.

No caso do ataque de *Phishing*, os perpetradores, agindo dolosamente, adoptam uma conduta suceptível de se enquadrar nos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 438.º, uma vez que passam a conseguir acessar o sistema informático da vítima sem o seu conhecimento e à sua revelia, com o propósito bem definido de capturar elementos de segurança, informações ou dados pessoais da vítima. Outro aspecto relevante a destacar é que, no caso de ataques de *Phishing* que envolvem a utilização de um *Trojan*¹¹, a vítima pode ser redirecionada para um *website* alternativo, visualmente idêntico ao da instituição desejada, onde, por meio de erro ou engano, as suas credenciais bancárias são capturadas, podendo o próprio programa utilizado no ataque, ter a capacidade de recolher esses dados automaticamente (*keylogger*¹²), fatos estes que permitem ao vitimário obter acesso a dados confidenciais protegidos por lei, o que pode levar à sua punição conforme a alínea a) do n.º 3 do artigo 438.º. Por último, diante do exposto, verifica-se que, nos termos dos n.ºs 1 e 2 e a alínea a) do n.º 3 do referido artigo 438.º, os fatos ilícitos descritos possuem natureza pública, não sendo necessária a apresentação de queixa por parte da vítima para a instauração do procedimento criminal correspondente. Além disso, a tentativa de praticar tais actos também são puníveis, conforme estipulado no n.º 5 do artigo em análise.

¹¹ Na ciência da computação um *trojan* ou cavalo de troia é um tipo de *software* malicioso que engana os usuários quanto à sua verdadeira intenção, camuflando-se como um programa normal.

¹² Um *keylogger* é um tipo de *software* ou *hardware* que regista todas as teclas digitadas em um teclado, geralmente sem o conhecimento do usuário. Ele é usado por cibercriminosos para capturar informações confidenciais, como senhas e dados, à medida que a vítima as digita em seu dispositivo.

3.4. Dano em dados informáticos (artigo 440º do código penal angolano)¹³

O crime de dano informático era um tipo penal até então desconhecido no ordenamento jurídico angolano. Mesmo sendo assim, os *bens* incorporados em suportes informáticos são igualmente entidades que, à semelhança de outros bens, requerem e demandam, na actualidade, a devida tutela penal.

Para o autor, está evidente que o bem jurídico tutelado no crime em questão assemelha-se à propriedade protegida pelo crime de dano¹⁴ previsto no artigo 410.º do Código Penal Angolano. O tipo clássico dano salvaguarda a propriedade contra lesões intencionais que afectam directamente a integridade ou o estado da coisa, ou seja, proporciona proteção aos bens corpóreos contra danos causados intencionalmente (VERDELHO *et al.*, 2003).

Ora, os programas e os dados informáticos, apesar de não possuírem uma materialidade análoga às coisas que existem de forma autónoma em

¹³ Código Penal Angolano, artigo 440º - Dano em dados informáticos:

1. Quem, com intenção de causar prejuízo a terceiro ou de obter benefício para si ou para terceiro, alterar, deteriorar, inutilizar, apagar, suprimir, ou destruir, no todo ou em parte, ou de qualquer forma, tornar não acessíveis dados alheios, conforme os define a alínea d) do artigo 250.º ou lhes afetar a capacidade de uso, é punido com as penas previstas nos artigos 392º e 393º em razão do valor do prejuízo causado.

2. A mesma pena é aplicável a quem, com intenção de causar prejuízo a terceiro ou de obter benefício para si ou para terceiro, destruir, total ou parcialmente, inutilizar, apagar, alterar, danificar, embarracar, impedir, interromper, perturbar gravemente o funcionamento ou afetar a capacidade de uso de um sistema de informação, conforme é definido na alínea e) do artigo 250º.

3. As penas estabelecidas nos n.ºs 1 e 2 são aplicáveis a quem, não sendo o autor dos crimes descritos nesses números, utilizar, com a intenção de causar prejuízo a outrem ou de obter benefício para si ou para terceiro, respetivamente, os dados falsos referidos no n.º1 ou o cartão ou dispositivo em que se encontram registados ou incorporados os dados obtidos com os fatos descritos no n.º2.

4. Se o autor dos fatos descritos nos números anteriores for funcionário público no exercício das suas funções, a pena é de:

a) Prisão de 6 meses a 3 anos de multa de 60 a 360 dias, no caso do n.º1;
b) 4 a 10 anos, no caso dos n.ºs 2 e 3.

¹⁴ Código Penal Angolano, artigo 410º - Dano:

1. Quem causar dano relevante a coisa alheia, destruindo-a, danificando-a, desfigurando-a ou inutilizando-a, é punido com as penas estabelecidas para o crime de furto no artigo 392.º, atendendo ao valor do prejuízo causado pelo dano.

relação ao seu suporte, não deixam de ser considerados *coisas* protegidas. São entidades imateriais, porém apreensíveis empiricamente, expostas à ação humana e susceptíveis de serem objeto de direitos de propriedade, bem como de serem destruídas ou danificadas por diversos meios, como vírus, e, por conseguinte, podem ser abrangidas pelo crime de dano. Assim, no contexto do crime de dano em dados informáticos, o bem jurídico protegido é o funcionamento adequado, ou o uso correcto, de dados ou programas informáticos. A especificidade deste tipo de crime reside no fato de que não se ataca a substância física de um objeto, mas sim as informações contidas em determinados dados ou programas. Contudo, as formas de agressão são análogas, pois também aqui se pune o acto de destruir, danificar ou tornar inutilizável o bem alheio. Portanto, o legislador visou proteger de maneira especial os danos causados a dados e programas informáticos (CASTANHEIRA & ANDRADE, 2009).

Os elementos objetivos tipificadores do crime de Dano Informático, assentam, por um lado na não permissão legal do titular do direito do sistema ou de parte dele e por outro em alterar, deteriorar, inutilizar, apagar, suprimir, ou destruir, no todo ou em parte, ou de qualquer forma, tornar não acessíveis dados alheios, ou lhes afectar a capacidade de uso, enquanto, o elemento subjetivo neste tipo de crime traduz-se na intenção de causar prejuízo a terceiro ou de obter benefício para si ou para terceiro.

Mudando para a questão do *Phishing*, particularmente ao processo de contaminação dos computadores e dispositivos móveis das vítimas, realizado pelos agentes criminosos e abordando a questão de forma técnica, observa-se que a grande maioria dos ataques se concentra em programas de navegação *web*. Estes navegadores são amplamente utilizados pelos usuários para acessar a *Internet*, incluindo *website* de instituições e redes sociais onde inserem suas credenciais de acesso (*username* e *password*). Os agentes do *Phishing* enganam as vítimas para que revelem informações confidenciais, como senhas ou dados bancários, mediante *e-mails* fraudulentos ou *websites*.

falsos. Após obter essas informações, os criminosos podem utilizá-las para acessar sistemas informáticos sem autorização. Esse acesso permite-lhes alterar, deteriorar, inutilizar, apagar, suprimir, ou destruir dados importantes, configurando-se assim o crime de dano em dados informáticos. Por exemplo, após um ataque de *Phishing* bem-sucedido, o *phisher* pode usar as credenciais obtidas para ingressar na rede da vítima e implantar *malware* que corrompe ou apaga arquivos, ou mesmo manipular dados para desviar recursos financeiros. Dessa forma, o *Phishing* não apenas compromete a segurança dos dados, mas também facilita a execução de crimes mais graves, como o dano directo a esses dados.

3.5. burla informática e nas comunicações (artigo 443º do código penal angolano)¹⁵

A *burla*¹⁶, em sua acepção clássica, exige do agente uma conduta extremamente específica, que se manifesta através de um meio enganoso, o qual constitui a causa efectiva do erro em que se encontra a vítima. Contudo, na burla informática, não se exige a presença de um artifício fraudulento, nem tampouco a participação activa da vítima no processo de execução do crime.

¹⁵ Código Penal Angolano, artigo 443º - Burla informática e nas comunicações:

É punido com as penas estabelecidas para o crime de furto qualificado no n.º 3 do artigo 393.º, atendendo ao valor do prejuízo material causado, quem, com o propósito de obter para si ou para terceiros vantagem patrimonial pelas formas descritas, causar a outrem prejuízos de natureza patrimonial:

a) Interferir no resultado do tratamento de dados conforme definido na alínea d) do artigo 250.º, mediante estruturação incorreta de programas de computador, utilização incorreta e ou incompleta de dados, utilização de dados sem autorização ou mediante intervenção, por qualquer outro modo não autorizado, no processamento;

b) Usar programas, dispositivos ou outros meios que, separada ou conjuntamente, se destinem a diminuir, alterar ou impedir, no todo ou em parte, o normal funcionamento ou exploração do serviço de telecomunicações.

¹⁶ Código Penal Angolano, artigo 417º - Burla:

Quem, usando de qualquer meio astucioso ou enganoso, induzir ou mantiver outrem em erro ou engano e, com o propósito de obter para si ou para terceiro um enriquecimento ilícito, a levar a praticar atos que lhe causem ou causem a terceira pessoa prejuízo patrimonial é punido com as penas estabelecidas para o crime de furto no artigo 392.º, atendendo ao valor do prejuízo patrimonial causado.

Exige-se apenas a intenção de causar um prejuízo patrimonial, utilizando-se, para tal, de um meio informático, ou, mais precisamente, interferindo em um sistema de tratamento de dados.

Concernente aos elementos objetivos da burla informática, em termos do seu resultado, conforme elucidado por Monteiro (2012), estes consistem em causar a outrem prejuízo de natureza patrimonial, concretizando-se através da interferência no resultado do tratamento de dados, mediante estruturação incorrecta de programas de computador, utilização incorrecta e ou incompleta de dados, utilização de dados sem autorização ou mediante intervenção, por qualquer outro modo não autorizado, no processamento. Por oposição, o elemento subjetivo manifesta-se com o propósito de obter para si ou para terceiros vantagem patrimonial, o que implica que o agente da infração tenha plena consciência de que a sua conduta é contrária à lei no que tange aos resultados que produz. Assim, a criminalização da burla informática tem como finalidade não apenas a proteção do património, mas também a salvaguarda da fiabilidade dos dados (por exemplo, transferências eletrónicas de fundos) e a sua proteção.

Clarifica-se que a burla informática configura um crime cuja execução se limita à exigência de que a lesão patrimonial ocorra exclusivamente por meio da utilização de sistemas informáticos, pois, o legislador determinou que tal infração só pode ser cometida através dos meios previstos na norma incriminadora (meios informáticos). Conforme descreve Costa (1999, p. 330), “a burla informática concretiza-se num atentado ao património, num processo executivo que não contempla, de permeio, a intervenção de outra pessoa e cuja única peculiaridade reside no fato de a ofensa ao bem jurídico se observar através da utilização de meios informáticos”. Essa característica distingue-a da burla clássica, que, conforme salientado no artigo 417º do Código Penal Angolano, pode ser cometida por recurso a qualquer (meio) erro ou engano quanto aos fatos que o agente astuciosamente induziu.

Entretanto, para se explicar a posição adoptada pelo autor do presente artigo, especialmente em relação ao fenómeno do *Phishing*, que constitui o foco central deste estudo, proceder-se-á uma pequena análise comparativa entre a Burla prevista no artigo 417º e a Burla informática e nas comunicações prevista no artigo 443º ambas do Código Penal Angolano.

Na denominada burla clássica, o recurso a um instrumento informático configura-se como um meio astucioso utilizado pelo agente do crime para induzir a vítima em erro ou engano quanto aos fatos, levando-a a adoptar uma conduta que resulte em prejuízo patrimonial. A título de exemplo, pode-se mencionar um anúncio publicado na *Internet* para a venda de um artigo, como um computador, em que a vítima realiza a compra por transferência bancária, ou outro meio, mas recebe em seu domicílio apenas uma caixa de cartão contendo objetos com peso semelhante ao do artigo pretendido. Embora o ambiente informático seja o meio através do qual as comunicações e transações foram realizadas, tal situação é passível de se enquadrar no âmbito de proteção da burla clássica, e não da burla informática.

A burla informática a que se pretende referir neste artigo, sob a lógica dos ataques de *Phishing*, desenvolve-se através dos seguintes passos: a) envio de mensagens enganosas, com o propósito de induzir a vítima a abrir um *e-mail* ou SMS e proceder ao descarregamento ou execução de um programa malicioso; b) instalação desse programa no computador da vítima, o qual modificará o navegador, redirecionando-a para um *site* fraudulento; c) Utilização de dados de acesso (*username* e *password*) sem autorização para entrar na conta da vítima, seja em aplicativos bancários ou outros; d) Realização de transferências bancárias para contas de destino previamente determinadas pelo agente criminoso.

As ações acima descritas permitem que os agentes do crime preencham os elementos objetivos do tipo penal em questão, uma vez que interferem no resultado do tratamento de dados, mediante (1) estruturação incorrecta de

programas de computador, (2) utilização incorrecta e ou incompleta de dados, (3) utilização de dados sem autorização ou mediante intervenção, por qualquer outro modo não autorizado, no processamento. Assim, a estruturação do programa informático é considerada incorrecta quando diverge da finalidade para a qual foi projetado, gerando novas instruções e resultados objetivamente contrários ao propósito original desse programa. No caso em análise, a estruturação incorrecta ocorre por meio da manipulação do *browser*.

Dessa forma, a vítima poderá ser direcionada a um *site mascarado* que imita o original, induzindo-a, por meio de erro, a inserir todos os seus dados em campos especificamente criados para esse fim. De posse desses dados e com a capacidade de manipulá-los, os criminosos acessarão a conta do lesado, preenchendo assim os elementos objetivos do tipo penal de burla informática e nas comunicações.

3.6. Branqueamento de capitais (artigo 82º da Lei n.º 5/20 – Lei de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais, do Financiamento do Terrorismo e da Proliferação de Armas de Destruição em Massa)¹⁷

¹⁷ Lei n.º 5/20 – Lei de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais, do Financiamento do Terrorismo e da Proliferação de Armas de Destruição em Massa, Artigo 82.º - Branqueamento de capitais:

1. Comete o crime de branqueamento de capitais e é punido com pena de prisão até 2 (dois) a 8 (oito) anos, quem:

a) Converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens obtidas por si ou por terceiro, com o fim de dissimular a sua origem ilícita ou de evitar que o autor ou participante da infração seja criminalmente perseguido ou submetido a uma ação criminal;

b) Ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade de bens ou dos direitos relativos a esses bens, tendo conhecimento que esses bens ou direitos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação das infrações previstas no n.º 4 do presente artigo;

c) Adquirir, possuir ou utilizar bens ou dos direitos relativos bens, tendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, conhecimento de que no momento da sua receção, esses bens são provenientes da prática sob qualquer forma de participação das infrações previstas no n.º 4 do presente artigo, são punidos com a mesma pena.

A problemática da ocultação dos proventos decorrentes de actividades delituosas suscitou, desde os primórdios, uma preocupação tanto por parte dos agentes envolvidos em práticas criminosas quanto das entidades responsáveis pela concepção e implementação de mecanismos de combate à criminalidade em suas múltiplas facetas. O branqueamento de capitais configura-se como um fenómeno de relevância jurídico-penal relativamente recente em Angola, ainda que os autores de ilícitos penais tenham, desde sempre, envidado esforços no sentido de conferir uma aparência de legalidade aos recursos provenientes das suas actividades criminosas.

De forma pragmática, o branqueamento de capitais consiste num processo pelo qual se visa ocultar a origem ou proveniência ilícita de determinados bens, obtidos como vantagens de actividades criminosas, para posteriormente introduzi-los no mercado lícito. Trata-se de um crime cujas condutas típicas não causam uma lesão definitiva e irreversível ao bem jurídico, mas sim colocam em risco a concretização da justiça, especialmente no que concerne à apreensão e perda dos benefícios resultantes do crime (SÁ PEREIRA & LAFAYETTE, 2006).

O tipo objetivo do crime de branqueamento de capitais encontra-se previsto no n.º 1, alínea a), do artigo 82.º da Lei n.º 5/20, que estabelece que quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens obtidas por si ou por terceiro, com o fim de dissimular a sua origem ilícita ou de evitar que o autor ou participante da infração seja criminalmente perseguido ou submetido a uma ação criminal, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos. A alínea b) do mesmo número sanciona aquele ocultar ou dissimular, não propriamente as vantagens, mas sim, por um lado, a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titulariedade de bens, ou, por outro ângulo, direitos relativos a esses bens. É evidente, portanto, a preocupação do legislador em estender a proteção jurídica a todo e qualquer auxílio ou colaboração, indo além das ações do próprio beneficiário/agente das vantagens ilícitas.

A relação entre o branqueamento de capitais e o *Phishing* revela uma interdependência na execução desses crimes, onde os ataques de *Phishing* representam um papel definidor na facilitação das etapas subsequentes do branqueamento de capitais. Por exemplo, o ataque de *Phishing* na modalidade de burla informática, permite aos criminosos, por meio de técnicas sofisticadas, obter dados sensíveis das vítimas, como credenciais de acesso a contas bancárias, utilizadas para realizar transferências não autorizadas de valores. Esses montantes, uma vez transferidos para contas controladas pelos agentes do crime, torna-se o produto material de ilícitos, que posteriormente passam pelos processos de conversão, transferência, ocultação e dissimulação, característicos do branqueamento de capitais.

Por último, o branqueamento de capitais, conforme definido no artigo 82.^º da Lei n.^º 5/20, depende da existência de um crime antecedente, listado nos crimes de catálogo mencionados no n.^º 1 do mesmo artigo, sendo, portanto, um crime derivado e de conexão. Isso significa que, sem a prática de um ilícito anterior (os crimes aos quais utilizam os ataques *Phishing*) que gera os fundos ilícitos, o branqueamento de capitais não poderia ocorrer. Dessa forma, o *Phishing* não apenas viabiliza o prejuízo patrimonial das vítimas, mas também serve como o meio pelo qual os criminosos obtêm os recursos necessários para serem branqueados, completando assim o ciclo criminoso que abrange desde a obtenção fraudulenta de fundos até a sua integração na economia formal de maneira aparentemente legítima.

4. Conclusão

O presente artigo partiu do problema central de saber como o ordenamento jurídico-penal angolano pode enquadrar e sancionar as condutas típicas do *Phishing*, tendo em conta que o referido crime não possui, até o momento, uma tipificação penal autónoma no sistema jurídico-penal angolano. A análise empreendida demonstrou que, embora inexistente como

figura típica expressa, o fenómeno do *Phishing* encontra correspondência material em diversos tipos legais já previstos no Código Penal Angolano, revelando a capacidade adaptativa e interpretativa do direito penal face às novas formas de criminalidade informática.

Ao longo do trabalho, verificou-se que as condutas associadas ao *Phishing*, possíveis de ser enquadradas à luz do código penal angolano, tais como a falsidade informática (artigo 442º), o acesso ilegítimo a sistema informático (artigo 438º), o dano em dados informáticos (artigo 440º), a assunção ou atribuição de falsa identidade (artigo 274º) e, de modo especial, a burla informática e nas comunicações (artigo. 443.º), abrangem comportamentos equivalentes aos praticados nos esquemas fraudulentos de *Phishing*. Tais dispositivos legais, embora concebidos para uma realidade tecnológica distinta, permitem uma resposta penal adequada às ofensas informáticas que afetam bens jurídicos como a integridade patrimonial, a privacidade digital e a confiança nas comunicações eletrónicas.

Do ponto de vista jurídico-material, constata-se que a ausência de uma tipificação específica para o *Phishing* não implica um vazio normativo absoluto, mas antes um desafio hermenêutico que convoca a doutrina e a jurisprudência a reconhecer a natureza híbrida e multifacetada desse fenómeno, situado entre a fraude tradicional e o cibercrime moderno. Assim, o ordenamento angolano revela-se capaz de responder penalmente a condutas lesivas praticadas em ambiente digital, desde que interpretado em conformidade com os princípios de legalidade, proporcionalidade e tutela efetiva dos bens jurídicos.

Contudo, o estudo evidencia também a necessidade de aperfeiçoamento legislativo, tendo em vista a constante sofisticação dos mecanismos de ataques cibernéticos e a emergência de novas formas de manipulação digital, que escapam às categorias tradicionais do direito penal. Nesse sentido, e enquanto autor deste artigo, apresento uma proposta de criação de um tipo penal autónomo de *Phishing*, cuja redação poderia ser formulada nos

seguintes termos: *Phishing* é a prática fraudulenta de obtenção de dados pessoais, bancários ou informações sensíveis mediante o uso de manipulação digital, engenharia social ou simulação de identidade legítima através de meios eletrónicos, com o intuito de obter vantagem ilícita ou causar prejuízo a outrem.

A consagração expressa desse tipo penal contribuiria significativamente para aumentar a segurança jurídica, reforçar a precisão normativa e elevar a eficácia repressiva no combate à criminalidade informática em Angola, alinhando o ordenamento jurídico-penal angolano com as melhores práticas e padrões internacionais de proteção cibernética.

Em síntese, conclui-se que o direito penal angolano dispõe, atualmente, de instrumentos normativos suficientes para sancionar condutas de *Phishing* por via de interpretação integrativa, mas carece de modernização legislativa para acompanhar a velocidade das transformações tecnológicas e garantir uma tutela penal específica, coerente e preventiva. Este artigo, ao lançar luz sobre essa problemática, não pretende esgotar o debate, mas antes estimular novas reflexões doutrinárias e legislativas sobre o enfrentamento do cibercrime em Angola, especialmente na intersecção entre direito penal, tecnologia e segurança informacional.

Referências

- ALABDAN, R. **Phishing attacks survey: Types, vectors, and technical approaches.** *Future Internet*, v. 12, n. 10, p. 1-39, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/fi121000168>. Acesso em: 12 out. 2025.
- ANGOLA. DECRETO-LEI n.º 38/20 da Assembleia Nacional: **Lei que aprova o Código Penal Angolano.** Diário da República: I Série, N.º 179, 2020. Disponível em: https://tribunalsupremo.ao/wp-content/uploads/2023/03/C%C3%BCdigo-Penal-e-do-Processo-Penal-Angolanos-2020-DRI-179_11-Novembro-176_230110_151357-1.pdf. Acesso em: 12 set. 2025.
- ANGOLA. **Constituição da República de Angola da Assembleia Nacional.** *Diário da República*: I Série, n.º 23, 5 fev. 2010. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.ao/docs/Constituicao_da_Republica_de_Angola.pdf. Acesso em: 12 set. 2025.
- ANGOLA. LEI N.º 22/11, da Assembleia Nacional: **Lei da proteção de dados pessoais.** Diário da República: I Série, N.º 114, 2011. Disponível em: <https://apd.ao/ao/legislacao/>. Acesso em: 21 fev. 2025.
- ANGOLA. LEI N.º 5/20 da Assembleia Nacional: **Lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais, do financiamento do terrorismo e da proliferação de**

- armas de destruição em massa.** Diário da República: I Série, N.º 10, 2020. Disponível em: https://www.paced-paloptl.com/uploads/publicacoes_ficheiros/lei-lei-de-prevencao-e-do-combate-ao-branqueamento-de-capitais-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferacao-de-armas-de-destruicao-massiva.pdf. Acesso em: 12 nov. 2025.
- BALZAROTTI, D.; COVA, M.; VIGNA, G. **ClearShot: Eavesdropping on keyboard input from video.** In: *2008 IEEE Symposium on Security and Privacy*, 2008, p. 170–183. IEEE. Disponível em: <https://doi.org/10.1109/SP.2008.25>. Acesso em: 11 nov. 2025.
- CASTANHEIRA, R.; ANDRADE, M. C. **Direito penal hoje: Novos desafios e novas respostas.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- COSTA, A. M. A. **Comentário conimbricense do Código Penal, Vol. II.** Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- HONG, J. **The state of Phishing attacks.** *Communications of the ACM*, v. 55, n. 1, p. 74-81, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1145/2063176.2063197>. Acesso em: 10 nov. 2025.
- KHONJI, M.; IRAQUI, Y.; JONES, A. **Phishing detection: A literature survey.** *IEEE Communications Surveys & Tutorials*, v. 15, n. 4, p. 2091–2121, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1109/SURV.2013.032213.00009>. Acesso em: 12 mai. 2025.
- LASTDRAGER, E. E. **Understanding Phishing: A systems approach [Doctoral dissertation, University of Twente].** University of Twente Research Information, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.3990/1.9789036536865>. Acesso em: 4 abr. 2025.
- MARTINS, A. G.; MARQUES, J. A. G. **Direito da informática.** Almedina, 2006.
- MILLETARY, J.; CENTER, C. **Technical trends in Phishing attacks.** *Journal of Criminology*, v. 1, p. 3, 2007. Disponível em: https://www.cisa.gov/sites/files/Phishing_trends.pdf. Acesso em: 14 out. 2025.
- MONIZ, H. I. G. **O crime de falsificação de documentos: Da falsificação intelectual e da falsificação em documento.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- MONTEIRO, C. **Aulas do curso de direito e informática da Universidade do Minho.** Universidade do Minho, 2012.
- OXFORD ENGLISH DICTIONARY. **Phishing.** In: *Oxford English Dictionary online*. Oxford University Press. Disponível em: <https://www.oed.com>. Acesso em: 5 jan. 2025.
- PINHEIRO, P. P. **Segurança digital: Proteção de dados.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- RODRIGUES, B. S. **Da prova penal tomo IV: Da prova eletrónico-digital e da criminalidade-informático-digital.** Rei dos Livros, 2011.
- RODRIGUES, O. **Apontamentos de direito penal.** Escolar Editora, 2016.
- SÁ PEREIRA, F.; LAFAYETTE, L. **Direito penal econômico: Parte geral e parte especial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SEBASTIÃO, S. **Ataques cibernéticos em Angola crescem 21% ao ano.** *Forbes África Lusófona*, 28 jul. 2022. Disponível em: <https://www.forbesafricalusofona.com/ataques-ciberneticos-em-angola-crescem-21/>. Acesso em: 17 jun. 2025.
- VENÂNCIO, P. D. **Lei do cibercrime anotada e comentada.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- VERDELHO, P.; BRAVO, R.; ROCHA, M. L. **Leis do cibercrime Vol. I.** Centro Atlântico, 2003.

Artigo recebido em: 26/11/2025.
Aceito para publicação em: 16/12/2025.

Violação dos direitos humanos no procedimento de reconhecimento fotográfico de pessoas

Violation of human rights in the procedure for photographic recognition of people

Jennifer dos Reis¹
Rejane Alves de Arruda²

Resumo: O artigo aborda a violação de direitos humanos no processo de reconhecimento de pessoas, com um foco especial na discriminação racial. Seu principal objetivo é analisar as diretrizes legais referentes ao reconhecimento de pessoas na legislação processual penal, juntamente com a jurisprudência de tribunais superiores, como o STJ e o STF, com a intenção de identificar possíveis violações de direitos humanos, com ênfase em casos envolvendo pessoas negras. Para atingir esses objetivos, o artigo utiliza uma revisão bibliográfica qualitativa, explorando conceitos essenciais para o estudo. Um dos pontos centrais do artigo é a discussão sobre o racismo e a seletividade no sistema de justiça criminal, que frequentemente levam a erros judiciais e injustiças graves. O racismo é analisado sob três dimensões: individualista, institucional e estrutural, destacando-se a influência do racismo estrutural nas práticas de reconhecimento de pessoas, especialmente em detrimento de pessoas negras. O racismo institucional é apontado como um problema que se manifesta nas forças policiais e no sistema de justiça criminal por meio de discriminações, detenções arbitrárias e tratamentos desiguais com base na raça e etnia dos indivíduos. O racismo estrutural é discutido em relação ao reconhecimento fotográfico de pessoas, demonstrando como ele pode resultar em violações de direitos humanos fundamentais, como o direito à igualdade, à não discriminação e à dignidade. O artigo ressalta a necessidade de conscientização sobre o racismo estrutural e seus efeitos no procedimento de reconhecimento de pessoas, com o intuito de promover um sistema legal mais justo e equitativo,

¹ Advogada associada no escritório Santi Mendes. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Brasileira de Direito. Bacharel em Psicologia pela Universidade Católica Dom Bosco. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1454908172877892> e ORCID <https://orcid.org/0000-0002-8392-2996>.

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000), Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (1995). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Professora Adjunta (concursada) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS). Pesquisa e docência com ênfase em Processo Penal. Advogada militante. Foi Professora convidada da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8727431707798659> e ORCID <https://orcid.org/0000-0002-3820-2949>.

que respeite a dignidade e os direitos de todas as pessoas, independentemente de sua origem étnica ou racial. Em resumo, o estudo se concentra na análise crítica das práticas de reconhecimento de pessoas no contexto racial, buscando uma justiça mais igualitária e respeitosa.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito Processual Penal; Reconhecimento fotográfico de pessoas; Seletividade penal.

Abstract: The article addresses the violation of human rights in the process of recognizing people, with a special focus on racial discrimination. Its main objective is to analyze the legal guidelines regarding the recognition of people in criminal procedural legislation, together with the jurisprudence of higher courts, such as the STJ and the STF, with the intention of identifying possible violations of human rights, with an emphasis on cases involving people black. To achieve these objectives, the article uses a qualitative literature review, exploring essential concepts for the study. One of the central points of the article is the discussion about racism and selectivity in the criminal justice system, which often lead to miscarriages of justice and serious injustices. Racism is analyzed under three dimensions: individualistic, institutional and structural, highlighting the influence of structural racism on practices of recognizing people, especially to the detriment of black people. Institutional racism is highlighted as a problem that manifests itself in police forces and the criminal justice system through discrimination, arbitrary arrests and unequal treatment based on the race and ethnicity of individuals. Structural racism is discussed in relation to the photographic recognition of people, demonstrating how it can result in violations of fundamental human rights, such as the right to equality, non-discrimination and dignity. The article highlights the need to raise awareness about structural racism and its effects on the procedure for recognizing people, with the aim of promoting a fairer and more equitable legal system, which respects the dignity and rights of all people, regardless of their origin, ethnic or racial. In summary, the study focuses on the critical analysis of practices of recognizing people in the racial context, seeking more egalitarian and respectful justice.

Keywords: Human rights; Criminal Procedural Law; Photographic recognition of people; Criminal selectivity.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo verificar quais os direitos humanos são violados no procedimento de reconhecimento de pessoas, e se há maior violação quando feito um recorte racial.

Para tanto, analisa as diretrizes legais para o reconhecimento de pessoas na legislação processual penal, bem como a jurisprudência dos tribunais superiores, como STJ e STF.

A problemática enfrentada pela pesquisa é quais são os direitos humanos violados quando realizado o reconhecimento de pessoas em descompasso com o que dispõe o diploma legal, ou seja, o artigo 226 do Código de Processo Penal.

A hipótese da pesquisa é a de que há maior violação de Direitos Humanos no procedimento de reconhecimento de pessoas quando se trata de pessoas negras (pretas ou pardas).

Para responder ao problema enfrentado, o artigo dividir-se-á em vários itens que compõem o seu desenvolvimento. No primeiro serão conceituadas as diretrizes legais para o reconhecimento de pessoas na legislação processual penal.

No segundo item abordar-se-á a violação dos direitos humanos no reconhecimento de pessoas, além do racismo individualista, institucional e estrutural, bem como o racismo estrutural e sua intersecção com o reconhecimento fotográfico de pessoas.

A relevância da atual pesquisa encontra-se no fato de que prevaleceu, durante anos, o entendimento jurisprudencial no sentido de que as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configurariam uma mera "recomendação legal" e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado de forma diversa da prevista em lei, conforme se observa no AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, do ano de 2017, sendo que é diametralmente oposto o que se tem no acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do HC nº 598.886, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, no qual se estabelece um entendimento paradigmático no que tange o reconhecimento de pessoas.

Trata-se de uma revisão bibliográfica qualitativa, que buscará investigar os principais conceitos necessários para atingir o objetivo almejado.

2. Diretrizes legais para o reconhecimento de pessoas na legislação processual penal

32

Prevaleceu, durante anos, o entendimento jurisprudencial no sentido de que as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configurariam uma mera "recomendação legal" e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado de forma diversa da prevista em lei, conforme se observa no AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior:

(...) 2. A jurisprudência desta Corte vinha entendendo que "as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei". (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe de 13/6/2017.

É no sentido diametralmente oposto que é julgado o acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do HC nº 598.886, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, no qual se estabelece o seguinte e paradigmático entendimento:

O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo (HC nº 598.886/ SC. 6ª Turma do STF. Rel.: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de Julgamento: 27/20/2020).

Na prática, essa conivência do Judiciário com a inobservância do comando normativo do art. 226 do Código de Processo Penal acabava por servir como estímulo para o desrespeito do procedimento probatório do

reconhecimento de pessoas, seja quando realizado na fase investigatória, seja quando realizado em juízo. Permitia-se, assim, a perpetuação do foco de inúmeros erros judiciários e, consequentemente, de graves injustiças.

Por fim, são três os procedimentos utilizados no reconhecimento de pessoas, quais sejam, o alinhamento, o *show-up* e o álbum de fotografia de suspeitos, em que pese somente o alinhamento seja o procedimento adequado.

2.1. Alinhamento

Há uma premissa básica no que tange um reconhecimento justo: este deve ser realizado por meio de um alinhamento, que pode ser realizado de forma simultânea ou sequencial, e o suspeito deve ser apresentado em meio a outras pessoas que são, sabidamente, inocentes, e são chamadas de *fillers*. (CECCONELLO; STEIN, 2020; WELLS, 1978; WELLS et al., 2020). O ideal é que sejam utilizados entre cinco e sete *fillers*. (WOOTEN et al., 2020).

O objetivo do alinhamento justo é diminuir a ocorrência de falsos reconhecimentos, de modo que estes reconhecimentos não recaiam sobre uma pessoa que seja inocente. Faz-se necessário, desta forma, que os *fillers* atendam à descrição do autor do crime, com base na semelhança com o suspeito, para que o *filler* não se destaque entre os demais *fillers* selecionados, para que, assim, tornem-se alternativas plausíveis e, ainda, diminua o risco de acontecer um falso reconhecimento.

No alinhamento justo, nenhuma característica do suspeito deve fazer com que ele esteja mais predisposto a ser identificado pela vítima/testemunha. Não deve, portanto, se sobressair em relação aos *fillers* no que tange suas características.

Para garantir um alinhamento eficaz é necessário que os *fillers* sejam inocentes, pois, caso ocorra de um *filler* ser reconhecido, o alinhamento justo garante que não existam consequências para ele.

Estudos apontam que a utilização de *fillers* tende a auxiliar no reconhecimento correto, uma vez que garante a possibilidade de a testemunha observar diferentes características entre os rostos, como por exemplo a cor dos olhos, o tamanho do nariz, a espessura dos lábios, antes que possa tomar uma decisão. É recomendado que sejam estabelecidos parâmetros de semelhança na composição do alinhamento.

Uma recomendação importante diz respeito à necessidade de fornecer instruções adequadas para a vítima/testemunha, pois, uma vez que uma instrução é dada de forma incorreta ou sugestiva, eleva-se o risco de um falso reconhecimento. (WELLS et al., 2020).

Em um alinhamento justo, o suspeito é apresentado à testemunha/vítima em meio a não suspeitos, sendo dadas as seguintes opções de resposta: reconhecer o suspeito; reconhecer um *filler*; ou não reconhecer ninguém.

2.2 *Show-up*

O *show-up* é outro procedimento utilizado para o reconhecimento de pessoas, consistente em exibir, para a vítima/testemunha, apenas a pessoa suspeita, ou a sua fotografia, solicitando que esta reconheça se a pessoa em questão é, ou não, a suspeita do crime. (STEIN; ÁVILA, 2015).

O *show-up* é um procedimento contra indicado por apresentar o maior risco de falso reconhecimento, pois a vítima/testemunha pode reconhecer alguém que é inocente apenas porque esta pessoa corresponde com a representação mental do autor do crime. (CLARK, 2012; CLARK, GODFREY, 2009).

Frequentemente o *show-up* é utilizado como um procedimento de reconhecimento informal, e, em caso de a testemunha reconhecer o suspeito, este é levado a ser reconhecido em um procedimento de reconhecimento formal, devendo ser apresentado em alinhamento. Todavia esta sucessão de

procedimentos não é adequada, pois, uma vez que um rosto é reconhecido como o autor do crime, a memória da pessoa que a reconheceu é modificada. (STEBLAY; DYSART, 2016).

O procedimento *show-up* é realizado por tratar-se de procedimento ágil, sendo rápida a sua realização, porém, a despeito da agilidade e praticidade, seu resultado é pouco confiável.

O reconhecimento informal impacta os reconhecimentos formais posteriores, por tal razão diz-se que o reconhecimento é irrepetível, ao passo que ao reconhecer um rosto como sendo o autor de um crime, a memória para este rosto é modificada, levando ao alto risco de falso reconhecimento.

2.3. Álbum de fotografia de suspeitos

O álbum de fotografia de suspeitos é outra forma de reconhecimento de pessoas, e consiste em apresentar vários suspeitos ao mesmo tempo: são apresentados suspeitos de crimes semelhantes e é solicitado à vítima/testemunha que reconheça no álbum se alguma das pessoas é o autor do crime.

Usar o álbum fotográfico como procedimento para reconhecer pessoas é inadequado e não confiável, pois apresenta vários suspeitos ao mesmo tempo, e um suspeito inocente pode ser reconhecido apenas por ter semelhanças com o autor do crime, uma vez que não existem delimitações no que tange às características das pessoas nas fotos, bem como não há delimitação ao número de fotos e atualidades destas.

É importante destacar que uma vez que o reconhecimento é realizado, este afeta todos os subsequentes, e nesse sentido, é imprescindível que seja realizado com procedimentos que assegurem a lisura, tanto do ato, quanto dos direitos dos envolvidos.

Por tal razão, o reconhecimento de pessoas deve adotar todas as cautelas procedimentais necessárias para que se assegure todas as etapas de

codificação, armazenamento e de recuperação de informações pela memória, equivalente a um teste de memória, no qual a vítima ou a testemunha deve observar rostos e verificar se algum deles corresponde à memória do rosto do autor do crime (CECCONELLO; STEIN, 2020; WELLS; OLSON, 2003).

3. Violação de direitos humanos no reconhecimento de pessoas

No contexto dos direitos humanos, existem diferentes gerações de direitos (direitos da primeira geração, direitos de segunda e terceira gerações, e direitos das demais gerações) que através da *dinamogenesis*³ evoluem de acordo com os marcos históricos e ao mesmo tempo, as próprias exigências das comunidades por novos direitos.

A primeira geração inclui direitos civis e políticos, a segunda geração abrange direitos econômicos, sociais e culturais, enquanto a terceira geração engloba direitos coletivos e de solidariedade.

Os chamados direitos humanos de primeira geração concernem à delimitação da esfera de liberdade do indivíduo em relação ao poder estatal. São as denominadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, na medida em que exigem por parte do poder público um comportamento apenas de salvaguarda em relação a tais interesses, sem qualquer interferência efetiva nesta esfera de domínio particular. (SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez, 2010, p. 141)

No que tange os direitos civis e políticos, ou direitos de primeira geração, esses "buscaram garantir os direitos preexistentes ao indivíduo ou, em outras palavras, os direitos dos indivíduos (poder dominado) em relação ao Estado (poder dominante)." (SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez, 2010, p. 141-142).

³ A teoria da Dinamogenesis propõe que ao examinarmos a origem de cada geração de direitos humanos através do processo de reivindicação, observamos a difusão de valores inerentes a esses direitos e como cada nova geração reinterpreta os valores anteriores sob um novo paradigma.

São os direitos individuais, fundamentais por natureza, que salvaguardam princípios fundamentais para preservar a dignidade da pessoa humana. E sobre dignidade da pessoa humana, SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez 2010, p. 147, dispõe:

É no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo essa dignidade, para a hermenêutica constitucional contemporânea, ponto de partida e ponto de chegada. Ela se consagra, assim, como verdadeiro superprincípio a orientar tanto o direito internacional como o interno.

É partindo do princípio da dignidade da pessoa humana que são forjados os princípios da prova no processo penal, como os princípios do contraditório e ampla defesa, que são assegurados na Carta Magna de 1988.

Os princípios do contraditório e ampla defesa estão dispostos no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral é assegurado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]" (BRASIL, 1988).

No entanto, não há que se falar em dignidade da pessoa humana quando há no Brasil, e no mundo, evidentemente, pessoas presas no lugar de outras por erro de identificação, de modo que esses erros de identificação estão diretamente relacionados a seletividade penal, uma vez que "o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as" (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 75.).

De acordo com uma pesquisa realizada no ano de 2021 pelo jornal Folha de São Paulo, para 100 casos de pessoas presas injustamente no período entre 1976 a 2020, 84% dessas injustiças prisionais estão diretamente relacionadas a: "[...] procedimentos de reconhecimento feitos ao arrepio da lei, pessoas presas no lugar de outras por erro de identificação e prisões baseadas só nas palavras de policiais e sem investigação." (FOLHA DE SÃO PAULO, 2021).

E, ainda, 60% das pessoas presas eram negras, e as profissões mais comuns eram *motoboy*, pedreiro, ambulante, eletricista e motorista.

Deste modo, faz-se necessário analisar a problemática do racismo e a seletividade penal para garantir que os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana sejam aplicados igualmente a todos os cidadãos.

3.1. Racismo individualista, institucional e estrutural

Segundo o professor Almeida (2019), existem três concepções de racismo: o individualista, o institucional e o estrutural, e é importante ressaltar que o racismo institucional não pode ser confundido com o racismo estrutural, pois são fenômenos distintos.

Na concepção individualista, o racismo é visto como um quadro patológico ou de anormalidade. Nessa visão, o racismo é muitas vezes negado e reduzido à ideia de preconceito, enfatizando aspectos psicológicos e ignorando o componente político.

Já na concepção institucional, o racismo é resultado do funcionamento e gestão das instituições, que empregam dinâmicas de privilégios e desvantagens com base na categoria racial.

Por sua vez, na concepção estrutural, o racismo é associado a uma estrutura sistêmica de práticas racistas, que são orientadas pela organização política, econômica e jurídica da sociedade. Nessa abordagem, o conceito de raça emerge como resultado de relações sociais e se manifesta em atos concretos que se desdobram no âmago da estrutura social, marcada por conflitos opostos (ALMEIDA, 2019).

O racismo individualista reflete a negação do problema, enquanto o racismo institucional revela a presença de práticas discriminatórias dentro das instituições. Já o racismo estrutural destaca a existência de uma base sistêmica de práticas racistas enraizadas na organização da sociedade.

Assim, a análise crítica dessas concepções de racismo é crucial para avançar em direção a uma sociedade mais justa, inclusiva e igualitária, que reconheça a diversidade e respeite os direitos humanos fundamentais, independentemente de sua origem étnica ou racial, até porque a Constituição Federal brasileira em seu Artigo 4º, incisos II e VIII dispõe: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II prevalência dos direitos humanos e VIII — repúdio ao terrorismo e ao racismo”.

O Racismo Institucional, presente tanto nas forças policiais quanto nas instituições do Sistema de Justiça Criminal, é uma questão que requer atenção destacada. As polícias, em particular, merecem um olhar mais minucioso, pois estão diretamente envolvidas no atendimento, apuração e investigação de crimes, desempenhando um papel fundamental na definição, detecção e autuação da criminalidade no âmbito jurídico. Além disso, elas compõem o aparato que interage diretamente com as comunidades, especialmente as mais pobres e negras, sendo frequentemente vistas como instrumentos de vigilância, controle e punição.

Nesse contexto, o racismo institucional manifesta-se por meio de abordagens policiais discriminatórias, detenções arbitrárias e tratamentos diferenciados com base na raça e etnia dos indivíduos.

As comunidades mais vulneráveis acabam sendo desproporcionalmente afetadas, sofrendo com práticas de vigilância intensificadas e um maior número de interações com a polícia.

Desde o momento da investigação até o julgamento e aplicação das penas, podem ocorrer decisões e tratamentos desiguais com base na origem étnica dos envolvidos. Isso resulta em uma criminalização seletiva de determinados grupos, ampliando as desigualdades e agravando o quadro de injustiça social.

Esse fenômeno reflete a presença de preconceitos e discriminações baseadas em raça e etnia nas estruturas e práticas do sistema de justiça.

Uma das áreas em que o viés racial pode ser identificado é no reconhecimento de pessoas, podendo influenciar negativamente esse processo, resultando em decisões e identificações tendenciosas, prejudicando principalmente pessoas negras.

O Racismo Institucional pode se manifestar nas abordagens policiais, prisões arbitrárias e sentenças desproporcionais, perpetuando desigualdades e injustiças.

Segundo Borges (2020), o sistema de justiça criminal possui uma relação intrínseca com o racismo, funcionando como uma complexa engrenagem que perpetua a opressão e se torna um instrumento crucial na manutenção das desigualdades decorrentes da hierarquização racial.

O colonialismo foi responsável por inúmeras atrocidades, sendo a mais devastadora delas o processo de escravização, exploração, subjugação, objetificação e desconstrução da identidade dos corpos negros, tudo isso parte de um projeto político catastrófico, utilizado sob a pretensa ideia de modernidade.

Nesse contexto, o sistema de justiça criminal se mostra como um poderoso mecanismo que opera a serviço de interesses que, historicamente, marginalizam e oprimem as pessoas negras. As engrenagens desse sistema favorecem a criminalização da população negra, culminando em uma justiça seletiva e enviesada.

A hierarquização racial enraizada na história colonial brasileira continua a influenciar profundamente o tratamento dado às pessoas negras pelo sistema de justiça criminal. O racismo estrutural alimenta a perpetuação de estereótipos e preconceitos que levam a uma abordagem diferenciada e discriminatória no tratamento dos indivíduos, a partir de sua cor de pele.

Como resultado, a população negra é frequentemente alvo de abordagens policiais arbitrárias, detenções injustas e penas mais severas. Essa seletividade no sistema de justiça criminal contribui para o ciclo de

marginalização e opressão enfrentado por muitas comunidades negras no Brasil.

41

O processo histórico de escravidão e exploração de pessoas negras ainda reverbera nas estruturas institucionais do país, incluindo o sistema de justiça criminal. A identidade negra foi sistematicamente desumanizada, transformando corpos humanos em mercadorias para serem exploradas e subjugadas.

O Ministro Rogério Schietti também aborda a seletividade do sistema penal, destacando o relatório apresentado em 2020 pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que apontou que 53 pessoas foram acusadas com base em reconhecimento fotográfico falho ao longo dos últimos seis anos, sendo que, em comum, o(a) acusado(a) havia sido reconhecido(a) por meio fotográfico na fase inquisitiva. Sobre esse relatório, o Ministro ressalta que, em relação à cor da pele, apenas 20% dos indivíduos eram brancos, o que sugere, de forma até intuitiva, a presença de racismo estrutural (Superior Tribunal de Justiça, 2020, p. 30-31).

3.2. Racismo estrutural e reconhecimento fotográfico de pessoas

O racismo estrutural, quando relacionado ao reconhecimento fotográfico de pessoas, pode desencadear sérias preocupações quanto à violação dos direitos humanos fundamentais. A questão do racismo estrutural significa que as instituições e sistemas muitas vezes perpetuam e reforçam discriminações raciais, mesmo que de forma não intencional. No contexto do reconhecimento fotográfico, isso pode se manifestar na escolha de imagens que refletem estereótipos racistas ou na aplicação seletiva de políticas que afetam desproporcionalmente as comunidades racialmente minoritárias.

Violar direitos humanos refere-se a ações, políticas ou práticas que desrespeitam, negam ou prejudicam os direitos inalienáveis e universais que todas as pessoas devem desfrutar simplesmente por serem seres humanos.

Esses direitos são consagrados em documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e são essenciais para garantir a dignidade, liberdade e igualdade de todas as pessoas, independentemente de sua origem étnica, religião, gênero, orientação sexual, nacionalidade ou qualquer outra característica

Essas práticas podem resultar em violações dos direitos humanos fundamentais, como o direito à igualdade, à não discriminação e à dignidade. Quando as fotografias são usadas de maneira enviesada ou quando os procedimentos de reconhecimento fotográfico são aplicados de forma injusta com base na raça, isso compromete a justiça e a equidade no sistema legal. Os indivíduos pertencentes a grupos raciais minoritários podem ser alvo de discriminação, resultando em processos legais injustos e penas desproporcionais.

Portanto, é imperativo que a aplicação do reconhecimento fotográfico leve em consideração os princípios de igualdade, justiça e respeito aos direitos humanos fundamentais, garantindo que todos os indivíduos sejam tratados com dignidade e que nenhum grupo racial seja desfavorecido devido a práticas discriminatórias. A conscientização sobre o racismo estrutural e seus efeitos no reconhecimento fotográfico é fundamental para promover um sistema legal mais justo e equitativo.

4. Conclusão

Este artigo abordou a questão da violação dos direitos humanos fundamentais no contexto do reconhecimento fotográfico de pessoas, com um foco especial na influência do racismo estrutural. Analisando a legislação e jurisprudência pertinentes, fica claro que o procedimento de reconhecimento de pessoas deve seguir padrões rigorosos para evitar erros e injustiças.

No entanto, a pesquisa destaca que, por muitos anos, houve uma interpretação equivocada do artigo 226 do Código de Processo Penal no Brasil,

levando à adoção de práticas inadequadas e desrespeito aos princípios de dignidade e igualdade. O racismo estrutural, que persiste em várias instituições, incluindo o sistema de justiça criminal, exacerbou o problema, resultando em abordagens discriminatórias, prisões injustas e penas desproporcionais, principalmente para pessoas negras.

A luta contra a violação dos direitos humanos fundamentais requer uma abordagem abrangente, incluindo a conscientização sobre as diferentes formas de racismo, tanto o individualista quanto o institucional e estrutural. É crucial que as instituições jurídicas e policiais reconheçam o impacto do racismo em suas práticas e tomem medidas para garantir que todos os indivíduos sejam tratados com igualdade, dignidade e justiça, independentemente de sua raça ou etnia.

A busca pela erradicação do racismo estrutural no sistema de justiça criminal, especialmente no contexto do reconhecimento fotográfico de pessoas, é essencial para alcançar uma sociedade mais justa e equitativa, onde os direitos humanos fundamentais sejam verdadeiramente respeitados e protegidos para todos os cidadãos.

Referências

- BRASIL. **Código de Processo Penal.** decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 set. 2023.
- _____. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016].
- BORGES, Juliana. **Prisões: espelhos de nós.** 1º edição. Todavia Editora, 2020.
- CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. **Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos.** Avances en Psicología Latinoamericana, [S. l.], v. 38, n. 1, p. 172–188, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>. Acesso em: 06 nov. 2021.
- _____; AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. **A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 1057–1073, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312>. Acesso em: 06 nov. 2022.
- CLARK, Steven E.; GODFREY, Ryan D. **Eye-witness identification evidence and innocence risk.** Psychonomic Bulletin & Review, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 22–42, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.3758/PBR.16.1.22>. Acesso em: 06 nov. 2022.

- CRUZ, R. S.; MENEZES, I. G. Racismo e sistema penal: como o racismo estrutura a instituição prisional brasileira. Revista do Ministério Público do Trabalho. v. 13, n. 26, 201.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral.9^a ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.
- FOLHA DE SÃO PAULO. **Sob críticas por viés racial, reconhecimento facial chega a 20 estados.** 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/07/sob-criticas-por-vies-racial-reconhecimento-facial-chega-a-20-estados.shtml>. Acesso em: 06 nov. 2022.
- GRANHAG, Pär Anders; ASK, Karl; MACGIOLLA, Erik. **Eyewitness recall: An overview of estimator-based research.** In: PERFECT, Timothy J.; LINDSAY, D. Stephen (Eds.). The SAGE Handbook of Applied Memory. London: SAGE, 2014. p. 541–558. Disponível em: <https://doi.org/10.4135/9781446294703.n30>. Acesso em: 06 nov. 2022.
- GRANDE, Elisabetta. **Os Direitos Humanos como questão filosófica.** Editora Unisinos, 2015.
- JOHN, Júlia Castro; BRANDÃO, Clara Luísa Martins; CURY, Hector Soares. **Genocídio negro brasileiro: notas sobre um racismo declarado.** In: COSTA, José Ricardo Caetano; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; SOARES, Hector Cury (Org.). O “estado de mal-estar social” brasileiro. IEPREV: Belo Horizonte, 2020.p.436-461.
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL. **Identifying the culprit: Assessing eyewitness identification.** [S. l.]: National Academies Press, 2014.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal: uma introdução jurídico-científica.** 2. ed. ampl. e rev. Coimbra: Almedina, 2019.
- ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos Humanos, conceitos, significados e funções.** Editora Saraiva, 2010.
- STEBLAY, Nancy K.; DYSART, Jennifer E. **Repeated Eyewitness Identification Procedures With the Same Suspect.** Journal of Applied Research in Memory and Cognition, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 284–289, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2016.06.010>. Acesso em: 06 nov. 2022.
- STEBLAY, Nancy K. **Social influence in eyewitness recall: A meta-analytic review of lineup instruction effects.** Law and Human Behavior, [S. l.], v. 21, n. 3, p. 283–297, 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1023/A:1024890732059>. Acesso em: 11 jan. 2023.
- STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses.** [S. l.]: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2015. (Série Pensando Direito, No. 59). E-book.
- WELLS, Gary L. et al. **Policy and procedure recommendations for the collection and preservation of eyewitness identification evidence.** Law and Human Behavior, [S. l.], v. 44, n. 1, p. 3, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/lhb0000359>. Acesso em: 06 nov. 2022.
- _____. **Applied eyewitness-testimony research: System variables and estimator variables.** Journal of Personality and Social Psychology, [S. l.], v. 36, n. 12, p. 1546–1557, 1978.
- _____; OLSON, Elizabeth A. **Eyewitness Testimony.** Annual Review of Psychology, [S.l.], v. 54, n. 1, p. 277–295, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1146/annurev.psych.54.101601.145028>. Acesso em: 06 nov. 2022.
- WEST, Emily; METERKO, Vanessa. **Innocence Project: DNA Exonerations, 1989- 2014: Review of Data and Findings from the First 25 Years.** Alb. L. Rev., [S. l.], v. 79, p. 717, 2015.
- WOOTEN, Alex R. et al. **The number of fillers may not matter as long as they all match the description: The effect of simultaneous lineup size on eyewitness identification.** Applied Cognitive Psychology, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 590–604, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/acp.3644>. Acesso em: 06 nov. 2022.

Artigo recebido em: 23/05/2024.
Aceito para publicação em: 02/09/2025.

Brasil como propulsor das causas humanitárias para o Mercosul: impacto do reconhecimento *prima facie* da condição de refugiadas de meninas e mulheres oriundas de países com incidência da mutilação genital feminina para o bloco latino

Brazil as a propeller of humanitarian causes for Mercosur: impact of the prima facie recognition of the refugee status of girls and women from countries with incidence of female genital mutilation for the Latin block

Carla Santana Gonçalves¹
Francisco Meton Marques de Lima²
Karoline Santana dos Santos³

¹ Advogada criminalista e internacionalista. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Pós-graduação latu sensu - especialização em Direito Eleitoral e Direito Público Municipal (2023 - 2024), pela ESA - OAB/PI. Pós-graduação latu sensu - especialização em Direito Internacional pela Educaminas (2025 - atual). Membro do Laboratório Diplomático da USP (2025 - atual). Pesquisadora na área de Migração e Refúgio pela Cáritas Brasil (2025). Membro da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos, OAB/PI. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6074484135381734>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3659-327X>.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1981), MESTRE em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (1987) e DOUTOR em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001). Fui Prof. Assistente de Direito Comercial da UFC (1987 a 1990). Atualmente é professor Titular da Universidade Federal do Piauí. Integra o PPGD da UFPI. Elaborou os projetos que resultaram na criação do Tribunal Regional da 22ª Região, Procuradoria Regional do Trabalho e 10 Varas do Trabalho no Estado do Piauí. Tem experiência na área de Direito Constitucional, Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho. Teoria dos Valores, Princípios do Direito, Hermenêutica e Filosofia, com ênfase em Filosofia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Princípios do Direito do Trabalho, Hermenêutica Constitucional, Teoria dos Valores e Filosofia do Direito. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9232203175795621>; ORCID: <https://orcid.org/0002-1909-3134>.

³ Graduada em Psicologia pelo Centro Universitário Maurício de Nassau – polo Teresina/PI (2019–2024), desenvolvendo trajetória voltada ao estudo do comportamento, saúde mental e intervenções psicossociais. Atualmente cursa pós-graduação em Psicogerontologia pelo Instituto Faculteste (2024–2026), com foco no processo de envelhecimento, saúde emocional da pessoa idosa e políticas públicas relacionadas ao cuidado. Também está em processo de formação complementar em Psicologia Social pela Faculdade Alcance (2025–2026), ampliando sua qualificação no estudo das dinâmicas coletivas, grupos, identidades e fenômenos sociais. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6222980559927954>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-6822-2470>.

Resumo: O trabalho objetiva demonstrar o poder que o Brasil tem de incentivar os países pertencentes ao MERCOSUL a adotarem em suas ações e metas nacionais de receptividade internacional o acolhimento de meninas e mulheres perseguidas pela Mutilação Genital Feminina. Isso porque, o Brasil, por intermédio do CONARE, aprovou o reconhecimento de mulheres refugiadas vindas de contextos de mutilação genital feminina, logo, com base nessa ação, poderá extrapolar o compromisso já assumido e, ainda, comprometer-se a incentivar as nações do bloco a engatarem nesta missão de erradicação da MGF, bem como, a defesa pela luta de gênero. Para a construção lógica da ideia criada fora utilizado como subsídio de pesquisa manuais, leis, jurisprudência, informações em sites de governo e artigos científicos.

Palavras-chave: Mutilação. Meninas. Refúgio. CONARE. Mercosul.

Abstract: The work aims to demonstrate the power that Brazil has to encourage countries belonging to MERCOSUR to adopt in their national actions and goals of international receptivity the reception of girls and women persecuted for Female Genital Mutilation. This is because Brazil, through CONARE, approved the recognition of refugee women coming from contexts of female genital mutilation, therefore, based on this action, it will be able to extrapolate the commitment already assumed and, furthermore, undertake to encourage nations of block to engage in this mission to eradicate FGM, as well as defending the fight against gender. For the logical construction of the idea created, manuals, laws, jurisprudence, information on government websites and scientific articles were used as a research subsidy.

Keywords: Mutilation. Girls. Refuge. CONARE. Mercosur.

1. Introdução

A Mutilação Genital Feminina, prática recorrente em países da África, Ásia e alguns outros, ainda que desconhecida por muitas pessoas do mundo, já afetou mais de 200 milhões de meninas e mulheres desses lugares. É um contingente feminino que representa quase a população do Brasil, país tal que possui extensões continentais, logo, pode-se ter um norte do tamanho do impacto que essa prática gera para este grupo específico.

É justamente sobre esta temática que o presente trabalho irá abordar: a relação do Brasil com a mutilação genital feminina, especialmente, quanto aos seus atos governamentais de receptividade. No primeiro capítulo será o espaço utilizado para abordar questões necessárias para compreensão

do assunto recortado na pesquisa, ou seja, um retrato da realidade da MGF, locais onde há maior incidência e suas razões para manutenção nos sistemas culturais de determinadas sociedades. Para que logo em seguida, no segundo capítulo seja comentado sobre o efeito de fuga causado pela MGF. Aqui, se tratará da procura de refúgio pelas vítimas da MGF pelo mundo, os principais países procurados por essas pessoas e qual a situação do Brasil nesse quesito de receptividade desse grupo específico.

Dando continuidade ao segundo capítulo, no terceiro comentar-se-á mais detalhadamente sobre a atitude recente adotada pelo Brasil quando da decisão do Comitê Nacional de Refugiados (CONARE) de aprovar o reconhecimento de mulheres refugiadas vindas de contextos de mutilação genital feminina.

Por fim, no último capítulo, serão suscitados possíveis efeitos dessa atitude brasileira para o maior bloco econômico latino, lançando-se a tese de que a atitude do Brasil não deve se restringir apenas ao território nacional brasileiro, significando dizer que o Brasil poderia incentivar os países do bloco a firmarem o compromisso de identificarem as peculiaridades dessas situações em que as perseguidas se encontram e, nos planos governamentais, facilitarem, também, o ingresso nesses países, assegurando-lhes proteção.

2. Mutilação genital feminina (MGF)

A Mutilação Genital Feminina é uma prática cultural com predominância de incidência em países africanos, na Ásia e alguns orientais, tratando-se da extração total ou parcial da parte externa do órgão genital feminino, geralmente, realizada em meninas e mulheres que perfazem a faixa etária de 0 a 15 anos (TOMAZONI, L. 2018). A Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou dados que mostram que mais de 200 milhões de meninas e mulheres em todo o mundo sofrem mutilação genital feminina (MGF). E ainda, mais de 3 milhões desse grupo específico correm o risco de

serem submetidas à prática todos os anos. Com base nas projeções de crescimento populacional, 68 milhões de meninas e mulheres estarão em risco de sofrer alguma forma de mutilação genital feminina até 2030 (CNPDPCJ, 2020). Uma situação alarmante para saúde pública global.

Considera-se uma matéria que exige delicadeza em sua abordagem justamente por possuir garantias fundamentais em conflito, quais sejam, o direito de liberdade religiosa e cultural e o direito à vida e à liberdade sexual.

Para muitas pessoas que nunca ouviram falar sobre a ocorrência da prática da MGF⁴ e têm contato primevo com relatos sobre a sua realização e hodierna manutenção, por certo, a primeira reação será a de espanto ao perceber que, no presente século XXI, ainda persistem práticas rudimentares com tamanha violência e que relegam o sexo feminino à “periferização”⁵ social das sociedades em que vivem. Algo que destoa totalmente das metas de progressividade dos Direitos Humanos que são buscados pelos países e Organizações Internacionais, os quais cooperam mutuamente para defesa desses direitos.

E de fato, se já se tratam de relatos dolorosos para as pessoas que ouvem, que dirá para as meninas e mulheres que são vítimas dessa prática. Abrindo vez para um adendo pessoal, quando da ciência sobre a prática de MGF na África, pela história da modelo somali Waris Dirie contada no filme Flor do Deserto⁶, fora uma experiência deveras assustadora por conta da

⁴ Sigla para a expressão “Mutilação Genital Feminina”.

⁵ Aqui se utiliza o termo “periferização” para fins de remontar à ideia de subsidiariedade feminina quando da vivência social, política e familiar em suas comunidades/países.

⁶ O filme conta a história de Waris Dirie, uma garota que nasceu em uma família de criadores de gado nômades, na Somália. Aos 13 anos, para fugir de um casamento arranjado, ela atravessou o deserto por dias até chegar em Mogadishu, capital do país. Seus parentes a enviaram para Londres, onde trabalhou como empregada na embaixada da Somália. Ela passa toda a adolescência sem ser alfabetizada. Quando vê a chance de retornar ao país, ela descobre que é ilegal da Somália e não tem mais para onde ir. Com a ajuda de Marylin, uma descontraída vendedora, Waris consegue um abrigo. Ela passa a trabalhar em um restaurante *fast food*, onde é descoberta pelo famoso fotógrafo Terry Donaldson. Através da ambiciosa Lucinda, sua agente, Waris torna-se modelo. Só que, apesar da vida de sucesso, ela ainda sofre com as lembranças do trauma de ter sido vítima da Mutilação Genital Feminina.

descoberta de uma realidade totalmente diferente da que se vive, no geral, no Ocidente. Partindo dessa premissa supõe-se, portanto, que as pessoas que estão distantes desta prática, quando da ciência, o choque e sensação de revolta é inegável.

E a partir desse momento, a primeira reação é repudiar e questionar-se o porquê da persistência desse procedimento tão danoso, já que não se visualiza benefícios para essas meninas e mulheres, muito pelo contrário, os danos transcendem o momento da mutilação e perduram pelo resto das vidas delas.

Pois bem, como já mencionado no introito deste trabalho, a MGF é uma prática cultural recorrente na cultura mulçumana predominante na África, Ásia e Oriente, lá as meninas são submetidas a esse procedimento com a justificativa de que por meio dela alcançarão a maturidade. É uma forma de integração e aceitação da comunidade em que convivem, ou seja, a ideia é que quem não realiza a mutilação não é “puro” para a comunidade. Em síntese, o que se justifica a mutilação é o seguinte:

Em algumas culturas a MGF está associada a um ritual de passagem, é considerada necessária para a correta educação das meninas na preparação para o casamento e para que as jovens se tornem adultas e membros responsáveis da sociedade, além de manter as jovens “limpas” e belas. A remoção das partes genitais, especialmente o clitóris, é entendida como a eliminação das partes “masculinas”. Existe a crença de que assegura e preserva a virgindade das meninas e mulheres, pois, reprime o desejo sexual garantindo fidelidade e prevenindo o comportamento sexual considerado desviante e imoral para o grupo.

Outro motivo ocasionalmente apontado por mulheres para justificar a realização do procedimento, é de que a mutilação aumenta o prazer sexual masculino e constitui um requisito necessário a uma esposa “adequada”, pois, há uma expectativa que os homens casem apenas com mulheres que tenham sido submetidas à prática. O desejo de um casamento segundo os trâmites instituídos, frequentemente um fator essencial na segurança econômica e social, bem como a

satisfação de ideais de feminilidade, é o que permite a continuidade da prática.

As meninas “aceitam” ser submetidas a intervenção por conta da pressão social a que estão sujeitas e pelo medo da estigmatização e rejeição da comunidade da qual fazem parte, pois, em algumas culturas, tornou-se uma parte importante da identidade cultural dessas mulheres, transmitindo a elas um sentimento de maturidade e integração na comunidade. (TOMAZONI, L. 2018, p. 377).

Como se vê, a Mutilação Genital Feminina em momento algum satisfaz interesses das pretensas ou já submetidas à prática, apenas cumpre um papel satisfatório perante uma sociedade patriarcal. Ora, por certo, se os mutilados fossem os homens, a manutenção da mutilação genital feminina na cultura desses países já teria sido repensada a muito tempo. Fato é que esta prática é uma ferramenta de opressão do sexo feminino, é o que diz a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Mundial de Saúde (OMS) e diversos organizações internacionais⁷ em diversas manifestações já feitas publicamente sobre a MGF.

E é por toda essa movimentação externa de países e organizações que defendem veementemente os direitos humanos que surge o conflito do direito de liberdade religiosa e cultural com o direito à vida e à liberdade sexual. Não é algo solucionado ainda na prática, apesar da aparente resolução subjetiva utilizando-se da técnica de sopesamento, quando se conclui que, se a prática apenas traz malefícios para saúde física e psíquica das meninas/mulheres, não haveria razões para se manter. O posicionamento internacional é de que o direito à vida e à liberdade religiosa prepondera em face da liberdade religiosa e cultural.

Porém, eis a problemática: o repúdio é, em maioria, por parte externa ou por um minúsculo grupo interno, não sendo recepcionado pela estrutura

⁷ Existe uma declaração conjunta feita pela OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM e OMS ecoando o apoio à Eliminação da Mutilação Genital Feminina. Inclusive é assim que se nomeia a declaração, a qual pode ser encontrada pelo link: https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/declaracao_conjunta.pdf.

massiva interna dos países que ainda persistem na prática. Alguns países até que tentaram coibir a mutilação por meio de Leis, mas o procedimento está tão arraigado na cultura que superou o impacto da efetividade normativa, conforme o exposto no recorte a seguir:

A opção de não mutilar é muitas vezes recebida com forte oposição da comunidade, pois a MGF é uma tradição profundamente enraizada nas estruturas sociais, e, dessa forma, o fim da prática exige uma escolha coletiva da comunidade, para que as meninas que permanecem não mutiladas e as suas famílias não sejam envergonhadas e excluídas. É necessário reconhecer a pressão social que as mulheres sofrem para agir em conformidade com a tradição.
(...)

Devido ao seu caráter tradicional, torna-se difícil para as famílias abandonar a prática sem suporte da comunidade, pois mesmo havendo a consciência do dano causado às meninas, entende-se que os supostos ganhos sociais são mais elevados que as desvantagens.
(TOMAZONI, L. 2018 p. 377;380).

Patente a dificuldade de mudanças nas estruturas sociais dos países que ainda defendem a prática da Mutilação Genital Feminina, a opção que as famílias que se negam a realizar a mutilação, ou até mesmo as próprias vítimas e as que poderão se tornar, é a de fugir de seus países para evitar a MGF ou amenizar os danos já sofridos. E é assim que surge a condição de refugiadas vítimas da perseguição por gênero, haja vista fuga de prática cultural discriminatória de gênero.

3. Busca de refúgio pelas vítimas da MFG pelo mundo

Uma vez vítimas da mutilação genital feminina ou taxadas em um grupo específico propenso à ocorrência do ato ou até mesmo a negativa de realização do procedimento rudimentar, surge a situação em que estas meninas e mulheres, sozinhas ou acompanhada de seus familiares, veem-se impelidas pelo deslocamento forçado, seja para minimizar os danos já

sofridos, ou evitar que sucedam, ou ainda, diante da negativa, fugir da pressão e reprimendas sociais daquele lugar em que viviam.

Entra em questão a necessidade de tais mulheres refugiarem-se em outras regiões ou nações que possam assegurar-lhes a integridade da dignidade e proteção de possíveis violações a seus direitos. No caso da MGF, apesar de se estar tratando, no presente trabalho, de um ato brasileiro que merece suas glórias, cabe frisar que o Brasil não é revolucionário nessa questão de reconhecimento da condição de refugiadas de meninas e mulheres vítimas da mutilação. Alguns países europeus, próximos ao continente africano (local de maior incidência), como França, Itália, Alemanha, Holanda e outros, já são tidos como os principais recepcionistas desse grupo, e com acréscimo, ainda, nesta participação concessiva, cita-se o Canadá, país americano, que passou a receber requerimento desse grupo, também, verbis o recorte:

Apesar de a França ser o primeiro país ocidental que estabeleceu a mutilação genital como uma forma de perseguição, a decisão canadense é a primeira que garantiu o status de refugiado como parte do procedimento de concessão de refúgio.

(...)

Na União Européia, anualmente, são realizadas mais de 20.000 solicitações de refúgio, fundamentadas na mutilação genital. Os países com o maior número de pedidos são respectivamente França, Itália, Suécia, Reino Unido, Bélgica, Alemanha e Holanda.
(TOMAZONI, L. 2018 p. 393;400)

Nos países citados, os requerimentos de refúgio já são delimitados na perseguição de grupo específico, ou seja, grupo de vítimas ou prováveis vítimas da MGF. Algo que, por incrível que se pareça, ainda não é realidade em todos os países quando lidam com o tratamento de requerimentos de refúgio. Muitas vezes, as requerentes/seus responsáveis fundamentam suas razões de pedir em um direito fundamental mais abrangente, ao invés de um mais específico, por exemplo, ao invés de fundamentar que seu pedido se trata de perigo de perseguição a grupo específico (perseguidas pela MGF),

justificam com base no direito à dignidade da pessoa humana, algo bem genérico e demasiadamente amplo.

54

Prova disso, é que só agora, no ano de 2023, o Brasil, diga-se de passagem, um país reconhecido mundialmente por sua receptividade, veio a reconhecer que existe um grupo específico, as vítimas da MGF, que necessitam de maior facilidade na tramitação dos seus processos administrativos de concessão de refúgio, pelo risco de iminente ou até mesmo já ocorrente de perseguição nas suas respectivas nações. É uma medida que reconhece que a provável incidência do *periculum in mora* poderá gerar danos irreversível nesses casos.

O Observatório das Migrações Internacionais, em parceria com o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral, costuma realizar um relatório anual sobre o refúgio no Brasil. E nesse relatório são postos em números os processos de análise dos requerimentos de refúgio no país, sendo detalhados dados importantíssimos sobre a ação brasileira diante dessa questão. Pois bem, em um dos seus levantamentos primeiros, montou-se uma tabela sobre os países de origem da maioria dos solicitantes de refúgio (JUNGER et al, 2022), veja-se:

Tabela 2.1.1. Número de solicitantes de reconhecimento da condição de refugiado, segundo principais países de nacionalidade ou residência habitual, Brasil – 2021

Principais Países	Nº de solicitações
Total	29.107
VENEZUELA	22.856
ANGOLA	1.952
HAITI	794
CUBA	529
CHINA	345
GANÁ	307
BANGLADESH	257
NIGÉRIA	246
ÍNDIA	139
COLÔMBIA	138
PERU	128
LÍBANO	90
GUINÉ	84
SENEGAL	79
SÍRIA	71
CAMARÕES	57
MARROCOS	57
NEPAL	55
PAQUISTÃO	41
GUINÉ-BISSAU	39
OUTROS PAÍSES	843

Fonte: Elaborado pelo OBMigra, a partir dos dados da Polícia Federal.
Solicitações de reconhecimento da condição de refugiado.

Observa-se que uma majoritária quantidade dos países mencionados é africana. Frisa-se que, como mencionado no primeiro tópico deste trabalho, a maior incidência de MGF é em países africanos, ou seja, já se identifica um ponto de atenção sobre a matéria trabalhada neste artigo. Já quanto à fundamentação utilizada para requerimento de refúgio o relatório selecionou os principais, quais sejam:

Tabela 2.2.4. Número de refugiados, por fundamentação aplicada ao ato de deferimento do refúgio, Brasil, 2021

País	Fundamentação
	Total
Total	769
GGVDH	242
Grupo social	99
Nacionalidade	8
Opinião política	361
Raça	10
Religião	27
Outros	21
Não especificado	1

Fonte: Elaborado pelo OBMigra, a partir dos dados do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE/MJSP), 2021.

Mais um ponto de intersecção com a presente pesquisa: nota-se que os três principais fundamentos para requerimento de refúgio são Opinião política, Grave e Generalizada Violação dos Direitos Humanos (GGVDH) e Grupo social. Estes dois últimos, devido sua amplitude e abrangência, poderiam ser utilizados pelas vítimas e prováveis vítimas da MGF, porém, é claro que com as genéricas nomenclaturas ocultaria a real situação desse grupo específico.

Ora, como se trata de uma demanda de um grupo específico que necessita de uma análise cautelosa e urgente sobre suas situações, não pode ser seguido um protocolo padrão, em casos que exigem uma maior celeridade e atenção, sem prejuízo do procedimento das demais razões dos grupos requerentes. A justiça deve buscar sempre a equidade, algo que é diferente de igualdade.

E foi por isso que o Brasil, em ato do Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), notou a urgência desse grupo específico em lograr um refúgio, haja vista incidência de fundado temor de perseguição, e reconheceu a necessidade de agir na prática e conceder mecanismos agilizadores do processo de refúgio, a fim de evitar o periculum in mora. Desse Ato ocupar-se-á o capítulo seguinte.

4. Ato do CONARE pelo reconhecimento da condição de refugiadas de meninas e mulheres oriundas de países com incidência de MGF

Desde o princípio do presente trabalho mencionou-se o nome do CONARE em razão de um ato notório realizado pelo comitê e que se tornou objeto da presente pesquisa. Pois bem, para fins informativos, o CONARE é o Comitê Nacional para os Refugiados, um órgão colegiado vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, órgão do poder Executivo Federal. Nele são julgadas as solicitações de reconhecimento da condição de refugiado no país.

O comitê realiza reuniões ordinárias periódicas, de 60 (sessenta) em 60 (sessenta) dias, em que são avaliados os pareceres elaborados pelos servidores da Coordenação-Geral do CONARE, feitos com base na análise dos relatos feitos durante as entrevistas de elegibilidade, na pesquisa sobre o país de origem das pessoas que solicitam refúgio e nos elementos que comprovem o fundado temor de perseguição.

No mês de março deste ano de 2023, quando da mobilização das instituições pelo mês da mulher, o Comitê, em uma de suas reuniões ordinárias, trouxe a debate a situação preocupante vivenciada por milhões de meninas e mulheres: a Mutilação Genital Feminina. Cada âmbito social ou institucional oferece as mudanças possíveis dentro de suas competências. Pois bem, como um órgão responsável pelas solicitações de reconhecimento da condição de refugiado no país, foi nesse setor que se propôs a oferecer mudanças para esse grupo específico de mulheres.

O CONARE aprovou o reconhecimento *prima facie* de mulheres refugiadas vindas de contextos de mutilação genital feminina em sua 168^a Reunião Ordinária, algo que pode ser considerado inédito, tanto para América Latina, como para diversos países do globo que ainda não visualizaram essa demanda tão urgente. A decisão é ampla ao ponto de abranger também questões raciais ainda mais específicas desse grupo de meninas e mulheres:

A iniciativa também atende o Programa de Aceleração de Políticas de Refúgio para Afrodescendentes lançada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), em janeiro deste ano, uma vez que a maioria das vítimas da mutilação genital feminina no mundo são mulheres negras. (BRASIL, 2023).

O ato é de fato um marco social de grande valia, que, por certo, se colocado em prática devidamente, será um projeto de grande impacto na vida de milhões de meninas e mulheres que sofrem tanto com uma prática devastadora de sua integridade física, mental e sexual. E justamente o fim desse sofrimento é o objetivo dessa ação do Comitê, conforme se conclui com o trecho retirado da notificação da nova iniciativa:

A decisão reconhece que mulheres e meninas sobreviventes ou potenciais vítimas de C/MGF compartilham a “característica imutável” de serem mulheres, conformando um grupo específico no âmbito da lei brasileira de refúgio, com risco real de ou serem submetidas a graves lesões ou de já terem sofrido graves danos, por uma razão discriminatória. Isso impossibilita que recebam proteção do país de origem, por não quererem ou não poderem. A abordagem prima facie permitirá, além do efeito simbólico e pedagógico contra a continuidade da prática, tratar as solicitações de refúgio de meninas e mulheres de maneira mais célere. (BRASIL 2023).

Como afirmado no tópico anterior, as genéricas nomenclaturas utilizadas como fundamentação para requerimento de refúgio obstam a identificação do grau de necessidade um grupo específico. No caso da MGF, identificou-se que esse grupo corre o risco real de serem submetidas a graves lesões ou de já terem sofrido graves danos, por uma razão discriminatória, e, por isso, necessitam de uma prioridade na tramitação de seus processos.

Isso demonstra uma preocupação pela garantia da proteção da integridade feminina, ou seja, com um compromisso concreto firmado para resguardar o direito a esta proteção. O Brasil se comprometendo com as meninas e mulheres oriundas de países com alta incidência da MGF a cumprir um papel que deveria ser garantido pelas suas nacionalidades mátrias.

É uma atitude que merece seu reconhecimento pela coragem, mas que também deve ser tomado como paradigma pelos demais países do mundo. No entanto, reconhecendo que desejar uma mudança global tão drástica beira os padrões utópicos de uma sociedade, parte-se para metas que vislumbrem maior viabilidade executória.

A ideia é que, pelo menos, o Brasil, para além do compromisso já firmado, incentive os países pertencentes ao maior bloco econômico da América Latina, ou seja, o MERCOSUL⁸, a adotarem em suas metas

⁸ O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) é um processo de integração regional conformado inicialmente pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai ao qual recentemente incorporaram-

nacionais de receptividade internacional, a facilitação de ingresso de meninas e mulheres nacionais de países com alta prevalência da prática de Corte ou Mutilação Genital Feminina. É o que se discutirá no tópico a seguir.

5. Impacto dessa decisão para as relações dos países do Mercosul

A atitude do CONARE é louvável ao passo que se demonstrou preocupado com um grupo específico que, infelizmente, ainda não tem potencial de ecoar sozinho suas demandas perante os Governos das perseguidas, precisa de representação de instituições as quais ofereçam subsídio, como o CONARE. É sabido que a amplitude do suporte brasileiro aos estrangeiros refugiados necessita de reformas para que seja feita de forma adequada, mas atos como esse demonstram verdadeira progressividade do ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, para além da execução da concessão de refúgio nessas situações de MGF, o Brasil, como uma referência latina, deve aproveitar a oportunidade para incentivar as nações circundantes (membros do Mercosul) a, também, “embarcarem” na missão de identificar como urgente o tratamento de requerimento de refúgio das perseguidas por fugirem da MGF. E cita-se, especificamente, apenas o Mercosul, pois a relação do Brasil com esses países do bloco é mais estreita e tal debate vê-se como mais propício e de palpável concretude. É a lógica do degrau: de degrau a degrau se alcança o topo. É por degraus que se superam etapas.

O objetivo é que o Brasil incentive os países do bloco a firmarem o compromisso de identificarem as peculiaridades dessas situações em que as perseguidas se encontram e, nos planos governamentais, busquem soluções

se a Venezuela e a Bolívia, esta última em processo de adesão. O MERCOSUL é um processo aberto e dinâmico. Desde sua criação teve como objetivo principal propiciar um espaço comum que gerasse oportunidades comerciais e de investimentos mediante a integração competitiva das economias nacionais ao mercado internacional.

para tais necessidades específicas, como no caso do Brasil, facilitando o ingresso no país e assegurando proteção.

Pois bem, a busca pela plenitude da dignidade das pessoas, em uma perspectiva mais abrangente, não é algo novo. No livro de Immanuel Kant intitulado “À paz perpétua”, escrito em 1795, se apresenta um meio de interação pacífica entre os Estados, em que a guerra é suprimida e só se faz presente para fins estritamente necessários, enfatizando o estabelecimento da relação necessária entre política e ética por meio do direito internacional, elencando artigos que levam a essa paz (KANT, 1989).

Neste livro, em sua segunda seção, artigo definitivo número três, afirma-se que uma das formas de alcançar pacificação é pela garantia do direito cosmopolita à hospitalidade de pessoas do estrangeiro. Kant destaca que o direito cosmopolita retrata a hospitalidade universal respeitando os direitos dos cidadãos do mundo como seres humanos e tratamento de um cidadão quando está em outro Estado. Este, como vivente da Terra, não tem como deixar seu lar (a própria Terra), portanto, não deve receber tratamento hostil em nenhum lugar dela (ou seja, em nenhum Estado). É como se criasse o conceito de uma espécie de cidadania global (KANT, 1989):

[...] hospitalidade significa aqui o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro. Este pode rejeitar o estrangeiro, se isso puder ocorrer sem danos, mas enquanto o estrangeiro se comportar amistosamente no seu lugar, o outro não o deve confrontar com hostilidade. Não existe nenhum direito de hóspede sobre o qual se possa basear esta pretensão (para tal seria preciso um contrato especialmente generoso para dele fazer um hóspede por certo tempo), mas um direito de visita, que assiste todos os homens para se apresentarem à sociedade, em virtude do direito da propriedade comum da superfície da Terra, sobre a qual, enquanto superfície esférica, os homens não se podem estender até ao infinito, mas devem finalmente suportar-se uns aos outros, pois originariamente

ninguém tem mais direito do que outro a estar num determinado lugar da Terra (KANT, 1989, p. 20).

Diante da análise e embasamento na ideia deste exímio filósofo, é visivelmente notório que o Brasil acolheu o conselho kantiano ao reconhecer a condição de refugiadas de meninas e mulheres oriundas de países com incidência da mutilação genital feminina, reconhecimento tal fundado na justificativa de perseguição a grupo específico.

A preocupação do Brasil com um grupo tão específico é ímpar. Para os olhos de muitas autoridades e da própria sociedade, essas situações passam despercebidas ou até mesmo são vistas como realmente desnecessárias, já que se trata de estrangeiros, ou porque pode ser tida como uma pauta não urgente para o país. Entretanto, conclui-se que isso é mera insipiente. Quando se fala em violação da dignidade da pessoa humana, já torna a situação como algo que urge por uma resolução mais breve possível. Se não pela nação mãe, por outra que enxergue essa necessidade.

Em geral, situações que geram repercussão geral acabam por propelir ações governamentais mais imediatas para solver imbróglios. Porém, quando se trata de minorias, normalmente, necessita-se de um suporte de pessoas/instituições que já tenham certo espaço e voz para alcançar certa visibilidade e ensejar ações de governo destinadas a estes grupos. Enquanto não houver cobranças suficientemente impulsionadoras, as possibilidades de melhoria são mínimas. Isso ocorre, muitas vezes, por certos prejulgamentos realizados pelos nacionais que impedem as ações de governo, quando, em verdade, os estrangeiros que buscam refúgio devem ser compreendidos como viventes da Terra e não como um grupo que não mereça receptividade.

A ativista pela educação Malala Yousafzai é pontual nessa questão ao dizer que refugiados são pessoas comuns em busca de algo melhor, sendo iguais a milhões de pessoas pelo mundo com o diferencial que, por razões diversas, não podem permanecer em seus países:

Os números são impressionantes que esquecemos que são indivíduos que foram obrigados a deixar suas casas. São médicos e professores. Advogados, jornalistas, poetas e líderes religiosos. Além de crianças, muitas crianças. [...] Os refugiados que compõem esse número tão impressionantes são seres humanos que esperam um futuro melhor (YOUSAFZAI, 2019, p. 10).

As vítimas da MGF são dignas de proteção e condições melhores de vida, daí, a necessidade de preocupar-se com a facilitação de concessão de refúgio. Situação mais oportuna não há para disseminar ações governamentais preocupadas com a recepção desse grupo específico. O marco protagonizado pelo Brasil é de suma importância para a luta contra violência de gênero e justiça racial, tanto para o mundo, como, especificamente, para o bloco econômico latino. Imagine-se a situação em que o bloco latino acorde um pacto de recepção de meninas e mulheres vindas de contextos de mutilação genital feminina. O impacto representativo mundial seria importante e mais importante e efetivo ainda seria para esse grupo que tanto almeja paz e dignidade, já que as perseguidas teriam mais oportunidades de deslocamento e opções de refúgio.

Seria o Mercosul ultrapassando seu objetivo de integração econômica e, para além disso, desbravando uma preocupação humanitária enquanto bloco mirando em um impacto de maior amplitude para as meninas e mulheres forçadas a se deslocar por conta da MGF.

6. Conclusão

Como já sabido, a Mutilação Genital Feminina é uma prática cultural com predominância de incidência em países africanos, na Ásia e alguns orientais, consistente na extração total ou parcial da parte externa do órgão genital feminino, geralmente, realizada em meninas e mulheres que perfazem a faixa etária de 0 a 15 anos (TOMAZONI, L. 2018). A Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou dados que mostram que mais de 200 milhões de

meninas e mulheres em todo o mundo sofrem mutilação genital feminina (MGF). E ainda, mais de 3 milhões desse grupo específico correm o risco de serem submetidas à prática todos os anos.

Viu-se, também, que devido a esta prática, as vítimas da mutilação genital feminina ou as taxadas em um grupo específico propenso à ocorrência do ato ou até mesmo à negativa de realização do procedimento rudimentar, acaba por surgir a situação em que essas meninas e mulheres, sozinhas ou acompanhada de seus familiares, veem-se impelidas pelo deslocamento forçado, seja para minimizar os danos já sofridos, ou evitar que sucedam, ou ainda, diante da negativa, fugir da pressão e reprimendas sociais daquele lugar em que viviam.

E de posse do conhecimento sobre todo esse drama humanitário vivenciado por milhões de meninas e mulheres de alguns países do mundo, os quais perpetram a prática rudimentar da Mutilação Genital Femina, faz-se tempo de buscar medidas contenciosas e combativas a essas práticas. Medidas como as que o Brasil adotou, de reconhecimento *prima facie* de mulheres refugiadas vindas de contextos de mutilação genital feminina e, para além disso, incentivar os demais países a embarcarem nessa missão de erradicação da MGF.

Demonstrando-se, portanto, que é possível, sim, a viabilidade de efetivar, ao menos em uma execução por blocos, o combate à MGF. Como visto, se lançou a ideia de que o Brasil, para além do compromisso já firmado, incentive os países pertencentes ao maior bloco econômico da América Latina, ou seja, o MERCOSUL, a adotarem em suas metas nacionais de receptividade internacional, a facilitação de ingresso de meninas e mulheres nacionais de países com alta prevalência da prática de Corte ou Mutilação Genital Feminina.

Referências

BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm. Acesso em: 03 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Conare aprova reconhecimento de mulheres refugiadas vindas de contextos de mutilação genital feminina**. Gov.Br. Brasília, 20 mar. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/conare-aprova-reconhecimento-de-mulheres-refugiadas-vindas-de-contextos-de-mutilacao-genital-feminina>. Acesso em: 03 mar. 2023.

CNPDPCJ. **Manual de Procedimentos – Colaborar Ativamente na Prevenção e Eliminação da Mutilação Genital Feminina**. 2020. Disponível em: https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2021/02/Colaborar-Ativamente-na-Prevencao-e-Eliminacao-da-Mutilacao-Genital-Feminina-Manual-de-Procedimentos_CPCJ.pdf . Acesso em: 03 jun. 2023.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: < http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf > Acesso em: 03/06/2023.

Educação e Direitos Humanos: teoria, prática e desafios em tempos de pandemia. / organizadores, BORGNETH, A. L.; SOUSA, J. dos S. Bauru, SP: Gradus Editora, 2022.

ELIMINAÇÃO da Mutilação Genital Feminina: Declaração Conjunta OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM, OMS. Disponível em: < <http://www.who.int/eportuguese/publications/mutilacao.pdf> > Acesso em: 03/06/2023.

JUNGER, Gustavo; CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu de; SILVA, Bianca G. **Refúgio em Números (7ª Edição)**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2022.

KANT, I. **À Paz perpétua**. Trad. de Marco A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, G. J; CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; COSTA, L. F. L; MACEDO, M. **Refúgio em Números**. 6. Ed. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2021.

TOMAZONI, L. (2018). **MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA E CONCESSÃO DE REFÚGIO COM BASE NO GÊNERO**. *Anais Simpósio De Pesquisa E Seminário De Iniciação Científica*, 1(2). Recuperado de <https://sppaic.fae.edu/sppaic/article/view/36>.

YOUAFZAI, M. **Longe de casa: minha jornada e histórias de refugiadas pelo mundo**/ Malala Yousafzai, com Liz Welch; tradução Lígia Azevedo. 1. ed. São Paulo: Seguinte, 2019.

Artigo recebido em: 23/05/2024.

Aceito para publicação em: 28/10/2025.

Liberdade de expressão e suas limitações: direitos humanos e legislação brasileira

65

Freedom of speech and its limitations: human rights and Brazilian legislation

La libertad de expresión y sus limitaciones: los derechos humanos y la legislación brasileña

*Leilane Serratine Grubba*¹
*Maria Eduarda Ferrarin*²

Resumo: O estudo objetiva compreender, teórica e juridicamente, o papel da liberdade de expressão na promoção e defesa de outros direitos humanos, assim como, quais as suas limitações. Ao compreender que nenhum direito é absoluto ou irrestrito em alcance, problematiza-se as possibilidades jurídicas de limitação à liberdade de expressão. O problema que norteia o estudo é: a partir de uma análise do sistema global e regional americano de direitos humanos, e do sistema jurídico brasileiro, quais as limitações à liberdade de expressão? O estudo contribui para o campo científico do Direito e campo político-social ao possibilitar compreender as limitações jurídicas à liberdade de expressão, oportunizando reconhecer que as atuações judiciais que incidem sobre essa liberdade não constituem censura, mas a garantia de outros direitos e liberdades individuais e coletivos. Trata-se de temática atual, em especial, em épocas eleitorais no Brasil, diante do contexto de desinformação. Utilizou-se do raciocínio dedutivo, a partir do uso dos métodos de revisão narrativa de literatura e análise qualitativa da legislação brasileira.

Palavras-chave: Democracia. Direitos humanos. Liberdade de expressão.

Abstract: The study aims to understand, theoretically and legally, the role of freedom of expression in the promotion and defense of other human rights, as well as its limitations. By understanding that no right is absolute or unrestricted in scope, the legal possibilities of limiting freedom of expression are problematized. The problem that guides the study is: based on an analysis of the global and regional American human rights system, and the Brazilian legal system, what are the limitations to freedom of expression? The study contributes to the scientific field of Law and the socio-political science field by enabling an understanding of the legal limitations to freedom of expression, enabling the recognition that judicial actions that affect this freedom do not constitute censorship, but rather the guarantee of

¹ Doutora em Direito, docente permanente da Escola de Direito da Atitus (Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito). Coordenadora do Centro de Direito, Democracia e Tecnologia (Atitus) e Coordenadora de Extensão da Escola de Direito (Atitus). Pesquisadora da Fundação IMED. Coordenadora do grupo Biopolítica, Gênero e Direito (Atitus).

² Mestre em Direito (Atitus), advogada, pesquisadora do grupo de pesquisa Biopolítica, Gênero e Direito (Atitus/CNPq).

other individual and collective rights and freedoms. This is a current theme, especially during election periods in Brazil, given the context of misinformation. Deductive reasoning was used, based on the use of methods of narrative literature review and qualitative analysis of Brazilian legislation.

Keywords: Democracy. Human rights. Freedom of expression.

Resumen: El estudio tiene como objetivo comprender, teórica y jurídicamente, el papel de la libertad de expresión en la promoción y defensa de otros derechos humanos, así como sus limitaciones. Al entender que ningún derecho es absoluto o irrestricto en su alcance, se problematizan las posibilidades jurídicas de limitar la libertad de expresión. El problema que orienta el estudio es: a partir de un análisis del sistema global y regional de derechos humanos americano, y del sistema jurídico brasileño, ¿cuáles son las limitaciones a la libertad de expresión? El estudio contribuye al campo científico del Derecho y del derecho sociopolítico al permitir comprender las limitaciones jurídicas a la libertad de expresión, brindando la oportunidad de reconocer que las acciones judiciales que afectan esta libertad no constituyen censura, sino la garantía de otros derechos y libertades individuales y colectivos. Este es un tema de actualidad, especialmente en períodos electorales en Brasil, dado el contexto de desinformación. Se utilizó el razonamiento deductivo, basado en el uso de métodos de revisión de literatura narrativa y análisis cualitativo de la legislación brasileña.

Palabras clave: Democracia. Derechos humanos. Libertad de expresión.

1. Introdução

A liberdade de expressão é um direito humano, sedimentado no sistema universal da Organização das Nações Unidas (ONU) e no regional da Organização dos Estados Americanos (OEA). Também é um direito fundamental constitucionalizado no Brasil, importante para a efetivação de uma sociedade justa e democrática.

Com esse estudo, o objetivo foi o de compreender, teórica e juridicamente, o papel da liberdade de expressão na promoção e defesa de outros direitos humanos, assim como, quais as suas limitações. Portanto, considerou-se as suas potencialidades e os seus desafios em contextos de intolerância e censura.

Compreende-se que nenhum direito é absoluto em alcance. Então, problematizou-se as possibilidades jurídicas de limitação à liberdade de expressão. O problema que norteou o estudo foi: a partir de uma análise do

sistema global e regional americano de direitos humanos, e do sistema jurídico brasileiro, quais as limitações à liberdade de expressão?

O estudo possibilitou compreender, a partir dos seus resultados, as limitações jurídicas à liberdade de expressão, oportunizando reconhecer que as atuações judiciais que incidem sobre essa liberdade não se constituem em censura, mas na garantia de outros direitos e liberdades individuais e coletivos. Logo, no texto, serão discutidos os conceitos de liberdade de expressão e de censura.

Para o estudo, utilizou-se o raciocínio dedutivo, partindo-se de uma análise geral para a compreensão do objeto de estudo. Metodologicamente, utilizou-se da revisão narrativa de literatura para se alcançar um aprofundamento teórico a respeito dos conceitos e das dimensões da liberdade de expressão (Rodrigues; Grubba, 2023). Essa liberdade é destacada como um direito fundamental que garante às pessoas o direito de compartilhar ideias, valores e opiniões, sem discriminação. Essa liberdade possibilita a construção e manutenção de sociedades pluralistas e democráticas, com o enriquecimento do debate público fundado na diversidade nas visões sociais e políticas. Ademais, a garantia dessa liberdade é elemento central para a promoção da justiça social e da responsabilidade governamental. Essa discussão aprofundada é relatada na primeira seção.

Sequencialmente, por meio de uma investigação das normativas do sistema global e regional americano de direitos humanos que abordam a liberdade de expressão, procedeu-se a uma análise qualitativa sobre o alcance e as limitações a esse direito. Ainda, foi realizada uma investigação qualitativa e descritiva sobre a liberdade de expressão no Brasil, desde a sua consagração na Constituição Federal de 1988, com o limite temporal para o ano de 2024, ano de encerramento do estudo. Essa discussão, presente na segunda seção deste estudo, indica que a liberdade de expressão é direito fundamental, porém não é um direito absoluto, havendo limitações

necessárias para proteger outros direitos humanos, individuais e coletivos, como a dignidade e a igualdade.

Essa análise enfatizou a importância de um equilíbrio entre o exercício concreto da liberdade de expressão e a coibição de abusos, sobretudo nos meios digitais, de modo a garantir a convivência democrática no país.

2. Conceitualização da liberdade de expressão e as suas dimensões.

A partir de um estudo de revisão narrativa, sintetiza-se que a conceitualização da liberdade de expressão envolve a possibilidade de todas as pessoas manifestarem valores, perspectivas e opiniões, sem discriminação. A diversidade de ideias e a possibilidade de as manifestar são indispensáveis para a tolerância, a pacificidade e a pluralidade social, com o enriquecimento do debate público e o fortalecimento dos sistemas democráticos. De maneira individual, essa liberdade possibilita a inclusão social, e de maneira social, a justiça social.

A ONU (1948) dispõe que todas as pessoas têm o direito à liberdade de opinião e de expressão, o que inclui a “[...] liberdade de ter opiniões sem interferência e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.” Antes de ser reconhecida como um direito humano pela ONU, a liberdade de expressão foi identificada em variados contextos culturais e históricos, embora nem sempre com convergência do seu significado (Chaia, 2022).

Durante a Revolução Francesa, época inspirada pelos ideais iluministas e marcada pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, a liberdade de expressão é enunciada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. À época, essa liberdade não foi universalizada sequer no território francês, pois os direitos consagrados eram, na prática, restritos a homens brancos e pertencentes à classe burguesa francesa (Gonçalves; Bergara, 2014). Como exemplo, menciona-se a proposição de Declaração de

Direitos da Mulher e da Cidadã, em 1791, por Olympe de Gouges, motivo principal que ocasionou a sua sentença de morte em 1793 (Grubba; Messa, 2020).

Esse desfecho ilustra as contradições que permeavam o período revolucionário francês e evidencia como a luta pela liberdade de expressão e direitos iguais foi marcada por violentas limitações. Enquanto os ideais de liberdade e igualdade ressonavam à euforia revolucionária, a realidade das mulheres e de outros grupos marginalizados expõe uma profunda desigualdade nas promessas de fraternidade e inclusão. Conquanto esse período tenha sido importante para a afirmação da liberdade de expressão, depois recuperada como direito humano universal pela ONU, a sua conceitualização foi marcada por fatores históricos e culturais.

Mill (1859), fundado no pensamento liberal clássico, por exemplo, compreendeu que a liberdade é a capacidade de buscar o próprio bem da forma que escolher, desde que não impeça os demais de realizarem a mesma ação. Desde essa noção, compreende-se como a liberdade de expressão é relevante para a luta contra a opressão e o autoritarismo.

No liberalismo político de Sen (1999), a liberdade de expressão é o fundamento para a evolução social, porque é um mecanismo de supervisão social. Contudo, a liberdade de compartilhamento livre das ideias, opiniões e valores que, por um lado, possibilita o desenvolvimento pessoal, social e político, por outro, pode ocasionar violações graves aos direitos humanos. Diante disso, não se pode compreender essa liberdade como um direito absoluto. Diversamente, a liberdade de expressão encontra alguns limites, dentre eles, a propagação de discursos de ódio e a incitação à violência (Sen, 1999).

Dworkin (2001, p. 51), de maneira próxima à argumentação de Sen, compreende que a liberdade de expressão é fundamental para a Democracia, porque mantém os “canais de mudança política abertos”. Quando as pessoas expressam as suas opiniões e ideias de forma aberta e pública, criam um

mercado de ideias onde as melhores políticas e soluções podem surgir do debate e da discussão.

70

Além do contexto cultural, deve-se considerar as influências tecnológicas que impactaram a liberdade de expressão: na era digital, a *internet* se tornou uma arena onde as vozes são compartilhadas, mas também onde surgem novas formas de censura e vigilância. Sobre isso, MacKinnon (2012) identifica que a autêntica liberdade de expressão só prolifera quando há a garantia de que os indivíduos podem se manifestar sem temor de consequências, no mundo físico ou no virtual. Logo, enfatiza-se a necessidade de um ambiente seguro, onde as opiniões, especialmente as divergentes, possam ser livremente debatidas.

Movimentos recentes, como o *#BlackLivesMatter*, e as manifestações pelo direito das mulheres, demonstraram que a luta pela liberdade de expressão transcende fronteiras e é fundamental para a promoção de justiça social. Portanto, a liberdade de expressão ultrapassa a verbalização e envolve a garantia de que as vozes mais marginalizadas sejam valorizadas e ouvidas (Mckesson, 2016). Com isso, se reforça a ideia de que a liberdade de expressão deve incluir um compromisso com a inclusão e a equidade.

Ademais, comprehende-se que a liberdade de expressão é direito complexo, ou seja, ela “[...] traz em seu âmago as liberdades de manifestação do pensamento, imprensa, reunião e até mesmo a liberdade religiosa. A liberdade de expressão permeia e sustenta a sociedade democrática em todas as suas esferas” (Laurentils; Thomazini 2020, p. 2262). Por consequência, tanto a liberdade de expressão está relacionada à garantia da dignidade da pessoa, quanto à garantia democrática. Ou seja, Torres (2013) sugere que a proteção da liberdade de expressão é imprescindível para assegurar a voz dos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas, contribuindo para a participação popular no debate político e para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Todavia, Tôrres (2013) indica a importância da regulação adequada do exercício da liberdade de expressão pelos meios de comunicação, que pode viabilizar a cidadania efetiva, a evolução do pensamento social, dos quadros políticos e da legitimidade democrática do Estado, por meio da garantia de um equilíbrio entre a proteção à liberdade de expressão e a tutela dos demais direitos fundamentais, incluindo os direitos de minorias.

Portanto, a atuação do Estado é indispensável para a correção das imperfeições presentes na conjuntura mercadológica e para assegurar o exercício democrático dos direitos por parte de todos os segmentos sociais. A Democracia depende, em última análise, da possibilidade de a sociedade se manter bem informada e de poder participar de forma plena e efetiva no processo decisório do Estado (Tôrres, 2013).

De maneira diversa quanto à conceitualização, Martins Neto (2006) aborda o conceito de liberdade definindo-o como uma autorização normativa de agir que se reflete nas liberdades asseguradas juridicamente por normas permissivas em constituições. A liberdade de expressão pode ser garantida legalmente, mas essa proteção jurídica nem sempre se traduz em uma liberdade efetiva. Há uma distinção entre liberdade em sentido jurídico e liberdade em sentido fático. Isso significa que, apesar de ter direitos, como a liberdade de expressão, a pessoa pode enfrentar barreiras fáticas, como o medo de represálias, que lhe impedem de exercer essa liberdade.

Martins Neto (2006) também diferencia situações coercíveis e incoercíveis. Nas situações coercíveis, o poder judiciário é capaz de garantir o respeito a uma liberdade juridicamente assegurada através da imposição de sanções em caso de violação. Nas situações incoercíveis, apenas a atuação do poder legislativo pode corrigir a discrepância entre direitos e realidade, sendo necessária a criação de políticas públicas e mudanças legislativas para concretizar essa liberdade na prática. Essa distinção possibilita entender as barreiras que podem impedir a realização das liberdades efetivas que são asseguradas por normas jurídicas.

Outras distinções a respeito da conceitualização da liberdade de expressão estão presentes nos diferentes sistemas jurídicos dos países. Na realidade brasileira, essa liberdade, em conjunto com as liberdades de informação e imprensa e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação são ancoradas e privilegiadas na Constituição Federal de 1988 (Castro, 2024). Por outro lado, Macedo Júnior (2017) indica que há vaguezas na conceitualização constitucional da liberdade de expressão, de modo que há discrição para que os tribunais imponham os seus limites. Em contrapartida, o mencionado autor afirma que há critérios mais rígidos nos Estados Unidos para a conceitualização dessa liberdade. Enquanto o Brasil adota um modelo fundado na ponderação, os Estados Unidos adotam uma abordagem conceitual.

Ainda quanto à conceitualização da liberdade de expressão, Bento (2016) sugere haver três principais abordagens. Ela é compreendida como um valor em si, sendo importante para o desenvolvimento da pessoa e possibilitando a expansão da compreensão do mundo e das opiniões individuais. Ela é pilar da Democracia, viabilizando o dissenso, o debate plural e o processo deliberativo aberto. Ela é instrumental para a defesa de outros direitos, como os de reunião, associação e educação. Tomadas em conjunto, as abordagens indicam que a liberdade de expressão é um direito individual importante, mas transcende para a dimensão da defesa dos direitos das outras pessoas, para a participação ativa na vida social e política e para a defesa dos direitos humanos.

Finalmente, há relevância da conceitualização desse direito na contemporaneidade. No início do século XXI, com a ascensão da *internet*, houve uma ampliação do uso da liberdade de expressão e dos direitos de recepção e de acesso à informação. Com isso, Castro (2024) sugere que também ocorreu uma preocupação em relação à proteção da cultura democrática, na qual as pessoas têm equitativas oportunidade de participação na construção de significados. Knappenberger (2014), por exemplo, discute

como a liberdade de expressão e os direitos humanos são continuamente redefinidos na era digital.

Por um lado, há democratização do acesso à informação como um direito fundamental, dada a importância da livre circulação do conhecimento no ambiente virtual. Por outro lado, o dilema entre liberdade de expressão e segurança nacional é uma questão complexa, conforme discutido por Knappenberger (2014). Muitas vezes, as autoridades recorrem a argumentos de segurança para restringir o acesso à informação. A vigilância é utilizada especialmente por regimes autoritários como uma ferramenta de controle, resultando na censura e perseguição de indivíduos que publicam conteúdos considerados subversivos. Portanto, Bauman (2014) e Knappenberger (2014) alertam para o perigo do uso da vigilância e da censura como instrumentos de poder, ao enfatizarem a importância de implementar mecanismos que protejam a liberdade de expressão contra abusos e censura.

Adicionalmente, Castro (2024) observa que nunca houve uma oportunidade tão grande para a liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que os problemas resultantes dessa expressão desmedida e supostamente ilimitada têm se espalhado com facilidade por fronteiras cada vez mais tênues. No ambiente de revolução tecnológica, surgem conflitos que redefinem a nova realidade, transformando as estruturas econômicas e sociais, e criando um espaço cívico para o cidadão do século XXI. A comunicação é fundamental e as fronteiras mais fluidas tornam-se vulneráveis às violações de direitos e liberdades fundamentais.

Em resumo, a liberdade de expressão é um dos pilares fundamentais da Democracia, possibilitando a manifestação das opiniões, ideias e sentimentos sem temor de censura ou repressão. Abrange o direito de falar, de ouvir e de ser ouvido, mas contribui para o debate público e a formação de uma cidadania ativa. Abrange, ainda, a liberdade de imprensa, o acesso à informação e a proteção contra a discriminação. Todavia, a liberdade de expressão não é um conceito absoluto, devendo haver um equilíbrio entre a

proteção das liberdades individuais e a proteção dos direitos dos outros. Casos em que a liberdade de expressão é usada para propagar discurso de ódio ou incitar violência desafiam a própria essência da liberdade. O desafio reside em estabelecer os limites que devem proteger os direitos fundamentais, sem comprometer o cerne da liberdade de expressão.

3. A liberdade de expressão e a garantia dos direitos humanos nas Nações Unidas e na Organização dos Estados Americanos.

A liberdade de expressão é instituída como um direito humano nos tratados da ONU e nas diretrizes e tratados da OEA. O Brasil é país membro de ambas as organizações internacionais, tendo assinado e ratificado os tratados que versam sobre a liberdade de expressão, os quais foram incorporados no direito nacional a partir do processo legislativo próprio, impondo o cumprimento dos seus termos.

A liberdade de expressão é consagrada no artigo 19, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que estabelece que todas as pessoas tem direito à “[...]liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão” (Nações Unidas, 1948). Essa base legal reflete a importância dessa liberdade como um direito fundamental necessário para o desenvolvimento de sociedades democráticas e informadas.

O preceito onusiano enfatiza que a liberdade de expressão é essencial para a autonomia individual e para a deliberação democrática, sendo um instrumento indispensável para a cidadania ativa e a defesa de direitos humanos (Bento, 2016). Para além da DUDH, a liberdade de expressão é enunciada em outros dispositivos, como no artigo 19, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que inclui limitações com o objetivo

de proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde e a moral pública, sendo uma referência fundamental para a interpretação do direito no contexto internacional (Nações Unidas, 1966).

No âmbito regional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), promulgada pela OEA, protege o direito à liberdade de expressão em seu artigo 13, oferecendo interpretações adaptadas à realidade latino-americana e enfatizando a necessidade de garantir esse direito como pilar dos direitos humanos na região (Organização dos Estados Americanos, 1969).

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha;
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas;
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões;
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2;
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

A liberdade de expressão, portanto, inclui a expressão individual e coletiva, assim como, a busca por informações, verbalmente ou por escrito, inclusive por expressão artística e independentemente de fronteiras. Qualquer limitação a essa liberdade, por parte de um Estado americano, somente pode ocorrer quando ancorada em lei, e desde que vise assegurar os direitos e a reputação das pessoas, ou que busque proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde pública ou a moral pública.

Ainda, por parte da OEA e de seus organismos, é importante contextualizar a liberdade de expressão dentro das realidades políticas e sociais de cada país. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, tem desempenhado um papel significativo no monitoramento e na promoção de práticas que garantam a liberdade de expressão. No relatório anual de 2022, destacou-se preocupações específicas com países da América Latina, onde o contexto de censura, ameaças a jornalistas e criminalização da dissidência permanece alarmante. Esses relatórios registram as violações, mas também as orientações e instituem pressões diplomáticas para que os Estados membros implementem e respeitem os direitos de liberdade de expressão (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2022).

A liberdade de expressão é um direito fundamental que garante o debate democrático e fortalece os direitos humanos de forma ampla. Nos casos em que há censura ou repressão, a violação desse direito mina não apenas a integridade da Democracia, mas outros direitos individuais e coletivos, como a participação política e o acesso à informação. Segundo a Relatoria Especial, “a liberdade de expressão é um pilar essencial de uma sociedade democrática e permite a circulação de ideias e opiniões sem medo de represálias” (Organização dos Estados Americanos, 2021, p. 10).

Dentre os desafios específicos enfrentados, destacam-se os ataques à imprensa independente, que frequentemente ocorrem em países com tendências autoritárias. A CIDH (2022) reiterou que as restrições e ataques direcionados à mídia e a criminalização de jornalistas e defensores de direitos humanos são práticas que ameaçam o direito à liberdade de expressão. Essas práticas revelam um cenário de fragilidade democrática em diversos países latino-americanos, refletindo padrões autoritários herdados do colonialismo e exacerbados por políticas repressivas contemporâneas. Em termos de recomendações, sugerem-se políticas de educação sobre direitos humanos e cidadania, orientadas para que a sociedade civil possa compreender e

defender o direito à liberdade como um componente fundamental do sistema democrático; e iniciativas para capacitar a população e agentes do Estado sobre a importância e os limites desse direito, sobretudo, em contextos de alta tensão política e social.

De maneira geral, abordar a liberdade de expressão nos sistemas da ONU e da OEA vincula os tratados existentes e direitos consagrados, além de discussões sobre as realidades práticas e os desafios contínuos enfrentados nos países. A promoção da liberdade de expressão não é um objetivo isolado, mas vincula-se a um esforço para assegurar um ambiente democrático saudável, com respeito e promoção aos direitos humanos.

Nesse sentido, atualmente, as redes sociais desempenham um papel central na disseminação de informações em escala global, o que inclui a propagação de informação e de desinformação, especialmente em contextos eleitorais. Para enfrentar esses desafios, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) têm produzido relatórios e recomendações com o intuito de orientar a regulamentação dessas plataformas digitais, visando a proteção contra a desinformação.

Esses documentos ressaltam a necessidade de equilíbrio entre a luta contra a desinformação e a proteção à liberdade de expressão, alertando para o risco de censura excessiva, como apontado no relatório do Relator Especial para a Liberdade de Expressão da ONU (Nações Unidas; Organização dos Estados Americanos, 2017). Além disso, a Declaração Conjunta sobre *Fake News*, Desinformação e Propaganda, elaborada em conjunto pela ONU, OEA e outros organismos, destaca os impactos potenciais da desinformação na manipulação de resultados eleitorais e oferece diretrizes para governos e empresas de mídia lidarem com esses desafios de forma responsável (Nações Unidas et al., 2017).

Na Declaração Conjunta de 2017, visou-se responder ao crescimento da desinformação e das *Fake News*, que representam ameaças significativas à integridade do debate público e à Democracia. Enfatizou-se a necessidade de

os Estados adotarem políticas contra a desinformação que respeitem a liberdade de expressão, evitando qualquer tipo de censura ou controle excessivo da informação (Nações Unidas et al., 2017). Dentre as principais recomendações da Declaração, a promoção de transparência nas políticas de informação e comunicação *online*. Sugeriu-se que Estados e empresas de tecnologia revelem de forma transparente o funcionamento de algoritmos e de políticas de publicidade, especialmente para campanhas políticas. A transparência permite aos cidadãos entenderem melhor as fontes e o fluxo de informações, facilitando uma análise crítica do conteúdo que consomem e compartilham (Unesco, 2018).

Também está prevista a necessidade de promoção de medidas que combatam a vigilância ilegal e aleatória, além do emprego de mecanismos opacos por corporações, tais como *softwares espiões*, que monitoram a navegação *online* dos usuários. Muitos *websites* e aplicativos, incluindo *Facebook* e *Google*, rastreiam as atividades de seus usuários não apenas durante o uso de seus próprios serviços, mas através de variados métodos, como a utilização de *cookies* armazenados nos dispositivos dos usuários. Também é manifestada a oposição às restrições arbitrárias sobre o uso de criptografia e de ferramentas que garantem o anonimato *online*. Esse debate assume contornos especialmente controversos em casos como o do *WhatsApp*, onde existem diferentes correntes de opinião, inclusive no Brasil, que acreditam que a luta contra abusos deveria envolver a restrição do uso de criptografia pelo aplicativo. No entanto, essa visão é firmemente contestada por pesquisadores e organizações dedicadas aos direitos digitais, que defendem a criptografia como um direito fundamental à privacidade e segurança dos usuários na *internet*³.

³Agencia Brasil. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-07/onu-e-organismos-internacionais-defendem-liberdade-de-expressao>. Acesso em 11. Nov. 2024.

A Declaração de 2017 destacou a importância de se investir em educação midiática e digital para fortalecer a resiliência das sociedades contra a desinformação. Sobretudo, capacitar as pessoas para reconhecerem e avaliarem criticamente a veracidade das informações, com o intuito criar uma sociedade preparada para enfrentar e discernir entre conteúdo confiável e não confiável. Essa abordagem visa minimizar o impacto das *Fake News* e reduzir a dependência de medidas restritivas (Nações Unidas et al., 2017).

A Declaração também incentiva a verificação independente de fatos, por parte de governos e plataformas digitais. No entanto, o alerta para que tais medidas sejam proporcionais e respeitem os princípios de liberdade de expressão, para evitar a censura disfarçada de controle de qualidade da informação. Políticas contra desinformação devem ser cuidadosamente equilibradas para não restringirem críticas legítimas e o debate público, promovendo um ambiente democrático onde a comunicação livre seja protegida (Nações Unidas et al., 2017).

Ademais, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, na resolução A/HRC/38/7 de 2018, destacou a responsabilidade dos Estados e das empresas de tecnologia na moderação de conteúdo e enfatizou que medidas contra desinformação devem ser compatíveis com os direitos humanos, especialmente, o direito à liberdade de expressão (Nações Unidas, 2018). A Resolução explorou o impacto das mídias digitais no contexto da desinformação e do discurso de ódio, reconhecendo a crescente influência das plataformas *online* na propagação de *Fake News* e de conteúdos ofensivos. Embora as redes sociais e as plataformas digitais promovam a disseminação de informações, elas também facilitam a circulação de desinformação e de discursos que incentivam a violência e o preconceito, representando desafios substanciais para a proteção dos direitos humanos e da Democracia.

A resolução 38/7 não inovou em soluções, mas enfatizou o papel das empresas de tecnologia e das plataformas digitais na moderação de conteúdo, ao mesmo tempo em que destacou a importância de que tais práticas sejam

conduzidas com transparência e responsabilidade, a fim de evitar restrições arbitrárias à liberdade de expressão. Empresas de tecnologia são encorajadas a adotar políticas de moderação em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos, promovendo um equilíbrio entre a remoção de conteúdo prejudicial e a proteção da liberdade de expressão.

Por sua vez, os Estados devem proteger a liberdade de expressão enquanto combatem a desinformação. Logo, medidas contra *Fake News* e desinformação devem estar de acordo com os padrões internacionais de direitos humanos e não devem ser usadas como pretexto para suprimir a livre expressão. Os Estados devem atuar de maneira proporcional e respeitar os princípios de legalidade e de necessidade, assegurando que as políticas contra a desinformação não sejam excessivamente restritivas ou abusivas. Incentiva-se a cooperação multilateral entre governos, empresas de tecnologia e organizações da sociedade civil para desenvolver abordagens que respeitem os direitos humanos e promovam a educação digital (Nações Unidas, 2018).

Sobre o contexto da liberdade de expressão em tempos de desinformação, em 2019, foi lançado o plano de ação da ONU para o discurso de ódio, pelo Secretário-geral da ONU. Com o objetivo de fornecer uma abordagem coordenada e global para combater o discurso de ódio, especialmente nas plataformas digitais, o plano reconheceu que o discurso de ódio pode ter efeitos devastadores, como a incitação à violência, à discriminação e às divisões sociais. Logo, há necessidade de equilíbrio entre a proteção da liberdade de expressão e a proteção contra abusos (Nações Unidas, 2019).

O plano de ação enfocou na responsabilidade compartilhada entre governos, plataformas digitais, sociedade civil e o sistema de direitos humanos da ONU, sugerindo que os Estados tomem medidas para prevenir e combater o discurso de ódio, respeitando os direitos humanos e garantindo que tais medidas sejam proporcionais e não discriminatórias. Com isso as

plataformas digitais são orientadas a desenvolverem políticas internas mais rigorosas para a moderação de conteúdo, estabelecendo padrões de conduta e promovendo a remoção de material que viole direitos fundamentais, como o direito à dignidade humana (Nações Unidas, 2019).

O plano também enfatizou a importância de promover educação e sensibilização em contextos digitais, para que as pessoas compreendam melhor as consequências do discurso de ódio e da incitação à violência. A educação midiática e a alfabetização digital são vistas como ferramentas importantes para mitigar os efeitos negativos do discurso de ódio e fortalecer a resistência de comunidades vulneráveis a ataques de grupos extremistas. Ademais, o plano abordou a necessidade de uma resposta multilateral, encorajando os Estados membros da ONU a colaborar com organizações regionais e internacionais para coordenar as respostas ao discurso de ódio. Essa colaboração deve incluir iniciativas para melhorar o acompanhamento e a avaliação de políticas públicas, a fim de assegurar que as medidas adotadas sejam eficazes e compatíveis com os padrões internacionais de direitos humanos (Nações Unidas, 2019).

Em 2021, um relatório sobre a promoção e a proteção do direito à liberdade de opinião e expressão expôs as dificuldades de equilibrar a liberdade de expressão com a necessidade de proteger a sociedade contra os abusos, como o discurso de ódio e a desinformação, e propôs soluções para os Estados e para as empresas de tecnologia, com o objetivo de garantir a proteção dos direitos humanos enquanto preservam o espaço de debate público. Um dos temas abordados é a responsabilidade das plataformas digitais. Empresas de tecnologia devem adotar políticas mais transparentes sobre a moderação de conteúdo, e as plataformas devem agir de maneira responsável, respeitando os direitos humanos e garantindo que suas políticas não sejam excessivamente restritivas, mas eficazes para combater abusos, como discursos de ódio e desinformação (Nações Unidas, 2021).

A moderação deve ser equilibrada, visando remover conteúdos prejudiciais e a proteção da liberdade de expressão de formas que não resultem em censura indevida. Ainda, mencionou-se a necessidade de uma regulação equilibrada por parte dos Estados. O relator alerta contra a implementação de leis que possam restringir a liberdade de expressão de maneira desproporcional, sublinhando que qualquer medida adotada pelos governos deve ser compatível com as normas internacionais de direitos humanos. A regulação deve combater abusos, como a incitação ao ódio, sem comprometer o direito dos indivíduos de se expressarem livremente (Nações Unidas, 2021).

Menciona-se o desafio frente ao impacto da desinformação na liberdade de expressão. A propagação de *Fake News* e o discurso de ódio *online* podem enfraquecer as instituições democráticas e prejudicar a coesão social. Por isso, enfatiza-se a importância de uma abordagem multilateral e colaborativa no combate aos abusos digitais, recomendando que Estados, organizações internacionais e empresas de tecnologia trabalhem em conjunto para proteger a liberdade de expressão enquanto lidam com os novos desafios impostos pelas tecnologias emergentes. A cooperação global é vista como essencial para garantir que as políticas de moderação de conteúdo sejam eficazes e respeitem os direitos fundamentais de todas as partes envolvidas (Nações Unidas, 2021).

Em suma, a aplicação das normas internacionais de proteção à liberdade de expressão e combate à desinformação enfrenta desafios práticos significativos. A implementação desses acordos é complexa, pois os países lidam com diferentes contextos de pluralismo político e restrições legais, sobretudo, no que tange à regulação de órgãos de mídia digital e redes sociais (Nações Unidas, 2019). No contexto eleitoral, o papel das autoridades nacionais e locais, como o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no Brasil, torna-se crucial para assegurar que as respostas à desinformação estejam em conformidade com os princípios estabelecidos pela ONU e pela OEA. Essas diretrizes internacionais orientam as práticas de controle e fiscalização para

garantir a integridade dos processos democráticos, sem comprometer a liberdade de expressão (Organization for Security and Co-operation in Europe, 2018).

Dessa forma, a liberdade de expressão, embora amplamente protegida pelos sistemas da ONU e da OEA, enfrenta desafios quando confrontada com a necessidade de proteção aos direitos fundamentais, especialmente em contextos democráticos. Ambos os sistemas internacionais, global e regional americano, estabelecem que limites à liberdade de expressão podem ser legítimos quando visam proteger a ordem pública, os direitos de terceiros, a reputação ou a segurança nacional. Contudo, esses limites devem ser proporcionais e cautelosos, de forma a não comprometer o núcleo essencial do direito à informação (Organization for Security and Co-operation in Europe, 2018).

4. A liberdade de expressão constitucionalizada no Brasil: limites e implicações para a garantia dos direitos humanos.

A liberdade de expressão, conforme relatado, é um pilar da Democracia, mas também é o direito individual de manifestar ideias, opiniões e sentimentos, e o direito de expressão compreendido como coletivo, de troca de informações e conhecimentos. Realizou-se uma investigação qualitativa sobre a liberdade de expressão no Brasil, desde a sua consagração na Constituição Federal de 1988, até o marco de 2024.

No texto constitucional brasileiro, a liberdade de expressão é enunciada no artigo 5º, inciso IV: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.” (Brasil, 1988). Assegura-se a liberdade de manifestação, a transparência e a responsabilidade na troca de informações, objetivando-se a convivência social e o exercício pleno da cidadania. Por meio de outros

dispositivos⁴, o texto constitucional assegura essa liberdade em modalidades, como a liberdade de imprensa e a de comunicação. Nesse sentido, conforme o artigo 22, “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Por sua vez, o artigo 5º, como um todo, protege a liberdade de opinião livre, garantindo que todos possam se expressar sem receios de censura ou repressão (Brasil, 1988).

A liberdade de expressão passou por transformações significativas ao longo da historiografia constitucional brasileira, refletindo a evolução do próprio sistema político e as conquistas democráticas. A Constituição Federal brasileira de 1988 (CRFB/88), ao consagrar a liberdade de expressão como um direito fundamental, tornou-se um marco constitucional de ruptura com o regime autoritário que predominou no país até 1985.

Antes da Constituição de 1988, a regulamentação da liberdade de expressão era feita por normativas que refletiam a repressão política e a censura, como a Lei de Imprensa de 1967. Criada no contexto do regime militar, essa legislação impunha sérias restrições à liberdade de imprensa e à expressão pública, funcionando como uma ferramenta do Estado autoritário para controlar a informação e silenciar críticas. Em 2010, a Lei de Imprensa foi finalmente revogada pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu sua incompatibilidade com a Constituição de 1988, especialmente, com a garantia

⁴ Entre esses dispositivos, destacam-se: 1) Artigo 5º, inciso IV: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Essa disposição garante que todas as opiniões possam ser expressas, enfatizando a responsabilidade de quem se manifesta; 2) Artigo 220: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição ". Isso assegura que a imprensa opere com autonomia e responsabilidade na veiculação de informações; 3) Artigo 223: " Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal". Isso vincula a operação da mídia ao respeito à liberdade de expressão, garantindo que os usuários tenham acesso a informações variadas; 4) Artigo 5º, inciso X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Essa proteção é relevante para a liberdade de expressão, pois garante que a manifestação do pensamento não deve ser levada à prática de abusos que coloquem em risco a honra e a dignidade dos indivíduos.

85

dos direitos fundamentais e às limitações a atuação estatal em um Estado Democrático de Direito (Tôrres, 2013).

A revogação da Lei foi motivada por uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), apresentada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que argumentou que a antiga legislação, criada sob um regime autoritário, violava liberdades civis e não poderia ser mantida no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. O Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu pela não recepção da Lei de Imprensa, reafirmando a incompatibilidade de sua aplicação com a nova ordem constitucional, marcada pela garantia irrestrita dos direitos fundamentais e pela liberdade de expressão como um direito essencial e inviolável (Tôrres, 2013). Essa decisão, ademais, introduz um aspecto jurídico e político relevante - a diferenciação entre liberdade de imprensa e liberdade de expressão.

A liberdade de expressão abrange a pessoa manifestar suas ideias e opiniões, independentemente de forma ou meio, e a liberdade de imprensa se refere especificamente ao direito dos veículos de comunicação de transmitir informações e opiniões ao público, havendo maior na responsabilidade em relação ao interesse coletivo (Bonillo, 2022). Essa diferenciação também é compreendida da seguinte maneira: a liberdade de expressão inclui a proteção do direito de manifestar qualquer ideia, independentemente do interesse público. Em contraste, a liberdade de imprensa, conforme disposto no art. 220, § 1º, da Constituição Federal de 1988, possui um caráter mais restrito e instrumental, necessitando estar alinhada ao interesse público (Branco; Mendes, 2009).

Na mencionada decisão, o STF enfatizou a relevância da participação do Estado na proteção da liberdade de imprensa. Embora o Estado possa infringir esse direito, também possui um papel na sua salvaguarda. Tal posição se distancia da concepção liberal clássica, que limita o Estado a ser

apenas um agente violador das liberdades individuais (Oliveira; Prates; Repolês, 2018).

86

Quanto à liberdade de expressão, a legislação brasileira é vasta e complementa as garantias constitucionais com um conjunto de normas que visam proteger essa liberdade. A Lei nº 13.188/2015, por exemplo, dispõe sobre o direito de resposta, assegurando ao ofendido o direito de se manifestar em face de informações consideradas inverídicas ou prejudiciais. Além disso, o contexto atual de redes sociais e de comunicação digital impõe novos desafios, levando a discussões sobre a necessidade de regulamentações que preservem a liberdade de expressão sem deslegitimar a proteção contra abusos, como a disseminação de conteúdos de ódio e *Fake News* (Brasil, 2015). Portanto, pode-se argumentar que a liberdade de expressão, no Brasil, é um direito fundamental, amparado por uma sólida base constitucional e por uma legislação que busca equilibrar a proteção desse direito com a responsabilidade civil e social, reverberando a busca pela dignidade humana e pelos direitos coletivos.

Ademais, o desafio entre garantir liberdade e estabelecer limites é um tema central para a análise dos direitos humanos e da convivência democrática no país. Embora seja indispensável ao funcionamento democrático, a liberdade de expressão não é absoluta. Existem restrições previstas no ordenamento jurídico brasileiro para proteger outros direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a segurança pública. Essas limitações incluem a proibição de discursos de ódio, a calúnia, a difamação, a injúria e a disseminação de notícias falsas (*Fake News*) que possam causar dano a indivíduos ou ameaçar a ordem democrática. Em consonância com essas considerações,

Sem embargo, a liberdade de expressão não foi concebida na ordem constitucional de 1988 como um direito absoluto. O próprio texto constitucional consagrou direitos fundamentais que lhe impõem restrições e limites, como a indenização por dano moral ou à imagem (art. 5º, inciso V) e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X). Há, ademais, outros bens e valores constitucionais com que a liberdade de expressão pode colidir

em casos concretos, como o devido processo legal, a proteção à saúde e a própria igualdade. Nada no sistema constitucional brasileiro autoriza a conclusão de que a liberdade de expressão deva sempre prevalecer nestes conflitos. Por outro lado, a Constituição de 88 tem um firme e profundo compromisso com a construção da igualdade e com a luta contra o preconceito. Este compromisso visceral se evidencia na leitura dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos no art. 3º do texto magno: 'construir uma sociedade livre, justa e solidária' (inciso I), 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais' (inciso III) e 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' (inciso IV). O constituinte, portanto, não quis atribuir ao Estado o papel de espectador neutro e imparcial dos conflitos travados na esfera social. Pelo contrário, partindo da premissa empírica de que a sociedade brasileira é injusta e desigual, e de que nela vicejam a intolerância e o preconceito, ele impôs aos três poderes do Estado tarefas ativas, ligadas à inclusão social e à transformação de práticas opressivas voltadas contra grupos estigmatizados. (Sarmento, 2006, p. 98)

Seguindo o raciocínio citado, ressalta-se a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, adotada pelo Brasil, a qual refere-se à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não se limitando apenas ao vínculo entre o Estado e os cidadãos. Diferente de outros ordenamentos, como o estadunidense, que vê o Estado como o principal possível violador dos direitos fundamentais, o direito brasileiro reconhece que indivíduos também podem infringir esses direitos. Sob uma perspectiva de constitucionalismo social, entende-se que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, que se refere à proteção do bem comum, e uma dimensão subjetiva, que protege cada pessoa. Isso possibilita que o Estado intervenha para garantir os direitos fundamentais, mesmo quando a ameaça ou violação ocorre em uma relação privada (Bonillo, 2022).

A eficácia horizontal implica que os direitos fundamentais possam ser invocados em disputas entre particulares, estabelecendo um padrão de proteção que transcende a atuação estatal. A eficácia vertical restringe-se à relação entre o Estado e os cidadãos, assegurando que o Estado não viole direitos individuais. Essa abordagem permite uma proteção mais ampla e efetiva dos direitos fundamentais. Logo, além das possibilidades positivadas e expressas dos limites para a liberdade de expressão na Constituição de 1988,

em âmbito infraconstitucional, também existem inúmeros exemplos de restrições, tendo como relevantes exemplos os crimes contra a honra - a calúnia, a injúria e a difamação - e a discriminação racial (Bonillo, 2022).

Um caso emblemático para o estudo relacionado às fronteiras entre liberdade de expressão e discurso de ódio é o julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS, popularmente conhecido como “Caso Ellwanger”. O relatório do processo indica que Siegfried Ellwanger, dono de uma editora de livros no estado do Rio Grande do Sul, era simpatizante do regime nazista, escrevendo e publicando obras antisemitas e revisionistas do Holocausto. Ellwanger foi acusado de realizar conduta tipificada no art. 20, § 2º, da Lei 7.716/1989. O STF, em decisão majoritária, considerou procedente a acusação, entendendo que há limites ao direito à liberdade de expressão, sobretudo, que o seu legítimo exercício não inclui a prática do discurso de ódio (Bonillo, 2022).

Essa decisão ocorreu por meio de uma equiparação do preconceito dirigido à comunidade judaica com o crime de racismo, previsto na Lei 7.716/1989 (Bonillo, 2022). O voto divergente do Ministro Relator Moreira Alves considerou que a proteção contra o crime de racismo deveria ser restrita a grupos afrodescendentes, argumentando que os constituintes que estabeleceram o compromisso constitucional de combater preconceitos raciais eram afro-brasileiros, o que deveria resultar em uma interpretação limitada do crime de racismo. De acordo com Bonillo (2022), essa posição deve ser criticada, pois o titular do Poder Constituinte Originário da Constituição de 1988 é o povo brasileiro (Art. 1º, parágrafo único), que abrange os grupos sociais e raciais que o compõem. O constituinte representava o povo e, portanto, não deveria haver discriminação sobre quais minorias estigmatizadas poderiam ou não ser vítimas de racismo. Considera-se que o discurso de ódio racista abrange qualquer forma de discriminação de um grupo dominante contra um grupo subordinado (Matsuda, 1993).

Apesar das lacunas conceituais na decisão do “Caso Ellwanger”, como a falta de clareza sobre os limites da liberdade de expressão em relação ao

discurso de ódio, a definição de racismo e sua abrangência e a aplicação inconsistente de princípios do direito internacional dos direitos humanos ao contexto brasileiro, o STF apresentou uma interpretação à liberdade de expressão que se alinha com o modelo do direito internacional dos direitos humanos, relativizando-o e, ao mesmo tempo, reconhecendo a sua importância para o Estado Democrático de Direito. Logo, o STF desempenha um papel importante na definição dos limites dessa liberdade. Em julgamentos como a ADPF 130, que declarou inconstitucional a Lei de Imprensa, e no “Caso Ellwanger (1997)”, o STF reafirmou que a liberdade de expressão não pode ser usada para justificar atos discriminatórios ou ilícitos. Nas decisões, aplicou-se o princípio da proporcionalidade para equilibrar a liberdade de expressão com outros direitos fundamentais, priorizando o direito de maior relevância no caso concreto (Brasil, 1997).

Apesar de historicamente o STF ter assumido um papel mediador na questão da liberdade de expressão nas mídias digitais, essa dinâmica mudou com o crescimento das plataformas digitais, que passaram a exercer uma influência substancial na disseminação de informações. Com essa realidade, se reconhece que o poder não se concentra mais unicamente nas instituições estatais, também permeando as plataformas digitais, que cumprem um papel de regulação privada ao remover conteúdos considerados ofensivos. No entanto, é importante garantir que a regulação privada não afete a liberdade de expressão e que haja uma regulação estatal adequada para evitar a desinformação e outras atividades abusivas nas plataformas digitais (Barroso, 2023).

Nesse contexto, o STF deve assegurar que sua atuação não resulte em censura ou em favoritismos por ideologias políticas ao decidir sobre a liberdade de expressão. O debate atual entre o STF e as mídias digitais revela tensões sobre a responsabilidade das plataformas e os limites da liberdade de expressão, exigindo que o tribunal mantenha uma posição imparcial e baseada em princípios democráticos, adaptando sua abordagem às

complexidades do mundo contemporâneo. Conforme Barroso (2023) a tarefa de conter o abuso sem praticar o abuso não é singela e exige equilibrar a proteção da liberdade de expressão com a coibição de comportamentos criminosos ou antiéticos, o que é desafiador, especialmente no contexto da revolução digital.

Portanto, é importante encontrar um caminho apto a proteger os direitos fundamentais e a impedir abusos no ambiente digital, sobretudo, em tempos de polarização e intolerância. Embora a revolução digital tenha beneficiado e colocado em risco a Democracia e os direitos fundamentais, especialmente, pela disseminação de desinformação e de mensagens de ódio nas mídias sociais, a tarefa parece ser a de encontrar soluções para preservar a integridade da livre manifestação do pensamento, impedir os abusos no mundo digital e, ao mesmo tempo, evitar interferir razoavelmente no exercício desse direito.

Com base na investigação qualitativa realizada, comprehende-se que a liberdade de expressão, no Brasil, enquanto um direito fundamental consagrado pela CRFB/88, desempenha um papel central na construção e manutenção de uma sociedade democrática. No entanto, a proteção desse direito não é absoluta, encontrando limites necessários para a proteção de outros direitos igualmente importantes, como a dignidade humana, a igualdade e a segurança pública. As decisões do STF refletem a complexidade do equilíbrio entre a liberdade de expressão e a necessidade de coibir abusos, como o discurso de ódio e a difamação.

Em última análise, a liberdade de expressão, como direito fundamental, deve ser vista não apenas como um exercício individual, mas como um instrumento para a participação plena na vida política e social, exigindo vigilância constante para garantir que sua aplicação não contrarie os princípios democráticos e os direitos humanos.

5. Conclusão

A análise da liberdade de expressão, das suas dimensões e sua interconexão com os direitos humanos revela um campo complexo e vital para a consolidação de sociedades democráticas e pluralistas. A liberdade de expressão é um direito fundamental reconhecido pela ONU e pela OEA (Nações Unidas, 1948; Organização dos Estados Americanos, 1969). Além disso, é garante da Democracia. Essa centralidade é corroborada por autores como Bento (2016), que ressalta a autonomia que a liberdade de expressão propicia aos indivíduos e a sua função como instrumento para a cidadania ativa e a resistência a regimes autoritários.

No entanto, a narrativa sobre a liberdade de expressão não está isenta de desafios e tensões. O uso indevido desse direito para disseminar discursos de ódio, desinformação e violência levanta questões sobre os limites da liberdade de expressão (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2008). A necessidade de uma regulação equilibrada, que proteja a liberdade de expressão e os direitos de terceiros é um tema recorrente. Os tratados internacionais e recomendações da ONU e da OEA enfatizam que medidas de restrição são aceitáveis apenas quando são proporcionais e necessárias para proteger a ordem pública e os direitos alheios, sem comprometer o núcleo essencial do direito à informação (Nações Unidas; Organização dos Estados Americanos, 2017).

No contexto brasileiro, a Constituição de 1988 consagra a liberdade de expressão como um direito fundamental, mas também estabelece limites que são essenciais para a proteção de direitos humanos, como a dignidade, a igualdade e a segurança pública (Castro, 2024). As decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) têm sido cruciais para definir esses limites, especialmente em face das demandas trazidas pela era digital e da rápida disseminação de informações. O equilíbrio entre garantir a liberdade de expressão e coibir abusos, como discursos de ódio, é um desafio constante que demanda vigilância e uma abordagem regulatória cuidadosa. Em resumo, a

liberdade de expressão deve ser entendida como um direito que potencializa a participação cidadã, exigindo um diálogo contínuo sobre seu exercício responsável para a manutenção de uma sociedade verdadeiramente democrática e respeitosa dos direitos humanos.

Em resumo, o estudo objetivou entender, de forma teórica e jurídica, o papel da liberdade de expressão na promoção e defesa de outros direitos humanos, assim como, as suas limitações. Os resultados indicam que esse direito é imprescindível para o exercício da cidadania e das demais liberdades de pensamento, busca por conhecimento e religião. A liberdade de expressão é direito fundamental, porém não é um direito absoluto, havendo limitações necessárias para proteger outros direitos humanos, individuais e coletivos, como a dignidade e a igualdade. Logo enfatizou-se a importância de um equilíbrio entre o exercício concreto da liberdade de expressão e a coibição de abusos, sobretudo, nos meios digitais, de modo a garantir a convivência democrática no país.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, imprensa e mídias sociais: jurisprudência, direito comparado e novos desafios. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 25, n. 135, p. 20-48, jan./abr. 2023.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. São Paulo: Schwarcz-Companhia das Letras, 2014.
- BENTO, Leonardo Valles. International standards on the right to freedom of expression. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 210, p. 93-115, abr./jun. 2016.
- BONILLO, João Henrique. **A liberdade de expressão no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2022.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015. **Dispõe sobre o direito de resposta**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 nov. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424/RS**. Relator: Min. Celso de Mello, 1997.
- CATTINI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PRATES, Francisco de Castilho; SALCEDO REPOLÉS, Maria Fernanda. A liberdade de imprensa e o Estado Democrático de Direito: Comentários a partir da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130. In: SAELENDE, Airton Cerqueira-Leite (Org.). **Direito à Informação e Radiodifusão**. 1. ed. Brasília: Voz de Brasília, 2018. v. 1, p. 54-99.
- CASTRO, Lucianna do Couto e Souza. Novos contornos e desafios da liberdade de expressão no cenário digital. **Contribuciones a Las Ciencias Sociales**, São José dos Pinhais, v. 17, n. 7, p. 01-18, 2024.

- CHAIA, Miguel. O pensamento político expandido: Shakespeare, Hobbes, Maquiavel e Montaigne. Século XXI, **Revista de Ciências Sociais**, v. 12, n. 1, p. 42-49, 2022.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório Anual de 2022**. Washington, D.C.: OEA, 2022.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de LUÍS CARLOS BORGES. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- GONÇALVES, Bruno Tadeu Radtke; BERGARA, Paola Neves Dos Santos. A Revolução Francesa e seus reflexos nos direitos humanos. **Intertemas**, v. 718, p. 1638, 2014.
- GRUBBA, Leilane Serratine; MESSA, Ana Carolina. Desenvolvimento humano e igualdade de gênero. **Revista Em Tempo**, v. 19, n. 1, 2020.
- HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report on the promotion and protection of human rights in the context of digital technologies and hate speech** (A/HRC/44/24). Genebra, 2020. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3856629> Acesso em: 11 nov. 2024.
- KAYE, David. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. Genebra, 2021. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/report-special-rapporteur> Acesso em: 11 nov. 2024.
- KNAPPENBERGER, Brian. **The Internet's Own Boy: The Story of Aaron Swartz**. 2014.
- LAURENTILS, Lucas; THOMAZINI, Fernanda. Alonso. A crítica ácida e a baliza da (in)tolerância: a dinâmica da proteção da liberdade de expressão em casos de discurso ofensivo. **Revista Direito Práx.**, v. 11, n. 4, p. 2260-2301, 2020.
- MACEDO JUNIOR, R. P. Liberdade de expressão: que lições devemos aprender da experiência americana? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 274-302, jan.-abr. 2017.
- MACKINNON, Rebecca. **Consent of the Networked: The Worldwide Struggle for Internet Freedom**. New York: Basic Books, 2012.
- MARTINS NETO, João dos Passos. Noções preliminares de uma teoria jurídica das liberdades. **Sequência**, n. 53, p. 163-172, dez. 2006.
- MATSUDA, Mari J. **Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment**. Boulder: Westview Press, 1993.
- MCKESSON, DeRay. **Something to Say: Recommendations for Black Lives Matter**. New York: Crown Publishing Group, 2016.
- MILL, John Stuart. **On liberty**. Londres: John W. Parker, 1859.
- NAÇÕES UNIDAS. **Resolution adopted by the General Assembly 59 (I): Calling of an International Conference on Freedom of Information**. Nova York, 1946. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/179073> Acesso em: 11 nov. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Genebra: Nações Unidas, 1948.
- NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Genebra: Nações Unidas, 1966.
- NAÇÕES UNIDAS. **Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2018 [on the report of the Third Committee (A/73/589/Add.2)]**: Safety of journalists and the issue of impunity (A/RES/73/173). Nova York: Nações Unidas, 2018. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3800960> Acesso em: 11 nov. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech**. Nova York: Nações Unidas, 2019. Disponível em: <https://www.un.org/en/hate-speech/strategy> Acesso em: 11 nov. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS; ORGANIZAÇÃO PARA A SEGURANÇA E COOPERAÇÃO NA EUROPA; COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Joint Declaration on Freedom of Expression and "Fake News", Disinformation and Propaganda**. 2017. Disponível em: <https://www.osce.org/fom/302796> Acesso em: 11 nov. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 11 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório da Relatoria Especial sobre Liberdade de Expressão.** 2021. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/relatoria/liberdade_expressao/relatorios/2021/relatorio_2021.pdf Acesso em: 11 nov. 2024.

UNESCO. **Relatório de acompanhamento sobre a implementação da recomendação da ONU sobre a promoção da liberdade de expressão e dos direitos humanos na era digital.** 2018. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260186> Acesso em Acesso em: 11 nov. 2024.

ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE. **Freedom of Expression in the Media in a Digital Age.** 2018. Disponível em: <https://www.osce.org/files/f/documents/2/0/386258.pdf> Acesso em: 11 nov. 2024.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. **Pesquisa jurídica aplicada.** Florianópolis: Habitus, 2023.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "hate speech". In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais:** estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 47-98.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TÔRRES, Fernanda Carolina. **Liberdade de expressão e a proteção da honra e da imagem: limites da sua aplicação no direito brasileiro.** 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

Artigo recebido em: 08/03/2025.

Aceito para publicação em: 02/09/2025.

Direito fundamental ao livre exercício dos cultos religiosos: o problema da garantia de liberdade de culto das pessoas com deficiência física face à preservação ritualística e arquitetônica dos templos religiosos

Fundamental right to the free exercise of religious cults: the problem of guaranteeing freedom of worship for people with physical disabilities in the face of the ritualistic and architectural preservation of religious temples

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes¹
Bruno Martins Teixeira²

Resumo: A influência histórica da religiosidade no cotidiano da sociedade brasileira é percebida sob vários aspectos, dentre eles, na participação em cultos religiosos. Essa participação religiosa decorre da liberdade de culto, um postulado do princípio da liberdade religiosa, direito fundamental no constitucionalismo brasileiro republicano. O estudo analisará a problemática da garantia da liberdade de culto das pessoas com deficiência física em relação à preservação ritualística e arquitetônica dos templos religiosos. A pesquisa lança mão do método teórico-bibliográfico, com utilização de doutrina nacional e estrangeira, como também da relacionada à temática. Em relação ao procedimento metodológico, optou-se pelo método dedutivo, haja vista partir-se de uma concepção macro para uma concepção microanalítica, permitindo-se, portanto, a delimitação do problema teórico. O estudo conclui que fere a liberdade de culto a ausência de acessibilidade física (dos templos religiosos) para pessoas com deficiências físicas, sendo necessário conciliar a preservação ritualística e arquitetônica dos templos religiosos com a efetiva acessibilidade para pessoas com deficiência física.

Palavras-chave: Dignidade humana. Inclusão. Liberdade de culto. Liberdade religiosa. Pessoas com deficiência física.

¹ Doutor e Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - MG. Professor da graduação na Universidade de Itaúna - MG. Professor e coordenador do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna (Mestrado e Doutorado). Professor da Faculdade Católica de Pará de Minas - MG.

² Mestre em Direito - Proteção de Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna - MG. Especialista (Lato – Sensu) em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho - UGF - Rio de Janeiro - RJ. Especialista (Lato – Sensu) em Gestão Pública e Inovação pela Fundação Joaquim Nabuco - FUNDAJ – Recife - PE. Servidor Técnico Administrativo do Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET-MG – Campus de Divinópolis - Minas Gerais, Brasil. Advogado.

Abstract: The historical influence of religiosity in the daily life of Brazilian society is perceived in several aspects, among them, in the participation in religious cults. This religious participation stems from freedom of worship, a postulate of the principle of religious freedom, a fundamental right in Brazilian republican constitutionalism. The study will analyze the problem of guaranteeing the freedom of worship of people with physical disabilities in relation to the ritualistic and architectural preservation of religious temples. The research uses the theoretical-bibliographic method, with use of national and foreign doctrine, as well as that related to the thematic. Regarding the methodological procedure, the deductive method was chosen, starting from a macro conception for a microanalytical conception, allowing, therefore, the delimitation of the theoretical problem. The study concludes that religious freedom hurts the absence of physical accessibility (of religious temples) for people with physical disabilities, and it is necessary to reconcile the ritualistic and architectural preservation of religious temples with the effective accessibility for people with physical disabilities.

Keywords: Human dignity. Inclusion. Freedom of worship. Religious freedom. Physically handicapped.

1. Introdução

A liberdade religiosa é um direito fundamental do indivíduo, relacionando-se com o conceito de democracia substancial, haja vista o seu ideal isonômico no trato com as diversas religiões. Ademais, é próprio da religião e de sua prática, o exercício do culto, que pode ocorrer em ambiente doméstico ou público. Deste modo, uma sociedade democrática deve fortalecer meios para essa prática, como também retirar os obstáculos que a impeçam ou a dificultem.

Observando os templos religiosos, principalmente os católicos, percebe-se uma estrutura arquitetônica própria, com altares em posição de superioridade, com representação simbólica, como também a própria construção da igreja, que muitas vezes está localizada em lugares altos, possuindo escadas de acesso e elevadas torres.

Essa estrutura emblemática (o alto, a escadaria para se chegar a um lugar superior) é própria do campo religioso, com forte representação de elementos simbólicos de determinadas religiões. De outro lado, tem-se um

quantitativo considerável de fieis que possuem dificuldades físicas que obstaculizam a prática do culto, por conseguinte. É sobre essa temática que versa o presente estudo: a liberdade de culto, como faceta do princípio da liberdade religiosa, e a acessibilidade a pessoas com deficiência física aos templos religiosos, haja vista sua arquitetura.

Assim, a pergunta que permeia a pesquisa é a seguinte: a estrutura arquitetônica dos templos religiosos, que objetiva preservar a sua ritualística, porém não oportunizando acessibilidade a indivíduos com deficiência física, fere o princípio da liberdade religiosa, especificamente, a vertente da liberdade de culto?

A hipótese da pesquisa é a de que fere a liberdade de culto a ausência de acessibilidade física (dos templos religiosos) para pessoas que possuam deficiências física. Por consequência, nesta situação, o princípio da liberdade religiosa é ofendido.

Importante destacar que a acessibilidade a ser trabalhada na presente pesquisa é a física, no sentido de acesso, o caminhar, o adentrar aos templos religiosos.

Objetivando enfrentar referida problemática, estruturalmente o trabalho se divide em 3 seções temáticas no desenvolvimento, mais introdução e conclusão. Na primeira seção, intitulada O princípio da liberdade religiosa como direito fundamental, aborda-se a estrutura da liberdade de culto decorrente do princípio da liberdade religiosa, considerando a referida liberdade um direito fundamental. Na seção seguinte, com o título Exercício da liberdade de culto pelas pessoas com deficiência: proteção jurídica e inclusão social plena, é analisado o arcabouço normativo que visa proteger e incluir socialmente pessoas com deficiência física, relacionando a temática da seção com o exercício da liberdade de culto. Por fim, na terceira seção temática, que recebe o título Liberdade de culto das pessoas com deficiência física e a preservação dos templos religiosos: a importância da preservação da arquitetura dos templos e

rituais religiosos, será estudada a importância da preservação da arquitetura dos templos religiosos, harmonizando-a, todavia, com o efetivo acesso à liberdade de culto das pessoas com deficiência física.

Quanto à metodologia para a realização do estudo, utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica, tendo em vista que a construção do debate teórico se embasa, de maneira considerável, em doutrina relacionada à temática proposta. No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método dedutivo, partindo-se de uma concepção macro para uma concepção microanalítica, permitindo-se, portanto, a delimitação do problema teórico. Finalmente, no procedimento técnico, foram adotadas as análises interpretativas, comparativas, históricas e temáticas, possibilitando uma discussão pautada sob o ponto de vista da crítica científica.

Na escolha do objeto, optou-se por observar, principalmente, os templos sagrados do catolicismo, não se desconsiderando a possibilidade de ausência de acessibilidade em templos de outras religiões.

A pesquisa é importante por relacionar o direito fundamental da liberdade religiosa com a questão da acessibilidade, temática que possui primazia nas discussões jurídicas contemporâneas. A questão da deficiência física foi durante muito tempo relegada pela ciência jurídica e pelos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, situação diferente na atualidade, haja vista, inclusive, a sua inserção no bloco de constitucionalidade, como será verificado em outro lugar do estudo.

Deste modo, adentrando às seções temáticas da pesquisa, no próximo tópico será construído o arcabouço do princípio da liberdade religiosa, que fundamentará as etapas posteriores do estudo.

2. O princípio da liberdade religiosa como direito fundamental

O Estado antigo se sustentava numa concepção de matriz teocrática que não oportunizava a separação entre as finalidades políticas e religiosas,

ou seja, a religião se mesclava ao político (Martín-Retortillo Baquer, 1970). Um exemplo tradicional desse entrelaçamento se dá na comunidade política judaica.

De entre os postulados que lhe serviam de base destacam-se a ideia de que a personalidade humana foi criada à imagem e semelhança de Deus, de que o ser humano caiu em pecado e de que a sociedade deve organizar-se de acordo com as leis divinas no sentido de evitar a animosidade entre os indivíduos e de possibilitar o seu aperfeiçoamento moral (Machado, 1996, p. 15).

Percebe-se, deste modo, a sustentação do poder político numa legitimação transcendente, devendo ser exercido de acordo com os preceitos divinos. Situação semelhante era a da Grécia homérica, com a legitimação e divinização do poder político por intermédio do recurso às mitologias constantes de narrativas poéticas.

Posteriormente, “com o advento do pensamento filosófico-racional assiste-se a um processo de relativa secularização e desmitologização da polis” (Machado, 1996, p. 15).

Após perseguições oficiais ao cristianismo realizadas pelo Império Romano, ocorre uma alteração radical no ambiente. Num primeiro momento, por intermédio do Édito de Galério, no ano de 311 d.C., é reconhecido aos cristãos o direito à existência como também o direito de reconstruírem seus templos. Posteriormente, com a conversão de Constantino, em 312 d.C., é consagrado o direito à liberdade de crença (*sequindi religionem quam quisque vult*) e de culto (*colendi religionem suam*), vertentes do princípio da liberdade religiosa. Por intermédio do Édito de Tessalônica, do ano 380 d.C., o imperador Teodósio I (347-395 d.C.) oficializa o cristianismo como religião oficial do Império (*religio ufficiale*).

A partir de então o cristianismo se tornou a religião ocidental por excelência³, tendo a Igreja Católica se mantido como uma instituição estável

³ De uma situação de perseguidos, os cristãos passam a constituir a religião oficial do Império. A partir de então, todos aqueles que não professavam a fé cristã eram considerados pagãos, hereges. “Assim se comprehende que ao lado do termo *traidor*, em sentido político, o império adote todo um novo vocabulário de estigmatização e exclusão, que

e única até o fim da Idade Média, não havendo até então nenhuma contrariedade em relação aos seus dogmas que pudesse abalar sua estrutura de poder.⁴ Ademais, a queda do império romano do ocidente trouxe condições para a afirmação gradual da aspiração de unidade político-espiritual de supremacia eclesiástica. “O vazio político-espiritual que este acontecimento representou é passível de vir a ser suprido por uma Igreja devidamente motivada e apetrechada” (Machado, 1996, p. 26).

Com a reforma luterana (1517) tem-se o esfacelamento da unidade católica, advindo a necessidade de se considerar a liberdade religiosa do indivíduo. A partir de então inicia-se a elaboração teórica acerca do princípio da liberdade religiosa, que se compõe nas seguintes liberdades: i) liberdade de consciência; ii) liberdade de culto; e iii) liberdade de crença⁵ (Morais, 2015).

De acordo com a classificação dos direitos fundamentais esboçada na doutrina portuguesa por José Carlos Vieira de Andrade (1987), a liberdade religiosa se enquadra como um direito de defesa.⁶ Nos direitos de defesa há um dever de abstenção, um dever de não agir, de não interferência nas liberdades públicas. Os direitos de defesa são denominados de direitos de

incluir, entre outros labéus, as designações de herético, sistemático, apóstata, pagão, gentio e idólatra” (Machado, 1996, p. 23).

⁴ Interessante observar: “o potencial socialmente integrador do cristianismo é desde logo aproveitado por um império que pressente o seu declínio e luta desesperadamente pela sobrevivência. Na sequência da tradição de publicização da religião, a nova fé serve de coluna vertebral de uma homogeneizante *religião civil*, cujos propósitos fundamentais consistem em assegurar *pax terrena*, ou seja, a legitimidade e legitimidade do poder, a estabilidade das instituições e a integração e coesão do tecido social. Neste contexto, o Imperador faz suas as preocupações de ordem eclesiástica, doutrinária e disciplinar, reservando-se, nestes domínios, o exercício de uma prerrogativa majestática de vigilância e de controle. [...] O imperador autoprolama-se, doravante, o supremo moderador nas relações entre a Igreja e a *civitas*. Esta prevalência do poder temporal sobre o espiritual é frequentemente designada, pela doutrina, com as expressões *jurisdicionalismo* e *cesaropapismo*” (Machado, 1996, p. 21-22).

⁵ Neste mesmo sentido: ADragão (2008); ALVES (2008); CHIASSONI (2013); GOUVEIA (2012); MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2007); SARLET (2015); WEINGARTNER NETO (2007); ZYLBERSZTAJN (2012).

⁶ José Carlos Vieira de Andrade (1987) classifica os direitos fundamentais, no que se refere ao modo de proteção, em: i) direitos de defesa; ii) direitos a prestações; e iii) direitos de participação.

primeira geração (dimensão) por Karel Vasak (1982). Por sua vez, Georg Jellinek (1912) os denomina *status negativo* ou *status libertatis*.

O princípio da liberdade religiosa se relaciona com a constitucionalização do ordenamento jurídico, especificamente com o processo de transformação do ordenamento jurídico, “ao termo do qual, o ordenamento em questão resulta totalmente impregnado das normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado está caracterizado por uma Constituição extremamente invasiva e transbordante” (Guastini, 2014, p. 163, tradução nossa⁷).

Essa é a realidade do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988.

2.1 O princípio da liberdade religiosa como direito fundamental

Remonta aos primórdios da humanidade a crença no sobrenatural, sendo possível perceber, ao longo da história, a influência da religiosidade na sociedade em vários aspectos, desde ritos que celebram o nascimento, à influência na construção da moral social e da política na história de suas relações institucionais com o Estado.

Em relação à importância da religião nas sociedades humanas, Jónatas Eduardo Mendes Machado ressalta:

Os estudos arqueológicos, históricos e antropológicos colocaram em evidência o lugar central que a religião tem vindo a ocupar, desde sempre, nas sociedades humanas. Atualmente, esse fato é sublinhado pela sociologia. As formas de religiosidade são muito diversas entre si, embora seja possível encontrar semelhanças e pontos de contato em pelo menos muitas delas. Desde logo, a referência ao transcendente, ao sobrenatural, ao absoluto. Por força dessa sua natureza, ela é capaz de libertar energias

⁷ No original: “[...] al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente *impregnado* de las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado está caracterizado por una Constitución extremadamente invasiva y desbordante” (Guastini, 2014, p. 163).

incontroláveis, surgindo historicamente ligada ao que existe de melhor e de pior na história da humanidade (Machado, 1996, p. 9).

Em que pese a abertura ao transcendente, não se observa durante os primórdios das sociedades humanas as religiões institucionalizadas. “A religião era uma experiência da comunidade, necessariamente dissolvente do indivíduo” (Machado, 1996, p. 9).⁸

Posteriormente, o advento do cristianismo proporcionou um processo revolucionário nos âmbitos político e institucional, estruturando-se, num primeiro momento, na afirmação dos direitos da Igreja em relação ao Estado (momento hierocrático), passando pela afirmação dos direitos do Estado em relação à Igreja (momento regalista) e colimando na afirmação dos direitos dos cidadãos relativamente a ambos (momento constitucional) (Machado, 1996).

Ainda quando não houvesse religiões institucionalizadas, a crença em algo que extrapolasse a condição humana era perceptível, tendo os primeiros povos deixado resquícios de desenhos retratando deuses, animais fantásticos. Por sua vez, com o desenvolvimento das instituições religiosas a noção de religioso ultrapassou a condição individual para se relacionar com o fato de o crente ser uma pessoa vinculada a uma instituição religiosa.

Como observado alhures, é com a conversão de Constantino (312) que ocorre a consagração do direito à liberdade de crença (sequindi religionem quam quisque vult) e de culto (colendi religionem suam), vertentes do princípio da liberdade religiosa.

A liberdade de culto é a garantia da liberdade religiosa, haja vista caracterizar sua manifestação, no sentido de que é próprio do campo religioso a externalização da religião, o que ocorre, com frequência, na

⁸ Desde que o ser humano se entende como tal, começou a fazer para si imagens, mais ou menos elaboradas, representando a realidade. “Através dessas imagens interpretava as suas próprias experiências e tentava descobrir-lhes um sentido ordenador, que reproduzia através de um modelo discursivo” (Machado, 1996, p. 14). Observa-se, assim, uma relação muito íntima entre sagrado e profano, não sendo possível separar a vida religiosa da vida em comunidade.

presença de fieis em espaços físicos (templos) onde haverá a prática ritualística.

O culto pode ser exercido na esfera privada⁹ (doméstica) ou na esfera pública, como exemplo, em templos religiosos. Quando praticado em templos religiosos demanda a necessária estruturação arquitetônica para sua prática, com a inserção de objetos sagrados, como também com a ritualística própria de cada religião.

Acontece que algumas religiões, como é o caso do Catolicismo, possuem templos (igrejas) com estrutura tradicional, muitas delas centenárias, com escadarias simbólicas. Não é raro perceber a construção de igrejas nas partes mais elevadas de uma cidade, com aspecto simbólico, tanto religioso, quanto secular.

3. Exercício da liberdade de culto pelas pessoas com deficiência: proteção jurídica e inclusão social plena

Na seção anterior foi abordada a estrutura do princípio da liberdade religiosa, adentrando à característica da vertente liberdade de culto. Por sua vez, a partir da presente seção será estudada a problemática do exercício da liberdade de culto pelas pessoas com deficiência.

No Brasil há atualmente cerca de 18,6 milhões de pessoas de 2 anos ou mais de idade com deficiência, dado que representa 8,9 % da população total. A maior parte do referido público se concentra na faixa etária acima de 50 anos (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2023).

É importante destacar que no início do século XX as pessoas com alguma deficiência não exerciam qualquer participação social no tocante à

⁹ Desde a Constituição de 1824 é prevista a liberdade de culto doméstico. Neste sentido: “Art. 5. A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo” (Brasil, 2017a).

educação e às oportunidades de trabalho, nem tinham o devido acesso aos serviços públicos básicos. A consciência global sobre a valorização desses cidadãos só veio à tona efetivamente após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo em virtude do impacto causado pelas lesões físicas sofridas pelos combatentes nas batalhas, o que aumentou o número de indivíduos com deficiências diversas no mundo, principalmente no que diz respeito à locomoção, audição e visão (Araújo, 2011, p. 2).

Historicamente, a dicotomia do ‘eu versus o outro’ foi por muito tempo uma das principais causas de violação de direitos, fato que ficou evidenciado, por exemplo, no regime escravocrata, nas violações do nazismo, com o racismo, a homofobia, a xenofobia e outras tantas práticas de exclusão e intolerância observadas na contemporaneidade. Essa percepção do outro como um ser menor em dignidade e direitos continua sendo ainda hoje o principal elemento difusor de práticas de exclusão e desigualdade em todo o mundo (Piovesan, 2010, p. 48).

No âmbito internacional, um dos fatos históricos mais importantes que podem ser referenciados no tocante ao tratamento igualitário desse grupo vulnerável é o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. O documento anota, no artigo 1, o preceito pilar segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (Organização das Nações Unidas, 2018a).

Impulsionadas pelos movimentos sociais surgidos a partir da segunda metade do século XX, diversas normas internacionais representaram importante contributo relativamente à proteção dos direitos das pessoas com deficiência, podendo-se destacar, nesse âmbito, a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência Mental, de 1971. A regra estabeleceu, no artigo 2º, que à pessoa com deficiência mental deve ser garantida atenção médica e cuidados físicos adequados à sua condição. Frisa-se, no mesmo dispositivo, a

premência de se oportunizar a tais indivíduos amplo acesso à educação, à capacitação profissional, à reabilitação e à orientação que lhe permitam desenvolver integralmente suas aptidões (Organização das Nações Unidas, 2019b).

A Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 1975, é outra importante norma internacional para o estudo em tela. No artigo 3º, a norma contém o seguinte registro sobre o direito que tais pessoas têm de viverem uma vida digna:

3. Às pessoas portadoras de deficiências, assiste o direito, inherente a todo a qualquer ser humano, de ser respeitado, sejam quais forem seus antecedentes, natureza e severidade de sua deficiência. Elas têm os mesmos direitos que os outros indivíduos da mesma idade, fato que implica desfrutar de vida decente, tão normal quanto possível. (Organização das Nações Unidas, 2019a, tradução nossa).¹⁰

A Convenção número 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1983, que trata da reabilitação profissional e emprego das pessoas com deficiência, exerce papel extremamente relevante no ordenamento em análise. Sua ratificação, no Brasil, ocorreu em 18 de maio de 1990, tendo sido promulgada no País por meio do Decreto n.º 129, de 22 de maio de 1991. Em um dos seus pontos altos, na parte II, a Convenção estabelece os princípios da política de reabilitação profissional e emprego para pessoas com deficiência, ressaltando, no artigo 4, como uma de suas principais premissas, o respeito “à igualdade de oportunidades e de tratamento para os trabalhadores deficientes¹¹” (Brasil, 2018c).

¹⁰ No original: “3. Disabled persons have the inherent right to respect for their human dignity. Disabled persons, whatever the origin, nature and seriousness of their handicaps and disabilities, have the same fundamental rights as their fellow-citizens of the same age, which implies first and foremost the right to enjoy a decent life, as normal and full as possible” (Organização das Nações Unidas, 2019a).

¹¹ Esclareça-se que atualmente as expressões “trabalhadores deficientes” ou “pessoas deficientes”, encontradas sobretudo em algumas normas do século passado, não são mais usadas, sendo juridicamente correto utilizar nos dias atuais os termos “trabalhadores com deficiência” e “pessoas com deficiência”. O uso da terminologia foi acordado no evento denominado “Encontrão”, realizado no ano de 2000, em Recife, quando se discutiu o tema “Deficientes do Século XXI – O Século da Diferença: Por uma Sociedade Eficiente Quando o

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, refletindo tal movimento mundial e inovando, nesse ponto, em comparação à sistemática utilizada nas constituições anteriores¹², conferiu ampla proteção às pessoas com deficiência, dispondo especificamente sobre vários aspectos da vida social: proibiu expressamente o seu tratamento discriminatório no tocante a salário e critérios de admissão (art. 7º, XXXI); delegou competência comum aos entes federativos no que diz respeito à implementação de mecanismos para sua proteção (art. 23, II); previu competência legislativa concorrente para sua integração (art. 24, XIV); garantiu maior acesso aos cargos públicos (art. 37, VIII) e maior integração à vida comunitária (art. 203, IV); assegurou, ainda, atendimento educacional especializado e criação de programas de prevenção e atendimento especializado (arts. 208, III e 227, §1º, II) e determinou a normatização acerca da acessibilidade física e de transporte público (arts. 227, § 2º e 244). Essa abordagem do texto constitucional permite visualizar como já vinha sendo percebida a importância da questão no final do século passado.

Uma das alterações mais importantes do texto constitucional vigente se deu com a publicação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, CDPD, aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 09/07/2008, e promulgada pelo Decreto n.º 6949, de 25/08/2009. Em razão de sua votação ter sido feita conforme o procedimento previsto no § 3º do artigo 5º, da Constituição de 1988, as disposições da Convenção passaram a integrar o texto constitucional com status de Emenda Constitucional, compondo, por conseguinte, o bloco de constitucionalidade (Brasil, 2017b).

No seu artigo 1º, a CDPD exalta o propósito de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos, as

Preconceito Esquece o D” (Sarlet, 2014, p. 60). Frisa-se que, a partir da promulgação da CDPD, em 2009, os novos diplomas já adotam a terminologia **pessoas com deficiência**.

¹² Nas normas constitucionais anteriores não havia menção direta às garantias desses indivíduos, salvo a breve previsão contida na Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/1969, que fez constar no artigo 175, § 4º, que “Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais”.

liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente” (Brasil, 2018d).

As disposições da CDPD vieram consolidar os esforços da empreitada instaurada pelo Direito Internacional desde a segunda metade do século XX, representando o principal núcleo jurídico-constitucional protetivo das pessoas com deficiência no direito internacional. É, além disso, a principal base normativa da Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015 - o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2018b).

A principal conquista no bojo da CDPD foi a institucionalização do novo conceito social de pessoas com deficiência, no seu artigo 1:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (Brasil, 2018d).

A conclamação de uma participação social mais ampla e efetiva em todos os campos também foi um ponto de primordial relevância trazido pela Convenção de 2009, em cujo texto deixou assentado, como um de seus pilares principais, registrados no item c) do artigo 3, “a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade” (Brasil, 2018d).

Além disso, essa amplificação no tocante à inclusão é verificada com maior clareza ao se analisar o conteúdo do artigo 30 da Convenção, que dispõe sobre a participação na vida cultural e nas atividades de recreação, lazer e esporte, assinalando que:

Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência tenham a oportunidade de desenvolver e utilizar seu potencial criativo, artístico e intelectual, não somente em benefício próprio, mas também para o enriquecimento da sociedade. (Brasil, 2018d).

Nesse sentido, os ideais de participação e inclusão protegidos constitucionalmente, principalmente por força da CDPD, preconizam o atual modelo social da deficiência, pelo qual se comprehende que as dificuldades

ainda enfrentadas pelas pessoas com deficiência são decorrentes de problemas muito mais afetos à sociedade do que propriamente à pessoa. Vida independente, não discriminação, acessibilidade e diálogo civil passaram a constituir, agora, elementos essenciais na análise do novo modelo (Lorenzo, 2018, p. 35).

A caracterização da pessoa com deficiência não deflui exclusivamente da falta de um membro ou da limitação das faculdades auditivas ou visuais. Além da consideração desses fatores, a definição de quem é ou não pessoa com deficiência passa principalmente pela identificação das dificuldades de se relacionar e pela ponderação dos impedimentos atitudinais que obstaculizam a plena inclusão social (Araújo, 2011, p. 20).

Portanto, constitui importante papel da sociedade promover a eliminação de quaisquer barreiras arquitetônicas, programáticas, metodológicas, instrumentais, comunicacionais e atitudinais que impedem as pessoas com deficiência de participar plenamente dos serviços, lugares, informações e bens necessários ao seu desenvolvimento integral (Sassaki, 2010, p. 45).

Um outro relevante aspecto da questão inclusiva – talvez o mais importante atualmente – diz respeito ao alcance da participação dos grupos vulneráveis em todos os setores da vida social, como já aludido antes.

Quando se fala em uma sociedade inclusiva, na conceituação mais moderna do termo, a preocupação deixa de estar centrada tão somente nas necessidades mais básicas da vida social para abranger, a partir de agora, uma ampla e efetiva participação isonômica no trabalho, no lazer, na recreação, no esporte, no turismo, na cultura, na religião, nas artes, na política (Sassaki, 2010, p. 174).

Na subseção seguinte serão abordados os principais aspectos acerca da participação social dessas pessoas na vida religiosa, como manifestação do princípio da liberdade de culto.

3.1 Direito de inclusão na religião como condição para a efetivação da dignidade humana

Conforme já se analisou em tópico anterior, o exercício da religiosidade é um dos direitos mais antigos de que se tem conhecimento, eis que os primeiros sistemas de representações que o homem se fez do mundo e de si mesmo são de origem religiosa (Durkheim, 1983, p. 211).

Sob o aspecto objetivo, a garantia de acesso à religião – bem como o direito de não se manifestar como sectário de qualquer credo - representa um dos principais modos de exercício da autonomia de vontade, sem o qual não se realiza a dignidade humana. “Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade (Barroso, 2018, p. 309).

Nesse contexto, apesar de ter-se observado nas últimas quatro décadas uma considerável evolução das normas que visam maior inclusão social das minorias e grupos vulneráveis, inclusive no que tange à liberdade religiosa, determinadas coletividades ainda continuam impedidas de uma participação plena em várias áreas, como é o caso das pessoas com deficiência.¹³

O direito a expressar uma religião só passou a fazer parte da pauta de inclusão das pessoas com deficiência a partir dos anos 1980 (Sassaki, 2010). Dentre as normas jurídico-internacionais que abordam o direito desses cidadãos viverem plenamente a religião, merecem destaque o “Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes” (Resolução da ONU n.º 37/52, de 3.12.1982) e as “Normas sobre equiparação de oportunidades” (Resolução da ONU n.º 48/96, de 20/12/93).

¹³ No Brasil, no último censo oficial, aproximadamente 92% das pessoas afirmaram fazer parte de algum credo religioso (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010, p. 141-144).

A Resolução 37/52 de 1982, em seu artigo 21, frisa que “é o meio que determina o efeito de uma deficiência ou de uma incapacidade sobre a vida cotidiana da pessoa”, antevendo a afirmação do atual modelo social de deficiência. (Organização das Nações Unidas, 1982). A exigência da plenitude de participação social de todas as pessoas é bem explicitada no trecho final do citado artigo, ao asseverar que:

A pessoa vê-se relegada à invalidez quando lhe são negadas as oportunidades de que dispõe, em geral, a comunidade, e que são necessárias aos aspectos fundamentais da vida, inclusive a vida familiar, a educação, o trabalho, a habitação, a segurança econômica e pessoal, a participação em grupos sociais e políticos, as atividades religiosas, os relacionamentos afetivos e sexuais, o acesso às instalações públicas, a liberdade de movimentação e o estilo geral da vida diária. (Organização das Nações Unidas, 2018b, grifo nosso).

Na década de 1990, com o advento da Resolução da ONU n.º 48/96, de 20/12/1993, reforçou-se o mesmo princípio de ampla inclusão de todas as pessoas com deficiência na atividade religiosa. Essa norma destacou um capítulo exclusivo para o tema da religião, com a previsão de diretrizes voltadas principalmente ao Estado e às entidades religiosas:

Regra 12. Religião - Os Estados devem promover a adoção de medidas destinadas a assegurar a igualdade de participação das pessoas com deficiências na vida religiosa das suas comunidades. 1. Os Estados, em coordenação com as autoridades religiosas, devem promover a adoção de medidas destinadas a eliminar a discriminação e a tornar as atividades religiosas acessíveis às pessoas com deficiências. 2. Os Estados devem promover a divulgação de informação sobre questões relacionadas com a deficiência pelas organizações e instituições religiosas. Os Estados devem também encorajar as autoridades religiosas a incluir informação sobre políticas em matéria de deficiência nos programas de formação para o desempenho de profissões confessionais, bem como nos programas de ensino da religião. 3. Devem também promover a adoção de medidas destinadas a garantir que as pessoas com deficiências sensoriais tenham acesso a literatura de cariz religioso. 4. Os Estados e/ou as organizações religiosas devem consultar as organizações de pessoas com deficiências sempre que desenvolvam medidas destinadas a promover a igualdade de participação dessas pessoas nas atividades religiosas. (Organização das Nações Unidas, 1983).

No direito brasileiro, a inclusão na religião é reconhecidamente um direito fundamental de todo e qualquer indivíduo, se relacionando com a plenitude do exercício da liberdade de culto. Essa afirmação decorre do que dispõe o artigo 5º, inciso VI, da Constituição, que afirma serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo invioláveis a liberdade de consciência e de crença e assegurados o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção aos locais de culto e às práticas litúrgicas.

A CDPD, em seu artigo 19, veio ressaltar a importância do reconhecimento do direito à participação plena e à garantia de uma vida independente, ao estabelecer que:

Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade [...] (Brasil, 2018d).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015) reverbera, no seu artigo 8º, aquilo que já vinha sendo ressaltado nos âmbitos internacional e interno, dispondo expressamente acerca de toda gama de direitos que devem ser garantidos à coletividade vulnerável em referência, dando ênfase especialmente ao direito a uma convivência comunitária. Nesse sentido, o dispositivo anota como obrigação estatal garantir à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de outros decorrentes da Constituição, da CDPD e demais normas garantidoras do bem-estar pessoal, social e econômico dessa coletividade (Brasil, 2018b).

É inquestionável, portanto, o fato de que o exercício da religião pelas pessoas com deficiência é um direito amplamente assegurado na órbita internacional, bem como no direito pátrio. Contudo, é necessário indagar sobre como vem sendo efetivada essa garantia, sobretudo em face dos demais valores e interesses que podem entrar em conflito com a ideia moderna de inclusão.

Já se fez referência anteriormente à subdivisão da liberdade religiosa em liberdade de crença, liberdade de consciência e liberdade de culto. Deve-se ressaltar que as duas primeiras espécies se situam no âmbito subjetivo do indivíduo, encerrando o direito de escolha de qual religião seguir, ou mesmo de não seguir qualquer religião. A liberdade de crença e consciência perfaz-se, portanto, pela simples contemplação do sagrado. Por outro lado, a liberdade de culto exige mais do que simplesmente um exercício subjetivo, exteriorizando-se na prática dos ritos, mediante as cerimônias, manifestações, reuniões e demais características adotadas pela religião escolhida (Silva, 2017, p. 251).

Dentre as diversas justificativas que têm sido apresentadas para a não implementação das mudanças físicas necessárias, afirma-se a necessidade de preservação de elementos arquitetônicos que refletem toda simbologia e historicidade da religião (Menezes, 2016).

Na próxima seção será abordada a importância da preservação da arquitetura dos templos religiosos e sua relação com o exercício da liberdade de culto. E, na sequência, serão abordados os principais aspectos acerca da participação social dessas pessoas na vida religiosa, como manifestação do princípio da liberdade de culto.

4. Liberdade de culto das pessoas com deficiência física e a preservação dos templos religiosos: a importância da preservação da arquitetura dos templos e rituais religiosos

O exercício das atividades religiosas dentro dos vários templos e demais locais sagrados existentes recebe específica proteção jurídica enquanto direito fundamental, conforme previsão do artigo 5º, VI, da Constituição, que estabelece ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (Brasil, 2017b). Essa garantia abarca os locais de culto bem como suas liturgias, as quais compreendem as reuniões, orações, símbolos e toda manifestação prática da fé professada por determinado grupo.

Os templos e rituais sagrados têm grande importância para todas as religiões, uma vez que constituem o modo pelo qual cada credo compartilha e comunica os princípios de sua doutrina (Menezes, 2006).

A Igreja Católica¹⁴, por exemplo, destina tratamento especial ao tema em seu Catecismo. No artigo 11, o aludido documento estabelece que sua finalidade precípua é expor os conteúdos essenciais e fundamentais da doutrina católica, apresentando os temas da fé e da moral, em consonância com as disposições do II Concilio do Vaticano e do conjunto da Tradição da Igreja, além de prever que suas principais fontes são a Sagrada Escritura, os santos Padres, a liturgia e o Magistério da Igreja (Vaticano, 1992).

¹⁴ Este trabalho não aborda apenas elementos do Catolicismo, nem se restringe à análise de questões observadas nas religiões cristãs. Entretanto, como forma de melhor representar o universo do objeto pesquisado dentro dos fins expostos, examinaram-se preponderantemente elementos cristãos, muitas vezes mais presentes nos templos católicos. Nessa mesma direção, considerou-se também o fato de que cerca de 65 % do número dos cidadãos brasileiros que se dizem religiosos afirmam ser católicos. (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010, p. 145).

O documento, em seu artigo 1181, tratando da celebração do mistério cristão, versa sobre a importância da arquitetura dos templos para os católicos:

A casa de oração em que é celebrada e conservada a santíssima Eucaristia, em que os fieis se reúnem, e na qual a presença do Filho de Deus, nosso Salvador, oferecido por nós no altar do sacrifício, é venerada para auxílio e consolação dos fiéis, deve ser bela e apta para a oração e para as celebrações sagradas. (Vaticano, 1992).

Em disposição específica acerca do altar sagrado - elemento que no Catolicismo é apenas um dos vários componentes do espaço de celebração da missa (Menezes, 2006, p. 74), - o artigo 1182 do Catecismo registra a importância do local como o centro da igreja, no qual se posta a “mesa do Senhor”, podendo ainda representar, em algumas liturgias orientais, o símbolo do túmulo de Cristo (Vaticano, 1992).

A respeito da celebração de seus principais rituais, o documento católico, no artigo 1189, destaca os principais itens básicos constituintes da celebração da liturgia, os quais representam a criação (luz, água e fogo) e a vida humana (lavar, tingir; partir o pão), além de demonstrarem a história da salvação, por meio dos ritos pascais. A importância religiosa desses elementos enquanto portadores da ação salvadora e santificadora de Jesus Cristo é aspecto a que o dispositivo católico também dá especial relevo (Vaticano, 1992).

Em determinadas religiões, os templos são construídos objetivando a representação de cenários bíblicos, como é o caso do Templo de Salomão, da Igreja Universal do Reino de Deus, localizado na cidade de São Paulo. No Jardim Bíblico da edificação encontra-se uma réplica do tabernáculo de Moisés e de seus utensílios. Na edificação há, ainda, o Memorial de Jerusalém, que resgata a história dos Templos da Terra Santa e das doze

tribos de Israel, além de um espaço denominado Jardim das Oliveiras, o qual representa para os fieis o monte das oliveiras bíblico (Universal, 2018).

Alguns modelos arquitetônicos dos espaços sagrados variam ao longo da história, muitos são incorporados e adaptados por diferentes religiões, dependendo também de questões políticas e culturais. “Os espaços sagrados em si, seja qual for a religião, frequentemente compartilham de tipologias muito semelhantes, com a apropriação da luz e escadas monumentais para evocar um sentimento de admiração e piedade” (Menezes, 2006, p. 70).

Na próxima subseção serão apresentadas considerações sobre o Decreto nº 10.014/2019, destacando seus principais fundamentos e o debate que vem surgindo após sua publicação.

4.1. O Decreto nº 10.014/2019 e seu contexto jurídico-normativo

No âmbito infraconstitucional, o tema da acessibilidade é tratado pela Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, a qual estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Visando regulamentar referida norma, foi editado no ano de 2004 o Decreto nº 5.296/2004 que, além de abordar a questão da acessibilidade, fixou os critérios relativos ao atendimento prioritário dessa coletividade.

O Decreto nº 5.296/2004 especificou as diretrizes para a implementação da acessibilidade na arquitetura dos locais públicos e privados de uso coletivo, nos transportes coletivos e nos meios de informação e comunicação.

A partir do ano de 2016 teve início um forte debate sobre a temática no que tange às dependências de igrejas e demais templos religiosos. Uma das principais iniciativas nesse sentido foi materializada no Projeto de Lei nº

6.518/2016, de autoria do Deputado Antônio Bulhões (PRB-SP), que propunha a alteração da Lei nº 10.098/2000 para isentar templos religiosos das disposições relativas à acessibilidade no que diz respeito aos altares (2018a).

Importante observar o que diz esse trecho da justificação do PL 6.518/2016, que resume o seu objetivo:

Destacamos que, em alguns templos, os altares são ou foram construídos tendo como base réplicas de templos antigos, alguns milenares, já não mais existentes. Por sua vez, outros altares seguem padrões estabelecidos por dogmas, princípios ou fundamentos religiosos, cujas alterações com base nas normas vigentes poderiam trazer prejuízos litúrgicos. Precisamos ter em mente que, além dessa questão de caráter religioso, há ainda altares em templos que são tombados e constituem patrimônio cultural, cujas eventuais modificações ou reconstruções transformariam significativamente sua forma e, consequentemente, sua história. É plenamente desejável, pois, que os altares de templos religiosos não sejam entendidos como barreiras arquitetônicas e não estejam incluídos nos critérios exigíveis referentes a elementos arquitetônicos acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. (Brasil, 2018a).

O PL 6.518/2016 não prosperou e foi definitivamente arquivado em 31/01/2019. Dentre as manifestações que foram feitas durante a tramitação na Câmara dos Deputados, calha mencionar os fundamentos que foram apresentados pela Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência, em dezembro de 2017, quando rejeitou o texto sob os seguintes fundamentos:

- a. Negar às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida a possibilidade de acessar e utilizar os espaços abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo, é negar a sua condição de cidadão e é um desrespeito à dignidade da pessoa humana.
- b. O respeito à dignidade da pessoa humana está profundamente ligado aos valores religiosos. As religiões afirmam a humanidade comum e a igualdade de todas as pessoas e são, por definição, instituições que prezam, defendem e promovem a inclusão.
- c. Não se pode afastar, de pronto, a possibilidade de que, em alguns casos específicos, razões de ordem religiosa possam dificultar a adaptação de altares de uso coletivo para o acesso de pessoas

portadoras de deficiência ou mobilidade reduzida. d. [...] não há dificuldade de ordem litúrgica que não possa ser enfrentada com criatividade e técnica adequada. Não são apenas os templos religiosos que enfrentam essas dificuldades. Se elas podem ser enfrentadas e solucionadas em prédios de instituições seculares, mais razão ainda há para que se busque assegurar o direito das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida em instituições que colocam em um plano absoluto a dignidade da pessoa humana. A preocupação e o zelo das instituições religiosas com a inclusão das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida não pode ser menor do que o demonstrado por instituições seculares. (Brasil, 2016).

Como notado, apesar de compreensíveis sob determinados aspectos, os argumentos apresentados no projeto esbarravam em princípios e normas constitucionais claramente delineados.

Pouco meses depois do arquivamento do PL 6.518/2016, o presidente Jair Bolsonaro editou o Decreto nº 10.014, de 06 de setembro de 2019, o qual acrescentou o parágrafo 2º ao artigo 18 do Decreto nº 5.296/2004, dispondo especificamente sobre a acessibilidade no interior dos templos religiosos:

Art. 18. A construção de edificações de uso privado multifamiliar e a construção, ampliação ou reforma de edificações de uso coletivo devem atender aos preceitos da acessibilidade na interligação de todas as partes de uso comum ou abertas ao público, conforme os padrões das normas técnicas de acessibilidade da ABNT.

[...]

§ 2º O disposto no caput não se aplica às áreas destinadas ao altar e ao batistério das edificações de uso coletivo utilizadas como templos de qualquer culto. (grifo nosso)

A partir de então, segundo essa nova regra, os altares e batistérios de quaisquer templos religiosos ficam de fora das exigências legais quanto à acessibilidade, continuando obrigatória a observância da legislação no que respeita aos outros lugares do templo.

Uma das reações mais significativas à referida alteração é o Projeto de Decreto Legislativo nº 638, de autoria do Senador Romário (Podemos/RJ), que propõe a sustação do Decreto nº 10.014/ 2019. A justificação apresentada pelo proponente afirma, em suma, que “Além de ilegal, por contradizer a norma que busca regulamentar, o decreto é inoportuno e fere a dignidade da

pessoa com deficiência, ao pressupor que a elas não se aplica o direito de praticar os ritos religiosos que porventura tenham decidido abraçar” (Brasil, 2024b, p.2).

Por fim, o texto da justificação chama atenção para a necessidade de observar-se a definição de “acessibilidade” encontrada no Estatuto a Pessoa Com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que abarca todas as instalações abertas ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, incluindo-se as que se destinam a atividades religiosas.

Interessante observar que, ao publicar o Decreto nº 10.014/2019, o então chefe do Poder Executivo ampliou o âmbito de isenção antes debatido no bojo do PL 6.518/2016 - que defendia a desobrigação em comento apenas em relação aos altares - , passando a aplicar tal isenção em relação a altares e batistérios.

A questão tem gerado importantes debates, já que pode impossibilitar ou dificultar o pleno exercício da liberdade de culto a parcela expressiva da população. Como forma de solucionar ou minimizar os impactos do problema, estudosos têm apontado o uso da técnica denominada “desenho universal” como uma das maneiras de conciliar todos os interesses sociais envolvidos. É desse assunto que se cuidará no próximo tópico.

4.2 Acessibilidade, desenho universal e inclusão na religião

A ideia de oferecer acessibilidade para as pessoas com deficiência passa necessariamente pela observância de modelos arquitetônicos que atendam, na medida do possível, ao maior número de pessoas. Este é um ponto essencial.

Aqueles que têm deficiência ou mobilidade reduzida têm garantia de acesso a todos os espaços públicos. Para tanto, a estrutura dos logradouros, praças e demais locais de uso geral não podem representar barreiras à

inclusão dessas minorias. Como destaca Romeu Sassaki (2010), inicialmente, a partir da década de 1980, buscou-se contornar referidos problemas com a implementação de desenhos arquitetônicos mais acessíveis, independentemente dos efeitos gerais que poderiam decorrer dessa prática.

O “desenho acessível”, ressalta Sassaki (2010), comprehende produtos e ambientes destinados exclusiva ou preferencialmente para pessoas com deficiência, denotando clara aparência de algo especial e, por conseguinte, estigmatizante, apesar de bem-vindo.

Na perspectiva democrática, a ideia do desenho acessível funciona como um mero paliativo. Sua lógica está em buscar, incondicionalmente, uma possível integração do cidadão vulnerável à comunidade, independente das demais consequências para a comunidade como um todo. Contudo, deve-se atentar para o fato de que a simples eliminação das barreiras excludentes sem nenhuma preocupação quanto aos impactos que tal ato pode vir a ocasionar na vida das demais pessoas pode dar consequência a um importante problema jurídico, o que demandou a elaboração de um “desenho” que concilie os vários interesses sociais envolvidos.

A Convenção Internacional de Proteção às Pessoas com Deficiência oficializou internacionalmente esse novo modelo, o qual é conhecido por “desenho universal” ou “desenho para todos” (Brasil, 2018d). Em seu artigo 2º, a CDPD define o desenho universal como sendo:

A concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O “desenho universal” não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias. (Brasil, 2018d).

O conceito foi assimilado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015 -, que promoveu a alteração da Lei de Acessibilidade - Lei n.º 10.098, de 19 de dezembro de 2000, incluindo, nesta última, o artigo 2º, inciso X, que define desenho universal como a “concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as

pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva” (Brasil, 2018a).

Um aspecto fundamental no novo conceito está no fato de que os produtos e ambientes feitos sob essa concepção não parecem ter sido pensados especialmente para pessoas com deficiência, apresentando características que indicam uma normal usabilidade por quaisquer indivíduos, o que torna seus detalhes muitas vezes imperceptíveis por quem não tenha alguma deficiência (Sassaki, 2010).

A necessidade de ampla implementação do desenho universal constitui hoje um dos principais objetos de diálogo entre o Direito e a Arquitetura. Objetiva-se, nesse âmbito, alcançar o aprimoramento das técnicas e do planejamento relacionadas às edificações de uso público. “A meta é que qualquer ambiente ou produto poderá ser alcançado, manipulado e usado, independentemente do tamanho do corpo do indivíduo, sua postura ou mobilidade (Silva; Silva, 2013, p. 121).

A maior dificuldade que envolve a acessibilidade nos templos religiosos está no fato de que nem sempre é possível efetuar, nesses lugares, modificações arquitetônicas sem comprometer características históricas ou simbólicas ali presentes. A realização de obras que respeitem um modelo que atenda a todos exige, no caso dos templos religiosos, que se pense no respeito a toda simbologia presente nas formas do espaço religioso, como foi mencionado na justificação do Projeto de Lei 6.518/16 (Brasil, 2018a). A fim de promover maior participação social e facilitar a vida de todas as pessoas, a criatividade e o desenho universal devem ser elementos sempre presentes na aplicação das técnicas arquitetônicas modernas (Silva; Silva, 2013, p. 122).

Em consonância com esse objetivo, deve prevalecer a ideia de inclusão plena no âmbito da religião, sobretudo em razão de que a maioria dos princípios religiosos preconizam o respeito às diferenças, o cuidado com os

mais frágeis e a abertura à participação de todos enquanto seres humanos dignos e aos quais deve ser ofertado de tratamento igualitário.¹⁵

A situação pode representar ainda mais dificuldade quando se trata de edificações tombadas, cujas características podem envolver elementos de significativo valor histórico.

Sobre essa questão, calha mencionar que no ano de 2018 a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) entregou ao Papa Francisco um ofício no qual a entidade solicitava o apoio da Igreja Católica para que pessoas com deficiência possam ter acessibilidade garantida em igrejas tombadas como patrimônio histórico. O ofício foi entregue ao Pontífice pela Diretora Cultural da ANPR, Lívia Nascimento Tinoco, que destacou a preocupação do Ministério Público Federal (MPF) com a necessidade de adaptação arquitetônica nas igrejas para favorecer o exercício da liberdade religiosa e a fruição do patrimônio cultural pelas pessoas com deficiência (ANPR, 2018).

Em resumo, conciliar liberdade de culto com acessibilidade física é garantir dignidade humana a todos os indivíduos, tanto os que possuem deficiência permanente, como também para aqueles que estejam, ainda que por alguns instantes, incapacitados de se locomoverem e, por conseguinte, limitados no exercício do culto.

5. Conclusão

A dignidade humana, como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, representa o pilar sob o qual devem se alicerçar os direitos

¹⁵ Podem ser encontrados fundamentos para essa afirmativa nos textos sagrados de algumas religiões. A Bíblia, por exemplo, que é o texto sagrado de grande parte das religiões do mundo, é farta em relatos sobre a vida de Jesus que demonstram uma constante preocupação com as minorias e grupos vulneráveis, como estrangeiros (Jo 4: 7-26) doentes (Mt 17: 14-21) e pessoas com deficiência (Jo 9: 1-37) (Lc 5: 18-19) (Nova Bíblia Pastoral, 2014).

fundamentais, dentre eles a liberdade religiosa e a acessibilidade como fator coadjuvante na inclusão do indivíduo, principalmente na vida religiosa.

A acessibilidade deve ser ampla, abrangendo não somente o direito de ir e vir. Em que pese a sua definição como direito fundamental, é verdadeiro perceber que existem barreiras impeditivas à sua efetivação.

Sem acessibilidade, como também sem a liberdade de crer, ou não crer, não há que se afirmar a democratização do Estado, ofendendo os preceitos da dignidade humana. Corolário da acessibilidade é a possibilidade de religiosos professarem seu culto, frequentando templos e locais de liturgias religiosas, concretizando uma das facetas da liberdade de religião.

O princípio da liberdade religiosa, direito fundamental de primazia do Estado Democrático de Direito, está estruturado nos seguintes princípios: i) princípio da liberdade de consciência; ii) princípio da liberdade de crença; e iii) princípio da liberdade de culto.

A liberdade de culto é a manifestação, a exteriorização da liberdade religiosa, podendo ocorrer em âmbito doméstico ou público. A acessibilidade física é um direito fundamental, compondo o bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A inclusão na religião é um direito fundamental, cuja concretização vincula-se à plenitude do exercício da liberdade de culto, conforme é possível depreender do teor do artigo 5º, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que afirma serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo invioláveis a liberdade de consciência e de crença e assegurados o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção aos locais de culto e às práticas litúrgicas (Brasil, 2017b).

No âmbito da proteção constitucional conferida aos locais de culto e às suas liturgias, comprehende-se também o direito de preservação da estrutura física dos templos, altares e demais lugares que servem à realização dos cultos, com a consequente manutenção de toda simbologia que representa os valores mais caros a dada coletividade.

A aparente incompatibilidade entre o direito de exercício da liberdade de culto das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e a necessidade de proteção da estrutura dos templos religiosos pode dar consequência a medidas incautas e excludentes, de que é exemplo o Decreto nº 10.014/2019. Isentar os templos religiosos da responsabilidade no tocante à implementação de acessibilidade nos altares, batistérios e quaisquer outras dependências do templo que são abertas à frequentaçāo dos fiéis, é medida desarrazoada e claramente violadora do direito fundamental ao exercício da religiosidade das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, ainda que se reconheça a singular importância da proteção à estética dos locais sagrados.

Não há direito fundamental absoluto. Diante disso, em que pese a tradição arquitetônica dos templos e espaços sagrados, as instituições religiosas devem possibilitar o acesso de todas as pessoas ao culto, o que demanda viabilizar meios para o trânsito livre por pessoas com deficiência ou mobilizada reduzida.

A utilização do desenho universal na implementação de algumas obras e demais medidas de acessibilidade nos templos religiosos pode concretizar, em muitos casos, a plena inclusão na religião sem desrespeitar os espaços e rituais sagrados. A execução de modelos de acessibilidade que atendam ao maior número possível de pessoas é medida que deve ser estimulada em todos os âmbitos, sobretudo nos espaços em que se praticam rituais religiosos.

Assim, no que se refere à análise do problema metodológico à luz da hipótese da pesquisa, tem-se a sua comprovação, podendo-se concluir que constitui ofensa à liberdade de culto a ausência de acessibilidade física (dos templos religiosos) para pessoas com deficiência física.

Deste modo, é necessário compatibilizar o direito de acesso desses indivíduos a todas as dependências do templo com o respeito às peculiaridades inerentes à arquitetura e rituais sagrados, antepondo-se, em

casos de eventuais descompassos, o direito fundamental ao livre exercício dos cultos religiosos, sob pena de ofensa ao primado da dignidade humana, um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Referências

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A liberdade religiosa e o estado**. Coimbra: Almedina, 2002.
- ALVES, Otton Moreno de Medeiros. **Liberdade religiosa institucional: direitos humanos, direito privado e espaço jurídico multicultural**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA – (ANPR). **Procuradora pede apoio do Papa para garantir acessibilidade em igrejas**. Notícia em site. Brasília – DF, 20/06/2018. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/noticia/5546>. Acesso em: 16 out. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 6.518/2018, de 22/11/2016 – Autoria do Deputado Antônio Bulhões (PRB-SP), Altera a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, para dispor sobre barreiras arquitetônicas em templos religiosos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2117723>. Acesso em 27 set. 2018a.
- BRASIL. Constituição (1824) **Constituição política do império do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 30 maio 2017a.
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2017b.
- BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 16 fev. 2024.
- BRASIL. **Lei n.º 13.146**, de 06/07/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 25 set. 2018b.
- BRASIL. Presidência da República. **Decreto n.º 129**, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção n.º 159, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0129.htm. Acesso em: 25 set. 2018c.
- BRASIL. Presidência da República. **Decreto n.º 6.949**, de 25/08/2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 17 fev. 2018d.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n.º 10.014**, de 06/09/2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10014.htm. Acesso em: 17 fev. 2024a.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Decreto Legislativo n.º 638/2019**, de 16/10/2019 – Autoria do Senador Romário (PODEMOS/RJ) - Susta o Decreto nº 10.014, de 6 de setembro de 2019, da Presidência da República, que altera o Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, regulamentador da Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000 (prioridade no atendimento) e da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 (Lei da Acessibilidade). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138955>. Acesso em 17 fev. 2024b.

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. 11/10/1992. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/prima-pagina-cic_po.html. Acesso em: 26 set. 2018.

CHIASSONI, Pierluigi. **Laicidad y libertad religiosa**. Cidade do México: UNAM, 2013. (Coleção “Jorge Carpizo” – Para entender y pensar la laicidad).

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito, religião e sociedade no estado constitucional**. Lisboa: IDILP, 2012.

GUASTINI, Riccardo. **Derecho, interpretación y estado**. Bogotá: Universidad Libre, 2014.

IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS. **Jardim bíblico templo de Salomão**. Disponível em: <https://sites.universal.org/templodesalomao/passeio-pelo-jardim-biblico/>. Acesso em: 15 out. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Rio de Janeiro - RJ: 2010. **Boletim estatístico - censo 2010**. Disponível em: biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 16 fev. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Rio de Janeiro - RJ: 2023. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/0a9afaed04d79830f73a16136dba23b9.pdf. Acesso em: 16 fev. 2024.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici sucbbiettivi**. Milão: Societá Editricie Libraria, 1912.

LORENZO, Rafael de. **Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social**. 2. ed. Madrid: Alianza, 2018.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. **La afirmación de la libertad religiosa en Europa**: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas. Madri: Civitas, 2007.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. **Libertad religiosa y orden público**: un estudio de jurisprudencia. Madri: Tecnos, 1970.

MENEZES, Ivo Porto de. **Arquitetura sagrada**. São Paulo: Loyola, 2016.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. **Liberdade religiosa**: o ensino religioso na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Curitiba: Juruá, 2015.

NOVA BÍBLIA PASTORAL. 20. ed. São Paulo: Paulus, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração dos direitos das pessoas com deficiência**. Aprovada pela Resolução n. 3447, de 09/12/1975. Disponível em:

<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfDisabledPersons.aspx>.
Acesso em: 16 maio 2019a.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração dos direitos das pessoas com deficiência mental. Aprovada pela Resolução n. 2856, de 20/12/1971. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfMentallyRetardedPersons.aspx>. Acesso em: 16 maio 2019b.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Aprovada pela Resolução n. 217, durante a assembleia-Geral da ONU, em Paris, França, em 10/12/1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 15 out. 2018a.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Normas sobre equiparação de oportunidades - Resolução 48/96, de 20/12/1993. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r096.htm>. Acesso em: 02 out. 2018b.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes - Resolução 37/52, de 03/12/1982. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r052.htm>. Acesso em: 02 out. 2018c.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47-76.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 8, p. 829-845, ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; BUBLITZ, Michele Dias. Declaração de Atenas: a mídia e o uso da terminologia com relação às pessoas com deficiência na perspectiva do direito à igualdade. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. Paraná, Jan/Jun 2014, v. 15, n. 15 (2014). p. 53-66, Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/576>. Acesso em: 27 out. 2018.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. 8. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Lúcio Flávio de Faria e; SILVA, Idari Alves da. Acessibilidade como função social da cidade. In: DICK, Maria Elmira Evangelina do Amaral (Coordenadora). **Direitos das pessoas com deficiência e dos idosos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 111-135.

VASAK, Karel. **The international dimensions of human rights**. Paris: Greenwook Press, 1982.

WEINGARTNER NETO, Jaime. **Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da laicidade na constituição federal de 1988**. 2012. 226 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Artigo recebido em: 07/03/2024.

Aceito para publicação em: 14/10/2025.

Arbitragem de Conflitos com a Administração Pública: a razão de ser da negação e a legitimidade da acolhida

Arbitration of Conflicts With the Public Administration: the reason for the denial and the legitimacy of the acceptance

Poliana Ribeiro dos Santos¹
Nailton Souza Melo²
Bettieli Barboza da Silveira³

Resumo: Esmerado em dois grandes princípios do Direito Brasileiro, o Princípio da Indisponibilidade da Administração, presente no Direito Administrativo e, o Princípio da Celeridade, própria do Direito Processual, a Arbitragem de Conflitos enquanto Forma Adequada de Solução de Conflitos assume uma posição de empreendimento no desvencilhar do arriscado mercado dos contratos com a Administração Pública. Ocorre que, o Estado-juíz é sujeito de grande controvérsia no que concerne à capacidade e imparcialidade em dirimir conflitos que versem sobre interesses públicos direitos ou indiretos. Os avanços da legislação no sentido de acolher a arbitragem como forma de dirimir conflitos havidos entre a iniciativa privada e o setor público revelam a superação de um antigo problema de aplicação, a falta de legitimidade para o método, ao mesmo que, forte tendência alinhada com a Política Liberal Internacional. Nesse sentido, este estudo objetiva responder: Como se dá a aplicação do instituto da arbitragem na Administração Pública? Para tanto, empreende-se pesquisa bibliográfica e documental. Compreende-se sumamente importante esse estudo como forma de esclarecer temática de notória controvérsia. O estudo demonstra a utilização da arbitragem como forma de mitigar o monopólio do estado sobre a solução de conflitos, sem com isso, se afastar da rigidez do processo resolutivo, uma marca da arbitragem evidente na heterocomposição como forma de afirmar regras. É neste ínterim que, há o interesse por aprimorar a confiança nos contratos privados com a Administração Pública.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Métodos Adequados de Solução de Conflitos – MASCs. Contratos.

Abstract: Carefully based on two major principles of Brazilian Law, the Principle of Unavailability of Administration, present in Administrative Law, and the Principle of Celerity, typical of Procedural Law, Conflict

¹ Doutora e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

² Graduado em Psicologia em 2019 e graduando em Direito desde 2020. Especialista em Psicanálise Clínica em 2021.

³ Doutora e Mestra em Psicologia pela Universidade Federal de Santa Catarina, na área Saúde e desenvolvimento psicológico, com ênfase em Atenção psicosocial, cultura e ambiente.

Arbitration as an Appropriate Form of Conflict Resolution assumes a position of enterprise in disentangling of the risky market of contracts with the Public Administration. It so happens that the State-judge is the subject of great controversy regarding its capacity and impartiality in resolving conflicts that deal with direct or indirect public interests. The advances in legislation in the sense of accepting arbitration as a way of settling conflicts between the private sector and the public sector reveal the overcoming of an old problem of application, the lack of legitimacy for the method, at the same time as a strong tendency aligned with the International Neoliberal Policy. In this sense, this study aims to answer: How is the application of the arbitration institute in Public Administration? For this purpose, bibliographical and documental research is carried out. It is understood that this study is extremely important as a way of clarifying a notoriously controversial issue. The study demonstrates the use of arbitration as a way of mitigating the state's monopoly on conflict resolution, without moving away from the rigidity of the resolution process, a hallmark of arbitration evident in heterocomposition as a way of asserting rules. It is in the meantime that there is an interest in improving trust in private contracts with the Public Administration.

Keywords: Administrative law. Appropriate Conflict Resolution Methods. Contracts.

1. Introdução

O surgimento do Estado e seu consequente desenvolvimento é marcado por pelo menos dois potentes elementos, primeiro, o entrelaçamento na vida privada, e segundo, a construção de um sistema com especial capacidade de desdobramentos e reedição, que o fazem grande, complexo e dispendioso. Intrometendo-se na vida privada, elabora dentre seus infindáveis e atinentes conceitos, a organização social, harmonia, bem-estar, segurança, qualidade de vida, justiça e promoção de direito (s), imputando aos particulares a retirada da liberdade de agir, necessária para a coexistência e agregação (ADORNO & PASINATO, 2007; DOS SANTOS & DE MELO, 2017).

Entretanto, esses desdobramentos, revelam no próprio Estado, uma instância de poder maior que sua própria capacidade de realizar eficazmente suas competências, do agir em retorno para com os cidadãos na promoção de seus direitos e garantias, na forma de serviços e demais prestações. Nesse sentido, instrumentos como a Justiça e a Administração Pública, figuras de

difícil dissociação, acabam se defrontando com defeitos de grande aversão popular, como a morosidade de seus processos e procedimentos. Tudo isso, ainda nas primeiras décadas da redemocratização do Brasil, marcada pelo resgate de direitos outrora suprimidos, da incorporação de recém-evocados direitos da segunda parcela do Século XX, repelidos até a Constituição de 1988 e, das continuadas lutas de grupos sociais historicamente invisibilizados (SADEK, 2008; DOS SANTOS & DE MELO, 2017).

Como leciona Grinover (2003) e Schmidt e Bruxellas (2022), em posição otimista, convergidos para a promoção da eficiência da Administração, está a incorporação dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos que se orientam enquanto instrumentos para, ampliando a promoção da justiça além da esfera do judiciário, promover o aproveitamento mais adequado do tempo, almejando soluções mais instantâneas e congruentes com a natureza dos conflitos. Entretanto, realizando recorte temático para a Arbitragem de Conflitos, preserva-se o ânimo heterocompositivo comum dos litígios, ampliando-o para além da figura do Estado-juiz, incorporando legitimidade a terceiro (s) imparcial (is). Nessa toada, forma o seguinte problema: Como se dá o ingresso e aplicação do instituto da arbitragem na Administração Pública?

Partindo da hipótese de que há a busca por mitigar a rigidez estatal na solução de conflitos, criando novas e menos abstratas formas resolutivas, sem passar pela judicialização, esse artigo assume como objetivo central investigar como a arbitragem começou e tem sido adotada no âmbito da Administração Pública. Importam-se como objetivos específicos, conceituar Administração Pública, contratos desta Administração e verificar posições doutrinárias sobre como a arbitragem é acolhida pelo Poder Judiciário no tratamento de conflitos que envolvam o Estado como parte em conflito. Para tanto, realizou-se levantamento bibliográfico em bases de dados científicos e pesquisa documental, como forma de subsidiar os conceitos investigados e dar mobilidade à atividade arbitral na justiça brasileira. Empreendeu-se reunir

um material que pudesse situar o método adequado de solução de conflitos enquanto técnica com potencial de êxito na solução de conflitos no âmbito dos contratos da Administração Pública, alternativamente às lides, conquanto, ocorrem uma dupla posição doutrinária que, de um lado refreia seu uso e de outro a recomenda.

2. A Administração Pública, Interesse Público e a Expansão da Atividade Estatal.

A Administração Pública é, segundo Valentim Neto e Gomes (2019) um conjunto de instituições que, por intermédio de planejamento sistemático, envolvendo recursos materiais e humanos, realizam a função administrativa do Estado, desenvolvendo a todas as matérias atinentes à Ordem Política, Econômica e Social.

Para tanto, a Administração, é revestida pela Carta Magna em seu Artigo 37, por princípios norteadores, sendo eles, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Princípios esses que, são compromissos da Administração Pública direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

De Olivo (2015) e Niebuhr (2021), estudiosos do Direito Administrativo, lecionam que o princípio da Legalidade determina que Administração deve cumprir a lei, de modo que o administrador deve ter sua atuação determinada na estreita jurisdição, diferentemente do cidadão comum que em exercício de seus direitos pode fazer tudo aquilo que a lei não veda.

No princípio da Impessoalidade, o administrador não deve agir em nome de sua vontade, atendendo em prioridade ao interesse de sujeitos por ele determinados arbitrariamente, outrossim, deve atender a todos, eliminando qualquer preferência que não aquela que lhe for estipulada por lei, sem favoritismos pessoais, político ou partidários. O ato de um funcionário

público seria a realização da vontade da Administração, pois, o administrador age materializando o Estado.

131

A Moralidade regula o comportamento do administrador em agir de maneira ética, proba e afirmada da sobreposição do interesse público sobre o particular. São apreciáveis comportamentos íntegros, honestos e alinhados com o cargo que ocupa.

A Publicidade é um princípio garante da ciência popular dos meandros do funcionamento da administração. Sendo seus atos públicos, verificáveis e questionáveis, devem corresponder a um ‘lugar’ e método para que possa ser ofertado à consulta popular. A publicidade dos atos da Administração é realizada e regulada por órgãos oficiais.

O princípio da Eficiência, introduzido pela chamada Reforma do Estado, ocorrida em 1998, é acompanhada de noções próprias da iniciativa privada, como a eficácia, resultados, controle, avaliação e cumprimento de metas, e está relacionada com a capacidade do Estado em produzir aquilo a que se propõe com economia e qualidade.

Leciona Petry (2021) que, esparsos em outras passagens da Carta Magna ocorrem outros princípios: supremacia do interesse público sobre o privado; igualdade; finalidade pública das ações; indisponibilidade do interesse público; continuidade; motivação e fundamentação dos Atos Administrativos; razoabilidade e da proporcionalidade; hierarquia; controle judicial e; especialidade.

Como citado anteriormente, a passagem do Estado do mundo abstrato para a realidade, demanda a participação de sujeitos, estes, conforme Nohara (2022), incumbidos definitiva ou transitoriamente de exercer alguma função estatal. Os agentes públicos podem ser classificados em: políticos (prefeito, vereador, secretários e ministros); militares (Polícia Militar, Bombeiro Militar e Forças Armadas); comissariado (diretores, chefes e assessores); temporários (contrato por Processo Seletivo Simplificado); efetivos (estáveis originários de

concursos públicos); empregados públicos (vinculo celetista) e; particulares em colaboração com a Administração (mesários, estagiários, voluntários, membros do Tribunal do Júri e cartorário).

Dentre outras formas de realização da administração estão em seus bens, órgãos, serviços e negócios/ contratos. Dentre os bens, há classificação entre bens de uso comum do povo (praças e afins), bens de uso especial (afetados à administração pública, como os imóveis em que se realizam serviços públicos ou abrigam o governo) e bens de uso dominicais (sem afetação, podem ser representados por áreas de preservação ambiental e veículos fora de uso).

O conceito de serviços públicos no Brasil, inspirado no Conselho de Estado Francês, define a competência dos órgãos públicos, que por meio da atuação de tribunais constituíram instrumento de afirmação, expansão e proteção da competência da jurisdição administrativa. Esta, paulatinamente se desenvolve no sentido das repartições de competências, que agem em devolução ao cidadão da razão de existir do Estado – os serviços públicos são a expressão da intervenção, regulação e determinação da vida privada – e miram a promoção de direitos do cidadão (CONRADO, 2017).

Segundo Horbach (2016), o campo dos negócios/contratos da Administração, estudado nas disciplinas de Contrato Administrativo, é uma prática que pode ter acompanhado a história das Administrações Públicas e do Estado, conferindo o ápice de desenvolvimento no Conselho do Estado Francês e, representa a história das parcerias entre o setor público e o privado. Comum desde as diversas experiências de domínio absolutista, no que concerne à concessão de terras, às democracias atuais, representando avanços e riscos ao erário, realizando as negociações necessárias para que se propicie, dentre outras coisas, a existência dos serviços públicos e o estímulo ao mercado.

3. Os Contratos da Administração.

133

A matéria de Contratos da Administração, no cenário brasileiro, conforme estudo de Dourado (2020) e Sanches (2018), recebe grande influência da doutrina francesa no início do século XX, sendo caracterizada por regime jurídico especial e tem direcionamento centralizado na garantia dos serviços públicos. Até então, a matéria parecia de pouco interesse do legislador brasileiro, com destaque para apenas duas normas, o Decreto 4.536/22, sob a alcunha de Código de Contabilidade Pública da União e, o Decreto 15.783/22, que regulamentava o referido código.

A virada de mesa rumo ao aprimoramento de legislações que dessem conta do tema dos contratos administrativos ocorre com a transição para a incipiente democracia pré-Regime de Exceção, em que, o Estado não estaria mais sozinho no cuidado com as contas públicas, acompanhando-lhe a participação popular, em especial, com a regulação da ação popular já em 1965 pela lei 4.717. Com a chegada da Constituição Cidadã, de 1988, essa intervenção popular é ampliada com a ação civil pública, habeas data e afins.

É em 1986, com o Decreto-lei 2.300, que o contrato administrativo ganha tratamento orgânico e sistematizado, sendo seguido da Lei 8.666/1993, da Lei 8.987/1995, da Lei 9.074/1995 e da Lei 11.079/2004. Há uma sequência organizativa da elaboração dos contratos da administração no sentido das concessões, permissão de prestação de serviços públicos e o aparecimento das parcerias público-privadas. As permissões passaram do nível de atos administrativos precários, discricionários e unilaterais para o campo contratual. Até então, os contratos da administração estavam sumamente marcados pela verticalidade de poderes e representação, lotado de cláusulas exorbitantes e pacíficos na jurisprudência da solidez do domínio do Estado.

Estorninho (1990 Apud DOURADO, 2020), leciona que, acompanhando as transformações do Direito Administrativo em âmbito internacional, os

questionamentos sobre o inalcançável poder do Estado e da rigidez de seus contratos, começam a trazer para o âmbito jurisprudencial a necessidade de serem discutidas inovações fortemente alinhadas com a autonomização do Direito Administrativo em face do Direito Constitucional. Isso representa forte aproximação com o consensualismo e com o princípio da prossecução do interesse público. De modo que, há ao mesmo que a necessidade de haver continuidade dos serviços públicos, a expressão de vontades comuns entre as partes na atividade contratual. O consensualismo, por seu turno, não existe em plenitude, sendo sumamente atravessado pela posição impositiva da vontade do Estado, de modo que, a vontade da parte em colaboração com a Administração é mitigada, controlada e de inequidade.

Lecionam Nohara (2022) e Bordalo (2021), que os Contratos administrativos são classificados em: contratos de concessão; empreitada; tarefa; contrato de fornecimento; contratos de eficiência; convênio; consórcio público e; contratos de serviços terceirizados.

Os contratos de concessão, confere ao particular o exercício de serviço público, execução de obra pública e o uso do bem público. Podendo ainda ser caracterizado pela concessão patrocinada ou pela concessão administrativa.

Na primeira, ao mesmo tempo que ocorre a cobrança de tarifas ao usuário, ocorrem prestações pecuniárias do parceiro público ao privado. Na concessão administrativa, o Poder Público é usuário direto ou indireto das obras executadas e da instalação de bens.

A empreitada, caracterizada pela execução de obra ou de serviço mediante remuneração fixada, é de risco do particular, semelhante ao que ocorre no direito privado, no entanto, incidente de cláusulas exorbitantes. Poder ser do tipo ‘de lavor’, referindo-se apenas a atividade prestada ou, ‘mista’, quando a atividade e o fornecimento de material coincidem na mesma pessoa. No caso, o empreiteiro não está subordinado à Administração.

A tarefa, delineada pelo Artigo 6º da Lei 14.133/2021, é definida como a contratação de mão de obra para atividades de menor monta, com preço certo, com ou sem fornecimento do material, dispensando a exigência de licitação, sendo regida pela ordem de execução de serviço.

No contrato de fornecimento está em jogo a aquisição de bens móveis de pessoas físicas ou jurídicas. A diferença básica com relação ao Direito Privado é a exigibilidade de licitação (que pode ser afastada em razão de valores) e pela presença de cláusulas exorbitantes nas modalidades de fornecimento continuo, parcelado ou integral, de entrega próxima ou futura.

Nos contratos de eficiência, o contratante tem por objetivo a economia, para tanto, pode contratar a realização de serviços e fornecimento de bens que participem da construção dessa economia. A economia gerada é padrão remuneratório para o contratado.

Os convênios, disciplinados pelo Artigo 241 da Constituição Federal, determinam que o Poder Público pode transferir, por intermédio de licitação (regra que pode ser afastada pelo legislador), a gestão de determinados serviços públicos, com transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais para parceiros do setor privado, garantindo a continuidade.

O consórcio público, regulamentado pela Lei 11.107/2005, se constitui como associação pública, adquirindo personalidade jurídica de direito público ou, como pessoa jurídica de direito privado, obrigados à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas de admissão de pessoal, ainda que celetista.

A contratação de serviços terceirizados, está regulamentado pelo Decreto n. 9.507/2018, determina a possibilidade de contratar a prestação de serviços, desde que, precedido de planejamento, instrumento convocatório e grafado no projeto básico ou no termo de referência, a exclusividade de prestação de serviços. É característica a falta de subordinação entre o

terceirizado e a administração, salvo, disposição do Artigo 8º que determina uma série de cláusulas que devem ser atendidas para a garantia da legalidade da atividade para aquele que o executa.

Conforme Lentz (2011), as principais características dos contratos administrativos são: finalidade pública; bilateralidade; consensualidade; formalidade; sinaligmático; comutativo; por adesão; personalíssimo e; licitação prévia. A formalidade, ligada aos princípios da legalidade e impessoalidade, está assentada no objetivo dos contratos em atender o interesse coletivo, nunca realizando predileções a particulares. A bilateralidade está na composição de sujeitos na contratualidade, de um lado o Poder Público e, de outro, algum particular, pessoa física, jurídica e consórcio de empresas. A consensualidade é representada pela manifestação da vontade das partes envolvidas, ainda que a relação não seja de plena igualdade de forças.

A formalidade é reconhecida na obrigatoriedade de atendimento aos requisitos formais de constituição de contratos prevista em lei, de modo que, passível de nulidade e invalidade na ausência da remetida formalidade. Ser sinaligmático é ser dotado de reciprocidade de obrigações entre as partes no contrato. É comutativo pela existência de anuênciam entre as partes em comprometerem-se com os direitos e obrigações que lhes são reconhecidos e recíprocos. Ser de adesão está relacionada com a unilateralidade da produção do contrato administrativo, de modo que, à outra parte, se anuente e qualificada, apenas lhe resta aderir.

O caráter personalíssimo indica a vinculação daquele que assina o contrato traz para si a obrigação de executar aquilo que se compromete, vedando, salvo exceções, a delegação da obrigação para terceiros. A regra para a formalização de contratos administrativos é que sejam precedidos de licitação, com a exceção para os casos em que a licitação seja dispensada, dispensável ou inexigível.

4. A Arbitragem de Conflitos.

A Arbitragem é, segundo Splenger e Morais (2008 Apud LOPES & PAPALIA, 2021), um meio pelo qual indivíduos em conflito, ou antevendo-se a conflitos, optam pela não interferência direta do Estado-juiz enquanto força de autoridade, afastando os ritos procedimentais da atividade da Justiça. As partes atribuem o poder que outrora seria do Estado a um terceiro imparcial, conferido de autoridade idêntica à de sentença judicial, escolhido pelas partes de comum acordo, podendo ao final, cumprindo os requisitos legais, gozarem de mesma força de sentença.

Segundo Moreira Neto (1997), o Brasil não possui uma cultura de arbitragem, sendo fortemente marcado pela expansão da litigância, culto à justiça estatal, o que acaba por conferir grande aposta nos aparatos estatais que, acompanhados de profundas transformações socioeconômicas do século XX, desdobra-se em uma justiça ensimesmada e pouco articulada com formas menos enrijecidas de desenvolvimento de soluções para controvérsias cotidianas. É profunda marca do positivismo jurídico, em que o processualismo aviltam dos populares e das instituições econômicas sua capacidade de se responsabilizarem pela construção legítima e pacífica dos desafios da interpessoalidade, do mercado e do mundo do trabalho.

Sob perspectiva de Lopes e Papalia (2021), na arbitragem, afastando a atividade da jurisdição estatal, sem, contudo, abrir mão da imperatividade da lei, um terceiro imparcial, munido de autoridade comparável à do Estado-juiz, assume a posição decisória, avaliando as evidências apresentadas pelas partes, constituindo decisão vinculante. Esta forma de solucionar conflitos é derivado do âmbito mercantil, formulado em torno da *lex mercatoria*, sem constituir direito supranacional, tampouco competência do Estado, é reflexo

da pluralidade e transnacionalidade dos interesses, próprios de entidades privadas.

138

A inserção do instituto da Arbitragem de Conflitos no Direito Brasileiro, segundo estudos de Lucena e Spengler (2022), é de longa data, tendo fluidos desdobramentos ao longo das constituições e dos códigos civis brasileiros. Já na Constituição Imperial de 1824, é possível inferi-la no direito das partes em nomear seus juízes-árbitros. As Cartas de 1891 e 1946 não faziam menção à arbitragem, no entanto, a de 1934, elucidava participação em conflitos internacionais. Houve tímida referência na Constituição de 1937. No Código Civil de 1916, a arbitragem estava alinhada com compromisso indireto de pagamento, alcançando sob a alcunha de laudo arbitral o reconhecimento apenas na presença de homologação por sentença arbitral.

A Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996, ao revogar os Artigos 1.037 ao 1.048 do Código Civil de 1916 e os Artigos 101 e 1.072 ao 1.102 do Código de Processo Civil de 1973, proporcionam ampliação da aplicabilidade da arbitragem, referendando a autonomia da vontade das partes, a legitimidade do árbitro e fomento ao princípio jurisdicional da celeridade processual. Ganha força a dedicação de legitimidade às decisões sobre direitos patrimoniais disponíveis, assim, como, àquelas de cunho empresarial internacional, convalidado pelo julgado do Supremo Tribunal Federal de número 5.206.

Moreira Neto (1997) defende ser vantajosa a inclusão de outras formas de solução de conflitos que não apenas a clássica Justiça do Estado, sem, contudo, contrariá-la. É um movimento de estímulo não apenas à arbitragem, mas a todos os métodos adequados de solução de conflitos. O autor assevera que os mesmos contribuem para aprimoramento da governabilidade do Estado, ampliando o acesso à Justiça, reeditando o sentido de legalidade, prevenindo, inclusive, abusos partidos do próprio Estado. É favorecido com o fomento às formas privadas de solução de conflitos, maior atenção aos

interesses das partes envolvidas, evidenciando soluções com maior legitimidade do ponto de vista da vontade das partes. A autonomização da participação popular na defesa de seus direitos, na assunção de comportamentos e compromissos alinhados com essa autonomia.

Schmidt e Bruxellas (2022) e Valentim Neto e Gomes (2019), sustentados na especificidade dos árbitros, escolhidos pelas partes de comum acordo, se aproximam do conflito em vantagem quando comparados ao Estado-juiz, naquilo que tange a tecnicidade almejada pelas partes no tratamento da demanda. Isso tem potencial de converter-se na prática, na especificidade dos juízos arbitrais em atender demandas por categorias temáticas, especializando-se em garantir soluções de maior efetividade prática, ao mesmo que, dominando o tempo das investigações e reflexões, podem avançar e recuar na produção da resposta ao conflito, o que costuma tomar caminhos fatais no processo judicial dotado de prazos e suas implicações.

É defensável, conforme Valentim Neto e Gomes (2019), que não há ônus quanto à imparcialidade na escolha de juízos arbitrais em detrimento da Justiça Estatal. Na arbitragem, a pluralidade de árbitros, escolhidos aos moldes da lei nº 9.307/1996, privilegia a autonomia decisória e de fundamentação, necessária a garantir a construção da forma de justiça almejada. Isso veda a liberdade ilimitada, dado que, a lei tratou de garantir molduras, atentas ao poder imperativo da Lei, evidente no Artigo 21, parágrafo 2º, que determina o dever de cumprimento nos procedimentos arbitrais do princípio da igualdade entre as partes e da imparcialidade no tribunal arbitral.

O gerenciamento do fator tempo na arbitragem é sobremaneira favorecido, na capacidade de construir uma resposta ao contencioso em tempo médio de 1 ano, permitindo acordos mútuos sobre o momento de ocorrência de cada etapa processual mais flexíveis, incluindo criação de outras etapas em

cada momento da arbitragem. Elementos esses que são enrijecidos e pouco convidativos na já abarrotada Justiça Pública.

140

Schmidt e Bruxellas (2022) compreendem que, a escolha por um tribunal arbitral é fortemente alinhada à procura de menores custos de transação, fuga dos riscos judiciais, impressão de falta de garantia quanto ao nível de compreensão do juiz sobre os fatos que em realidade estão em jogo no contencioso, de suposta ausência de neutralidade do Poder Judiciário em matérias de Direito Público e, de indesejada rigidez procedural que repele assuntos que mereçam decisões parceladas.

Não se tratam apenas de conflitos na esfera puramente privada. Contratos com entes públicos também produzem conflitos e são capazes de trazer para ambas as partes, além dos altos custos, a desestabilização e a descontinuidade dos serviços. Desse modo, na compreensão dos autores, a proporção dos riscos jurídicos e econômicos inflam ao passo que os negócios com a administração se complexifica. É oportuno que, nem todos os riscos são palpáveis ou verificados nas planilhas de preços e orçamentos. Nas incertezas, ganham especial destaque a reflexão sobre as formas de solução de conflitos no que compete ao manejo dos acordos e mudanças de cenário que venham a surpreender a fruição do contrato.

5. A Arbitragem nos Contratos da Administração Pública.

Leciona Schmidt e Bruxellas (2022) e Pereira Filho e Dos Santos (2022) que os contratos da Administração Pública com particulares não são objetos blindados e garantidos de plena fruição. Pelo contrário, dentre infindáveis eventos, as mudanças de mercado, como alterações nos preços das commodities e taxas de câmbio, as novas legislações, os períodos eleitorais, as mudanças de políticas públicas, o fato do princípio (que afirma decisões inadvertidas da Administração), a corrupção e eventos atípicos, como uma

pandemia, podem influenciar sobremaneira o cumprimento dos contratos. Assim, mecanismos de solução de conflitos vem se tornado cada vez mais necessários para a solução de contenciosos suscitados nos obstáculos identificados inclusive na atuação do judiciário.

Os autores, formam entendimento de que o Estado em teoria é um exímio resolvestor de controvérsias, de forma rápida, informada, imparcial e de previsibilidade, no entanto, em realidade, tem demonstrado grande dificuldade de solucionar déficits existentes na sua formação de justiça. Desse modo, o mercado tem buscado alternativas diante da também punitividade do Estado, desmensurado das realidades que ele mesmo proporciona, avançando para mecanismos próprios e desenraizados do Poder Público. Sem perder a essência heterocompositiva, a Arbitragem tem sido confiada pelos setores privados como mecanismo resolutivo de aplicação do Direito ao caso concreto por terceiro imparcial e capacitado para dirimir o conflito de forma mais satisfativa. Levando à figura do Direito Público a necessidade de julgar a possibilidade de ingresso de tal método na solução de conflitos que participem a Administração Pública.

A primeira vez que o Poder Judiciário teve que lidar com o tema Arbitragem na Administração pública ocorre no ano de 1973, no Caso Lage, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade que o Estado poderia participar de arbitragens, não havendo, conforme entendimento de seu ministro à época, Bilac Pinto, foro privilegiado ou tribunal de exceção na natureza consensual do pacto de compromisso (NIEBUHR, 2021).

Irene Nohara (2022), lecionando sobre a admissibilidade da Arbitragem nos contratos da Administração, defende que o Tribunal de Contas da União (TCU) considerava ilegal a previsão de juízo arbitral nos contratos administrativos, uma afronta ao direito público, conforme Acórdão 537/2006 que determinava a ausência de autorização legislativa. De modo que, não parecia conveniente interpretar o Artigo 54 da Lei 8.666/93,

aproximando o caráter supletivo dos princípios da Teoria Geral dos Contratos e as disposições de direito privado, necessário ao Direito Público, como evidência de aceitabilidade da solução de controvérsias por intermédio de meios alheios ao Judiciário.

Em 2005, com a chegada da Lei n. 11.196, que alterou parcialmente a Lei n. 8.987/1995, os contratos de concessão passaram a contar com a possibilidade de terem seus conflitos dirimidos por mecanismos privados de solução de disputas relacionadas a contratos, desde que realizada em território nacional. O mesmo acolhimento foi previsto na Lei de Parcerias Público Privadas, n. 11.079/2004, em seu Artigo 11, III.

Modificação da Lei n. 9.307/1996 realizada em seu Artigo 1º, parágrafo 1º, com redação dada pela Lei n. 13.129/2015, passou a determinar que a Administração Pública direta e indireta poderia utilizar-se da arbitragem para dirimir direitos patrimoniais disponíveis.

A Nova Lei de Licitação e Contratos, Lei nº 14.133, de 2021, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas, diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, substitui a antiga Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93), a Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/02) e o Regime Diferenciado de Contratações (Lei Federal nº 12.462/11). O novo diploma demonstra aquiescência e fomento para com a acolhida dos métodos adequados de solução de conflitos, em que há dedicado o Capítulo XII, Dos Meios Adequados de Resolução de Controvérsias, com artigos de 151 a 154. O Artigo 138, inciso III, determina que, na matéria de contratos, que os mesmos podem ainda ser extintos por determinação arbitral fundamentada em compromisso arbitral (BRASIL, 2021).

Da Silva e Mallmann (2022), estudando os avanços da Nova Lei de Licitações, evidenciam que é a primeira vez que a arbitragem ganha eminente tratamento por instrumento legal ligado a contratações e parcerias entre a

Administração e o setor privado. Isso corresponde, no que toca a Lei de Parcerias Público-Privadas de 2004, que representou fomento para um mercado de parcerias estrangeiras, maior segurança para os setores financeiros privados e, mais celeridade na elaboração de soluções para contendas ligadas a negócios compreendidos entre a administração e investidores.

Sustentar-se na regulamentação e obrigatoriedade de observância de determinados princípios, fazem da arbitragem uma extensão da justiça realizada fora das instituições estatais, atravessados das exigências próprias do setor público. A publicidade dos procedimentos, sumamente importante para o controle das decisões para além da sentença, garante que a decisão possa ser investigada e contestada em seus fundamentos. Pereira Filho e Dos Santos (2022) ainda afirmam que a própria decisão pode ser modificada pela jurisdição, visto que a decisão, ainda que seja cumprida em caráter provisório, é plenamente rechaçável pela Administração, se havida controvérsia apontada por uma das partes diante do Estado-juiz.

Niebuhr (2021) e Valentim Neto e Gomes (2019) lecionam que a inclusão dos métodos adequados de solução de controvérsias na Administração é a garantia da efetivação do princípio da Eficiência, dada a ampliação das formas de se garantir a promoção da solução das controvérsias envolvendo a Administração. Haveria a promoção da agilidade processual e da competência infraconstitucional na efetivação dos pressupostos constitucionais no que diz respeito à ampliação da capacidade de se realizar a justiça.

Considerando que a Administração participa da vida cotidiana por excelência, na pluralidade de formas a que pode suscitar conflitos dignos de litígio, nas múltiplas atividades e prestações do Estado para a população que, a que se pese seus defeitos, desdobram-se em lesões patrimoniais e morais que, no âmbito da morosidade da justiça, revelam-se ainda mais danosos.

Paralela à morosidade, o não ingresso ao litígio, comum às camadas sociais menos abastadas, que geralmente toleram o dano sem reação, carecem de formas de justiça que consiga se desvincilar das amarras do sobre carregado Estado-Juiz.

A arbitragem, naquilo que compete aos serviços públicos de forma geral, mesmo que acompanhe sobremaneira os conflitos que não envolvam diretamente populares, dado alto custo arbitral, vem em regresso enquanto benefícios para o cidadão comum na solução dos embaraços que repercutem na qualidade dos serviços e recursos prestados à população.

É mister ressaltar, conforme Valentim Neto e Gomes (2019), que o acolhimento na Administração da Arbitragem e demais Formas Adequadas de Solução de Conflitos para equalizar controvérsias, representa uma forte tendência internacional de ampliação da participação do setor privado na administração pública, sem descaracterizá-la, servindo-lhe de suporte, garantindo ainda, maior confiança dos setores econômicos que, desconfiados do controle absoluto do Estado, demonstram interesse por negociações mais paritárias. Este é um dos maiores argumentos dos setores privados, a necessidade de construir por intermédio da arbitragem, uma experiência de negociação e de solução de conflitos não contenciosa, que garanta segurança para os investidores, flexibilidade e agilidade processual, eliminando vantagens processuais.

6. Críticas ao Emprego da Arbitragem na Administração Pública.

O ingresso da Arbitragem na Administração não é um evento pacífico, é lotado de desconfiança, não desarrazoada se observada pelo ponto de vista de Martins (2022) que denuncia haver no Brasil a chegada de uma cultura, Neoliberal, que encontra na desconfiança generalizada das instituições públicas, de uma desestimulante história de corrupções, grande argumento

para um discurso de enxugamento da participação do Estado em situações quais, deveria manter o mais sólido controle. Isso leva, segundo o autor, a ter necessária afirmação, de que a Arbitragem entre nações é a única de plena pacificidade, sendo aquelas entre o Poder Público e iniciativa privada nacional um grande objeto de desconfiança no movimento viciado das fronteiras do controle do Estado.

145

A Arbitragem internacional ganha relevância e respeito na qualidade de igualdade entre os entes públicos em demanda, que em mesmo nível não podem exigir cumprimento de decisões. Conquanto, nas arbitragens nacionais, quando enfim admitidas, entraram numa estranha espiral, de ampliação da participação da iniciativa privada na coisa pública acompanhada do empreendimento de soluções de controvérsias através de fenômenos privados. O primeiro fenômeno corresponde ao discurso de ampliação do interesse público na participação do setor privado em substituição às morosas e deficitárias instituições públicas. O segundo representa a elaboração de legislações como forma de, ao mesmo que se permitam ser apreciados os conflitos pela Arbitragem, retirarem o óbice dos processualistas que consideravam impedimento da aplicação do instrumento pela falta de expressas permissões legais.

A realização da capitação do Estado pelo setor privado, tem sua publicidade convertida à população que é levada a afirmar o slogan do Estado Mínimo, bandeira Neoliberal. Para tanto, avançam sobre a legislação, mudando-a para retirar do Estado mais uma parcela de poderes sob o argumento que o monopólio do Estado está ultrapassado e corrompido. Para que isso se realize, há forte fomento ao estranhamento ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, seja em nível primário, seja em nível secundário.

O interesse público primário é conceituado por Baptista (2011) a partir dos estudos de Alesso (1953) e Barroso (2005), como o complexo de direitos

individuais que precisam prevalecer enquanto proteção em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse público secundário versaria sobre o plexo de interesses observados a partir da unidade da Administração, geralmente coincidindo com as funções de cada ente da mesma. A definição do que é interesse secundário está atrelado à promoção daquilo que é o interesse primário. Se este não está sendo almejado, não há interesse público. A indisponibilidade é de fato para o interesse primário, sendo estendida ao secundário em respeito à já citada noção de promoção do primeiro pelo segundo.

Martins (2022) questiona a existência de posturas doutrinárias que consideram haver interesses públicos disponíveis à medida que a Administração renuncia de sua posição de supremacia jurídica. A renúncia desse privilégio é defendida nos casos em que o objetivo e suas atividades se alinham em interesses patrimoniais da Administração, sumamente distanciados dos interesses primários. Nesses casos é legalmente permitido que a Administração possa subsidiar-se dos meios jurídicos estabelecidos para o Direito Privado, submetendo-se a regras de direito civil, trabalhista, comercial, vindo a adotar qualquer dos instrumentos do mundo privado, como a Arbitragem, regulada por lei própria, Lei n. 9.307/96, que define enquanto objeto os direitos patrimoniais disponíveis – se a Administração tem direitos patrimoniais disponíveis, lhes cabem em seus conflitos os juízos arbitrais.

No entanto, o autor é taxativo, sustentando que mesmo na existência de envolvimento do Estado em atividades puramente mercadológicas, aparentemente distanciadas da função básica de perseguir o bem comum na concretização do interesse público, ainda assim, deveria almejar algum interesse público, pois, lhe seria a razão de existir. O autor defende que, há grande estranheza nas concessões realizadas pela administração Pública para o Direito Privado. Parece-lhe, que há a confusão entre as expressões e haveria de ser rechaçada a permissão da intromissão de instrumentos privados na

esfera da Administração Pública, pois, lhe revelaria um empreendimento de entrega de um conjunto de direitos tutelados pelo Estado, salvaguardados na posição enrijecida e privilegiada do controle do Poder Público. Entregar esses direitos (recuando no nível de controle), seria entregar os direitos de outrem, do povo, quem originariamente os detém, o que não caberia ao Administrador.

3. Conclusão

À guisa de encerramento, com fulcro nos estudos evocados, considera-se que a Administração Pública é objeto de complexa delimitação, com funcionamento e estrutura especial, dotado de elementos e restrições que o protegem de modificações arbitrárias que possam colocar em risco o fim máximo da atividade pública, a promoção dos direitos do cidadão. Desse modo, a burocracia e o monopólio do Estado sobre o Direito, na figura do Estado-juiz, no estabelecimento de regras para a solução de conflitos, com especial atenção para aquelas contendas em que o referido ente público que figura como parte, é instrumento-garantia para a manutenção da ordem na impessoalidade de seus atos. Logo, na relação com particulares, a fixidez processual reflete na demorada absorção de mecanismos privados diferentes da Jurisdição Estatal, ainda que não opostos.

É nessa seara que a Arbitragem, um instrumento de solução de controvérsias originário do Direito Comercial, caracterizado pela proximidade com a própria Jurisdição Estatal, pela qualidade de heterocomposição, tem paulatinamente sido convidada a compor a solução de controvérsias no cenário nacional, nos contratos que participam entes nacionais e a iniciativa privada.

O mesmo é observado na aplicação da Arbitragem nos contratos que participam a Administração Pública com a pacificação de entendimentos que buscam demonstrar cabimento do instrumento como aparato capaz de

auxiliar o Estado a garantir a celeridade dentro de suas próprias atividades, claro, naquilo que concerne a dirimir conflitos. À medida que o legislativo, atendendo a pedidos partidos da iniciativa privada, promovem o recuo do monopólio do Estado sobre a solução de controvérsias, ajuda a sanar os problemas dos mecanismos enrijecidos e pouco convidativos da Justiça Estatal, fortemente caracterizados pelos prazos e custos desabonadores. Esse movimento, defendido por parcela da doutrina, ainda é estranhada por outra.

Entre os defensores estão aqueles que enxergam nos Métodos Adequados de Solução de Conflitos a possibilidade de ampliar a participação do Estado, na celeridade processual, na ampliação da relação entre o setor privado e o setor público que, almejando interesses ora semelhantes, ora complementares, ampliam suas qualidades e, em máxima instância, favorece o interesse magno do Estado da garantia mais efetiva do fomento aos direitos do cidadão. Entretanto, do outro lado, é denunciada suposta perversidade do mercado em expandir tentáculos sobre a Administração, suspendendo-a convenientemente, fazendo-a objeto de lucro, destituindo-a de seus mais legítimos instrumentos de controle sobre a proteção dos interesses ditos indisponíveis, seu caráter de rigidez processual e não delegação dos mecanismos especiais de elaboração das decisões.

Em suma, a Arbitragem nos contratos da Administração Pública Brasileira habita um lugar de investigação e conquista paulatina de legitimidade, avançando cautelosamente enquanto ainda um objeto de desconfiança de parte da doutrina. Cautela essa, recomendável com fulcro na manutenção das balizas estatais, verdadeiras obrigações do Estado em cuidar em propriedade de determinadas matérias com exclusividade.

Referências

ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça. **Tempo social: Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, volume 19, número 2, p. 131-155, Nov. 2007.

BRASIL. Constituição de 1988: Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constituicao/constituicompilado.htm>. Acesso em: 29 de Abril de 2022.

BRASIL. Lei n. 14.133/2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 1º de Abril de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 03 de Janeiro de 2023.

BAPTISTA, Isabelle de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. **Revista TCEMG**, Belo Horizonte, volume 11, número 130, p. 50-62, Dez. 2011.

BORDALO, Rodrigo. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2021.

CONRADO, Regis da Silva. **Serviços públicos à brasileira**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

DA SILVA, Marcos Felipe; MALLMANN, Carlos Henrique. As Inovações da Lei N° 14.133/2021 – (Nova Lei de Licitações). **Revista Unitas**, Chapecó, volume único, número 7, p. 1-15, Dez. 2022.

DE OLIVO, Luis Carlos Cancelier. **Direito Administrativo**. 3ª Edição. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração da UFSC, 2015.

DOS SANTOS, Gabrielly Andrade; DE MELO, Arquimedes Fernandes Monteiro. A realidade da justiça em números: um estudo sobre as principais causas da morosidade da justiça. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, volume 11, número 36, p. 95-114, Jan./Jul. 2017.

DOURADO, Pablo Zuniga. O debate atual sobre o conceito de contrato administrativo e a administração dos riscos nos contratos de concessão (PPP). **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, volume 32, número 01, p. 82-98, Abr. 2020.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume 233, p. 377-386, Jul./Set. 2003.

HORBACH, Carlos Bastide. Contratos administrativos: conceito e critérios distintivos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, volume 6, número. 1, p. 43-58, Jan./Jul. 2016.

LENTZ, Marilane Pacheco. **Licitação, contratos e convênios: livro didático**. 3ª Edição, Palhoça: Editora Unisul Virtual, 2011.

LOPES, Carina Deolinda da Silva; PAPALIA, Franceli Bianquini Gringoletto. A Inserção das Formas Alternativas de Resolução de Conflitos no Âmbito da Nova Lei de Licitações. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Porto Alegre, volume 7, número 2, p. 66-81, Jul./Dez. 2021.

LUCENA, Hipólito Domenech; SPENGLER, Fabiana Marion. Arbitragem Regida Pelos Princípios Administrativos da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público: uma mera formalidade ou um caminho a ser trilhado em busca da plena efetividade da arbitragem na administração pública? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro-RJ, volume 23, número 3, Out. 2022.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Capítulo I: Arbitragem Administrativa à Luz da Constituição Federal In VALIM, Rafael; WARDE, Walfrido. **Direito Público e arbitragem: os desafios emergentes da resolução privada de conflitos do Estado**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, volume 209, p. 81-90, Jul./Set. 1997.

NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.); LUZIA Cauê Vecchia; RÊGO, Eduardo de Carvalho; SCHRAMM, Fernanda Santos; QUINT, Gustavo Ramos da Silva; MEDEIROS, Isaac Kofi;

DE ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg; DE OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso; FERREIRA, Otávio Sendtko; NIEBUHR, Pedro de Menezes; FERRAZ, Renan Fontana; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari; RIBAS JUNIOR, Salomão Antonio. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 2^a Edição. Curitiba-PR: Zênite, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. **Manual de Direito Administrativo.** 11^a Edição. Barueri-SP: Atlas, 2022.

PEREIRA FILHO, Célio Pedrini; DOS SANTOS, Benevenuto Silva. A Utilização de Comitês de Resolução de Disputas em Contratos da Administração Pública. **Revista JurES**, Vitória-ES, volume 15, número 28, p. 104-121, Dez. 2022.

PETRY, Flavia Barbara Ruschel. **Implantação do marco regulatório das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil no município de Novo Hamburgo.** Monografia (Graduação) - Repositório da Biblioteca da UNISINOS, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Jul. 2021.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BRUXELLAS, Luíza Lucas. Arbitragem, Contratos Administrativos e Custos de Transação (p. 257-284) In PORTO, Antônio Maristello; SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro (Orgs.). **Perspectivas da Análise Econômica do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FGV Direito Rio, 1^a edição, p. 257-284, 2022.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Revista de Estudos Avançados**, volume 18, número 51, p. 79-101, 2004.

SANCHES, Odila Maria. **Parceria público-privada aplicada a gestão de resíduos sólidos urbanos.** 2018. 152 f. Monografia (Pós-graduação), Programa de Pós Graduação em Administração do Departamento de Gestão e Negócios da Universidade de Taubaté, UNITAL, Taubaté, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, volume. 248, p. 117-126, Mai./Ago. 2008.

VALENTIM NETO, Adauto José; GOMES, Lucas Victtor Carvalho. Arbitragem na Administração Pública: análise do PL 6.814/2017 à luz dos princípios da Administração Pública. In **Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial: VI Congresso Brasileiro de Arbitragem e Mediação Empresarial** - CBAME – Grupo de Estudo em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasília: Editora CONIMA, ano VI, número 8, volume 2, Jul./Dez 2019.

Artigo recebido em: 18/12/2023.

Aceito para publicação em: 17/09/2025.

Práticas de acolhimento, cidadania, e repertórios multilíngues para migrantes forçados em universidades (Portugal e Brasil)

Prácticas de acogida, ciudadanía y repertorios multilingües de migrantes forzados en las universidades (Portugal y Brasil)

Valmôr Scott Jr.¹

Resumo: Crises políticas, econômicas, ambientais, entre outros fatores, obrigam, mundialmente, a migração forçada de pessoas entre territórios de Estados, num processo de deslocamento humano que merece atenção internacional. Ao adentrar no país anfitrião estes sujeitos de direitos humanos estão fragilizados, traumatizados, sendo o acolhimento pressuposto para o reestabelecimento como pessoas e como cidadãos do mundo, sujeitos de direitos humanos, nos diversos espaços sociais do país de destino. As instituições de educação superior são um destes espaços. Neste contexto, esta investigação busca apresentar e discutir práticas de acolhimento para estas pessoas em duas instituições de educação superior, as quais estão localizadas em Portugal e no Brasil. Estas instituições possuem função social, sendo uma destas atribuições, o acolhimento de migrantes forçados como pressuposto para cidadania. A partir da legislação de ambos os países, será realizada a relação, como pressuposto de cidadania, com práticas institucionais. Além disto, a partir das informações alcançadas é possível mapear a população migrante e o repertório multilíngue que ocorre, em decorrência da migração forçada nas instituições educacionais investigadas. A partir destes recortes metodológicos torna-se possível mapear práticas de acolhimento como pressuposto de cidadania para migrantes forçados no país de destino. Esta investigação foi desenvolvida junto às atividades de investigação no Centro de Estudos Sociais (CES), na Universidade de Coimbra (UC).

Palavras-chave: Acolhimento. Cidadania. Migrantes forçados. Repertório multilíngue. Educação superior.

Resumen: Las crisis políticas, económicas y ambientales, entre otros factores, obligan a la migración forzada de personas entre territorios estatales a nivel mundial, en un proceso de desplazamiento humano que merece atención internacional. Al ingresar al país de destino, estos sujetos de derechos humanos quedan debilitados, traumatizados, y la acogida es condición previa para su restablecimiento como personas y como ciudadanos del mundo, sujetos de derechos humanos, en los diversos espacios sociales

¹ Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Pelotas (PPGD/UFPel); Professor na Faculdade de Direito (FD/UFPel); Líder do Grupo Direito, Educação e Vulnerabilidade (GDEV) com registro no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq (DGP/CNPq); Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais, da Universidade de Coimbra-Portugal (CES/UC); Doutor e Mestre em Educação pelo Programa de Pós-Graduação em Educação, da Universidade Federal de Santa Maria (PPGE/UFSM); Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ).

del país de destino. Las instituciones de educación superior son uno de estos espacios. En este contexto, esta investigación busca presentar y discutir las prácticas de acogida de estas personas en dos instituciones de educación superior, ubicadas en Portugal y Brasil. Estas instituciones tienen una función social, una de las cuales es la recepción de inmigrantes forzados como requisito previo para la ciudadanía. Con base en la legislación de ambos países, se establecerá la relación, como requisito previo a la ciudadanía, con las prácticas institucionales. Además, a partir de la información obtenida, es posible mapear la población migrante y el repertorio multilingüe que se produce como consecuencia de la migración forzada en las instituciones educativas investigadas. A partir de estos conocimientos metodológicos, es posible mapear las prácticas de recepción como un requisito previo para la ciudadanía de los inmigrantes forzados en el país de destino. Esta investigación se desarrolló en paralelo a actividades de investigación del Centro de Estudios Sociales (CES), de la Universidad de Coimbra (UC).

Palabras clave: Recepción. Ciudadanía. Migrantes forzados. Repertorio multilingüe. Educación universitaria.

1. Introdução

Migrantes, ao saírem de seus países, de modo forçado, por motivo de crise política, econômica, entre outros fatores que acarretam a busca por condições de vida com dignidade em outros países, não raras vezes, sentem-se violentados duas vezes, sendo que, inicialmente, em seu país de origem, pelos motivos acima elencados e, posteriormente, no país de destino, em decorrência da carência de práticas de acolhimento, que permitam o exercício de direitos humanos básicos, os quais são destinatários, independente do espaço geográfico em que estejam situados.

Neste contexto, vários são os espaços sociais que podem/devem desenvolver estas práticas para amenizar este momento delicado de vida de migrantes no seu destino. Entre estes espaços sociais, convém mencionar as instituições religiosas, organizações não governamentais (ONGs), associações comunitárias locais, instituições educacionais, entre outros.

A presente investigação, com base na Constituição e Leis específicas, de âmbito nacional do Brasil e de Portugal, para migrantes, relacionar de que modo, como pressuposto de cidadania, práticas de acolhimento, são implementadas em universidades, por meio de ações de acolhimento para

estas pessoas. Diante disto, torna-se possível mapear ações à população migrante nestas universidades e os repertórios multilíngues presentes.

Para tanto, no sentido de tornar a investigação cientificamente viável, com uma análise realizada, algumas escolhas são necessárias. Inicialmente, como países de destino, foram escolhidos Portugal e Brasil, países em que o investigador desenvolve pesquisas. Num segundo momento, as cidades de Coimbra (Portugal) e, de Pelotas (Brasil), municípios em que estão situadas as universidades que acolhem pesquisas de autoria do pesquisador sendo, respectivamente, Universidade de Coimbra (UC), e Universidade Federal de Pelotas (UFPel).

Nestes países, será analisada a lei máxima que orienta o ordenamento jurídico de ambos os países, sendo a Constituição da República Portuguesa, e a Constituição de República Federativa do Brasil e, respectivamente, a lei interna máxima específica para migrantes em ambos os países que, no caso de Portugal, é a Lei de Concessão de Asilo e Protecção Subsidiária (Lei nº 27/2008, que estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo e de protecção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de Abril, e 2005/85/CE, do Conselho, de 1 de Dezembro) e, no Brasil, a Lei nº 13.445/ 2017, que institui a Lei de Migração. As referidas Constituições e Leis foram consideradas em sua versão atualizada até 2022.

As Constituições e Leis Mencionadas foram buscadas em sites oficiais de legislação de ambos os países. Em Portugal, no site oficial da Assembleia da República² e, no Brasil, no site oficial do Planalto³. Em ambos, os indicadores utilizados foram: estatuto; migrantes; refugiados; nome do país (Portugal ou Brasil), em Legislação. No caso de Portugal foi utilizado o recorte a partir de 1976, ano do início de sua vigência. No caso do Brasil, o

² Sítio eletrônico para localização: <https://www.parlamento.pt/>

³ Sítio eletrônico para localização: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>

recorte temporal ocorreu a partir de 1988, ano de início da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nestas Constituições e Leis serão buscados dispositivos que prevejam práticas de acolhimento aos migrantes em território português e brasileiro, e como reverberam em instituições educacionais, sendo que, neste aspecto, o recorte aplicado refere-se à Universidade de Coimbra (Portugal) e à Universidade Federal de Pelotas (Brasil), nas quais o investigador desta pesquisa exerce atividades de investigação. Ambas as universidades possuem sites oficiais, sendo que a Universidade de Coimbra possui como responsável sobre migrantes, a Divisão de Relações Internacionais, com o Projeto Internacional da Universidade de Coimbra e o Guia para a Inclusão Linguística de Migrantes e, a Universidade Federal de Pelotas, possui como responsável, a Coordenação de Relações Internacionais.

Por meio das escolhas apresentadas, a pesquisa pretende mapear e discutir como pressuposto de cidadania, práticas de acolhimento, com circunscrição da população migrante nestas universidades e repertórios multilíngues. Assim, busca-se refletir sobre como estes sujeitos são acolhidos nos países de destino, em universidades, com observância de práticas que atendam seus anseios básicos.

O estudo está organizado, didaticamente, em três capítulos teóricos. O primeiro deles trata sobre acolhimento e cidadania para migrantes, em que apresenta aspectos legais e institucionais. O segundo capítulo apresenta práticas de acolhimento em ambas as instituições educacionais investigadas: Universidade de Coimbra (UC), em Coimbra-Pt, e Universidade Federal de Pelotas (UFPel), em Pelotas-Br, com ênfase nas práticas apresentadas no site oficial da instituição. Por último, o capítulo sobre a população migrante e repertório multilíngue nestas instituições.

No recorte apresentado torna-se possível, no âmbito das instituições educacionais, verificar como são realizadas ações de acolhimento para estes sujeitos de direito, de modo a possibilitar o exercício de sua cidadania no

país de destino, além de mapear, basicamente, a população migrante nestes espaços sociais e os repertórios multilíngues oriundos da acesso de migrantes forçados na educação superior de Portugal e do Brasil.

A migração forçada, sendo um fenômeno presente e recorrente, mundialmente, urge de estudos sobre os mais diversos contextos que ocasiona, entre os quais, a condição destas pessoas como sujeitos de direito, que carecem de acolhimento, cidadania e respeito à sua língua, na condição de direito humano, no país anfitrião. Esta investigação ocupa-se de contribuir com foco nas práticas de acolhimento oferecidas pelas instituições de educação superior.

2. Acolhimento e cidadania para migrantes: aspectos legais e institucionais

Os migrantes que adentram o território brasileiro e português, diante de sua vulnerabilidade, necessitam de acolhimento como pressuposto de cidadania para estabelecer vínculo de pertencimento em determinada comunidade, sendo oportuno definir acolhimento e cidadania nesta investigação.

De acordo com Jubilut (2007) acolhimento consiste num termo surge em 1755, momento em que “os filósofos criaram então o adjetivo humanitário para designar os indivíduos que se entendem parte da humanidade e que como parte de um todo são responsáveis por ele” (JUBILUT, 2007, p. 145). Este conceito é adequado, também, quando associado à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), após a segunda guerra, que apresenta e disciplina os direitos humanos a serem protegidos em âmbito mundial, como pressupostos da dignidade humana, inclusive, para migrantes forçados. Com este sentido, a palavra acolhimento é adotada na presente investigação.

A cidadania, por sua vez, é considerado como “esse vínculo traduz-se numa afinidade estreita, assente em critérios de conexão, que justifiquem o acesso a direitos próprios dos membros da comunidade [...]” (MATIAS, 2014, p. 55). O mesmo estudioso bem define cidadania:

A cidadania constitui, no plano interno, um crucial mecanismo de construção de uma comunidade constitucional inclusiva, uma vez que contribui para a melhor integração do estrangeiro acolhido por essa comunidade. O sentimento de pertença a uma dada comunidade eleva-se com a passagem de sujeito a autor, bem expressa na passagem de estrangeiro a cidadão. (MATIAS, 2014, p. 58).

Sendo assim, a cidadania, mesmo sendo um conceito polissêmico que possui um caráter evolutivo e dinâmico (CORREIA, 2007, p. 33), está relacionada à inclusão, pois “a cidadania também se constrói na relação recíproca e solidária com os outros” (SANTOS COSTA, 2011, p.81). Estes fatores precedem o acolhimento no plano interno de cada país, de modo que a pessoa seja recebida e sinta-se pertencente para avançar num processo que o constitua cidadão no espaço geográfico em que esteja inserido.

Neste sentido, a cidadania universal se apresenta, sendo que consiste na prerrogativa de existência, decorrente de uma humanidade desterritorializada que possui como característica o desfalecimento das fronteiras, imperativo da globalização (SANTOS, 2001, p. 21), sendo que, para ser exercida a cidadania universal, em prol deste acolhimento, cada país, internamente, deve dispor de legislação específica, pois “o exercício da cidadania, mesmo se avança a noção de moralidade internacional, é, ainda, um fato que depende da presença e da ação dos Estados nacionais” (SANTOS, 2001, p. 21).

Portugal e Brasil, na condição de Estados, entre as possibilidades de ação, em sua legislação, disciplinam direitos básicos de cidadania para migrantes, com observância de direitos humanos básicos da pessoa,

independente de, originariamente, não pertencerem ao seu espaço geográfico.

157

Vários são os fatores para a elaboração de um conjunto de leis que normatizam sobre a presença de migrantes em território nacional e o exercício de direitos. Entre os fatores, convém mencionar que não há um conjunto de normas internacionais aplicáveis aos movimentos migratórios, o que acaba por exigir dos países, isoladamente, o exercício de sua soberania a respeito, inclusive, no que concerne à cidadania, pois “a humanidade desterritorializada é um mito. Por outro lado, o exercício da cidadania, mesmo se avança a noção de moralidade internacional, é, ainda, um fato que depende da presença e ação dos Estados Nacionais” (SANTOS, 2001, p 21).

Contudo, há uma exceção que merece ser considerada, a Convenção Internacional Sobre Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes, mas “praticamente não mereceu a ratificação dos países ditos desenvolvidos” (MATIAS, 2014, p. 15), o que acaba por prejudicar sua aplicação em âmbito mundial. Assim, resta aos Estados elaborar a legislação interna a respeito:

Este quadro de desregulação internacional das migrações assenta na convicção há muito firmada de que a decisão de aceitar imigrantes se encontra profundamente radicada na soberania dos Estados, sendo uma decisão interna essencialmente livre (MATIAS, 2014, p 15)

Isto decorre, entre diversos fatores, da concepção de que o cidadão de um lugar recebe a promessa, a possibilidade distante de ser cidadão do mundo, porque sempre está condicionado às realidades nacionais, pois o “mundo” não tem como regular os lugares, uma vez que:

Nas condições atuais, o cidadão do lugar pretende instalar-se também como cidadão do mundo. A verdade, porém, é que o “mundo” não tem como regular os lugares. Em consequência, a expressão cidadão do mundo torna-se um voto, uma promessa, uma possibilidade distante. Como os atores globais eficazes são, em última análise, anti-homem e anticidadão, a possibilidade de

existência de um cidadão do mundo é condicionada pelas realidades nacionais (SANTOS, 2001, p. 55).

158

Diante disto, resta aos países estarem receptivos a elaborar leis que acolham estes sujeitos de direito. Neste contexto, é importante esclarecer o termo acolhimento mais adequado ser considerado na elaboração de leis para estes destinatários.

Ambos os países, Portugal e Brasil, possuem leis nacionais destinadas para direitos básicos de cidadania destes sujeitos de direito em seu território. Sendo assim, convém apresentar, inicialmente, as normas de aplicação nacional de Portugal e, posteriormente, do Brasil. Em comum, ambos os países são signatários da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, conhecida como Convenção de Genebra, de 1951, que define refugiado/migrante, direito de asilo e outros aspectos. Neste contexto, convém apresentar, no âmbito nacional, em decorrência das particularidades de cada país, aspectos da lei máxima e da principal lei específica de Portugal e do Brasil sobre migrantes, com ênfase na cidadania.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa apresenta um princípio importante para o acolhimento de migrantes. Trata-se do artigo 13 e 15, sendo que o primeiro apresenta o princípio da igualdade ao mencionar que “todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados nesta Constituição” (PORTUGAL, 2005) e, o segundo, reconhece “a igualdade perante a lei a todos os cidadãos e a garantia aos nacionais de países estrangeiros, que residem legalmente no território português, de todos os direitos de cidadania” (HORTAS, 2013, p. 54).

O mesmo estudioso considera que houve avanços na política de imigração portuguesa, “orientando as suas medidas e estratégias para um enquadramento legal integrado, favorável ao acolhimento e integração de imigrantes e, todas as dimensões da sociedade portuguesa” (HORTAS, 2013, p. 54). Isto demonstra que o Estado português não está inerte em relação aos

migrantes que acolhe em seu território, com observância de ações de acolhimento para estas pessoas.

A Lei do Asilo (Lei nº 27/2008), por sua vez, apresenta o conceito de migrante/refugiado em território português, em seu art. 2º, letra x, sendo:

159

o estrangeiro que, receando com razão ser perseguido em consequência de actividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana ou em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, convicções políticas ou pertença a determinado grupo social, se encontre fora do país de que é nacional e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção desse país, ou o apátrida que, estando fora do país em que tinha a sua residência habitual, pelas mesmas razões que as acima mencionadas, não possa ou, em virtude do referido receio, a ele não queira voltar (PORTUGAL, 2008).

O conceito de migrante/refugiado apresentado pela Lei é abrangente e engloba todas as hipóteses que geram a situação de migração: perseguição política, perseguição religiosa, perseguição social, tanto para nacionais de um país quanto apátrida fora de sua residência habitual. O conceito demonstra observância à complexidade de situações que envolvem o estrangeiro que busca refúgio em outro país.

No que concerne ao acolhimento, o art. 56, que disciplina sobre o apoio social, em seu item 1, apresenta:

1 — Aos requerentes de asilo ou de protecção subsidiária e respectivos membros da família, que não disponham de meios suficientes para permitir a sua subsistência, são asseguradas condições materiais de acolhimento, bem como os cuidados de saúde estabelecidos nesta secção, tendo em vista a garantia da satisfação das suas necessidades básicas em condições de dignidade humana (PORTUGAL, 2008).

Neste aspecto, dispõe sobre o oferecimento de condições materiais de acolhimento, de modo que haja condições de dignidade humana. Contudo, a Lei esclarece, resumidamente, até o art. 64, como condições materiais de

acolhimento: alojamento, alimentação, subsídio, de acordo com as necessidades do requerente.

A partir do art. 65, por sua vez, apresenta o Estatuto do Refugiado e da protecção subsidiária, sendo conveniente mencionar o art. 76, que dispõe sobre programas de integração e menciona que “a fim de facilitar a integração dos refugiados e dos beneficiários da protecção subsidiária na sociedade portuguesa, devem ser promovidos programas de integração pelas entidades competentes” (PORTUGAL, 2008).

Entre as entidades competentes, estão as universidades que, em suas atribuições insere-se sua função social, a ser exercida de diversos meios, entre os quais, programas de integração, inclusive, para acolhimento de pessoas em situação de migração. Sendo assim, a universidade colabora com o propósito do referido dispositivo legal.

No que concerne ao Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil, vigente desde 1988, além de garantir a cidadania, em seu primeiro artigo, ao dispor: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania” (BRASIL, 1988), assim como a Constituição da República Portuguesa, contempla o princípio da igualdade em seu art. 5º, ao mencionar:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 1988)

No presente dispositivo, a Lei Maior do Estado brasileiro é explícita ao contemplar os estrangeiros, em igualdade perante a lei, com os nacionais, sendo que não estabelece distinção e apresenta direitos básicos: vida, liberdade, segurança e propriedade.

Em matéria de lei específica sobre o acolhimento de migrantes em território brasileiro, o Brasil publicou, em 1997, a Lei nº 9474, que define

mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências (BRASIL, 1997). No entanto, esta lei, resumidamente, se refere ao procedimento de ingresso em território brasileiro e pedidos de migração.

Em 2017, a Lei nº 13.445, que institui a Lei de Migração (BRASIL, 2017), avançou no que concerne ao acolhimento de migrantes, sendo que no art. 3º, VI, manifesta este intento ao disciplinar que, entre os princípios e diretrizes da política migratória brasileira, insere-se a acolhida humanitária, assim como no inciso XII: “a promoção de difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante”.

Resumidamente, estas são as disposições da Lei, que se aproximam de ações de acolhimento como pressuposto de cidadania, de modo um tanto incipiente, sem determinar políticas públicas a respeito. Contudo, apresenta abertura para que haja acolhimento humanitário e promoção de direitos, liberdades, garantias e obrigações, de modo não restritivo. Estes fatores abrem a possibilidade para que instituições de educação superior, no exercício de sua função social, possam promover ações para a difusão contemplada no dispositivo legal.

Tanto as Constituições quanto as leis principais específicas de ambos os países, Portugal e Brasil, não demonstram, detalhadamente, regramento sobre a acolhida de migrantes, mas condutas e procedimentos da regularização/legalização da presença de migrantes em seu território. Contudo, mesmo assim, apresentam dispositivos sobre acolhimento em seus territórios, sem determinar nem restringir instituições que possam promover ações neste sentido. Sendo assim, muitas são as instituições capazes de implementar ações em favor do acolhimento de migrantes, como pressuposto de cidadania, sendo: instituições religiosas, organizações não governamentais (ONGs), comunidades, entre outros.

Contudo, neste estudo optou-se pelas instituições de educação superior, precisamente, universidades públicas, como espaço social de

análise, sendo que, como o estudo será realizado em Portugal e no Brasil, optou-se pela Universidade de Coimbra (UC) e pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Estas instituições educacionais foram escolhidas pelo fato de que o pesquisador realiza atividades de investigação nestes estabelecimentos, sendo que, na sequencia, em título próprio, são apresentadas e discutidas práticas de acolhimento de ambas as instituições de educação superior.

3. Práticas de acolhimento no ambiente acadêmico

Na atualidade, emerge a necessidade por estudos referentes a aspectos da situação de migrantes, inclusive, no que concerne ao acolhimento destas pessoas no país de destino, sendo temática emergente, em virtude do caráter humanitário, para superação do entendimento de sua “situação como indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena”. (GOFFMAN, 1988, p. 07).

Neste contexto, Estados, sensíveis a esta situação de vulnerabilidade social dos migrantes que adentram em seu território, procuram realizar o acolhimento destas pessoas, por meio de práticas nos mais diversos contextos, entre os quais, a educação, como meio de colaborar para uma consciência cidadã, sendo que a educação colabora ao visar:

desenvolvimento da consciência da dignidade humana de cada pessoa, orientando a formação do sujeito de direito e articulando as dimensões sobre direitos humanos, e afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem uma consciência cidadã (BUSKO, 2017, p.199).

Para corroborar, convém ressaltar que a natureza educativa das instituições educacionais possibilita a articulação de diferentes práticas sociais, para além de seus muros, de modo a desenvolver, inclusive, atitudes e sentimentos, em busca da formação da pessoa de modo a afirmar uma consciência cidadã, pois:

A educação é realizada pela articulação de diferentes atividades que desenvolvem conhecimentos, atitudes, sentimentos e práticas sociais e que afirmam uma cultura de direitos humanos na escola e na sociedade. Visa ao desenvolvimento da consciência da dignidade humana de cada pessoa, orientando a formação do sujeito de direito e articulando as dimensões sobre direitos humanos, a formação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem uma consciência cidadã (BUSKO, 2017, p. 199).

Diante destas considerações, este estudo tem, como foco, práticas sociais de acolhimento que permitam o acesso à cidadania para migrantes forçados, como pertencentes à comunidade local, na UC e na UFPel, em iniciativas diversas de sua função principal: ensino, mas em atenção a sua função social, para além do ensino. Deste modo, em ambas as instituições, foram pesquisados órgãos internos relacionados a migrantes/refugiados. Na UC, trata-se da Divisão de Relações Internacionais e, na Universidade Federal de Pelotas, trata-se da Coordenação de Relações Internacionais.

Neste contexto, convém, inicialmente, apresentar a perspectiva de prática adotada neste estudo. Neste sentido, colabora Althusser (1996) ao considerar que as ideias têm uma existência material, sendo que considera:

Uma ideologia existe sempre numa aparelho e em sua prática ou práticas regidas por rituais em que elas se inscrevem dentro da existência material de um aparelho ideológico nem que seja numa pequena parte desse aparelho: uma pequena missa numa igrejinha, um funeral, um joguinho num clube esportivo, um dia de aula, uma reunião de partido político (ALTHUSSER, 1996, pp 129-130)

A ideologia de cada instituição é individual, de acordo com seu contexto histórico, legal, cultural, entre outros. Assim, as práticas de ambas as instituições, provável e adequadamente, diferem uma da outra. As práticas se materializam em rituais do cotidiano. Nesta investigação, se materializam em iniciativas para o acolhimento de migrantes, em prol da cidadania destas pessoas para o sentimento de pertencimento no país de destino, de modo a mapear a população de migrantes e seu repertório

multilíngue. Diante disto, convém apresentar, separadamente, as ações de acolhimento de ambas as instituições.

164

3.1. Práticas de acolhimento na Universidade de Coimbra (UC)

A UC, oficialmente, possui como setor relacionado a migrantes, a Divisão de Relações Internacionais⁴, que possui um local interno de acesso denominado: Estudantes em emergência humanitária, o qual apresenta: Ajuda aos refugiados na UC, com os seguintes acessos: Acolhimento e integração; Parcerias; Apoio à Ucrânia. Em todos, apresenta iniciativas de acolhimento desenvolvidas pela instituição.

Em Acolhimento e integração⁵, torna explícito o propósito desta universidade junto aos migrantes que acessam seus serviços educacionais, pois menciona que diante da crise humanitária, com fluxo na Europa, a UC contribui neste desafio, sendo que seu Plano de Desenvolvimento 2019-2023, na área de cidadania, igualdade e inclusão, disciplina sobre a “promoção da cidadania ativa e esclarecida, socialmente responsável e inclusiva, preservando o direito a ter direitos, no respeito pela dignidade, pela igualdade e pelo direito à diferença”.

Ainda, menciona que “a UC compromete-se a promover o acolhimento e integração destes/as jovens, mobilizando para tanto as muitas e diversas vertentes – acadêmica, social, cultural – das suas estruturas de apoio” e, oferece um e-mail para interessados em apoiar esta iniciativa.

A UC demonstra empenho no desenvolvimento da cidadania destas pessoas por meio de iniciativas de acolhimento, inclusive, com a participação de interessados, de modo inclusivo, com observância da dignidade humana, igualdade e diferença, não apenas pelo viés acadêmico, mas, também, social e cultural, sendo que observa-se convergência com o princípio da igualdade

⁴Sítio eletrônico para localização: <https://www.uc.pt/driic>

⁵ Sítio eletrônico para localização: <https://www.uc.pt/ajuda-aos-refugiados/acolhimentint>

apresentado no art. 15, da Constituição da República Portuguesa. A UC, ao mencionar que preserva “o direito a ter direitos” apresenta-se em consonância com o art. 13, desta Constituição, sendo que, a UC reúne esforços para além do que disciplina a Constituição da República Portuguesa e a Lei do Asilo.

Em Parcerias⁶, demonstra interesse em articular ações com outras instituições da sociedade portuguesa, sendo exemplo: Conselho Português Para os Refugiados, Plataforma de Apoio aos Refugiados, Câmara Municipal de Coimbra, entre outras instituições. Em Apoio à Ucrânia⁷, por sua vez, apresenta links que possibilitam acolhimento de estudantes, investigadores e professores ucranianos, assim como links úteis para apoio em relação aos vários anseios acadêmicos e a outras instituições como, por exemplo, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, Organização Internacional para as Migrações, Alto Comissariado para as Migrações, entre outras instituições de apoio para migrantes.

A UC demonstra observância à complexidade que envolve os migrantes em território português, com indicação para além de suas atividades, mas de instituições específicas de apoio que colaboraram para a conquista de sua cidadania.

Diante das práticas implementadas, oficialmente, pela UC, verifica-se a convergência das ações de acolhimento apresentadas com o disposto na legislação portuguesa, conforme mencionado anteriormente, de modo que estas pessoas possam iniciar seu processo de pertencimento e de cidadania no país de acolhida.

Neste contexto, convém ressaltar que as iniciativas desta instituição educacional, além de propositivas e bem direcionadas, não são isoladas, mas colaborativas em parcerias com outras instituições de proteção social aos migrantes.

⁶ Sítio eletrônico para localização: <https://www.uc.pt/ajuda-aos-refugiados/parcerias>

⁷ Sítio eletrônico para localização: <https://www.uc.pt/ajuda-aos-refugiados/Ucrania>

3.2. Práticas de acolhimento na Universidade Federal de Pelotas (UFPel)

No caso da UFPel, há ações em nível de acesso à educação superior, por meio da Pró-reitoria de Ensino. Contudo, a análise desta investigação busca outros tipos de ações de acolhimento, para além do ensino, de modo que esta Universidade cumpra com sua função social, de forma mais dinâmica que sua competência por natureza. Neste sentido, há, oficialmente, o Pelotas Model United Nations - PelotasMUN⁸, sendo um projeto de extensão, com atividades diretamente relacionadas com a migração/refugiados.

O PelotasMUN, com início de atividades em 2013, tem como ações de acolhimento, eventos acadêmicos em que os participantes representam seu país e organização no cenário político como, por exemplo, a videoconferência intitulada: Apoio à Inclusão Social de Refugiados”, tendo como palestrante, Dr. William Torres; Direitos Humanos na Organização das Nações Unidas, com a Profa. Dra. Mariana Albuquerque; Conflitos entre Síria e Turquia na Província de Idlib e a Interferência Estrangeira na Líbia, Violação ao Embargo de Armas, com o Prof. Ms Yasser Hassan Saleh.

Além de eventos, possui um blog de notícias, sendo oportuno destacar, inicialmente, a notícia intitulada: Soluções duráveis para refugiados, em que enfoca sobre refugiados da Guerra da Ucrânia; a crise de Chifre, na África, a gerar refugiados por perseguição, fome e desemprego; na busca para soluções duráveis por meio de uma interação social e cultural pacífica, com observância da dignidade humana destas pessoas, sendo que a Agência da ONU apresenta cinco soluções: integração local, reassentamento,

⁸ Sítio eletrônico para localização: <https://wp.ufpel.edu.br/pelotasmun/>

repatriação voluntária, reestruturação da família, diálogo multicultural baseado na dignidade humana.

167

Ainda, convém destacar a notícia: Apátridas: quem são? relata sobre a situação de perseguição religiosa na Síria, em que não é permitido o casamento entre duas religiões, em que nacionais decidem fugir para realizar contrair matrimônio. O PelotasMUN apresenta, também, discussões de âmbito político de cada país em situação que possa gerar situações que gerem migração.

A UC e a UFPel apresentam iniciativas de acolhimento de modo diverso, de acordo com situações de migração. Contudo, de modo ainda incipiente, sendo que a abrangência de ações de acolhimento por estas universidades podem ser intensificadas e abrangentes, pois, mundialmente, há várias situações que geram situações de migração forçada. Contudo, as iniciativas apresentadas são bem-vindas, no sentido de que, socialmente, estas instituições de educação superior, colaboraram para o acolhimento de migrantes e contribuem com a busca da cidadania no país destino.

4. População migrante e repertório multilíngue

Após a apresentação das ações de acolhimento das universidades, convém mencionar que a população migrante e o repertório multilíngue apresentam-se contemplados nas iniciativas destas instituições, no que concerne ao acolhimento de migrantes, sendo que a UC apresenta como população predominante, os ucranianos, tendo como repertório multilíngue, a língua ucraniana.

Contudo, mesmo sem haver especificação, em termos de observância da diversidade linguística de migrantes na Europa, a UC, por meio de projeto internacional, lançou o Guia para Inclusão Linguística de Migrantes⁹, o qual busca a integração de imigrantes e refugiados através de

⁹ Sítio eletrônico para localização: <https://eusal.es/eusal/catalog/book/978-84-1311-659-4>

suas línguas, tornando-se um aliado, para facilitar o processo de integração, sendo que no item 2.2 realiza estudo minucioso sobre a língua como barreira ou passaporte para novos destinos, com a demonstração do sucesso profissional quando há proficiência na língua do país de acolhimento, sendo a falta de proficiência barreira relevante ao migrante, a ser superada por meio de cursos e outras iniciativas de formação para superação deste empecilho.

Neste contexto, considera, na p. 21, que a Europa é multilíngue e que, no processo de migração, a língua de origem ocasiona choques de línguas, de acordo com as decisões do migrante, sendo que estudiosos estabeleceram quatro fases entre o uso da língua materna (L1) e da língua do país de acolhimento (L2): Assimilação da L2 na sua identidade linguística, com uso cada vez menos frequente da L1, com respostas positivas em relação ao uso da L2 e desfavoráveis em relação ao uso da L1; Separação da L1, sem interesse de aprendizagem da L2, mesmo com restrição às trocas sociais, com respostas favoráveis ao uso da L1; Integração, em se comunicar nas duas línguas, sendo amplamente aceito nas respostas; Marginalização/Oscilação, com pouco interesse na aprendizagem da L2, mas não tendo a L1 como valor a ser preservado, sendo amplamente negado nas respostas. Além destas informações, o Guia apresentada outras informações de caráter inclusivo com os migrantes na UC.

A UFPel, por sua vez, nas ações (eventos e blog de notícias) do PelotasMUN, remete à população migrante de sírios, líbios, africanos (Chifre) e ucranianos tendo como repertório multilíngue o árabe (Síria e Líbia), o gueês (Chifre, na África), e o ucraniano (Ucrânia).

Contudo, em ambas as universidades, não há aprofundamento sobre aspectos do repertório linguístico dos migrantes, sendo que remetem suas ações de acolhimento, seja em menor ou maior grau de comprometimento, para a discussão sobre os conflitos que geram a situação de refúgio e, com

menos frequência, os migrantes como titulares de direitos humanos. Entretanto, convém salientar que ambas as instituições de educação superior possuem, como semelhança, iniciativas de acolhimento para ucranianos, talvez, por ser um conflito atual sem desfecho, em desproveito de outros conflitos, em vários países, que geraram migrações forçadas e que merecem igual atenção.

5. Conclusão

O propósito deste estudo consistia em, a partir da legislação e de práticas institucionais, apresentar e discutir o acolhimento de migrantes forçados, como pressuposto de cidadania, na UC e na UFPel, além de mapear a população migrante e os repertórios multilíngues formados nestes espaços sociais com a presença destes sujeitos de direitos humanos, que adotam Portugal e Brasil como países anfitriões.

Para tanto, ao considerar a situação de vulnerabilidade destas pessoas e sua necessidade de acolhimento como pressuposto de cidadania em ambos os países (Portugal e Brasil), a investigação considerou acolhimento como um adjetivo humanitário que define a pessoa como parte da humanidade, sendo a cidadania, por sua vez, fator de inclusão e de conexão que justifica o acesso a direitos e a mudança de condição de estrangeiro para cidadão no país de destino. Com base na compreensão de acolhimento e de cidadania a partir dessa perspectiva, foi possível atribuir o sentido para analisar práticas de acolhimento da UC e da UFPel, a partir de aspectos legais e institucionais.

A UC, em suas práticas de acolhimento contempla a cidadania à migrantes demonstra por meio da participação inclusiva, com observância das diferenças (acadêmica, social e cultural) e da igualdade, em consonância com o princípio da igualdade exposto art. 15, da Constituição da República Portuguesa. Além disto, considera a complexidade da situação de migrantes

em seu território, e oferece instituições específicas de apoio, num movimento colaborativo em prol da inclusão social de migrantes. No que concerne às práticas de acolhimento da UFPel, verificou-se a presença de ação de extensão, blogs de notícias que, igualmente, buscam o acolhimento como pressuposto de cidadania para migrantes forçados no território brasileiro. Mesmo que de modo incipiente e com iniciativas de acolhimento diversas, a UC e a UFPel apresentam direcionamento em prol dos migrantes forçados.

Quanto à população migrante e o repertório multilíngue, a UC apresenta com foco, ucranianos e como repertório multilíngue, a língua ucraniana, tendo o Guia Para a Inclusão Linguística de Migrantes como importante aliado para a integração de migrantes forçados através de suas línguas; a UFPel tem como população migrante: sírios, líbios, africanos (Chifre) e ucranianos, tendo como repertório multilíngue o árabe, e o ucraniano. Entretanto, ambas as universidades, não aprofundam sobre aspectos do repertório linguístico dos migrantes. Entretanto, tanto a UC quanto a UFPel possuem iniciativas de acolhimento para ucranianos.

Diante destas considerações, convém mencionar alguns aspectos. As instituições de educação superior investigadas são propositivas no que concerne a práticas de acolhimento em Portugal e no Brasil, como pressuposto para a cidadania, e consequente, pertencimento ao país de destino. Mesmo que de modo incipiente, contemplam ações que servem como bons exemplos para ações futuras. A população migrante e o repertório multilíngue é restrito, sendo necessária a expansão, uma vez que vários são os migrantes forçados, nos mais diversos contextos, oriundos dos mais diversos Estados, que adentram no país anfitrião.

Os migrantes forçados, na condição de sujeitos titulares de direitos humanos, devem ter, além da titularidade, a garantia destes direitos, de tal modo que ao adentrar no país de destino possam exercê-los, inicialmente, por meio da cidadania, materializada, entre diversos fatores, por meio de práticas de acolhimento nos espaços sociais, entre os quais, as instituições

de educação superior, sendo, a educação, um direito que permite a abertura para o exercício da cidadania e demais condições de dignidade humana para estas pessoas.

Referências

- ALTHUSSER, Louis. Ideologia e aparelhos ideológicos de estado. In: Zizek, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 105-142.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 set. 2023.
- BRASIL. Lei nº 9474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jul. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm. Acesso em 25 set. 2023.
- BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 maio 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em 26 set. 2023.
- BUSKO, Danielle. Políticas públicas educacionais para imigrantes e refugiados: rede de acolhimento no Rio Grande do Sul. **Revista Defensoria Pública da União**. Brasília, n. 10, p. 177-208, 2017.
- CORREIA, Sofia. **Capital Social e Comunidade Cívica: o círculo virtuoso da cidadania**. Lisboa: ISCSP – Universidade de Lisboa, 2007.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.
- HORTAS, Maria João. **Educação e imigração: a integração dos alunos imigrantes nas escolas do ensino básico do centro histórico de Lisboa**. Lisboa: Alto Comissariado Para a Imigração e diálogo Intercultural (ACIDI, I. P.), 2013.
- JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.
- MATIAS, Gonçalo Saraiva. **Migrações e Cidadania**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.
- PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 1976. VII Revisão Constitucional. **Diário da República**, Lisboa – Pt, 25 abr. 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 24 out. 2022.
- PORTUGAL. Lei nº 27, de 30 de junho de 2008. Concessão de asilo ou protecção subsidiária. **Diário da República**, Lisboa – Pt, 30 jun. 2008. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1584&tabela=leis. Acesso em 25 out. 2022.
- SANTOS, Carlos Alexandre dos. **Animação Sociocultural - Voluntariado e Cidadania Ativa**. Porto: LivPsic., 2011.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

Artigo recebido em: 11/10/2023.

Aceito para publicação em: 11/09/2025.

O protagonismo popular e as instituições republicanas em Maquiavel: a centralidade do povo na política

The popular protagonism and the republican institutions in machiavelli: People's centrality in politics

Ricardo Manoel de Oliveira Moraes¹

Resumo: este artigo tem por objetivo analisar as contribuições de Maquiavel acerca da centralidade política que o elemento popular deve deter em um regime republicano. Para tanto, será realizada uma revisão bibliográfica de obras do Maquiavel e de estudiosos. Segundo o pensador, em toda e qualquer comunidade política existiriam dois desígnios fundamentais e antagônicos, o dos grandes, que quer oprimir, e o do povo, que não quer ser oprimido, cujos confrontamentos determinam institucionalmente a ordem política de uma cidade em principado, república ou licença. O que se pretende sustentar é que Maquiavel é um pensador que defendeu, em toda a sua obra, a ordem republicana como o melhor dos regimes, uma vez que nele há liberdade e participação popular, e que o povo não só é detentor de uma grande virtude, como deve ter um papel central nos assuntos políticos.

Palavras-chave: Povo. Regime Republicano. Liberdade. Virtude. Maquiavel.

Abstract: this article aims to analyze Machiavelli's contributions about the political centrality that the popular element must have in a republican regime. For that, a bibliography review of Machiavelli's work and scholars will be made. According to him, in every political community there are two fundamental and antagonistic desires, that of the great, who wants to oppress, and that of the people, who do not want to be oppressed, whose confrontations determines institutionally the political order of a city in principality, republic or license. What we want to maintain is that Machiavelli is a thinker who defended throughout his work the republican order as the best of regimes, since there is freedom and popular participation in it, and that the people not only own a great virtue but must play a central role in political affairs.

Keywords: People. Republican regime. Freedom. Popular virtue. Machiavelli.

¹ Professor Adjunto da Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC), sendo docente da Graduação e do Mestrado em Direito. Professor Adjunto do CEDIN. Coordenador da Pós-Graduação em Direitos Humanos da ESA-MG/CEDIN. Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito Político pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos (FDMC). Graduado em Filosofia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE).

1. Introdução

O objetivo deste texto é analisar as contribuições de Maquiavel no que diz respeito à necessidade de o povo deter um papel de protagonismo nas instituições políticas de uma comunidade política bem ordenada, ou seja, uma república. Para cumprir este escopo, realiza-se uma revisão bibliográfica de obras maquiavelianas ao longo do texto (em especial, dos Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio em relação à O príncipe), entrelaçando tais reflexões com análises de comentadores. Assim, tendo em vista que tal interpretação da obra maquiaveliana pode causar, à primeira vista, alguma estranheza, tendo em vista que o florentino é considerado muitas vezes como um pensador da dominação ou “conselheiro de tiranos”, será demonstrado que não uma incompatibilidade necessária ou absoluta entre a leitura proposta e as reflexões de O príncipe.

Evidente que não se trata de resolver as ambiguidades ou fechar o *desdobrarse* (nos termos de Lefort) da obra de Maquiavel, tarefa que apenas levaria a uma deturpação de seu pensamento. A pretensão é de, neste primeiro momento, demonstrar apenas que existem pontos de convergência entre a parte da obra de Maquiavel que é considerada como republicana (os Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio) e a que é considerada “principesca” (O príncipe). Vale ressaltar que sendo este texto um artigo, os outros escritos do florentino (os escritos de chancelaria, a História de Florença) não serão alvos de uma análise mais direta.

Em seguida, serão examinados os elementos dos escritos de Maquiavel que demonstram que ele considerava o povo como o elemento central de um regime político bem ordenado. Para tanto, será dada uma breve explicação sobre a sua “teoria dos humores”, segundo a qual em toda e qualquer comunidade política haveria dois humores antagônicos, o do povo que não quer ser oprimido e o dos grandes, que quer oprimir. Além disso, é a partir destes conflitos entre estes humores que uma cidade pode alcançar uma ordem política republicana, principesca ou licenciosa.

O que será pontuado com maior detalhamento é o fato de que, para Maquiavel, mesmo que existam regimes políticos que excluam ou limitem a

participação popular, aqueles que optam por esta via dificilmente poderão alcançar a grandeza e a glória que Roma obteve. Isso porque a república romana, que é o modelo institucional paradigmático na obra maquiaveliana, apenas conseguiu se tornar tão grandiosa e bem ordenada porque os nobres abririram mão de parte de seu poder para proporcionar ao povo uma ampla participação. Além disso, tendo em vista que o humor popular é dotado de uma maior *qualità* e *onestà*, ele é mais elevado, razão pela qual ele deve ser o elemento central de um regime político que prime pela virtude e pela sabedoria (ao contrário do que defendem alguns dos contemporâneos de Maquiavel, como Guicciardini, e toda uma tradição política influenciada pelo platonismo, conforme será também examinado).

2. Maquiavel, o principado e a república

Interpretar ou examinar o pensamento maquiaveliano tomando como chave a questão do elemento republicano-popular pode parecer um disparate, tendo em vista que sua obra é considerada como uma herança da dominação ou, mesmo, anti-republicana. Mesmo porque Maquiavel deixou um tratado que é considerado por muitos um manual de aconselhamento de tiranos que tenham por objetivo conquistar e manter seus domínios com segurança, estabilidade e aparência de legitimidade. Hannah Arendt, em *Sobre a Revolução*, por exemplo, expõe que um dos legados de Maquiavel foi o de considerar que a ação política pressupõe aprender a não ser moralmente bom. Leo Strauss (*Reflexões sobre Maquiavel*) propõe uma interpretação no mesmo sentido. O próprio Foucault (*Segurança, Território, População*) considera que embora Maquiavel tenha contribuído para o pensamento político ocidental, sua preocupação estaria voltada para refletir acerca de uma relação entre o princípio e seu domínio, relação esta marcada pela força e pela violência.

Existem uma série de passagens da biografia de Maquiavel e d'O princípio que parecem ratificar tal hipótese. Com a queda do regime republicano em Florença, Maquiavel foi destituído de seu cargo, preso,

condenado e torturado, sob a suspeita de ter conspirado contra o governo recém reinstaurado dos Medici. Com a sua saída da prisão, ele tentou retornar aos ofícios políticos procurando meios para se recomendar às autoridades da cidade (os próprios Medici). Com isso, ele escreveu a Francisco Vettori (recém nomeado embaixador florentino em Roma) em 1513 pedindo que ele usasse sua influência em seu favor, fazendo com que seu tratado sobre os principados chegasse aos governantes. A esperança de Maquiavel era que seu escrito lhe rendesse a atenção dos Medici. “Um dos motivos para querer atrair a atenção para a obra – como mostra sua dedicatória de *O príncipe* – era o desejo de oferecer aos Medici ‘um sinal de minha devoção’ como súdito leal” (SKINNER, 2012, p.35-36). Inclusive, a dedicatória da obra é feita a Lourenço de Medici, príncipe governante da cidade no contexto em que a obra foi escrita. Portanto, se Maquiavel se mostra como um pensador da dominação que aspirava ser conselheiro de príncipes, pareceria, como dito, despropositado inferir que ele era um defensor da república e da participação popular nos assuntos políticos.

Todavia, não se pode desconsiderar que toda a obra maquiaveliana é marcada pela retórica. Neste sentido, o Florentino não foi um teórico da aparência, da *doxa*, da imagem ou da persuasão. Ele não se preocupou em problematizar tais questões como objeto de reflexão. O pensador se utiliza de termos como “simulação”, “dissimulação”, “reputação”, “espetáculo”, sem reserva, sempre gravitando em torno da noção de *aparência*. Tal noção, não obstante, não pode ser considerada como um conceito, o que a filosofia platônica opõe ao *ser* ou à *essência*. A política, na filosofia maquiaveliana, é uma condição fundamental de desenrolar-se na aparência, sendo todo ator político e toda ação política comprometidos com sua representação (ADVERSE, 2009, p.33). Muito antes de Maquiavel, os tragediógrafos igualmente jogavam com a aparência, valendo apontar que muitos dos termos

que foram naturalizados na política são oriundos do teatro (cenário político, ator político, representação de um papel, bastidor)².

Além de a retórica ser uma questão que marca a obra maquiaveliana – e, por consequência, a lisonja e a aparência, o que poderia justificar, em parte, uma dedicatória a um Médici – grande parte dos exemplos utilizados por Maquiavel de principados contemporâneos à sua época foram de príncipes que fracassaram. Costa (2019) aponta traços da tradição grega trágica na obra do Florentino, sendo esta uma explicação plausível para o insucesso dos soberanos renascentistas. “No tempo trágico (cíclico), os ‘heróis’ ou superam as dificuldades previstas e imprevistas ou sucumbem, sem nenhuma garantia de justiça final”, advindo as adversidades do absoluto acaso. E, mesmo sendo o príncipe dotado de conhecimento e *virtù*, ainda assim ele estaria submetido à Fortuna (COSTA, 2019, s.p.).

A teoria trágica do encontro também está presente nos textos políticos mais famosos de Maquiavel. Nos *Discursos*: “Já considerei várias vezes que a razão da má e da boa fortuna dos homens vem do ajuste de seu modo de proceder com os tempos” (Maquiavel, 2007b, p. 351). No capítulo 25 de *O Príncipe*, o supostamente mais moderno do livro mais moderno de Maquiavel, esta teoria trágica aparece quando ele explica que o sucesso das ações depende de um encontro (*riscontro*) do “modo de proceder com os atributos do tempo”. O “encontro” não é fácil, pois os tempos variam muito (*variazione*), o que exige diferentes modos de proceder dos agentes políticos. Entretanto, “nem se encontra homem assim tão prudente que saiba se acomodar a isto”, porque por mais “prudência” ou conhecimento da política que uma pessoa tenha, ela “não pode desviar-se de sua inclinação natural” (Maquiavel, 2007a, p. 239). Nos *Discursos*, esta ideia trágica de um agente que não é soberano - quer dizer, que não “comanda a sua natureza” -, é retomada e associada à durabilidade das formas de governo, pois Maquiavel argumenta que as repúblicas

² A tragédia problematiza essa contradição ao retratar a vida de um agente que é forçado a fazer escolhas num teatro político instável de valores ambíguos. O trágico evidencia a confusão entre a ordem racional e o contingente, demonstrando a oscilação entre tais dimensões. Há um paradoxo sobre o agir humano e a responsabilidade: por um lado, o agir é objeto de reflexão racional e debate público; por outro, não é suficientemente autônomo e autossuficiente, já que a sanção divina está presente. Segundo Santos (1998), “Normalmente, quando falamos em tragédia, principalmente a grega, compreendemos que se trata da tragédia do destino e da necessidade. Procuro uma leitura diferente, uma leitura libertária da tragédia. Não se trata tanto da tragédia da necessidade nem da tragédia do destino, mas da tragédia da liberdade. O teatro grego, a meu ver, é o teatro da liberdade. Vou tentar, então, conciliar essa concepção do teatro da liberdade com a tragédia no mundo ético ou no mundo político”.

têm vida mais longa que os principados, porque se acomodam à diversidade dos tempos, em razão da diversidade dos cidadãos que nelas há, enquanto o principado duraria menos (Maquiavel, 2007b, p. 352-353). Inclinações naturais e hábitos limitam a flexibilidade dos agentes, o que enfraquece (sem eliminar) sua capacidade de seguir a prudência de modo a fazer o necessário em cada contexto para agarrar a *Ocasião*, esta deusa fugidia que não tem cabelo nas costas. Como nas tragédias gregas, em Maquiavel a falta de flexibilidade do agente pode induzi-lo ao erro (*hamartia*) que precipita a sua queda. A vantagem das repúblicas, porém, vira uma desvantagem no final da seção citada, quando Maquiavel escreve que as ordenações das repúblicas “são mais lentas”, aparentemente porque dependem de um número maior de pessoas para tomar decisões, e, para agirem de modo menos lento, precisam de “tempos que comovam toda a república”³.

Ainda, Maquiavel, nos Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio, aprofunda suas reflexões sobre o tema da república, da liberdade e do conflito, classificando a república popular romana como o melhor regime que já existiu (afirmação que merece ser cotejada à luz das mesmas ressalvas apontadas quanto à questão da retórica), sustentando que Roma seria digna deste título pelo fato de os conflitos políticos terem levado à ampliação da participação popular, que é essencial para que uma cidade tenha estabilidade e possa alcançar a grandeza e a glória. Daí então surge a discussão: se há marcas republicanas e de “dominação” na obra de Maquiavel, qual seria sua real posição?

Para responder à questão alguns intérpretes partem dos eventos biográficos, sustentando que O príncipe teria sido escrito apenas para que Maquiavel retornasse à atividade política. Skinner (2012, p.35) expõe que a vontade de Maquiavel em retornar à política era tamanha parece “[...] ter prejudicado seus critérios de argumentação normalmente objetivos [...]”, visto que no capítulo 20 ele afirma que “[...] os novos governantes podem vir a descobrir ‘que homens que tinham visto com desconfiança nos estágios iniciais de seu governo provam ser mais confiáveis e úteis do que aqueles em quem confiaram a princípio”. O objetivo de retornar à política somado ao fato de

³ Sobre a relação entre o teatro grego e o pensamento político, ver Morais e Andrade (2023), Morais (2017, 2018, 2020, 2021 e 2022).

ter dedicado O príncipe “Ao magnífico Lourenço de Medici” fariam com que este tratado fosse considerado como, se não uma contingência biográfica movida por ambição pessoal, ao menos um escrito onde a objetividade de Maquiavel estaria comprometida.

Hans Baron, McCormick e outros expressam uma posição que, ponderando as “segundas intenções” de Maquiavel, considera os Discursos como seu maior escrito, pois só nele haveria a sua real posição político-intelectual de defensor da república popular. Vale dizer que Maquiavel a dedica a dois jovens defensores de ideais republicanos frequentadores dos *Orti Oricellari*. “Já na apresentação do livro [Discursos], Maquiavel se posiciona de modo a ressarcir a imagem anti-republicana, quiçá implicada na dedicatória de *Il Principe*” (VALVERDE, 1999, p.337). Além disso, deve-se considerar o esforço de Maquiavel em mudar a imagem que a dedicatória da obra anterior criou, pois nos Discursos ele “[...] não hesita nem mesmo em dar um passo ousado, pois critica abertamente aqueles que dedicam suas obras aos príncipes, acrescentando um elogio exagerado às qualidades dos jovens discípulos” (BIGNOTTO, 1991, p.76). Sendo os Discursos o retrato da verdadeira posição de Maquiavel, devem ser considerados a sua obra mais grandiosa.

No entanto, tal interpretação negligencia O príncipe sem argumentos contundentes, descartando-o como um escrito contingente e valorizando os Discursos arbitrariamente. Para Bignotto (1991, p.75), situar Maquiavel como um pensador republicano não se resume a “[...] atacar a idéia tradicional do maquiavelismo para substituí-la por uma outra, em que o ‘demônio’ cederia seu lugar ao defensor puro dos mais altos valores da democracia”. Se este fosse o caso, a escolha de uma obra em detrimento da outra não passaria de uma opção arbitrária de cada estudioso. Além disso, a escolha de uma ou outra obra geraria uma dicotomia no pensamento do autor. Em um escrito Maquiavel colocaria o principado como o melhor regime e teria tratado da política sob um viés *objetificante*, como se o político fosse um objeto científico

a ser analisado mediante um método que mede as causas e os efeitos da ação política no terreno institucional. Nos Discursos, mais especificamente no trecho “Pequeno tratado sobre as repúblicas”⁴, Maquiavel teria rompido com a perspectiva anterior e teria colocado a liberdade como o *telos* político, promovendo uma ruptura teórica radical em seu pensamento.

Entretanto, se Maquiavel não critica muitas das posições de uma obra na outra nem aponta para uma ruptura conceitual, tal interpretação parece questionável. Ao promover uma cisão teórica na obra maquiaveliana corre-se o risco de desconsiderar peculiaridades importantes dela, bem como elementos que, inclusive, apontam para uma certa convergência entre as duas obras (o que não quer dizer que não haja ambiguidades ou, até mesmo, pontos de divergência insolúveis para os intérpretes). Diante disso, parece plausível apontar que Maquiavel, mais do que um defensor ferrenho da república ou do principado, pensa a questão política à luz da contingência, de uma realidade que molda e, ao mesmo tempo, é moldada. Por isso que, em O princípio, ele aponta para a necessidade de se encontrar o modo de proceder com o tempo, em contraposição à infelicidade daqueles que, com suas ações, divergem do tempo e da ordem. O debate acerca do “melhor regime” impõe, antes, uma compreensão do tempo, da ordem e, sobretudo, de como a política aparece, se mostra, se desvela e, claro, de como os atores políticos irão se desenrolar na política.

Por essa razão, como expõe Pancera (2011, p.34-35) mais do que apenas privilegiar um dos escritos em detrimento do outro, parece mais interessante tentar compreender um conjunto de pressupostos teórico-conceituais que estariam na base do pensamento de Maquiavel, sendo um deles a divisão e os conflitos nas cidades. Segundo Maquiavel, qualquer cidade é definida ontologicamente por uma divisão entre os que “querem comandar e oprimir e os demais que simplesmente não querem ser oprimidos [...]. É esta

⁴ Os dezoito primeiros capítulos dos **Discursos** são conhecidos também como o “Pequeno tratado sobre as repúblicas”.

interpretação, no final das contas, que servirá também como ponto de partida para a nossa, permitindo pensar articuladamente o principado e a república” (PANCERA, 2011, p.34-35).

No que diz respeito às divisões que marcam e determinam movem a vida política da cidade a partir dos conflitos, em ambas as obras há tal pressuposto. No capítulo IX de *O príncipe*, que trata do principado civil, Maquiavel aponta a existência de dois apetites fundamentais que determinam a vida institucional das cidades, o desejo dos grandes, que quer comandar e oprimir o povo, e o do povo, que quer não ser oprimido pelos grandes, sendo a partir dos embates entre estes desígnios que as três formas de governo (principado, liberdade ou licença) tomam forma. Nos *Discursos*, esta questão é tratada de forma idêntica no início do Livro I. Interessante notar que nos *Discursos* Maquiavel, ao tratar da determinação institucional acarretada pelos conflitos entre os humores, substitui o termo “república” por “liberdade”. Para Adverse (2007), ele estaria deixando implícito que estas definições são equivalentes, isto é, que só numa república há liberdade. Neste sentido, o tema da liberdade, embora seja aprofundado nos *Discursos*, já aparece n’*O príncipe*. Sendo a república, por definição, o regime da liberdade, esta categoria já subjaz invariavelmente a obra de 1513. Além disso, pode-se inferir que, para Maquiavel, o reino da liberdade é a república. No principado não há liberdade, apenas dominação de um sobre os demais.

Existe também outra convergência acerca do tema da liberdade nas duas obras: a dificuldade em conquistar e manter territórios livres. No Livro II dos *Discursos* Maquiavel fala das conquistas do império romano, elogiando-as, pois muitas delas se deram sobre territórios habitados por cidadãos habituados à liberdade e, sendo mais difícil subjugar povos livres que povos não livres, as conquistas romanas deveriam ser louvadas. N’*O príncipe* ele explica que se um príncipe conquistar um território onde os cidadãos vivem em liberdade, ele poderá encontrar forte resistência, devendo acabar com ela, caso contrário, ela acabará com ele. Embora sob perspectivas distintas, o tema

da liberdade tem a mesma premissa: a ferocidade de povos na defesa da liberdade.

181

Ainda, existem outros pontos que apresentam pontos de convergência nos escritos de Maquiavel, como a grandiosidade e a perfeita ordenação. Acerca da grandiosidade, Maquiavel, nos Discursos, afirma que as cidades livres (repúblicas) têm maior potencial de alçar a glória, razão pela qual ele analisa a Roma republicana, cidade cuja fundação livre permitiu a sua expansão. Segundo ele, nas cidades onde não há um *ethos* político da liberdade dificilmente alcançaram a glória. Roma, tendo institucionalizado este *ethos*, foi capaz de se tornar o maior império já visto. Por outro lado, quando Maquiavel trata dos principados, ele atribui mais atenção à conservação do domínio que à grandiosidade ou glória. Claro que em um principado podem ser realizados feitos grandiosos e gloriosos. Todavia, como não há um *ethos* de liberdade, esta não é a tendência. No que diz respeito à perfeita ordenação, Roma é o modelo, pois se ordenou como um governo misto, no qual coexistem o principado, a aristocracia e governo popular. As instituições de Roma viabilizaram um campo onde era possível que os humores desafogassem suas tensões sem recorrer às vias extraordinárias, mantendo, com isso, a liberdade cívica e a estabilidade política. Assim, a república de Roma não só foi capaz de refrear a corrupção política, como também de assegurar a liberdade por combinar as três formas de governo que isoladamente são instáveis⁵.

⁵ Maquiavel, ao analisar o ciclo histórico-político polibiano, expõe que todas as formas “puras” de governo (os principados, as aristocracias e os governos populares) tenderiam a se degenerar rapidamente. Um principado inicial rapidamente se degenera, pois, os príncipes começam a se fazer por sucessão, não mais por escolha. São deixadas de lado as obras virtuosas e os príncipes, sob a crença de que devem sobrepujar os outros em suntuosidade, passam a ser odiados por todos os que ele submete. Temendo este ódio, os príncipes passam ao ataque, levando à tirania e às conspirações. Assim, aqueles que por generosidade, grandeza ou nobreza, conseguem se mobilizar derrubar o tirano passam a ser obedecidos pelo povo, que os vê como seus libertadores. Estes, rejeitando a possibilidade do governo um, formam um governo de poucos. Tal governo, lembrando da recente tirania, é dirigido virtuosamente segundo as boas leis. Este governo de poucos é, inicialmente, diligente, probó e voltado à coisa pública. Todavia, quando a administração passa aos filhos destes optimates, que não conheceram as variações da fortuna e a tirania, os poucos se corrompem pela ganância e ambição. Tão logo este regime se torna oligárquico, ocorre com ele o que ocorreu ao tirano: a derrocada por uma multidão insatisfeita. Esta, tendo viva a memória do tirano e

A degeneração política dos regimes “puros” (principado, aristocracia e democracia) no tempo pode apenas ser suspensa, jamais paralisada e é um regime misto (republicano) que pode retardar a corrupção. Mas esta é o fim de todo império: “[...] mesmo as repúblicas mais bem ordenadas hão de encontrar seu término” (ADVERSE, 2013, p.105). Da mesma forma com que Roma se corrompeu com o tempo, chegando a um ponto em que o Senado conferiu poderes extraordinários a César colocando fim à república, toda cidade está sujeita a isso. Mas a ordenação mista – onde há instituições aptas a conduzir os conflitos entre os humores pela via ordinária e a assegurar a liberdade e o governo das leis – é essencial para que uma cidade tenha uma vida longa, estável e seja forte em relação aos seus inimigos.

A ordem de uma cidade, assim como a fortuna de um príncipe, depende das variações do tempo, ou seja, de um elemento contingencial, a Fortuna. Não obstante, como apontado, toda cidade é, invariavelmente, dividida por dois humores fundamentais: o humor dos patrícios, nobres, optimates, que tem como objetivo oprimir, e o humor do povo, plebe, *popolo*, que visa não ser oprimido (a liberdade). É a forma como estes humores se confrontam, marcada pela contingência e pela ordem das coisas no tempo e no espaço, que pode levar à emergência de uma república, um principado ou a licença. Havendo certo equilíbrio entre essas forças, pode-se chegar a um sistema misto, no qual cada humor encontra sua parcela de poder. Inexistindo tal equilíbrio, a cidade tenderá à licença (MORAIS, 2014, p.102).

Noutros termos, é uma marca ontológica de qualquer cidade a existência de conflitos entre as duas forças fundamentais da *opressão* e da *liberdade*. A forma como estes conflitos se desdobra na política é o que conferirá grandiosidade ou decadência a uma cidade. A cidade de Florença

a de uma oligarquia, se constitui como um governo popular. Neste ponto do ciclo existe estabilidade, assim como em todas as organizações políticas novas, o que não perdura. Com o passar das gerações e o fim daquela geração que ordenou o governo popular, chega-se à licença. Assim, “coagidos pela necessidade ou pela sugestão de algum homem bom, para fugirem de tal licença, voltam de novo ao principado; e deste, gradativamente, se retorna para a licença, de modo e pelas razões já ditas” (MAQUIAVEL, 2007, p.16-17).

contemporânea de Maquiavel seria o exemplo de como os conflitos geraram degeneração, ao passo que Roma seria o exemplo de grandiosidade. No caso de Florença – não tendo a cidade alcançado um delineamento conflitivo com divisões claras, o que é a marca das boas ordenações –, originaram-se inúmeras divisões (não apenas a clássica divisão romana entre plebe e nobreza), as quais progressivamente a arruinaram: primeiramente, os nobres se dividiram entre si; em seguida, houve uma divisão entre os nobres e o povo; por fim, surge uma divisão entre o povo e a plebe. Por vezes, uma dessas partes, tendo vencido um confronto e se sobreposto à outra (de modo a anulá-la), se dividia em duas. Além disso, sempre que um confronto ocorria entre as referidas divisões, ao final dele, havia inúmeras mortes, exílios e destruições de famílias⁶. No primeiro capítulo do Livro III da História de Florença, sintetiza as diferenças entre os efeitos dos conflitos em Florença e em Roma:

As graves inimizades que há entre os homens do povo e os nobres, causadas pela vontade que estes têm de comandar e aqueles de não obedecer, são a razão de todos os males das cidades; porque dessa diversidade de humores alimentam-se todas as outras coisas que perturbam as repúblicas. Foi o que manteve Roma desunida; é também – se for lícito comparar coisas pequenas e coisas grandes – o que manteve Florença dividida; se bem que os efeitos gerados em cada uma das cidades foram diferentes: porque as inimizades havidas em Roma, em princípio, entre o povo e os nobres eram definidas por disputas, enquanto as de Florença o eram por combates; as de Roma terminavam com leis, enquanto as de Florença terminavam com o exílio e com a morte de muitos cidadãos;

⁶ Os conflitos em Florença são complexos na medida em que as oposições fundamentais entre os humores se tornaram fluídas, artificiais e não naturais. Os grupos que passam a se confrontar não o fazem quando se trata de discórdias naturais e inevitáveis (distinguindo-se no *modo* de desejar), pois as divisões se dão dentro de um mesmo humor e são, por conseguinte, artificiais. Isso evidencia o motivo pelo qual Maquiavel relança sua análise dos conflitos criticando seus efeitos em Florença. “[...] em Roma, era o fundamento da liberdade e grandeza da república e, portanto, positivo; em Florença, nutre a contínua crise, ‘origem de tantas mortes, tantos exílios, tantas destruições de famílias’ (*História de Florença*, Proêmio) e, portanto, negativo” (AMES, 2014, p.268). Em Florença, o desejo do povo foi além da luta por não dominação, tendo ele desenvolvido um desejo de dominação que só poderia se efetivar em detrimento dos grandes (GAILLE-NIKODIMOV, 2004). Em outras palavras, o *modo* pelo qual o humor da plebe desejou passou a não mais ser *diferenciado* em relação ao dos grandes (AMES, 2014). Assim, se em Roma o desejo popular era racional, em Florença ele era injurioso e injusto, tendo por efeito o constante descontentamento e a exclusão de uma das novas divisões (artificiais) que surgiam. A oposição entre os contrários não se traduzia em liberdade, mas numa concorrência “extraordinária” que levou a um confrontamento violento e nocivo para a *polis*.

as de Roma sempre aumentavam a *virtù* militar, enquanto as de Florença a extinguiam totalmente; em Roma, a igualdade entre os cidadãos levou a grandíssima desigualdade, enquanto em Florença, de desigualdade, chegou-se a uma admirável igualdade. Tal diversidade de efeitos só pode ser causada pelos diferentes fins que os dois povos tinham em mira: porque o povo de Roma desejava gozar as supremas honras ao lado dos nobres, enquanto o de Florença combatia para ficar sozinho no governo, sem a participação dos nobres. E, como o desejo do povo romano era mais razoável, as ofensas aos nobres acabavam por ser mais suportáveis, de tal modo que aquela nobreza cedia facilmente e sem recorrer às armas; assim, depois de algumas desavenças, concordavam em criar uma lei que satisfizesse ao povo e aos nobres em seus cargos. Por outro lado, o desejo do povo florentino era injurioso e injusto, de tal modo que a nobreza preparava sua defesa com maiores forças, e, por isso, chegava-se ao derramamento de sangue e ao exílio dos cidadãos, e as leis depois criadas não miravam à utilidade comum, mas eram ordenadas todas a favor do vencedor (MAQUIAVEL, 2007, p.157-158)

Assim, se, por um lado, existem comunidades políticas que apesar de serem constituídas por dois humores antagônicos, a forma como eles se confrontam leva a um ciclo vicioso ou ao enfraquecimento da cidade, tal como Florença, o caso romano é o exemplo a ser seguido. Roma é representada por Maquiavel como o arquétipo de uma cidade cujos conflitos geraram uma república saudável, na medida em que foi capaz de instituir um modelo onde havia uma ampla participação popular, proporcionando um campo político fecundo para a grandiosidade. Para Maquiavel, a perfeição institucional romana se deveu à institucionalização da liberdade e da participação popular. Contrariamente à tradição, Maquiavel vincula liberdade à discórdia, examinando como os conflitos influenciaram no surgimento de instituições políticas livres, pois “[...] todas as leis para a liberdade nascem da ‘desunião’ entre aristocracia e povo” (MARIN, 2007, p.12). O florentino afirma abertamente que os conflitos políticos e a participação ativa do povo foram responsáveis pela grandeza da república romana, na medida em que propiciaram o advento das instituições livres.

Diferentemente da tradição humanista e, sobretudo, da clássica, Maquiavel elege a República de Roma como o modelo político paradigmático,

colocando como causa de sua grandiosidade e de sua glória o fato de os romanos terem conseguido institucionalizar os conflitos que ocorreram entre a plebe e a nobreza. Mais do que isso, Maquiavel atribui uma nova significação à questão do conflito e das divisões sociais, considerando-as como a causa da grandiosidade romana e não da sua queda ou fraqueza, tornando possível pensar a política não a partir de valores universais transcendentais que se corrompem na imanência (como se a matéria fosse aquilo que corrompe a forma), mas a partir da própria realidade, que é ontologicamente marcada por imperfeições.

Maquiavel propõe analisar como a mais virtuosa, grandiosa e gloriosa das comunidades políticas se erigiram através de um exame comparativo, apontando o que distinguiu a história de Roma da história das cidades em geral. Segundo ele, existiriam cidades fundadas por habitantes nativos (como Atenas e Veneza) e cidades que foram fundadas por forasteiros. Dentre aquelas fundadas por forasteiros, há as que nasceram submetidas a outras e aquelas que tiveram uma fundação livre. Dentre as cidades que têm uma fundação livre, há aquelas que foram ordenadas de uma só vez por um edificador virtuoso e aquelas que não tendo sido ordenadas por um fundador sábio e virtuoso, alcançam a boa ordenação por acontecimentos e contingências, como foi o caso de Roma. As cidades que são *fundadas* com liberdade são as têm o potencial de se expandir, pois possuem, em potência, a força de alçar a grandeza e a glória.

Acerca da expansão romana, se poderia deduzir que toda república bem ordenada tenderia, em última instância, ao expansionismo. Em outras palavras, é como se a escolha de Maquiavel pelo modelo romano (em detrimento do veneziano ou espartano) excluísse a possibilidade de uma república bem ordenada e não expansiva. Tal posição é corroborada pelo fato de Maquiavel se referir a Esparta e Veneza como “fracas”. Embora essa seja a posição de alguns estudiosos, a hipótese de McCormick (2011) é mais adequada. O modelo romano, embora prometa maior liberdade interna aos

cidadãos, tem como premissa a diminuição de liberdade para as cidades conquistadas. Assim, o intérprete sugere que Maquiavel acredita ser possível a separação da liberdade e do bem comum da aquisição territorial. Todavia, um motivo possível para a argumentação de Maquiavel em favor do expansionismo de Roma seja o fato de seu público imediato (dois jovens *grandi*) ser ambicioso e presumidamente opressor. Nesse sentido, traçar uma forma de os *grandi* alcançarem honras e glórias por meio de conquistas é a principal causa desse argumento, mesmo porque Maquiavel exclui de suas análises repúblicas bem ordenadas como a Suíça, que, embora fornecesse liberdade e igualdade para o povo, não tinha objetivos imperiais.

A obra de Maquiavel é marcada por incursões históricas. Ele, assim como parte da tradição renascentista, concebia a história em termos cíclicos. Dessa forma, havia uma potencialidade de um ciclo de corrupção política se instaurar, numa perspectiva trágica, na medida em que o ciclo histórico pressupõe a corrupção eterna das instituições políticas e dos cidadãos. A possibilidade de se evitar esta degeneração é por meio de uma fundação livre ou uma refundação das instituições da cidade tendo como *telos* a liberdade, refundação esta que pode ser tanto por força de acidentes e contingências históricas, como foi o caso de Roma, quanto por um legislador virtuoso que irá reformar as instituições.

Roma nasceu como um principado e com o passar do tempo se corrompeu. Tão logo os reis Tarquínios foram depostos após a degeneração do principado inicial, pairou uma aparência de união entre a plebe e o senado, “[...] e parecia que os nobres haviam renunciado à soberba, que tinham disposições mais populares e podiam ser suportados por todos, mesmo os de ínfima condição” (MAQUIAVEL, 2007, p.20). Enquanto os Tarquínios estavam vivos, a aparente união persistiu. Os nobres receavam que a plebe, caso fosse maltratada, se reaproximassem dos reis depostos. Todavia, quando estes morreram, o senado perdeu o medo do povo, passando a desrespeitá-lo constantemente. Após um enorme abuso dos nobres, o povo provocou uma

série de tumultos. Após “(...) muitas confusões, tumultos e perigos de perturbações, surgidos entre a plebe e a nobreza, chegou-se à criação dos tribunatos, para a segurança da plebe” (MAQUIAVEL, 2007, p.21). Dotado deste espírito, o tribunato era uma instituição de mediação entre povo e senado. Os escritos de Lívio acerca da criação dos tribunatos (instituição que efetivava a participação plebeia e viabilizava o controle sobre os *grandi*) demonstram claramente os fatos narrados por Maquiavel sobre os eventos que levaram Roma à perfeição institucional (MCCORMICK, 2013, p.259-260).

3. O protagonismo popular: o povo como guardião da liberdade

“Existiria então, em todos os tempos e em todos os lugares, dois tipos de habitantes em uma cidade: de um lado, referido por um singular coletivo, ‘o povo, e de outro, ‘os grandes’”⁷ (GAILLE-NIKODIMOV, 2004, p.13). Para Maquiavel, em toda cidade existem esses dois apetites e eles se manifestam com os seguintes impulsos: “o povo não quer ser comandado nem oprimido pelos grandes, enquanto os grandes desejam comandar e oprimir o povo [...]” (MAQUIAVEL, 2007, p.43). Quando o florentino fala nesses humores antagônicos, ontologicamente presentes em qualquer comunidade política, ao analisar os desdobramentos institucionais da desunião entre eles em Roma, seu escopo não é alcançar a “verdade objetiva histórico-institucional” do que ocorreu nas respectivas cidades, mas elucidar como o conflito proporcionou à república romana a grandeza e, à florentina, efeitos negativos. Assim, o secretário explicou como os tumultos, as confusões e as desordens ocasionados pela plebe foram decisivos para que Roma chegassem a uma ordenação perfeita e Florença, a um processo histórico de alternância entre a servidão e a tirania.

A natureza do desejo dos *grandi* (nobres; aristocratas; patrícios; optimates; poucos; grandes) é sempre positiva e determinada, na medida em

⁷ “Il existerait donc, en tous temps et en tous lieux, deux sortes d'habitants dans la cité: d'une part, dénommé par un singulier collectif, 'le peuple', et de l'autre, 'les grands'”.

que quer sempre oprimir e aumentar a sua dominação, ao passo que o do povo (plebe; popular; muitos; *popolo*) é indeterminado e negativo, agindo sempre de modo a não ser oprimido (ADVERSE, 2007). Essas forças sociais antagônicas constituem a dinâmica fundamental de toda civilização (*civiltà*) – ou seja, comunidade política (*polis*) – constituída. A questão que se coloca é a amplitude da participação da plebe em uma república. Isso porque muitos contemporâneos e antecessores de Maquiavel colocavam repúblicas “aristocráticas” – no sentido de uma organização política com baixa ou nenhuma participação popular – como modelares, rotulando repúblicas populares, a exemplo da romana, como tumultuárias e, por isso, ruins.

Noutros termos, sendo o conflito uma marca irremediável da realidade política, ele é a causa em potencial tanto da grandiosidade de uma comunidade política (como se deu em Roma) quanto da sua fraqueza (como em Florença). Para que os conflitos oriundos das divisões sociais possam ser positivos, eles devem gerar efeitos republicanos para a comunidade política, ou seja, os atores políticos e as instituições devem ser capazes de traduzir as tensões e desordens oriundas dos conflitos em boas leis e ordenações. Caso isso não ocorra, a cidade irá se afundar em novos conflitos e gerar constantes divisões artificiais, desnecessárias e, por conseguinte, nocivas, tornando cada vez mais difícil a criação de um campo institucional apto para a absorção ordinária dos confrontamentos, fazendo com que a via extraordinária se torne cada vez mais frequente. A questão que se coloca é: qual deve ser o segmento político com maior protagonismo, os grandes, com a sua virtude cívica e ambição pela grandiosidade, ou a plebe, com a sua aspiração pela liberdade? Tudo parece apontar para a plebe, considerando, inclusive, o fato de que o exemplo escolhido por Maquiavel é o romano.

Assim, os tumultos e desordens que fizeram com que Roma chegasse a uma boa ordenação foram protagonizados pela plebe, que teve a boa *virtù* de se levantar no *tempo* correto, com os pleitos ordenadores necessários para aquele momento. Se o povo não tivesse reagido no momento correto ou não

tivesse feito as exigências de forma ponderada, Roma poderia ter se corrompido antes mesmo de chegar a ser uma república. No capítulo 58 do Livro I dos Discursos, por exemplo, a posição de Maquiavel já fica clara desde o título: “a multidão é mais sábia e mais constante do que um príncipe”. Nesse capítulo ele inicia sua argumentação acerca da temática da lei, dizendo que uma multidão irrefreada não é mais impulsiva que um homem (um príncipe). Segundo Adverse (2013, p.106-108), quando não há o controle da lei, os homens em geral tendem a cometer injustiças e atrocidades, tanto uma multidão quanto os poucos ou um só príncipe. Todavia, essa “igualdade na maldade” não é absoluta, uma vez que um príncipe ou os poucos encontram muito menos resistência para dar vazão aos seus desejos arbitrários quando desprezam a lei.

Não é demais enfatizar aqui o papel das leis, pois são elas que conservam os bons costumes de um povo e asseguram sua virtude, tornando-o “estável, prudente e grato”, e até mesmo “sábio”. “Acorrentado” pelas leis, o povo virtuoso é um fundamento sólido para a república e lhe assegura maior durabilidade do que um principado [ou uma oligarquia]. E Maquiavel vai mais adiante: levando em consideração que um povo de *virtù* (como o povo romano) aumentou os domínios da República e lhe angariou a glória, conclui que o governo do povo é melhor que o dos príncipes. [...] Trata-se efetivamente de uma abertura do espaço político: vivendo sob a tutela das leis, o povo não precisa mais da tutela do príncipe nem dos nobres para zelar pelo bem comum (ADVERSE, 2013, p.107).

Também no capítulo 47, o florentino relata duas situações que demonstram, de forma bastante precisa, o juízo ponderado, honesto e acertado do povo acerca da escolha dos magistrados, o que já se verifica no próprio título do capítulo: “Os homens, embora se enganem nas coisas gerais, não se enganam nas particulares”.

Visto que o povo romano, como acima se disse, passara a sentir aversão pelo título consular⁸, e desejando que os homens plebeus pudessesem vir a tornar-se cônsules ou que a autoridade destes fosse

⁸ Acerca dessa aversão, o capítulo 39 do Livro I esclarece: “[...] o povo, vendo que uma guerra nascia da outra, sem trégua, em vez de achar que aquelas guerras eram geradas pela ambição dos vizinhos, que queriam oprimi-lo, achava que elas provinham da ambição dos nobres, que, não podendo castigar a plebe dentro de Roma, onde ela era defendida pelo poder dos tribunos, queriam levá-la para fora de Roma durante o governo dos cônsules, para oprimi-la onde ela não tinha ajuda alguma. E, por isso, acreditava a plebe ser necessário destituir os cônsules ou regular de tal modo o seu poder que eles não tivessem autoridade sobre o povo, fora ou dentro de casa” (MAQUIAVEL, 2007, p.122).

reduzida, a nobreza, para não macular a autoridade consular com nenhuma das duas coisas, tomou o caminho do meio e contentou-se com a constituição de quatro tribunos com poder consular, que poderiam ser plebeus ou nobres. Com isso a plebe ficou contente, por lhe parecer assim extinguir o consulado e poder participar desse altíssimo posto. Daí surgiu um fato notável: chegado o momento de constituir tais tribunos, podendo estes ser todos plebeus, o povo romano constituiu-os todos nobres. É quando Tito Lívio diz estas palavras: “Quorum comitiorum eventus docuit, alios animos in contentione libertatis et honoris, alios secundum deposita certamina in incorrupto iudicio esse” (MAQUIAVEL, 2007, p.138-138).

Traduzindo o trecho de Lívio, “O resultado daquelas eleições mostrou que os ânimos em luta pela liberdade e a honra são bem diferentes dos ânimos do julgamento desapaixonado, depois de terminada a guerra”. A plebe, no momento em que precisou julgar os seus próprios para a escolha das magistraturas que a ela cabia, julgou que eles não mereciam e, envergonhada deles, acabou deliberando pela escolha dos verdadeiros merecedores que, por sua vez, eram nobres. E, citando as palavras de Tito Lívio, Maquiavel elogia o ponderado juízo da plebe: “Onde encontrar hoje numa só pessoa a modéstia, a equidade e a magnanimidade que foi então de todo um povo?”. Neste mesmo capítulo 47, Maquiavel cita um outro exemplo, bem mais dramático: o processo eleitoral da república de Cápua levado adiante por Pacúvio Calávio.

Para confirmar, pode-se aduzir outro notável exemplo, ocorrido em Cápua depois que Aníbal derrotou os romanos em Canas. Por essa derrota, toda a Itália estava agitada, enquanto Cápua podia ainda tumultuar-se, devido ao ódio que havia entre o povo e o senado; Pacúvio Calávio, que ocupava então a magistratura suprema e sabia do perigo que corria a cidade de tumultuar-se, concebeu, com sua autoridade, obter a reconciliação da plebe com a nobreza; com tal intuito, reuniu o senado e falou aos senadores sobre o ódio que o povo nutria por eles e do perigo que corriam de serem mortos pelo povo, se a cidade caísse nas mãos de Aníbal, em vista da situação aflitiva em que se encontravam os romanos; acrescentou depois que, se deixassem a questão sob seu comando, ele conseguiria uni-los todos; mas queria encerrá-los no palácio para salvá-los usando o meio de dar ao povo o poder de infligir-lhes castigo. Os senadores cederam a essa sua sugestão. Pacúvio chamou o povo para uma assembleia, depois de fechar o senado no palácio, e disse que chegara a hora de domarem a soberba da nobreza e vingar-se das injúrias sofridas, estando todos ali presos sob sua custódia; mas, como acreditava que o povo não quisesse que sua cidade ficasse sem governo, se desejassem matar os senadores antigos, seria necessário criar outros; para tanto, pusera todos os nomes dos senadores numa bolsa, e começaria a sorteá-los na presença de todos; e cada um dos

sorteados morreria, assim que se tivesse encontrado um sucessor para ele (MAQUIAVEL, 2007, p.139-140).

191

Após um período de silêncio quando do início do sorteio dos nomes, o povo começou a apontar os defeitos dos sorteados. Pacúvio, então, sugeriu que a plebe indicasse um nome para tomar o lugar daqueles no senado. A plebe, após sugerir vários nomes e discutir os defeitos de cada um deles, chegou à conclusão de que todos os plebeus eram indignos de ocupar o cargo. Assim, Pacúvio conclui que o povo considera o governo atual é o melhor disponível, alegando, com isso, que o povo deveria deixar de lado seu ódio e permitir que os senadores mantivessem sua autoridade. Isso porque o povo deseja mais um bom governo do que vingança.

Embora, a partir desses exemplos, alguns infiram que Maquiavel defendia um governo aristocrático ou minimalista – uma vez que ele próprio elogia o fato de o povo escolher nobres para cargos que poderiam ser ocupados por plebeus –, outra conclusão pode ser tirada. Para Maquiavel, o elemento popular melhora o equilíbrio da cidade se a ele for dada a possibilidade de participação, na medida em que ele é ponderado e sábio (MCCORMICK, 2011). Além disso, em outros trechos de sua obra, como no capítulo 60 do Livro I, Maquiavel apoia explicitamente a ascensão de plebeus a altos cargos, como consulado. Maquiavel elogia implicitamente tanto os plebeus que serviram como tribunos como aqueles que se elegeram para o cargo. Como o próprio florentino coloca no capítulo 58, em centenas de anos, em eleições de cônsules e tribunos, o povo não se arrependeu nem de quatro escolhas.

Além destes, há outros exemplos na obra de Maquiavel sobre o juízo superior do povo na escolha dos magistrados. Nos **Discursos**, Livro III, capítulo 34, é dito que o povo favorece candidatos de boa reputação até que seus feitos provem ser a reputação falsa, ao passo que príncipes tendem a temer homens de grande reputação pelo risco de estes se tornarem seus rivais. Além disso, o povo se inclina pela escolha mais adequada se diante dele houver um orador de confiança para convencê-lo. Por fim, o povo não permite

que servidores públicos saiam impunes pelo mal comportamento por terem realizado bem seus afazeres no passado (MCCORMICK, 2011).

4. Conclusão

Embora a tese deste texto seja a de que há, no pensamento maquiaveliano, uma preferência pela maior participação da plebe, até mesmo em detrimento dos *grandi*, nas instituições, há que se considerar, por outro lado, a existência de passagens textuais expressas de sua obra que se contrapõem a esta tese. A primeira delas é a dedicatória d'O príncipe, assim como esta obra. Além disso, passagens da História de Florença e dos Discursos negam abertamente a virtuosidade do povo, embora as censuras sejam pouco recorrentes nos Discursos. Ainda, não se pode negligenciar o fato de Maquiavel dedicar os Discursos a dois jovens nobres e a reprovação veemente do secretário florentino aos excessos da plebe, inclusive nos *Discursos*.

Todavia, Bignotto (1991) e McCormick (2011) chamam a atenção para um fato: o público imediato ao qual Maquiavel se dirigia com os Discursos era composto por aristocratas. As famílias Rucellai e Buondelmonti (dos dedicatários) foram opositoras ao “governo largo” estabelecido por Savonarola. Muitos dos jovens *grandi* que outrora participaram da destituição de Soderini e da restauração dos Medici em 1512 agora participavam do *Orti Oricellari*⁹ (MCCORMICK, 2011). Assim, os Discursos

⁹ A maioria dos *ottimati* acreditava que um diretor-executivo iria contrabalançar o Grande Conselho (estabelecido e habilitado por Savonarola, que era para os nobres excessivamente inclinado para a democracia). A maioria dos nobres esperava que Soderini criasse um senado (nobre) que iria dominar o Grande Conselho por completo. Essas esperanças foram frustradas quando Soderini, uma vez eleito, optou por ignorar os conselhos de cidadãos proeminentes, como Buondelmonti, Rucellai e Salviati, elevando “novos homens” (como Maquiavel) a cargos de responsabilidade. Consequentemente, foi considerado um traidor da classe. Com isso, passa a enfrentar forte obstrução e intransigência patrícias, tendo, inclusive, sua autoridade por vezes burlada, pois muitos nobres se comunicavam ilegalmente com os Medici exiliados. Inclusive, muitos deles continuaram a negociar alianças com a família “rebelde” e a participar de banquetes organizados pelos antigos tiranos. No final, os *grandi*, particularmente os membros mais jovens das famílias proeminentes, conspiraram com os Medici para derrubar a república e restaurar a família ao poder. A relação íntima de Maquiavel com Soderini

lançariam mão de artifícios de sedução visando o convencimento de um público que não era exatamente adepto aos ideais republicanos.

193

Quanto às repreensões de Maquiavel aos excessos e outros vícios da plebe, cabe algumas observações. De fato, Maquiavel reconhece que a plebe teve um papel crucial para a derrocada da república romana e a emergência de César. Além disso, ele reitera os excessos do elemento popular para fazer frente ao humor dos *grandi*, como na revolta dos *Ciompi* e nas reivindicações por igualdade socioeconômica. Nos Discursos, no capítulo 53 do Livro I, Maquiavel aponta que o povo chega a desejar a própria ruína quando enganado pela falsa aparência, sugerindo a possibilidade de se enganar o povo com relativa facilidade explorando falsas promessas e grandes esperanças. Todavia, há, na obra de Maquiavel, uma presença maior de exemplos de bons julgamentos da plebe que dos seus excessos. É graças à virtude e, até o momento da instituição da república, à incorruptibilidade da plebe que Roma se ordenou. No Capítulo 29 do Livro I, Maquiavel acaba por concluir que a ingratidão do povo não decorre da avareza, logo após atribuir a grandiosidade romana à pouca ingratidão popular, levando a crer que o povo, quando sofre do vício da ingratidão, impõe um ônus menor à cidade que a ingratidão do príncipe. Ainda, Maquiavel pontua que o povo é, efetivamente, mais sábio e mais constante do que um príncipe. Aqui, embora pareça um mero contraponto entre governo popular e principado, o Florentino insere reflexões sobre a superioridade do povo em relação aos outros estratos políticos, exaltando a menor frequência e menor gravidade dos erros populares e a facilidade em corrigi-los.

agravou seus problemas com a nobreza florentina, inclusive com o velho Rucellai. Maquiavel foi, para dizer o mínimo, considerado um não “amigo” por essa geração da elite. Muitas vezes, sofreu o desprezo que esses nobres não conseguiam desafogar diretamente em Soderini. Ao contrário dos Medici, a nobreza florentina não recorreu à violência física contra Maquiavel, mas certamente o atacou com desprezo, tentando deliberadamente minar seu desempenho na atividade política. Contudo, apesar das boas razões para ressentir e desconfiar dos nobres, Maquiavel cultivou amizades com os jovens *optimates* Vettori, Guicciardini, Buondelmonti e Rucellai (MCCORMICK, 2011).

Não obstante, nos capítulos 7 e 9 do Livro I dos Discursos, Maquiavel transforma parte das ressalvas democráticas em relação ao elemento popular na própria justificativa sobre a importância de se fornecer um amplo espaço para a participação e julgamento popular, ao analisar o caso de Coriolano. Este propôs ao Senado que privasse a plebe politicamente, o que causou grande ódio popular em relação a ele. Quando o povo tenta retaliá-lo fora de um julgamento formal, os tribunos intervêm e convocam Coriolano para ser julgado diante do povo, não havendo recurso às vias extraordinárias. Caso o povo o tivesse retaliado fora de um julgamento, o resultado teria sido altamente danoso para a república. Um ataque de uma multidão iria se constituir como um ato privado tendencioso e violento de vingança contra um cidadão, e teria provocado represálias privadas pelos partidários de Coriolano, o que poderia ter desencadeado uma guerra civil e anunciado uma intervenção estrangeira que certamente teria arruinado a república (MCCORMICK, 2011).

Ainda, cabe assinalar que Maquiavel, como um realista político, não pressupunha o ser humano como bom ou mau em essência, como ele explicita no capítulo 28 do Livro I dos *Discursos*. Isso justifica, em parte, a disparidade de suas opiniões quanto aos humores, que são coletivos políticos. Ora, não sendo o homem bom nem mau, mas podendo ser ambos, o mesmo pode se passar em relação aos humores. Todavia, o que parece se delinear em uma análise mais panorâmica de seus argumentos é que o povo é menos propenso ao vício e, por isso, mais confiável, o que não pode levar à conclusão de uma bondade em si. O que Maquiavel comprehende como uma realidade da política com potencialidades boas ou más (os conflitos ocasionados pelo povo), toda uma tradição de pensadores, inclusive republicana, classifica como perniciosos, sendo esta a grande inovação de seu pensamento.

Por fim, a comparação entre a forma como Maquiavel comprehende o povo em relação a outros pensadores, mesmo republicanos, é patente. Esta tradição, da qual faz parte Guicciardini, entende que o elemento popular é

essencialmente inconstante, volátil, instável, razão pela qual tende a causar conflitos. Se os conflitos devem ser sempre evitados e se a “massa populacional” é justamente aquilo que causa os confrontamentos e coloca em risco a comunidade política, logo, “conflito” e “povo” estariam diretamente associados. Para os defensores de um regime republicano e aristocrático, como é o caso de Guicciardini, o modelo político ideal deveria ser aquele em que uma elite virtuosa e sábia governasse em nome de acordo com o bem comum. Sendo o elemento popular um risco à harmonia política pela sua instabilidade e suscetibilidade, ele que deveria ser refreado pelas instituições. Neste sentido, não é o conflito entre dois humores que eleva uma cidade a um status de boa ordenação, mas o fato de a cidade ser gerida por políticos experientes preparados para lidar com as contingências singulares. É justamente em meio ao debate em torno das instituições republicanas que Guicciardini demonstra certa hostilidade ao *popolo*. “Dentro do registro de uma leitura aristocrática, Guicciardini levantará sérias objeções às afirmações maquiavelianas, que pareciam vincular o autor dos *Discorsi* a uma tradição ‘democrática’ do pensamento florentino” (MARIN, 2007, p.77). Sendo os *grandi* os cidadãos que possuem a “*qualità*”, deveriam ser eles a conduzir os assuntos públicos e a guardar a liberdade.

Maquiavel, ao ponderar que o povo, na maior parte da vezes, não persegue os seus interesses (não opressão) diretamente, mas por meio de representantes e de instituições mediadoras, bem como que o elemento popular não tem desígnios opressores, dá a entender que a sua forma de desejar é marcada por uma maior *onestà* que a dos *grandi*. Com isso, ele reforça sua posição de que o povo (no sentido de *popolo* ou plebe, não de povo uno) é não *um*, mas o elemento central de uma república bem ordenada (MCCOMICK, 2011, 2013). E Maquiavel dá mostras de que o humor do povo é dotado de *qualità* e *onestà*, sendo o mais elevado, apresentando vários exemplos históricos para embasar esta tese, refutando, ao mesmo tempo, a tese dos republicanos aristocráticos de que o povo não teria o discernimento

adequado para participar da vida política diretamente por ser inconstante e instável.

196

Quando, no citado capítulo 58 do Livro I dos Discursos, Maquiavel inicia sua argumentação sobre o governo da lei, ele afirma que uma multidão irrefreada não é mais impulsiva que um homem (um príncipe). Segundo Adverse (2013, p.106-108), quando não há o controle da lei, os homens em geral tendem a cometer injustiças e atrocidades, tanto uma multidão quanto os poucos ou um só príncipe. Todavia, esta “igualdade na maldade” não é absoluta, uma vez que um príncipe ou os poucos encontram muito menos resistência para dar vazão aos seus desejos arbitrários quando desprezam a lei.

Logo, embora haja momentos de sua obra em que Maquiavel critique a plebe por eventuais exageros, excessos ou ausência de razoabilidade (dando margens para que o seu pensamento seja interpretado como aristocrático), ele critica de forma muito mais veemente o humor dos grandes e os potenciais excessos em que um príncipe pode incorrer. Porém, a virtude do humor do povo estaria no fato de ele saber escolher de forma acertada e ser capaz de, nas condições devidas, manter a liberdade e a integridade das instituições republicanas.

Referências

- ADVERSE, Helton Machado. Maquiavel, A República e o Desejo de Liberdade. **Trans/Form/Ação**, v. 30, p.33-52, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v30n2/a04v30n2.pdf>. Acesso em 15 de novembro de 2013.
- ADVERSE, Helton Machado. Matriz italiana. In: BIGNOTTO, Newton (org.). **Matrizes do republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.
- ADVERSE, Helton Machado. **Maquiavel: Política e retórica**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.
- AMES, José Luiz. Transformações do significado de conflito na *História de Florença* de Maquiavel. **Kriterion**, Belo Horizonte, n 129, 2014, p.265-286.
- ARENKT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ARENKT, Hannah. **Sobre a revolução**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- BIGNOTTO, Newton. **Maquiavel Republicano**. São Paulo: Edições Loyola, 1991.
- BIGNOTTO, Newton. (org.). **Matrizes do republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.
- BIGNOTTO, Newton. Nota Metodológica: Guicciardini leitor de Maquiavel. **Revista**

- Discurso do Departamento de Filosofia da USP**, v. 29, pp.111-131, 1998, p.120.
- COSTA, Jean Castro. Maquiavel, pensador trágico. **Lua Nova**, 107, maio-agosto 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/JRPVPBPtsCTRMZLzJTPgD6b/#>. Acesso em 3 de abril de 2024.
- DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- DAVID, Antônio. Maquiavel e a *virtù* popular. **Cadernos Espinosanos**, número 32, p.165-197. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/espinosanos/article/viewFile/102695/100935>. Acesso no dia 30 de junho de 2017.
- FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GAILLE-NIKODIMOV, Marie. **Conflit civil et liberté. La politique machiavélique entre histoire et médecine**. Paris: Honoré Champion, 2004.
- MARIN, Marcelo de Paola. **Maquiavel e Guicciardini: liberdade cívica e discórdias civis**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.
- MCCORMICK, John. **Democracia maquiaveliana: controlando as elites com um populismo feroz**. Tradução de André Villalobos. Revista Brasileira de Ciência Política, n 12, Brasília, 2013, p.253-298.
- MCCORMICK, John. **Machiavellian democracy**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. Glossário e revisão técnica de Patrícia Fontura Aranovich. Tradução MF. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O princípio**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MARTINS, José Antônio. **Os fundamentos da república e sua corrupção nos Discursos de Maquiavel**. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2007.
- MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira e CAMPOS, Adriana. Eterno retorno e a perfeição institucional em Maquiavel. **Revista Quaestio Iuris**, 11, 10/12/2018. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/download/32102/27046>. Acesso em 4 de abril de 2024.
- MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira e CAMPOS, Adriana. Maquiavel e o Governo das Leis: a relação entre as leis, as instituições políticas e o conflito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, 78, 22/12/2021. Disponível em <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2158/1978>. Acesso em 4 de abril de 2024.
- MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira e ANDRADE, Luiza Rezende. A percepção institucional da república velha no 'Auto da Compadecida': entre Victor Nunes Leal e Ariano Suassuna. **Oxímora Revista Internacional de Ética y Política**, 2023, p.107-127. Disponível em <https://revistes.ub.edu/index.php/oximora/article/download/42386/39711>. Acesso em 4 de abril de 2024.
- MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira. O Conflito e a História na teoria republicana: contraponto entre Guicciardini e Maquiavel. **Temporalidades Revista de História**, v.6, n.1, 2014. Disponível em <http://www.fafich.ufmg.br/temporalidades/pdfs/12p100.pdf>. Acesso de 30 de novembro de 2016.
- MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira. **Tragédia, razão e teoria política platônica: a reconciliação entre a racionalidade política platônica e a tragédia de Édipo**. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2021.
- PANCERA, Carlo Gabriel. **Maquiavel entre repúblicas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

SANTOS, José Henrique. **Ética e Política, Uma Tragédia do Mundo Ético.** Cadernos da Escola do Legislativo da ALMG, Belo Horizonte, vol. 5(8), p.9-39, jul/dez, 1998.

SKINNER, Quentin. **Maquiavel.** Trad. Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM Editores, 2012.

STRAUSS, Leo. **Reflexões sobre Maquiavel.** Trad. Élcio Verçosa Filho. São Paulo: É Realizações Editora.

VALVERDE, Antonio José Romera. A liberdade cívica no Livro I dos *Discorsi de Maquiavel*.

Hypnoe, ano 4, n 5, 1999, p.337-354. Disponível em <http://www.hypnos.org.br/revista/index.php/hypnos/article/view/343/347>. Acesso em 12 de outubro de 2016.

Artigo recebido em: 04/04/2024.

Aceito para publicação em: 17/09/2025.

Regulamentação dos Títulos Sustentáveis de Dívida no Brasil: Avanços e Perspectivas

Regulation of Sustainable Bonds in Brazil: Advances and Perspectives

Nikolas Christian Keppe¹
Tania Pereira Christopoulos²

Resumo: O presente estudo analisa a regulamentação dos títulos sustentáveis de dívida no Brasil, destacando avanços, desafios e perspectivas. A pesquisa aborda a financeirização das questões ambientais e o surgimento dos títulos verdes como instrumentos essenciais no financiamento de projetos com benefícios socioambientais. Apesar do crescimento significativo do mercado global, o estudo identifica lacunas regulatórias e vulnerabilidades no contexto brasileiro, como a falta de padronização e a predominância de certificações privadas, que favorecem práticas de greenwashing. A partir de uma análise bibliográfica e documental que usa como fonte documentos da resolução da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o arcabouço brasileiro de títulos sustentáveis e a taxonomia sustentável brasileira. O estudo examina as iniciativas recentes para maior transparência e governança. A análise também aborda o caso da Ferrogrão, evidenciando os dilemas entre financiamento verde e impactos socioambientais. Conclui-se que, embora os títulos sustentáveis tenham potencial para mobilizar recursos em prol da sustentabilidade, a ausência de fiscalização robusta e uma regulamentação eficaz limitam sua capacidade de gerar impactos ambientais concretos.

Palavras-chave: Finanças climáticas. Finanças sustentáveis. Greenwashing. Regulação ambiental. Títulos verdes.

Abstract: This study analyzes the regulation of sustainable debt securities in Brazil, highlighting advances, challenges, and future prospects. It explores the financialization of environmental issues and the emergence of green bonds as key instruments for financing projects with socio-environmental benefits. Despite the significant growth of the global market, the study identifies regulatory gaps and vulnerabilities in the Brazilian context, such as the lack of standardization and the predominance of private certifications, which foster greenwashing practices. Based on a bibliographic and documentary analysis that draws on resolutions from the Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM), the national framework for sustainable bonds, and the Brazilian sustainable taxonomy, the study examines recent initiatives aimed at enhancing transparency and

¹ Mestrando em Sustentabilidade pela USP e Graduado em Marketing pela Universidade de São Paulo em 2022.

² Professora Associada da Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo. Atua como coordenadora, orientadora e docente no Programa de Mestrado e Doutorado em Sustentabilidade e como docente no curso de bacharelado em Marketing da Universidade de São Paulo. Possui Pós-Doutoramento em negócios sociais pela HEC Montreal e pela Universidade de Lisboa, Ph.D e mestrado em Gestão de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas e London Business School.

governance. The analysis also discusses the Ferrogrão case, highlighting the dilemmas between green financing and socio-environmental impacts. The study concludes that although sustainable bonds have the potential to mobilize resources toward sustainability, the absence of robust oversight and effective regulation limits their ability to generate tangible environmental impacts.

Keywords: Climate finance. Sustainable finance. Greenwashing. Environmental regulation. Green bonds.

1. Introdução

Desde os anos 1980, a financeirização das questões ambientais vem ganhando destaque, impulsionada pelas práticas de investimento socialmente responsável (SRI), que introduziram critérios sociais e ambientais no processo decisório dos investimentos empresariais e nas políticas de responsabilidade social corporativa (Richardson, 2008). Esse movimento resultou na criação e crescimento de instrumentos financeiros voltados ao meio ambiente, sendo os títulos sustentáveis de dívida, ou podendo ser chamado também de títulos verdes, uma das principais inovações no campo das finanças sustentáveis. Que embora sejam um fenômeno relativamente recente, têm experimentado um crescimento exponencial. O primeiro título sustentável foi emitido pelo Banco Europeu de Investimento em julho de 2007, mas levou seis anos para que o mercado alcançasse a marca de US\$ 10 bilhões em emissões acumuladas. A partir de então, o crescimento do mercado se acelerou consideravelmente. Inicialmente, as emissões eram lideradas por organizações supranacionais, mas a partir de 2012, uma gama mais diversificada de emissores, incluindo agências, governos soberanos, corporações, municípios e instituições financeiras, passou a utilizar esse instrumento. O desenvolvimento de normas e diretrizes também foi fundamental para sua consolidação, com a introdução dos Climate Bond Standards em 2010 e dos Green Bond Principles em 2014, que visaram garantir maior transparência e integridade nas emissões. (Schoenmaker & Schramade, 2019). Em 2024, a Climate Bonds Initiative registrou um volume

acumulado de USD 5,1 trilhões em emissões de títulos verdes, sociais, sustentáveis, vinculados à sustentabilidade e de transição. Esse dado evidencia o crescimento contínuo e a consolidação do mercado desses instrumentos financeiros, reforçando sua relevância no financiamento de iniciativas voltadas à sustentabilidade.

Tendo isso em vista, os títulos sustentáveis são instrumentos de renda fixa destinados a financiar projetos de desenvolvimento ambiental e sustentável. Seus recursos são exclusivamente direcionados para financiar ou refinanciar, total ou parcialmente, projetos verdes, novos ou em andamento, com foco em investimentos em infraestrutura. Eles se diferenciam de obrigações tradicionais pelo detalhado relatório sobre o uso dos recursos e pela natureza “verde” dos projetos financiados. A característica essencial dos títulos sustentáveis são a vinculação dos recursos a projetos específicos que promovem benefícios ambientais, com o objetivo de mitigar e adaptar-se às mudanças climáticas, atendendo à crescente conscientização de investidores, seguradoras, bancos e governos sobre os danos sistêmicos provocados pelo clima (Deschyver & De Maryz, 2019). A International Capital Markets Association define quatro critérios para os títulos verdes: (1) Uso dos recursos: Os recursos devem ser destinados exclusivamente a projetos verdes, e descritos adequadamente na documentação legal do título. (2) Processo de avaliação e seleção do projeto: O emissor deve comunicar claramente aos investidores os objetivos ambientais e o processo de avaliação que determina se o projeto se enquadra nas categorias de projetos verdes elegíveis. (3) Gestão dos recursos: Os recursos líquidos do título verde devem ser creditados em uma subconta e, subsequentemente, monitorados e verificados. (4) Relatórios: Deve haver um relatório obrigatório sobre o uso dos recursos (ICMA, 2022).

No entanto, a definição do que é "verde" nesses títulos é tanto essencial quanto controversa. Embora existam diretrizes como o Catálogo de Títulos Verdes da China e a taxonomia da UE, a identificação dos projetos considerados verdes é frequentemente feita pelos próprios emissores ou

baseada em padrões definidos por terceiros privados, que fornecem uma definição padronizada acessível ao mercado financeiro (Ferrando et al., 2021).

Diante dessa controvérsia, surge uma questão central sobre a autenticidade dos títulos verdes. Embora a emissão desses títulos tenha aumentado no mercado financeiro, ainda há uma compreensão limitada sobre a veracidade dos projetos financiados (Flammer, 2021). A falta de uma regulamentação pública robusta e a predominância de governança privada tornam o mercado suscetível ao greenwashing, permitindo que empresas promovam projetos como sustentáveis, mesmo sem gerar impactos ambientais significativos. Essa governança, amplamente baseada em padrões e certificações privadas, pode ser flexível e adaptável às necessidades do mercado, mas carece de legitimidade e consistência, o que a torna vulnerável ao greenwashing (Park, 2018).

No Brasil, a emissão de títulos verdes ganhou destaque a partir de 2015, em alinhamento com os compromissos internacionais assumidos pelo país para a mitigação das mudanças climáticas. Como signatário do Acordo de Paris, o Brasil comprometeu-se com metas ambiciosas de redução de emissões, reforçadas na COP26, com o objetivo de cortar 50% das emissões até 2030 e alcançar a neutralidade de carbono até 2050. Esses compromissos impulsionaram significativamente o mercado de títulos verdes no país (PANTOJA, 2022). Em 2023, o Brasil avançou ainda mais com o lançamento do primeiro arcabouço para títulos sustentáveis soberanos, emitidos pelo governo federal (BRASIL, 2023). Contudo, como Pantoja (2022) verificou após realizar uma análise SWOT do mercado de títulos sustentáveis no Brasil, o crescente interesse dos investidores por títulos que promovam a sustentabilidade ambiental tem contribuído para o desenvolvimento desse mercado, proporcionando maior diversificação e credibilidade às práticas empresariais sustentáveis. Entretanto, desafios permanecem, como a necessidade de maior transparência e governança para evitar o greenwashing. A proliferação desses instrumentos financeiros suscita

questionamentos sobre sua eficácia real na promoção da sustentabilidade, bem como sobre seu impacto na redefinição das políticas públicas e na governança ambiental. (Prol et al., 2020).

Dessa forma, este estudo tem como objetivo realizar uma análise qualitativa sobre o desenvolvimento da regulação dos green bonds no Brasil. Respondendo a seguinte pergunta de pesquisa: Como se desenvolveu o arcabouço regulatório dos títulos sustentáveis de dívida no Brasil, e em que medida ele contribui para aumentar a transparência e mitigar os riscos de greenwashing no mercado nacional?

Assim como no estudo de Kolling et al. (2022), esta pesquisa adota uma abordagem qualitativa, baseada em análise bibliográfica e documental do progresso regulatório no contexto brasileiro. Para a composição do corpo de análise, foram selecionados documentos oficiais emitidos pelo governo brasileiro entre janeiro de 2022 e dezembro de 2024, período delimitado como recorte temporal da pesquisa. Os materiais publicados pelo governo e utilizados para a pesquisa foram: o Arcabouço Brasileiro para Títulos Sustentáveis, publicado pelo Tesouro Nacional em 2023; as publicações da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), incluindo o volume “O impacto dos seus investimentos” (2024) e a cartilha CVM Sustentável (2024); além da proposta da Taxonomia Sustentável Brasileira, lançada pelo Ministério da Fazenda em 2024. Esses materiais, acessados diretamente nos sites do Tesouro Nacional e da CVM, foram complementados por reportagens e artigos científicos que examinam aspectos da regulação dos green bonds no Brasil, oferecendo uma base sólida para a análise qualitativa conduzida neste estudo.

2. Regulação atual dos títulos sustentáveis no Brasil

Os títulos verdes são instrumentos de dívida usados para captar recursos destinados a financiar ou refinanciar projetos com benefícios ambientais ou que ajudam a mitigar mudanças climáticas, como debêntures.

Além das debêntures, outros títulos e valores mobiliários podem receber rotulagem “verde”, “social” ou “sustentável” para gerar benefícios climáticos, sociais e/ou ambientais. Esses incluem: Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC), Fundos de Investimento em Cadeias Agroindustriais (FIAGRO), Fundos de Investimento Financeiro (FIF), Fundos de Investimento Imobiliário (FII), Certificados de Recebíveis do Agronegócio (CRA), Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI) e a Cédula do Produtor Rural-Verde (CPR-Verde) (BRASIL a, 2024).

Os títulos sustentáveis podem ser emitidos tanto por entidades privadas quanto públicas, com diferenças significativas entre os Títulos Verdes Corporativos e os Títulos Verdes Soberanos, especialmente no que diz respeito ao emissor e suas implicações. Enquanto os Títulos Verdes Corporativos, emitidos por empresas privadas, têm como finalidade financiar projetos que atendam a critérios ambientais específicos e promover melhorias no desempenho ambiental corporativo — o que sinaliza um compromisso com a sustentabilidade e atrai investidores com foco em critérios ESG (ambientais, sociais e de governança) (Flammer, 2021) —, os Títulos Verdes Soberanos, por sua vez, são emitidos por governos nacionais com o objetivo de financiar projetos sustentáveis de maior escala, como infraestrutura verde e iniciativas de mitigação das mudanças climáticas. Embora os retornos financeiros desses títulos soberanos possam ser menos atraentes a curto prazo em comparação aos títulos corporativos, o valor real dos títulos soberanos reside na capacidade de reduzir riscos ambientais de longo prazo e no compromisso com metas climáticas globais e intergeracionais (Doronzo; Siracusa; Antonelli, 2021).

No cenário dos títulos soberanos, o Brasil, recentemente, em 2023 implementou seu Arcabouço para Títulos Soberanos Sustentáveis, estabelecendo diretrizes específicas para a emissão de títulos públicos com foco em sustentabilidade ambiental, social e climática. Este arcabouço define critérios para financiar projetos prioritários que promovam a mitigação das

mudanças climáticas, a preservação da biodiversidade e a inclusão social, assegurando que os recursos sejam direcionados para políticas públicas sustentáveis. Entre as áreas contempladas estão energia renovável, transporte sustentável e gestão de recursos hídricos, em conformidade com padrões internacionais, como os Green Bond Principles (Brasil a, 2023). No contexto dessa estrutura, o Brasil captou R\$ 10 bilhões em sua emissão inaugural de títulos sustentáveis (Adachi, 2023) e, em sua segunda emissão, US\$ 2 bilhões (Adachi, 2024).

No Brasil, a emissão de títulos verdes corporativos exige uma segunda opinião de instituições especializadas, responsáveis por atestar a sustentabilidade dos projetos. Após a aprovação, esses títulos são lançados no mercado e acessíveis aos investidores. O crescente interesse dos investidores fortalece o mercado de títulos verdes; entretanto, a certificação é realizada por consultorias privadas que seguem diretrizes internas, geralmente fundamentadas em padrões internacionais. A ausência de uma padronização regulatória nacional leva à fragmentação e a inconsistências no processo de certificação, o que, por sua vez, facilita o greenwashing, dado que os benefícios ambientais nem sempre possuem comprovação uniforme e confiável (Kolling et al., 2022; Lovisi, 2023; Costa, 2023). Vale lembrar que, atualmente, a classificação “verde” ou “sustentável” de um título ou valor mobiliário decorre de uma autodeclaração do emissor ou da avaliação de uma entidade independente. (BRASIL a, 2024).

Até 2022, o Brasil apresentava lacunas regulatórias para os títulos sustentáveis, pois não havia normas específicas para a emissão desses títulos, que seguiam apenas as regras gerais do mercado sob a supervisão da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), conforme apontado por Kolling et al. (2022). A Instrução CVM 586, por exemplo, exige que as empresas divulguem suas práticas de governança pelo modelo "pratique ou explique" do Código Brasileiro de Governança Corporativa, incentivando a adoção de boas práticas ou justificativas para eventuais desvios. Além disso, Pantoja (2022) destacou

preocupações com o mercado de títulos sustentáveis no Brasil. Segundo a autora, persistiam desafios relacionados à transparência e à governança, aspectos essenciais para mitigar o greenwashing. A falta de políticas públicas bem definidas e coordenadas para o mercado de títulos verdes era também uma questão crítica.

Tendo isso em vista, Desde 2022, o Brasil avançou na regulamentação de títulos sustentáveis por meio de diversas resoluções da CVM, visando aumentar a transparência e a supervisão sobre práticas. Em 2023, o Plano Bienal de Supervisão 2023-2024 e a Política de Finanças Sustentáveis fortaleceram o compromisso da CVM em supervisionar riscos emergentes, desenvolver uma taxonomia para finanças sustentáveis e evitar o greenwashing. A partir de 2022 foram lançados pela CVM 4 atos normativos com objetivo de promover atualizações regulatórias com foco em transparência ASG (Brasil b, 2024)

A Resolução CVM 60, em vigor desde 02/05/2022, exige que operações de securitização que apresentem aos investidores benefícios ambientais, sociais ou de governança forneçam informações claras e detalhadas. Nesse sentido, é necessário especificar: a) os benefícios esperados e b) as metodologias, princípios ou diretrizes adotados, incluindo, quando aplicável, o monitoramento desses benefícios. Essas informações devem constar no instrumento de emissão, como o termo de securitização de recebíveis ou a escritura de emissão de debêntures. Dessa forma, a norma busca promover maior transparência e é direcionada às companhias securitizadoras.

De forma complementar, a Resolução CVM 80 introduz novos requisitos informacionais no Formulário de Referência (FRE) para companhias abertas, abrangendo riscos e oportunidades climáticas, diversidade e inclusão, e governança. Esses aprimoramentos, inicialmente propostos pela RCVM 59/2021, incluem campos estruturados e não estruturados no modelo “pratique ou explique”. Além disso, a RCVM 198/24 passou a exigir a divulgação do número total de pessoas com deficiência tanto

na administração quanto no corpo de colaboradores das empresas. Assim, a norma, vigente desde 02/01/2023 (RCVM 59), está em constante evolução, com novos ajustes previstos para 02/01/2025 (RCVM 198).

Por outro lado, a Resolução CVM 160, vigente desde 02/01/2023, se concentra em regulamentar Ofertas Públicas de valores mobiliários qualificados como “verde”, “social”, “sustentável” ou termos correlatos, também denominados valores mobiliários temáticos. Entre os principais aspectos exigidos, destacam-se: a) Metodologia – identificação de metodologias, princípios ou diretrizes amplamente reconhecidas que qualificam a oferta como sustentável; b) Validação da Rotulagem – a verificação da rotulagem sustentável realizada por entidade independente e o tipo de avaliação aplicada; c) Indicadores de Resultado (KPI) – obrigações relacionadas ao cumprimento de objetivos sustentáveis, seguindo metodologias reconhecidas; e d) Prestação de Contas – definição da forma, periodicidade e responsabilidade do reporte sobre o cumprimento das obrigações assumidas. Nesse contexto, essas informações devem constar nos documentos da oferta, como o prospecto e a lâmina de oferta, sendo aplicáveis a todos os emissores de valores mobiliários.

Por fim, a Resolução CVM 193 adota os padrões internacionais IFRS S1 e S2, emitidos pelo ISSB, para a elaboração e divulgação de relatórios financeiros relacionados à sustentabilidade (S1) e ao clima (S2). Trata-se de um documento anual segregado das demonstrações financeiras tradicionais. O período de adesão voluntária aplica-se a companhias de capital aberto, fundos de investimento e companhias de securitização, com início em 01/01/2025, incluindo asseguração limitada. Já a adesão obrigatória será exigida a partir de 01/01/2027, exclusivamente para companhias de capital aberto, com asseguração razoável.

Conforme mencionado anteriormente, a criação de uma taxonomia sustentável no Brasil está em andamento para padronizar e classificar atividades, ativos e projetos com impactos ambientais, climáticos ou sociais

positivos, buscando evitar o greenwashing. Outros países, como a União Europeia e México, já implementaram suas taxonomias. No Brasil, o Ministério da Fazenda submeteu à consulta pública, em 2023, uma proposta de Plano de Ação para o desenvolvimento da Taxonomia Sustentável Brasileira, com aplicação obrigatória a partir de 2026. Essa taxonomia visa trazer transparência e confiabilidade aos investimentos sustentáveis, permitindo a rotulagem de valores mobiliários relacionados a questões ambientais, sociais e climáticas. Ela busca mobilizar recursos públicos e privados, promover a sustentabilidade e fornecer informações confiáveis sobre os fluxos financeiros sustentáveis, além de estabelecer metas estratégicas como mobilizar o financiamento para atividades econômicas sustentáveis, promover o adensamento tecnológico voltado à sustentabilidade e criar bases para a produção de informações confiáveis sobre os fluxos financeiros sustentáveis. Os objetivos da taxonomia dividem-se em ambientais, como mitigação das mudanças climáticas, adaptação, proteção da biodiversidade e economia circular, e socioeconômicos, como geração de trabalho decente, redução de desigualdades e promoção da qualidade de vida (Brasil b, 2024). Para garantir ampla participação, o Ministério da Fazenda abriu consulta pública em duas etapas, entre 16 de novembro de 2024 e 31 de março de 2025, para aprimorar os critérios técnicos e salvaguardas da taxonomia (Brasil c, 2024). No mercado atual, ainda sem a taxonomia, as "segundas opiniões" e certificações ASG ainda se baseiam em parâmetros variados, sem padronização, assim temos diversas avaliações sobre o que é "verde", ficando a cargo do investidor avaliar cuidadosamente as ofertas disponíveis (Brasil b, 2024).

3. Discussão

Até 2022, o Brasil ainda não havia estabelecido uma regulamentação específica para a emissão de títulos verdes. Durante esse período, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), vinculada ao Ministério da Fazenda, acompanhava as discussões sobre o tema, mas sem definir prazos concretos para a criação de uma regulamentação própria (Kolling et al., 2022). Assim, os títulos de dívida sustentáveis dependiam de instrumentos regulatórios do mercado. Nesse contexto, destacava-se o uso de normas autônomas, como os Princípios de Títulos Verdes e as certificações da Climate Bonds Initiative, que funcionavam como mecanismos de regulação privada. Embora essas estruturas oferecessem uma resposta ágil às demandas do mercado, sua legitimidade era frequentemente questionada devido à falta de uniformidade e à fragmentação das normas aplicáveis, resultando em desafios de credibilidade e consistência. Essa situação evidenciava a importância de uma estrutura de governança híbrida, em que a interação entre regulações públicas e privadas pudesse fortalecer o mercado, promovendo maior responsabilidade e integridade (Park, 2018).

No ano de 2022, o Brasil deu os primeiros passos significativos para regular o mercado de títulos sustentáveis, anunciando a meta de implementar uma taxonomia obrigatória até 2026. Essa medida representa um avanço regulatório importante, com o objetivo de consolidar um mercado mais transparente e confiável. Além disso, insere-se em um contexto global de combate ao greenwashing, em que práticas que apenas simulam compromisso ambiental têm sido amplamente questionadas.

Um exemplo notável das complexidades associadas ao financiamento de infraestrutura por meio de títulos sustentáveis é o caso da Ferrogrão, um projeto ferroviário no Brasil. Planejado para conectar o Mato Grosso ao Pará, o projeto visa reduzir emissões de carbono substituindo o transporte rodoviário pelo ferroviário, com potencial de reduzir 77% das emissões atuais geradas por caminhões. O financiamento foi estruturado com base em critérios de títulos verdes certificados pela Climate Bonds Initiative,

buscando atrair investidores globais interessados em infraestrutura sustentável. O caso da Ferrogrão ilustra como os títulos verdes, mesmo cumprindo requisitos técnicos, podem contradizer objetivos maiores de combate às mudanças climáticas, preservação da biodiversidade e avanço sustentável de forma integrada. O projeto atrai críticas significativas devido aos seus impactos socioambientais, incluindo a violação de direitos indígenas pela ausência de consulta prévia, o incentivo ao desmatamento e a expansão da monocultura de soja. Esses impactos não são devidamente contemplados nos padrões de certificação verde utilizados, evidenciando a fragmentação analítica e a tendência de isolar projetos dentro de cadeias produtivas maiores, sem considerar os efeitos cumulativos em níveis socioeconômicos e ambientais (Ferrando et al., 2021). Isso expõe as limitações da abordagem financeira no combate às crises climática e ambiental, reforçando a necessidade de uma visão mais integrada e crítica sobre o papel dos títulos verdes em estratégias de sustentabilidade. Prol et al. (2020) destacam que, na ausência de um arcabouço regulatório robusto, a financeirização da sustentabilidade tende a fragilizar a efetividade das iniciativas ambientais. Nessa perspectiva, a busca por capital internacional por meio de títulos verdes pode levar o Brasil a adotar um modelo de sustentabilidade mais voltado à atração de investimentos do que ao fortalecimento de uma agenda ambiental consistente e de longo prazo.

Esses exemplos demonstram como o foco excessivo em resultados financeiros, em detrimento de impactos ambientais concretos, ilustra a urgência de regulamentação mais robusta e de mecanismos de governança que impeçam o greenwashing. Assim, assegurar que os recursos investidos em títulos sustentáveis realmente promovam benefícios ambientais tangíveis torna-se essencial para a integridade do mercado de finanças verdes, reforçando a necessidade de regulamentação governamental para garantir transparência e responsabilidade. De acordo com Burstyn e Burstyn (2013), a regulação atua como um mecanismo que assegura que as interações entre

diferentes atores sociais, sejam eles indivíduos ou organizações, sigam princípios e diretrizes específicas. Esses princípios, no entanto, podem variar conforme os valores e normas culturais de cada sociedade. A busca recente pela regulamentação dos títulos sustentáveis no Brasil reflete um esforço por maior transparência e credibilidade, ao procurar estabelecer diretrizes claras para o mercado de títulos de dívida sustentável.

Como observa Hegel (1820), o Estado, situado acima da sociedade civil, exerce um poder coercitivo ao estabelecer normas para regular as interações sociais. No entanto, essa capacidade regulatória, embora necessária, muitas vezes reflete uma resposta tardia a falhas de mercado e pressões externas, mais do que um compromisso intrínseco com a sustentabilidade. A decisão do Brasil de implementar, apenas em 2026, uma taxonomia obrigatória para atividades sustentáveis evidencia não apenas um alinhamento com tendências internacionais, mas também a dependência de diretrizes externas para orientar políticas domésticas. Essa medida, embora importante, expõe a fragilidade histórica do Estado em exercer liderança autônoma e proativa na governança ambiental, permitindo que, até então, o mercado tenha operado de forma desregulada, fomentando práticas de greenwashing. Assim, a criação de uma taxonomia mandatória, ainda que promissora, deve ser acompanhada de mecanismos rigorosos de fiscalização.

4. Conclusão

Apesar do crescimento exponencial dos títulos verdes como instrumentos de financiamento sustentável, este artigo evidencia que sua implementação ainda enfrenta desafios estruturais e éticos significativos. No Brasil, a ausência histórica de uma regulamentação robusta, aliada à prevalência de governança privada no mercado de títulos verdes, tem gerado um ambiente vulnerável ao greenwashing. O caso da Ferrogrão ilustra de maneira contundente como projetos financiados por títulos rotulados como

"verdes" podem estar desalinhados dos objetivos climáticos e de sustentabilidade mais amplos, ao mesmo tempo em que reforçam práticas insustentáveis, como o desmatamento e a violação de direitos indígenas. Embora a proposta de uma taxonomia obrigatória até 2026 represente um passo positivo, ela não resolve, por si só, as contradições inerentes aos títulos verdes. O foco excessivo em métricas financeiras e certificações privadas frequentemente desconsidera os impactos socioambientais complexos e de longo prazo.

Portanto, é imprescindível que o Estado assuma um papel central e proativo na regulação deste mercado, não apenas como um facilitador, mas como um garantidor de que os recursos mobilizados realmente promovam benefícios ambientais e sociais tangíveis. Sem uma governança pública rigorosa, que transcenda apenas certificações privadas, os títulos verdes correm o risco de se consolidar como um instrumento simbólico, incapaz de enfrentar os desafios reais da crise climática.

Para pesquisas futuras, recomenda-se: (1) Avaliar a efetividade das novas resoluções da CVM e da futura taxonomia na mitigação de práticas de greenwashing; (2) Investigar os impactos reais dos projetos financiados por títulos verdes em diferentes setores, como por exemplo agronegócio e grandes infraestruturas; (3) Compararmos a experiência brasileira com outras jurisdições para identificar boas práticas regulatórias e de governança.

Dessa forma, conclui-se que o arcabouço regulatório brasileiro evoluiu de um cenário marcado pela ausência de normas específicas e pela dependência de certificações privadas para um modelo mais estruturado e integrado, que começa a estabelecer parâmetros claros para o mercado. Contudo, a consolidação desse processo depende de uma abordagem crítica e integrada. Essa abordagem deve ir além da lógica puramente mercadológica, incorporando mecanismos de transparência robustos, participação social efetiva e métricas de impacto socioambiental consistentes, que considerem

todos os atores e territórios potencialmente afetados pelos projetos financiados por green bonds.

213

Referências

- ADACHI, V. Brasil capta R\$ 10 bi em sustainable bond de estreia. **Capital Reset**, 2023. Disponível em: <https://capitalreset.uol.com.br/financas/divida-esg/brasil-capta-r-10-bi-em-sustainable-bond-de-estreia/>. Acesso em: 25 out. 2024.
- ADACHI, V. Brasil capta US\$ 2 bi em segundo sustainable bond. **Capital Reset**, 2024. Disponível em: <https://capitalreset.uol.com.br/financas/divida-esg/brasil-capta-us-2-bi-em-segundo-sustainable-bond/>. Acesso em: 25 out. 2024.
- BRASIL. **Tesouro Nacional. Arcabouço Brasileiro para Títulos Sustentáveis**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/divida-publica-federal/titulos-sustentaveis-arquivos/arcabouco-brasileiro-para-titulos-sustentaveis>. Acesso em: 11 dez. 2024.
- BRASIL a. **Comissão de Valores Mobiliários (CVM)**. O impacto dos seus investimentos. Volume 1. Série Educacional – Finanças Sustentáveis. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/investidor/pt-br/educacional/publicacoes-educacionais/cvm-sustentavel/volume-1-o-impacto-dos-seus-investimentos-1.pdf/view>. Acesso em: 11 dez. 2024.
- BRASIL b. **Comissão de Valores Mobiliários (CVM)**. Confira a nova versão da cartilha CVM sustentável sobre relação entre investimentos e meio ambiente. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/2024/confira-a-nova-versao-da-cartilha-cvm-sustentavel-sobre-relacao-entre-investimentos-e-meio-ambiente>. Acesso em: 11 dez. 2024.
- BRASIL b. **Ministério da Fazenda**. Taxonomia Sustentável Brasileira. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/orgaos/spe/taxonomia-sustentavel-brasileira>. Acesso em: 5 fev. 2025.
- BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 140–178.
- CLIMATE BONDS INITIATIVE**. Sustainable debt market passes \$5 trillion milestone en route to record year. 2024. Disponível em: <https://www.climatebonds.net/2024/09/sustainable-debt-market-passes-5trillion-milestone-en-route-record-year>. Acesso em: 14 dez. 2024.
- COSTA, C. O financiamento do desenvolvimento sustentável: os títulos verdes (green bonds) como mecanismo de financiamento a projetos com impactos ambientais. **Radar Ipea**, v. 74, p. 8–13, dez. 2023. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.38116/radar74art1>. Acesso em: 11 dez. 2024.
- DESCHRYVER, P.; DE MARIZ, F. What future for the green bond market? How can policymakers, companies, and investors unlock the potential of the green bond market? **Journal of Risk and Financial Management**, v. 13, n. 3, p. 61, 2020. Disponível em: <https://www.mdpi.com/1911-8074/13/3/61>. Acesso em: 13 dez. 2024.
- DORONZO, R.; SIRACUSA, V.; ANTONELLI, S. Green Bonds: the Sovereign Issuers' Perspective. **Markets, Infrastructures, Payment Systems**, n. 3, mar. 2021. Disponível em: <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/mercati-infrastrutture-e-sistemi-di-pagamento/approfondimenti/2021-003/N.3-MISP.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2024.
- FERRANDO, T.; JUNQUEIRA, G.; VECCHIONE-GONÇALVES, M.; MIOLA, I.; PROL, F.; HERRERA, H. Capitalizing on Green Debt: A World-Ecology Analysis of Green Bonds in the Brazilian Forestry Sector. **Journal of World-Systems Research**, v. 27, n. 2, 2021. DOI: 10.5195/JWSR.2021.1062. Disponível em: <https://jwsr.pitt.edu/ojs/jwsr/article/view/1062>
- FLAMMER, C. Corporate Green Bonds. GEGI Working Paper 023, **Global Economic Governance Initiative**, Boston University, 2018. Disponível em:

- https://www.bu.edu/gdp/files/2021/03/GEGI-GDP.WP_.Corporate-Green-Bonds.pdf. Acesso em: 11 dez. 2024.
- HEGEL, G. W. F. **Philosophy of Right**. [1820]. Kitchener, Ontario: Batoche Books Limited, 2001.
- INTERNATIONAL CAPITAL MARKET ASSOCIATION (ICMA)**. Green Bond Principles. jun. 2022. Disponível em: <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2022-updates/Green-Bond-Principles-June-2022-060623.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2024.
- KÖLLING, G.; PEREIRA, G.; AMARAL, L.; PEREIRA, N. Green Bonds: Relevância perante o Meio Ambiente e a Governança Corporativa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 50, n. 1, p. 408–427, jan./jun. 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/RFADIR-50.1.2022.60819>. Acesso em: 08 dez. 2024.
- LOVISI, P. Falta de padronização dificulta chancela de negócios realmente verdes. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 14 ago. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/08/falta-de-padronizacao-dificulta-chancela-de-negocios-realmente-verdes.shtml>. Acesso em: 14 dez. 2024.
- PANTOJA, C. Títulos verdes no Brasil: uma análise SWOT. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 58, p. 557–585, dez. 2022. Disponível em: https://web.bnDES.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/23108/1/PRArt_RB%2058_Titulos%20verdes%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 12 dez. 2024.
- PARK, S. Investors as regulators: green bonds and the governance challenges of the sustainable finance revolution. **Stanford Journal of International Law**, v. 54, n. 1, 2018. University of Connecticut School of Business Research Paper, n. 18-12, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3142887>. Acesso em: 12 dez. 2024.
- PROL, F.; JUNQUEIRA, G.; MARQUES, M.; FERRANDO, T. Green finance at the service of the neoliberal far-right: the wrecking of environmental regulation and the rise of green bonds in Brazil. **Ecologia Política**, 2020. Disponível em: <https://www.ecologiapolitica.info/green-finance-at-the-service-of-the-neoliberal-far-right-the-wrecking-of-environmental-regulation-and-the-rise-of-green-bonds-in-brazil/>. Acesso em: 25 out. 2024.
- RICHARDSON, B. Socially Responsible Investment Law: Regulating the Unseen Polluters. Oxford: **Oxford University Press**, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1128704>. Acesso em: 5 dez. 2024.

Artigo recebido em: 05/02/2025.

Aceito para publicação em: 02/09/2025.

Teoria Garantista dos Direitos Fundamentais

Guarantee Theory of Fundamental Rights

Rodrigo Pereira Moreira¹
Igor G. Araújo Apolinário²
Victória Cardoso Carrijo³
Rebeca Barbosa Moura⁴

Resumo: O garantismo é uma teoria geral do direito esboçada pelo italiano Luigi Ferrajoli e pode ser aplicada aos Estados que possuem constituições rígidas e que protegem os direitos fundamentais, ou seja, Estados Constitucionais Democráticos de Direito. O presente artigo parte da seguinte problemática: *a teoria dos direitos fundamentais, sob a perspectiva garantista, pode ser aplicada à Constituição Federal de 1988 substituindo a teoria principalista?* Os objetivos específicos do artigo são: (i) analisar os fundamentos da teoria garantista de Luigi Ferrajoli como vínculos e limites ao exercício do poder estatal; (ii) estudar a estruturação e funções dos direitos fundamentais em uma concepção garantista; (iii) verificar a possibilidade de aplicação da teoria garantista dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Utilizou-se o método dedutivo, pois a pesquisa parte de uma premissa geral, consubstanciada no garantismo como uma teoria geral do direito, até a verificação de sua aplicação especificamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Luigi Ferrajoli; Garantismo Constitucional; Limites ao Direitos Fundamentais.

Abstract: Guaranteeism is a general theory of law outlined by the Italian Luigi Ferrajoli and can be applied to States that have rigid constitutions and protect fundamental rights, that is, Constitutional Democratic States of Law. This paper starts from the following problem: can the theory of fundamental rights, under the guaranteeist perspective, be applied to the 1988 Federal Constitution replacing the principalist theory? The specific objectives of this paper are: (i) analyze the foundations of Luigi Ferrajoli's guarantee theory as ties and limits to the exercise of state power; (ii) study the structure and functions of fundamental rights in a guaranteeist

¹ Doutorando em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor de Direito da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Coordenador do Grupo de Estudos “Direitos da Pessoa Humana”. Artigo desenvolvido dentro de projeto de pesquisa na UEG.

² Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade LEGALE. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Goiás. Foi bolsista de Iniciação Científica. Membro do Grupo de Estudos “Direitos da Pessoa Humana”.

³ Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade FACUMINAS. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Goiás. Foi bolsista de Iniciação Científica. Membro do Grupo de Estudos “Direitos da Pessoa Humana”.

⁴ Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade FACUMINAS. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Goiás e Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional. Foi aluna de Iniciação Científica. Membro do Grupo de Estudos “Direitos da Pessoa Humana”.

conception; (iii) verify the possibility of applying the guaranteeing theory of fundamental rights in the 1988 Federal Constitution. The deductive method was used, since the research starts from a general premise, embodied in guaranteeism as a general theory of law, until the verification of its application specifically in the Brazilian legal system through.

Keywords: Luigi Ferrajoli. Constitutional Guarantee. Limits to Fundamental Rights.

1. Introdução

O garantismo é uma teoria geral do direito esboçada pelo italiano Luigi Ferrajoli e pode ser aplicada aos Estados que possuem constituições rígidas e que protegem os direitos fundamentais, ou seja, Estados Constitucionais Democráticos de Direito.

Por ser uma teoria com uma aplicação forte no Direito Penal, o garantismo é carregado de preconceitos que dificultam o seu entendimento e aplicação em outros ramos do Direito.⁵ Isso ocorreu por conta da publicação de um livro de relevância internacional que trabalha o garantismo na perspectiva penal e processual penal.⁶ Contudo, neste artigo, o foco será o estudo da teoria garantista como mecanismo de visibilidade e aplicação dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, não apenas imbricado na sua relação com o Direito Penal.

Ante essa exposição inicial do garantismo, o artigo parte da seguinte problemática: a teoria dos direitos fundamentais, sob a perspectiva garantista, pode ser aplicada à Constituição Federal de 1988 substituindo a teoria principalista?

Como objetivo geral, tem-se o estudo da teoria garantista, proposta pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, aplicável aos Estados Constitucionais Democráticos de Direito e à sua concepção dos direitos fundamentais.

⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo:** limites e resistências ao poder de punir. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. 10^a ed. Madrid: Trotta, 2011.

Para se alcançar o objetivo geral proposto, é necessária a observação de três objetivos específicos: (i) analisar os fundamentos da teoria garantista de Luigi Ferrajoli como vínculos e limites ao exercício do poder estatal; (ii) estudar a estruturação e funções dos direitos fundamentais em uma concepção garantista; (iii) verificar a possibilidade de aplicação da teoria garantista dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

No desenvolvimento deste estudo, utilizou-se o método dedutivo, pois a pesquisa parte de uma premissa geral, consubstanciada no garantismo como uma teoria geral do direito, até a verificação de sua aplicação especificamente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

2. Garantismo e Limites do Poder.

Luigi Ferrajoli é um filósofo analítico do direito, mas com suas diferenças para a tradição formalista, pois renuncia a uma teoria pura ou formal do direito, ou seja, simplesmente descritiva. O autor acredita ser possível colocar em prática uma teorização rigorosa da ordem jurídica atual, incluindo a divisão normativa em níveis de hierarquia, com a passagem de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito.⁷

Em uma concepção geral, o garantismo trata dos limites e vínculos impostos a todos os poderes, seja público ou privado, político ou econômico, em nível estatal ou internacional, por meio da Constituição, das leis e dos direitos fundamentais.⁸ A teoria garantista abre a possibilidade de resolver

⁷ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Prólogo.** In: FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías: La ley del mas débil. 7^a ed. Madrid: Trotta, 2010, p. 10.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Il paradigma garantista:** filosofia e critica del diritto penale. 2^a ed. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016, p. 6.

questões, há séculos, problemáticas para o direito, tais como: legitimidade, legalidade, existência, vigência, validade e eficácia do Direito.⁹

Para Luigi Ferrajoli, o Estado Garantista de Direito é a melhor alternativa para a imposição de limites aos poderes. Nesse ponto, é que reside a crítica do autor a um estado de direito em sua concepção clássica, haja vista que, em seu nascimento, a perspectiva inicial não conseguiu resolver os problemas da legalidade, publicidade e controle das atividades estatais.¹⁰

Assim, o Estado de Direito pode ser dividido em dois modelos. O primeiro é reconhecido como Estado Legislativo de Direito, consubstanciado no momento em que se reconhece a legalidade como o único critério de identificação de um Direito válido e existente, sem a necessidade de avaliação de justiça das leis. A lei é justa simplesmente, porque posta por uma autoridade que possui competência normativa para tanto (critério meramente formal).¹¹

O segundo modelo é denominado Estado Constitucional de Direito, baseado no desenvolvimento do Estado moderno que passa a contar com constituições rígidas, hierarquicamente superiores às leis e que condicionam a validade de todos os atos normativos infraconstitucionais. A validade de uma norma não depende apenas da sua forma de produção, como determinado pelo paradigma paleojuspositivista, mas também necessita estar de acordo com as disposições constitucionais e, principalmente, de direitos fundamentais.¹²

Essa passagem de modelos de Estado de Direito também remonta à mudança de paradigma do princípio da legalidade, que constrói todo o edifício da democracia constitucional e pode ser dividido em duas

⁹ MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 4, p. 3-39, julio, 2006.

¹⁰ MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 4, p. 3-39, julio, 2006.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4^a ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 16.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4^a ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 18.

perspectivas: (i) a mera legalidade; e (ii) a legalidade estrita. A primeira forma está ligada ao Estado Legislativo de Direito e entende que toda norma, com exceção do Poder Constituinte, depende de uma norma supraordenada como fonte de sua produção. A validade e a produção de efeitos de uma norma dependem apenas da obediência ao procedimento de elaboração estabelecido pela norma superior, sem nenhuma análise de conteúdo (dimensão formal de validade).¹³

O princípio da legalidade estrita, conectado ao Estado Constitucional de Direito, adiciona uma dimensão material/substancial na observação da validade de uma norma. Dessa maneira, a norma superior, além de condicionar apenas a forma de elaboração do ato normativo, também condiciona o seu conteúdo e efeitos. Os limites e vínculos (direitos fundamentais) estabelecidos pela Constituição devem ser obedecidos pela norma inferior sob pena de invalidade.¹⁴

O Estado Constitucional de Direito abrange tanto os direitos fundamentais individuais ou liberais (primeira dimensão) quanto os direitos sociais (segunda dimensão). Isso diferencia a teoria de Ferrajoli das demais perspectivas estatais, como demonstra Rodolfo Moreno Cruz:

*Por otro lado, el Estado de derecho garantista se diferencia de cualquier otro Estado porque es un Estado social y no exclusivamente un estado liberal. Es decir, el Estado de derecho liberal se preocupaba por la limitación del poder pero no se interesó por satisfacer las desigualdades económicas, culturales y sociales de los individuos. Su propuesta viene a llenar ese vacío ofrecido por el Estado liberal. Por ello no duda en calificar a su Estado de derecho como un Estado liberal mínimo y un Estado social máximo.*¹⁵

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia:** 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 434.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia:** 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 435-436.

¹⁵ MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. **Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política**, n. 4, p. 3-39, julio, 2006. Tradução live: “Por outro lado, o Estado de Direito Garantista difere de qualquer outro Estado por ser um Estado social e não exclusivamente liberal. Ou seja, o estado de direito liberal preocupava-se com a limitação do poder, mas não estava interessado em satisfazer as desigualdades econômicas, culturais e sociais dos indivíduos. Sua proposta vem preencher essa lacuna oferecida pelo Estado liberal. Por essa razão, ele não hesita em descrever seu Estado de Direito como um Estado liberal mínimo e um Estado social máximo.”

É por isso que Ferrajoli entende que a função de uma Constituição é garantir direitos fundamentais a todos, incluindo frente à vontade da maioria (função contramajoritária). A Constituição não possui o condão de expressar uma homogeneidade cultural ou uma identidade coletiva, mas sim estabelecer direitos que garantam uma convivência pacífica entre todos os sujeitos. A igualdade no exercício de direitos fundamentais liberais e sociais é a fonte de legitimidade de uma Constituição.¹⁶

Isso faz com que os direitos fundamentais, ao mesmo tempo que legitimam o poder popular, também possam ser utilizados para limitar:

(...) o paradigma garantista representa limitações ao exercício do poder popular no regime democrático, ainda que ressoe paradoxal, haja vista que a democracia está assentada juntamente no povo como fonte de poder. (...) os direitos fundamentais ressalvados na Constituição têm como escopo a manutenção do poder popular, mas também o limita.¹⁷

Como se pode observar, a teoria garantista se preocupa de forma central com a limitação dos poderes, não exclusivamente estatais e, para isso, elege a Constituição e o Estado de Direito como formas exponenciais para o seu controle. Os direitos fundamentais funcionam como guias para a imposição de limites e vínculos ao exercício dos poderes. Os direitos individuais contribuem para a limitação negativa de ação, enquanto os direitos sociais geram deveres estatais para redução das desigualdades.

Ainda dentro da limitação de poder por meio do Estado Garantista de Direito, Ferrajoli constrói uma de suas mais importantes contribuições: a distinção entre direitos e garantias, estabelecendo que os direitos subjetivos (fundamentais) podem existir sem as obrigações ou proibições correspondentes que são suas garantias.¹⁸

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4^a ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 18.

¹⁷ CHAGAS, Richardson Hermes Barbosa; BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti. Garantismo constitucional e democracia: o dilema da maioria penal e da proteção integral da criança e do adolescente. *Rev. Cadernos de Direito*, Piracicaba, vol. 16, n. 31, p. 237-256, jul-dez, 2016, p. 247.

¹⁸ RIVERA, Joaquin Armando Mejía. *Aportes teóricos para promover los Derechos Sociales desde el pensamiento de Luigi Ferrajoli*. Honduras: Casa San Ignacio, 2012.

Essas garantias são divididas em dois níveis. As garantias primárias são deveres e obrigações estabelecidas em função de um direito e consistem em uma expectativa de não lesão ou expectativa positiva de prestação. As garantias secundárias são as intervenções judiciais de reparação (responsabilização) e de nulidade dos atos que violam as garantias primárias. Daí o surgimento da expressão “garantismo” que é um sistema de vínculos e limites a todos os poderes.¹⁹

Assim sendo, nesse modelo de paradigma constitucional, há quatro principais postulados. O primeiro postulado é o da legalidade, já tratado anteriormente, o qual, no antigo paradigma do Estado Legislativo, era parcialmente inativo por se tratar apenas da sujeição da lei à autoridade legitimada na sua produção. Após o paradigma constitucional, esse viés tem uma alteração, haja vista que, além de princípio normativo, o postulado da legalidade também é princípio lógico, ou seja, onde quer que exista um poder deve existir normas primárias, não só formais, mas também substanciais a fim de regular o exercício do poder, aplicando limites e vínculos que consistem nas garantias primárias relativas aos direitos e interesses presentes na Constituição, impondo a separação dos poderes e impedindo a sua concentração e confusão.²⁰

O segundo princípio é o da plenitude deônica, determinando que direitos ou interesses estabelecidos por normas primárias devem ser acompanhados de poderes-deveres introduzidos como suas garantias primárias (proibições de lesões e sua tutela). É também uma forma de afirmar da normatividade dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, que, por sua vez, dizem respeito a expectativas positivas ou negativas, as quais resultam em obrigações e proibições correlatas que exigem das leis a

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Dei diritti e delle garanzie.** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 12.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos.** Madrid: Trotta, 2014, p. 57.

necessidade de regulamentação sob pena de produzir lacunas responsáveis por uma ineficácia estrutural.²¹

222

O terceiro postulado é o da jurisdição que impõe a ideia de que, onde há regras e garantias primárias, também devem existir regras secundárias que protegem as garantias primárias de violações. Isso posto, as garantias secundárias ou jurisdicionais são condições necessárias para a eficácia das garantias primárias, porque, só assim, há um controle das violações dos direitos. Com efeito, os juízes estão sujeitos apenas à lei constitucionalmente válida graças à possibilidade do controle judicial de constitucionalidade. O princípio da jurisdição, conjugado com o da legalidade estrita, permite que normas infraconstitucionais inválidas possam ser controladas de maneira formal e material.²²

A açãoabilidade (acesso à justiça) é o último princípio de formação do Estado Constitucional Garantista. Esse postulado menciona que, havendo jurisdição, é preciso garantir que as garantias secundárias sejam ativadas pelos titulares dos direitos, seja de forma individual, seja de forma coletiva.²³

Como se pode observar, todo o arcabouço teórico do garantismo é baseado em uma constituição rígida que é utilizada como forma de limitação dos poderes. O garantismo é uma teoria voltada para a proteção das minorias (no sentido quantitativo e qualitativo) vulneráveis perante o poder público ou privado. Isso significa que, a princípio, é possível a sua aplicação à Constituição Federal do Brasil de 1988 e, consequentemente, aos direitos fundamentais nela previstos, desde que resguardadas as especificidades próprias do ordenamento jurídico brasileiro alicerçado no referido diploma normativo.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia através de los derechos*. Madrid: Trotta, 2014, p. 58.

²² FERRAJOLI, Luigi. *La democracia através de los derechos*. Madrid: Trotta, 2014, p.59.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia através de los derechos*. Madrid: Trotta, 2014, p. 60.

3. Conceito, Fundamentos e Classificação dos Direitos Fundamentais.

223

A conceituação de direitos fundamentais estabelecida por Luigi Ferrajoli é eminentemente formal, pois os direitos fundamentais são todos os direitos dos quais as pessoas são titulares enquanto pessoas naturais (universalidade), enquanto cidadãos, enquanto pessoas com capacidade civil ou enquanto cidadãos com capacidade civil.²⁴ Não estabelece, portanto, quais são os direitos fundamentais em cada ordenamento e nem o seu conteúdo.²⁵

Os direitos humanos designam aqueles direitos dos quais são titulares todas as pessoas naturais, como a liberdade e a igualdade. Os direitos públicos são os direitos dos cidadãos, não sendo aplicáveis aos estrangeiros. Os direitos civis dizem respeito às pessoas que possuem capacidade civil, cujo maior exemplo é a autonomia privada. Já os direitos políticos designam os direitos dos cidadãos que possuem capacidade civil, como o direito de votar e ser votado.²⁶

Esses direitos fundamentais consistem em limites e vínculos estabelecidos pela Constituição Federal. São limites enquanto direitos individuais que impõem um dever de não lesão. São vínculos em relação aos direitos sociais que estabelecem uma obrigação de prestação material.²⁷ A junção das duas garantias forma o Estado Constitucional na medida em que une os direitos fundamentais do Estado Liberal e do Estado Social.²⁸

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia:** 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 727.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001, p. 19-20.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia:** 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 738.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia:** 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 773.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia:** 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 775. Surge, destarte, alguns elementos que indicam esta definição de direitos fundamentais como aceitável, quais sejam: (a) os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa vs Estado); (b) a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual); (c) sua posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional ou

Por consequência, não se pode deixar de retornar ao ponto em que os direitos fundamentais realizam a passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito. O primeiro utiliza o critério da legalidade como único e exclusivo para identificar um direito válido, observando apenas a legitimidade para fazer as leis. O segundo, por sua vez, entende que a validade do direito não depende apenas da forma em que a lei foi produzida, mas também do seu conteúdo que não pode violar os direitos fundamentais que estão previstos nas constituições rígidas. Desse modo, a jurisdição pode sancionar como inválida uma lei que não observa os limites e vínculos estabelecidos pela constituição em relação aos direitos fundamentais.²⁹

Vale observar que as prestações ditas pelos direitos fundamentais nem sempre são direcionadas à ação. Existem também as prestações negativas, tendo o Estado que se abster de interferir em aspectos particulares da vida dos indivíduos,³⁰ buscando alcançar e se vincular ao princípio da dignidade humana. E diante do caráter substancial e superior dos direitos fundamentais, normas que os contradigam, mesmo quando formalmente produzidas, são inválidas e politicamente ilegítimas.³¹

Ademais, os direitos fundamentais funcionam como recursos de caráter substancial, impostos pelas cartas constitucionais, ancorados à sua funcionalidade positiva e direcionados ao Direito, legitimam, com isso, seus procedimentos.³² Por essa razão, são normas substanciais que condicionam e disciplinam as composições e os significados da produção das demais normas.³³

fundamentalidade formal (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6^a Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018, p. 53).

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4^a ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 16-18.

³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 65-66.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**. Madrid: Trotta, 2014, p. 44.

³² SMIZMAUL, Gustavo Paulino. **Antropología Jurídica**. São Paulo: Impetra, 2011, p. 136

³³ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**. Madrid: Trotta, 2014, p. 90.

Isso significa a passagem de uma concepção formal de democracia para uma perspectiva substancial de democracia. A primeira diz respeito à utilização dos direitos políticos (votar e ser votado) para a participação da vontade popular na formação do governo.³⁴ A segunda busca a diminuição da arbitrariedade e do abuso estatal por meio do reconhecimento de direitos de liberdade e direitos sociais para o fortalecimento da democracia.³⁵

Tal questão se desenrola no sentido do que Ferrajoli intitula de esfera do não decidível, que nada mais é que do que um direito negativo, sendo que não pode o Estado, ou até mesmo um particular, violá-lo.³⁶ Voltado, sobretudo, aos direitos de liberdade e sociais, tal preceito, segundo Ferrajoli, só pode prosperar em comunidades onde as constituições sejam rígidas, como no caso do Brasil. Nas palavras do autor:

La dimensione sostanziale della democrazia non è altro, infatti, che la sua dimensione garantista o costituzionale: consiste nelle garanzie dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, cioè in quegli insiemi di limite e vincoli che disegnano quella che ho chiamato la *sfera del no decidibile*: di ciò che no può essere deciso, cioè la lesione dei diritti di libertà, e di ciò che no può non essere deciso, cioè la soddisfazione dei diritti sociali.³⁷

Vale pontuar, ainda, que a política se subordina ao direito, existindo limitações dentro de um Estado Constitucional.³⁸ Limitações essas que figuram uma das bases dos direitos fundamentais, precípuamente

³⁴ COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 55-57.

³⁵ COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 82-83. No mesmo sentido: FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17-19.

³⁶ CAMPOS, Luciana Oliveira; OHLWEILER, Leonel Pires. Estado Democrático de Direito e a participação Popular no Brasil: Uma Análise a Partir do Conceito de Luigi Ferrajoli. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Unijuí, n. 15, vol. 8, p. 255-271 2020, p. 263-264.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Dei diritti e delle garanzie.** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 127. Tradução livre: “De fato, a dimensão substancial da democracia não é outra senão a sua dimensão garantista ou constitucional: consiste nas garantias dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, isto é, no conjunto de limites e vínculos que designam aquilo que eu chamei de *esfera do não decidível*: aquilo que não pode ser decidido, ou seja, a lesão aos direitos de liberdade, e o que não pode deixar de ser decidido, isto é, a satisfação dos direitos sociais.”

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos.** Madrid: Trotta, 2014, p. 21.

quando diz respeito à soberania e atuação popular, e que dão esteio para a concretização do sistema garantista.

Tais limites assegurados são necessários para a manutenção e continuidade da própria democracia política, suprimindo a possibilidade da ascensão de governos nazistas e fascistas por meio de lacunas e interações legais. Até porque, das maioriais podem emanar leis injustas.³⁹

Logo, mesmo um parlamento democraticamente legitimado pode criar normas que prejudiquem minorias e indivíduos.⁴⁰ Tal concepção, por sua vez, causa estranheza, motivado pelo fato de *per si* democracia significar um poder emanado do povo. Entretanto, como analisado, a adoção de limites materiais garante e dá legitimidade ao próprio método democrático.⁴¹

Trindade, ao tratar das ideias de Ferrajoli, aponta, sob o plano da teoria do direito, a sustentação de um paradigma formal e cujo modelo normativo se mostre capaz, independente dos seus conteúdos, de funcionar como técnica de tutela dos princípios e direitos fundamentais e que tenha condição de defender as constituições democráticas.⁴²

Dessa forma, sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais, não há verdadeira democracia, sendo aqueles uma condição de existência desta.⁴³ Esse contexto cristaliza e justifica a posição do

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos.** Madrid: Trotta, 2014, p. 36-38. Essa função contramajoritária dos direitos fundamentais também é ressaltada em outras concepções teóricas, muitas vezes tratados como trunfos contra a maioria (Dworkin). Os direitos fundamentais, então, funcionam como posições jurídicas face ao Estado, Governo democraticamente eleito, o que, em um regime político baseado na regra da maioria, significando um trunfo contra as maioriais (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.** Coimbra: Coimbra, 2006, p. 18-19.)

⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 6^a Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018, p. 27.

⁴¹ MENDONÇA, Matheus Thiago Carvalho. Garantismo: constitucionalismo, direitos fundamentais e democracia. Uma análise das limitações conceituais desse paradigma. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 1, n. 16, 2019.

⁴² TRINDADE, André Karan. Discutindo o Garantismo de Luigi Ferrajoli: Seis questões sobre direito e democracia. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, vol. 6, n. 3, 2011. p. 1235

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra 2006. p. 20.

Garantismo, consoante a visão da democracia como um valor, o qual, dada sua condição, deve ser apreciado e protegido pelas próprias constituições.⁴⁴

Nessa esteira, é possível verificar que, apesar de apresentar uma concepção formal de direitos fundamentais, até para permitir a utilização do garantismo como uma teoria geral aplicável a todos os Estados com constituições rígidas, Ferrajoli não abre mão de estabelecer limites e vínculos materiais para o exercício do poder público e privado. Embora não se possa dizer de antemão quais serão os direitos fundamentais que cada constituição irá prever em seu ordenamento (por isso uma concepção formal), esses direitos, quando previstos, não podem ser violados em seu conteúdo e servem como alicerces da democracia contemporânea.

Sobre a fundamentação dos direitos fundamentais, Ferrajoli afirma que a justificação desses direitos não está neles mesmos, mas nos fins que estes buscam realizar ao serem tutelados pelo ordenamento jurídico. São, assim, uma técnica racionalmente idônea para garantir determinados critérios axiológicos sugeridos pela experiência histórica do constitucionalismo nacional e internacional. Esta relação entre meios e fins é a de rationalidade instrumental, ou seja, o nexo que liga os direitos fundamentais aos critérios axiológicos.⁴⁵ Esses critérios são: (i) dignidade da pessoa humana; (ii) igualdade; (iii) paz; e (iv) tutela do mais fraco.⁴⁶

O fundamento axiológico da dignidade da pessoa humana⁴⁷ é explicado por Ferrajoli com base na filosofia kantiana. Para Immanuel Kant,

⁴⁴ MENDONÇA, Matheus Thiago Carvalho. Garantismo: constitucionalismo, direitos fundamentais e democracia. Uma análise das limitações conceituais desse paradigma. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 1, n. 16, 2019.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 317.

⁴⁶ Num primeiro momento Ferrajoli incluirá, dentre os critérios, a democracia substancial, todavia nos seus últimos escritos, o autor retirou a democracia como critério axiológico e a alocou como critério de validade, colocando em seu lugar a dignidade da pessoa humana como um novo critério axiológico.

⁴⁷ Ingo Sarlet retrata que na Alemanha, sob a influência de Günther Düring, começou a defesa de um sistema de direitos fundamentais que não tivesse nenhum tipo de lacuna, haja vista a derivação desses direitos a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais seriam a concretização da dignidade humana nos seus diversos aspectos. Todavia, essa teoria foi criticada por Konrad Hesse observando que nem todos os direitos fundamentais possuem uma fundamentação direta na dignidade da pessoa humana. Por isso, entende-se hoje que o sistema de direitos fundamentais não é lógico-dedutivo, ou seja, fechado, mas um sistema aberto e flexível a novos conteúdos (SARLET, Ingo Wolfgang.

ou uma coisa tem um preço e pode ser substituída por um equivalente, ou possui uma dignidade, não admitindo nenhum tipo de equivalência. Dessa maneira, o ser racional possui um fim em si mesmo e, portanto, dotado de dignidade, não podendo ser tratado como um meio para realização de outra vontade.⁴⁸ Nesse diapasão, os direitos fundamentais que garantem a dignidade da pessoa humana são: (i) todos os direitos de liberdade;⁴⁹ e (ii) todos os direitos sociais.⁵⁰

A igualdade jurídica indica que todos devem ser titulares das mesmas situações que a lei dispõe de forma universal. Isso implica igualdade de direitos e igualdade de deveres. Os direitos fundamentais com fundamento axiológico na igualdade são aqueles que “garantindo as diferenças pessoais e reduzindo as desigualdades materiais, asseguram o (igual) valor ou a (igual) dignidade de todas as pessoas”.⁵¹

O terceiro fundamento axiológico é o da paz, reconhecido desde 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Inspirado na teoria de Thomas Hobbes, esse critério indica que se deve proteger a vida para se garantir a paz, e deve-se superar a guerra para assegurar o direito à vida. Quanto maior proteção aos direitos de liberdade, à integridade pessoal e aos direitos sociais, mais sólida será a paz.⁵²

O último critério axiológico é o da tutela do mais fraco ou lei do mais fraco. Todos os direitos fundamentais se justificam na proteção das pessoas mais fracas frente aos mais fortes. Assim, têm-se: (i) o direito à vida frente ao

A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 70-72).

⁴⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 239.

⁴⁹ A autonomia para Kant é o fundamento da dignidade da pessoa humana ou de qualquer outro ser racional, ou seja, a ideia de autonomia precede à própria noção de dignidade e tem como significado a capacidade de todo ser racional de ser legislador universal e estar, simultaneamente, submetido à legislação por si criada (WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana:** reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 312).

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 105.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001, p. 329-333.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001, p. 356.

mais forte fisicamente; (ii) os direitos de liberdade contra os mais fortes politicamente; e (iii) os direitos sociais contra os mais fortes economicamente.⁵³ Isso faz com que os direitos fundamentais estejam ao abrigo frente à força do mercado e da política.⁵⁴ Segundo Ferrajoli:

Se puede de hecho afirmar que, históricamente, todos los derechos fundamentales han sido establecidos, en las distintas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que en cada ocasión han roto el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una precedente opresión o discriminación: de los derechos de libertad (...) a los derechos sociales.⁵⁵

Nesse ponto, percebe-se que uma grande divisão na categoria de direitos fundamentais é a separação entre direitos individuais (ou de liberdade) e os direitos sociais. Os primeiros instituem proibições e os segundos impõem vínculos aos poderes constituídos.

Os direitos individuais derivam da tradição do Estado de Direito Liberal em que esse é limitado apenas por proibições e garantias negativas, ou seja, com fundamento em deveres públicos negativos. As prestações nos direitos individuais são negativas e servem para limitar a atuação estatal que não pode violar o direito à vida e as demais liberdades. Esses direitos também são considerados invioláveis, inderrogáveis, indisponíveis e inalienáveis.⁵⁶

Os direitos do Estado Liberal são utilizados na defesa contra a violência, a censura ou outras formas de impedimento do exercício de liberdade praticadas pelos sujeitos públicos ou privados. Esses direitos garantem o exercício da liberdade e da igualdade jurídica (formal).⁵⁷

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 106.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 362.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. **Cuestiones Constitucionales**, Cidade do México, n. 15, p. 113-136, 2006, p. 127. Tradução livre: “É possível afirmar de fato que, históricamente, todos os direitos fundamentais foram estabelecidos, nas distintas cartas constitucionais, como resultado de lutas e revoluções que em cada ocasião romperam o véu da normalidade e naturalidade que ocultava uma antiga opressão ou discriminação: dos direitos de liberdade [...] aos direitos sociais.”

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10^a ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 860-861.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia**: 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 746.

No entanto, a problemática trazida por Ferrajoli gira em torno da garantia de tais direitos individuais, uma vez que seria necessária uma revolução jurídica e política para alcançar a realização da proteção desses direitos, isso porque, muitas vezes, os indivíduos nem percebem que houve uma violação, principalmente em relação à tutela dos bens vitais naturais e artificiais. Nas palavras de Ferrajoli:

En definitiva, el lenguaje de los derechos individuales es inadecuado, por sí solo, para sugerir las técnicas de tutela de los bienes vitales naturales y las formas de acceso a los bienes vitales artificiales, poniendo los primeros a cubierto de lesiones y haciendo a unos y otros accesibles a todos. Lo es sobre todo para las poblaciones de los países más pobres: las que más sufren las devastaciones de los bienes vitales naturales causadas por los países más ricos y la falta de los artificiales, y que no tienen un juez al que pedir justicia, ya porque tal juez no existe o bien porque no cuentan con medios para recurrir a él. De aquí la necesidad de integrar el paradigma garantista de los derechos fundamentales con una dimensión nueva y cada vez más urgente e inderogable de la democracia y del constitucionalismo: la directa garantía de aquellos bienes vitales que constituyen el objeto de los correspondientes derechos fundamentales.⁵⁸

A outra espécie de direitos fundamentais são os direitos sociais, os quais derivam do avanço do Estado social, que passa a reconhecer como direitos essenciais o trabalho, a saúde, a educação e outros semelhantes. Diferentemente dos direitos individuais, que correspondem a faculdades de comportamento próprio (liberdade) e deveres públicos de não fazer, os direitos sociais são estruturados em expectativas de comportamento alheios, principalmente estatais, ligados a deveres públicos de fazer. Isso faz com que,

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos.** Madrid: Trotta, 2014, p. 211. Tradução livre: “Em suma, a linguagem dos direitos individuais é inadequada, por si só, para sugerir as técnicas de proteção dos bens vitais naturais e as formas de acesso aos bens vitais artificiais, protegendo-os de danos e tornando alguns e outros acessíveis a todos. É especialmente assim para as populações dos países mais pobres: aquelas que mais sofrem com a devastação de bens naturais vitais causados pelos países mais ricos e pela falta de artificiais, e que não têm um juiz para pedir justiça, porque tal juiz não existe ou porque não têm meios de apelar para ele. Daí a necessidade de integrar o paradigma da garantia dos direitos fundamentais com uma nova dimensão cada vez mais urgente e inderrogável da democracia e do constitucionalismo: a garantia direta daqueles bens vitais que constituem o objeto dos direitos fundamentais correspondentes.”

além de proibições, o Estado também precise cumprir com obrigações para a realização dos direitos fundamentais.⁵⁹

Os direitos sociais são necessários para a redução das desigualdades. Em que pese a composição atual de um mundo globalizado, existem milhares de pessoas que ainda passam fome ou não possuem acesso à saúde e à educação. Tal perspectiva garante a existência de uma democracia social juntamente com a democracia liberal dos direitos individuais.⁶⁰

Apesar dos direitos sociais serem estruturados essencialmente em expectativas de obrigações de fazer, não existe óbice na existência de obrigação de não fazer como uma forma de seu desdobramento. O direito à educação, por exemplo, não inclui apenas a expectativa de receber uma educação gratuita, mas também o direito de não ser discriminado na escola.⁶¹

Os grandes problemas desses direitos consistem em: (i) o custo econômico para o seu cumprimento; (ii) o grau de discricionariedade, corrupção e ineficiência na sua aplicação; e (iii) as lacunas que existem nas garantias em caso de descumprimento de tais direitos.

Dentre os três, o principal problema é o terceiro. Isso porque em diversos países não existe um arcabouço legislativo próprio para garantir a realização dos direitos sociais. Isso significa que, muitas vezes, faltam garantias primárias para instituir um mínimo de investimento e permitir mais efetividade desses direitos, por exemplo, gastos mínimos a serem aplicados pelo Estado em saúde e em educação.⁶² Contudo, esse não é um problema existente no Brasil, haja vista que a Constituição Federal de 1988 estabelece percentuais mínimos a serem investidos na saúde e na educação em seus artigos 198, § 2º e 212.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 861.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – Teoría del derecho y de la democracia:** 2. Teoria de la democracia. Madrid: Trotta, 2013, p. 380-382.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – Teoría del derecho y de la democracia:** 2. Teoria de la democracia. Madrid: Trotta, 2013, p. 384-385.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – Teoría del derecho y de la democracia:** 2. Teoria de la democracia. Madrid: Trotta, 2013, p. 388.

Dessa maneira, observando o conceito, o fundamento e a classificação garantista dos direitos fundamentais, é possível afirmar que a Constituição brasileira não impõe nenhum óbice ao garantismo constitucional. Pelo contrário, a necessidade de proteção das minorias por meio de direitos fundamentais liberais e sociais é mandamento constitucional e a interpretação do garantismo pode auxiliar em uma maior efetividade na aplicação de tais direitos, principalmente por não reduzir os direitos fundamentais a valores e não simplificar a sua aplicação por meio da ponderação.

3. Limites aos Direitos Fundamentais na Teoria Garantista.

Por último, é importante notar que a teoria dos direitos fundamentais de Ferrajoli não adota a divisão de regras e princípios e o entendimento de que os direitos fundamentais seriam princípios que devem ser realizados de forma otimizada de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, como proposto por Robert Alexy⁶³ e adotada amplamente pela doutrina brasileira.⁶⁴

Para Ferrajoli, a distinção apresentada enfraquece a normatividade dos direitos fundamentais, pois lhes retira o seu caráter prescritivo de impor limites e vínculos a todos os poderes públicos. Isso acontece principalmente por entender que princípios são valores e a utilização da ponderação para resolver conflitos entre direitos fundamentais. Para o

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: _____. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

garantismo, as Constituições possuem uma normatividade forte e os direitos fundamentais são sempre reguladores.⁶⁵

A teoria principalista parte de uma limitação externa aos direitos fundamentais. Essa teoria preconiza a separação entre o direito em si, definido *prima facie* em seu âmbito normativo, e as suas ulteriores restrições, sendo que somente é possível identificar a proteção definitiva de um direito fundamental no caso concreto. Ademais, é essa distinção que permite a utilização do sopesamento e da proporcionalidade para solucionar casos de conflitos entre direitos fundamentais.⁶⁶

Isso faz com que exista uma separação entre aquilo que é garantido *prima facie* e o que é garantido em definitivo, descolando o foco para as intervenções e limites advindos de colisões entre direitos fundamentais e a sua justificação constitucionalmente necessária.⁶⁷ Sobre a intervenção estatal no âmbito de direitos fundamentais, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins advertem:

A intervenção estatal, alcança, segundo o entendimento majoritário hoje vigente, praticamente toda e qualquer ação ou omissão estatal com um mínimo de relevância em face do direito fundamental que é o parâmetro constitucional utilizado para o exame de intervenção (intervenção estatal “em sentido amplo”). Assim, a intervenção não se dá apenas por meio de ações que correspondam a um ato jurídico, mas também por todas as ações e omissões que atinjam a liberdade garantida de forma indireta, por exemplo, quando se atinge a

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: ____; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 138-139. Embora fazendo uma diferenciação entre teoria externa e a teoria dos princípios, Alexandrino explica: “Em termos sumários, para a *teoria externa*, uma restrição constitui uma acção estatal que, vinda de fora relativamente ao direito, afecta o bem jufundamental por ele protegido. O modelo parte da não identidade entre o âmbito de protecção e o âmbito de garantia efectiva, autonomizando claramente o direito fundamental, de um lado, e as restrições (ou limites) que lhe são externamente colocados, do outro. Para que uma restrição intervenha no âmbito de protecção de um direito fundamental é, além disso, necessário que, numa fase prévia, se tenha procedido à descrição dos tipos de situações, posições ou comportamentos protegidos: uma vez delimitado o âmbito de protecção do direito em causa, intervêm então as restrições e ‘o que resta do âmbito de protecção após estas é o âmbito de garantia efectiva.’” (ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 440).

⁶⁷ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91-92.

liberdade de terceiros e não somente da pessoa a quem se dirige a intervenção imediata e intencional do Estado.⁶⁸

234

As intervenções estatais em direitos fundamentais podem ser permitidas ou não permitidas pela Constituição. No primeiro caso, estamos diante de uma justificativa constitucional que permite tal intervenção (um limite a tal direito fundamental), enquanto, no segundo, caso resta configurada uma verdadeira violação de direitos fundamentais.⁶⁹

Seguindo a perspectiva da teoria externa, os limites aos direitos fundamentais podem ser impostos pela norma constitucional, por norma legal infraconstitucional ou por força da colisão entre direitos fundamentais, neste último caso, não é necessária a autorização expressa para a limitação de um direito fundamental (garantido sem reserva). As reservas legais, concernentes na autorização da Constituição para que o legislador intervenha no âmbito de um direito fundamental, podem ser simples – quando o constituinte não coloca nenhum tipo de direção na restrição de um direito fundamental –, ou qualificadas, caso em que o legislador deve seguir os mandamentos e objetivos que a Constituição estabeleceu para permitir a limitação.⁷⁰

⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 145. Em outras palavras: “Limites aos direitos fundamentais, em termos sumários e compreendidos em sentido amplo, podem, numa primeira aproximação e de acordo com a fórmula de Jorge Reis Novais, ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (*aspecto subjetivo*) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (*aspecto objetivo*) que resultem dos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 400).

⁶⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 148-151. Utilizamos aqui a intervenção ou ingerência permitida como sinônimo de limites a direitos fundamentais conforme entendimento de: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 400-401. Sobre o tema vide: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 154-163; ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 443-448; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

O direito constitucional de colisão, partindo da ideia de Jorge Reis Novais, é caracterizado por uma “reserva geral de ponderação” derivada da própria natureza dos direitos fundamentais que não são direitos absolutos, ou seja, ilimitados. Reconhecido um direito fundamental, não é possível prever todas as situações reais em que esse direito irá colidir com outro. Dessa maneira, existe implicitamente a possibilidade de limitação desses direitos fundamentais.⁷¹

Robert Alexy, partindo da sua concepção de princípios como mandamentos de otimização que podem ser limitados mediante situações fáticas e jurídicas, constrói uma forma de aplicação do critério da proporcionalidade que obteve grande receptividade no Brasil.⁷² Para ele, a proporcionalidade possui três subcritérios: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros se atêm às limitações fáticas e o último à limitação jurídica.

A adequação serve como um critério negativo com o objetivo de eliminar os meios que não são adequados para se atingir a finalidade almejada. Desse modo, esse primeiro critério não determina qual o meio mais correto, mas apenas indica quais são os adequados e os inadequados, excluindo desde já os últimos.⁷³

A necessidade serve para determinar, dentre os meios tidos como adequados, aquele que menos intervenha no âmbito de proteção de um direito fundamental. Isso significa que é preciso adotar o meio mais brando, evitando sacrifícios desnecessários nas restrições aos direitos fundamentais.⁷⁴

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramaioritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: _____. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 49-51.

⁷² Veja-se dentre outros: FARIA, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3^a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 111; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 167-182; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 406-409.

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 590.

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 590-591.

A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, indica que, quanto maior for o grau de afetação de um direito fundamental, maior deverá ser a satisfação de um outro direito fundamental. Este último subcritério ainda pode ser dividido em três passos: (i) primeiro avalia-se o grau de afetação de um direito fundamental; (ii) segundo avalia-se a satisfação do outro direito fundamental; (iii) terceiro observa-se se a afetação de um justifica a satisfação do outro.⁷⁵

Ocorre que esse posicionamento recebe diversas críticas, principalmente pelo critério de a ponderação permitir um grande subjetivismo e ativismo judicial no momento de aplicar os princípios constitucionais. Isso sem contar a sua utilização como se fosse uma fórmula mágica para simplificar e justificar a restrição de direitos fundamentais realizada tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Poder Legislativo.⁷⁶

Outra questão observada é que nem sempre os princípios podem ser entendidos como mandamentos de otimização. Nem todos os princípios necessitam de serem otimizados. A violação da boa-fé é avaliada a partir de uma simples observação, ou a conduta agride a boa-fé ou não agride.⁷⁷

Uma terceira argumentação critica a criação de uma quantidade incomensurável de princípios para serem aplicados por meio da ponderação. Princípios sem qualquer base normativa são “descobertos” todos os dias por diversos trabalhos da doutrina e julgamentos dos tribunais, o que Lênio Streck denomina “pamprincipiologismo”.⁷⁸

Por outro lado, a questão da limitação dos direitos fundamentais no garantismo se aproxima mais da teoria interna de limites aos direitos

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 593-594.

⁷⁶ LESCANO-FISCHER, Andreas. Crítica da concordância prática. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação:** método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37-56.

⁷⁷ POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação:** método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 90-91.

⁷⁸ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre, 2014, p. 171

fundamentais. Segundo essa teoria, os limites que conformam o direito desde o seu nascimento só podem ser aqueles internos a este, sendo declarados mediante o esforço interpretativo. Existe, portanto, uma unidade entre o conteúdo (âmbito de proteção) do direito fundamental e os seus limites. Em outras palavras, ou a situação de fato se encontra protegida em definitivo pelo direito fundamental ou então não se encontra tutelada por este.⁷⁹ As consequências desse raciocínio são:

[...] (i) a alteração ou a antecipação do momento essencial de demarcação dos direitos em definitivo para a ocasião de sua delimitação, ao invés de sua restrição; (ii) a real impossibilidade de se falar em restrições legítimas (enquanto elementos exteriores ou posteriores); e (iii) a real impossibilidade de se falar em conflitos ou em colisões de direitos fundamentais – haveria, nesses termos, meros conflitos aparentes e, ao menos para autores de matriz alexiana, a exclusão necessária da ideia de sopesamento.⁸⁰

Para a teoria interna, existe apenas o direito definitivo já delimitado pelos chamados “limites imanentes”. Se os direitos fundamentais já possuem um mandamento definitivo sobre aquilo que é protegido, então esses direitos possuem estrutura de regras e não podem ser submetidos ao sopesamento.⁸¹ O foco dessa teoria está no momento de determinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais que não será modificável *a posteriori* por meio de colisão com outros direitos.⁸²

O cerne dos limites imanentes está na existência de limites implícitos que fazem parte de um direito desde o início da sua existência,

⁷⁹ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70-71.

⁸⁰ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71-72.

⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 128-129.

⁸² Em outras palavras: “Para a *teoria interna*, ao invés, os limites não são dimensões separadas ou externas aos direitos, mas habitam-se a partir do seu interior (que na qualidade de limites impostos pela integração comunitária, que na qualidade de limites inerentes à tarefa estatal de criação de condições de uma liberdade real, quer na qualidade de limites imanentes à integração dos direitos fundamentais no sistema de valores constitucionais), não havendo por isso lugar nem para o conceito de restrição (legítima) nem para a distinção entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efectiva” (ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa:** Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 441).

delimitando de forma apriorística o seu âmbito de proteção. Não existe uma posição unitária em relação a tais limites, o que leva à consideração de diversas estratégias: (i) o abuso de direito concernente ao exercício malicioso ou fraudulento do direito fundamental; (ii) os direitos de terceiro que visam identificar a partir de qual momento o exercício de um direito causa agressão a outro; (iii) a cláusula de comunidade, observando que os direitos só podem ser garantidos se observados os bens jurídicos de acordo com uma ordem comunitária; (iv) as leis gerais, que têm como objetivo uma “conformação” dos direitos fundamentais; (v) a ordem pública, pois o exercício de um direito fundamental não pode agredir interesses públicos e ativar a cláusula de polícia; e (vi) a Declaração Universal dos Direitos do Homem que permite em seu art. 29, n. 2⁸³ a limitação dos direitos humanos e fundamentais.⁸⁴

Ferrajoli, por sua vez, não adota a distinção entre regras e princípios proposta por Robert Alexy. Na teoria garantista, os princípios podem ser regulativos, quando utilizados como argumentos em uma interpretação sistemática ou como regras no momento de aplicação após a sua violação, e diretivos quando instituem valores e objetivos que precisam ser perseguidos por meio de políticas públicas. Nesse último caso, não se tem prescrição ou proibição de condutas determinadas.⁸⁵

Por essa razão, o constitucionalismo garantista entende que os direitos fundamentais são princípios regulativos, haja vista que, em sua maioria constituem prescrições e proibições de condutas determinadas e são

⁸³ Art. 29, n. 2: “No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

⁸⁴ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75-86. Aqui cumpre destacar que Canotilho também utiliza a expressão limites imanentes, mas não no sentido aqui esboçado. Para o autor: “[...] os chamados ‘limites imanentes’ são o resultado de uma ponderação de princípios conducentes ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protectivo de um direito, liberdade ou garantia” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1282).

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Dei diritti e delle garanzie.** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 79. STAMILE, Natalina. Derechos fundamentales ¿Ponderación o subsunción? Algunas reflexiones sobre la polémica entre Robert Alexy y Luigi Ferrajoli. In: BRIGIDO, Rodrigo Sánchez et al. **Conflictos de derechos fundamentales.** Córdoba: Lex, 2019, p. 102.

aplicados como regras no momento de sua violação. O principalismo, ao seu turno, comprehende os direitos fundamentais como princípios diretivos objetos da ponderação o que permite ao legislador infraconstitucional e ao juiz o poder de balancear e privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro.⁸⁶

Assim, os direitos fundamentais são regras de atuação e sua aplicação não requer a ponderação. Mesmo que os princípios possam ter estrutura de argumentos na interpretação sistemática, estes também podem ser aplicados por meio da subsunção, reduzindo o espaço da discricionariedade proposto pelo critério da proporcionalidade.⁸⁷

Essa perspectiva de ponderação viola a hierarquia de fontes dos princípios constitucionais. Como bem explica Ferrajoli:

A ponderação, em outras palavras, não pode se estender à escolha de quais princípios constitucionais devem atuar e quais não devem atuar, sem resultar num descumprimento da Constituição e, portanto, na admissão de um poder do legislador, em contraste com a hierarquia de fontes, de tornar inútil ou, de qualquer modo, de derrogar o preceito constitucional: um poder que, como se viu, a tese da falibilidade das normas constitucionais serve para legitimar, uma vez que configura como inevitáveis, porque consequentes às ponderações, as violações e os descumprimentos de algumas delas em benefício de outras.⁸⁸

Dessa maneira, a ponderação realizada pelo Poder Judiciário não passa de um neologismo para a clássica interpretação sistemática com o acréscimo de uma grande margem de discricionariedade que ameaça a submissão do juiz ao primado da legalidade.⁸⁹ Daí a grande diferença entre o constitucionalismo principalista e o constitucionalismo garantista: este

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Dei diritti e delle garanzie.** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 80-81.

⁸⁷ STAMILE, Natalina. Derechos fundamentales ¿Ponderación o subsunción? Algunas reflexiones sobre la polémica entre Robert Alexy y Luigi Ferrajoli. In: BRIGIDO, Rodrigo Sánchez et al. **Conflictos de derechos fundamentales.** Córdoba: Lex, 2019, 105.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: _____; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: _____; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 49.

último é rígido e determina que o Poder Judiciário seja limitado pela Lei e pela Constituição, haja vista a separação de poderes. A ponderação não é realizada em relação às normas, mas em relação às circunstâncias fáticas que justificam ou não a aplicação de um direito fundamental ao caso concreto.⁹⁰

Nessa questão, podemos ressaltar um dos pontos nevrálgicos dessa distinção que é a separação entre direito e moral. Isso porque, enquanto Robert Alexy defende uma conexão entre direito e moral, Luigi Ferrajoli argumenta pela separação entre os dois âmbitos,⁹¹ embora reconheça que existe uma moral positivada nos direitos fundamentais que incorporam, nos textos das constituições, os chamados direitos naturais.⁹²

O resultado do modelo garantista é o reconhecimento que os direitos fundamentais possuem limites, mas esses limites são dados apenas em uma pequena parte em relação ao conflito com outros direitos fundamentais. O que o neoconstitucionalismo reconhece como inevitável (aplicação da ponderação), Ferrajoli resolve com a interpretação sistemática dos princípios constitucionais e aplicação do direito fundamental mais específico para o caso concreto. Isso faz com que o chamado conflito de direitos seja, em sua maioria de casos, apenas aparente.⁹³

Desse modo, a perspectiva central da ponderação que sustenta a solução dos conflitos entre direitos no constitucionalismo principalista é rechaçada pelo garantismo por: (i) permitir uma conexão entre direito e moral; (ii) aumentar a discricionariedade do legislador e do juiz na regulamentação e aplicação dos direitos fundamentais; (iii) o caráter

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: ____; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 53.

⁹¹ STAMILE, Natalina. Derechos fundamentales ¿Ponderación o subsunción? Algunas reflexiones sobre la polémica entre Robert Alexy y Luigi Ferrajoli. In: BRIGIDO, Rodrigo Sánchez et al. **Conflictos de derechos fundamentales.** Córdoba: Lex, 2019, p. 92-93.

⁹² TRINDADE, André Karan. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*. In: ____; STRECK, Lênio Luiz; Ferrajoli, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 106.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Dei diritti e delle garanzie.** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 87-90.

majoritariamente aparente do conflito entre princípios; (iv) reduzir a normatividade dos direitos fundamentais e da Constituição; (v) a solução dos limites ser possível por meio da interpretação sistemática e aplicação do princípio ou direito fundamental mais específico para o caso concreto.

3. Conclusão

A partir do estudo das fontes citadas, é possível concluir que o garantismo é uma teoria que se preocupa com a limitação dos poderes em Estados que possuem constituições rígidas. Os direitos fundamentais possuem, portanto, uma função de estabelecer limites e vínculos ao abuso do poder público ou privado.

Observando a Constituição Federal de 1988 como uma constituição rígida, cuja alteração depende de um procedimento mais rigoroso de emenda constitucional previsto no art. 60, resta preenchido o primeiro e mais essencial requisito para a aplicação do garantismo ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, o enfoque do garantismo à proteção do mais fraco contra o mais forte e a importância que é concedida aos direitos fundamentais sociais permite entender a adequação que existe dessa teoria à proteção dos direitos liberais e sociais realizados pela CF/88 nos arts. 5º e 6º.

Por fim, a rejeição da ponderação e do conflito de direitos fundamentais como método principal de aplicação desses direitos pode-se apresentar como uma solução viável ao problema do ativismo judicial em terras brasileiras.⁹⁴

⁹⁴ TRINDADE, André Karan. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: ____; STRECK, Lênio Luiz; Ferrajoli, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Referências

- ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa:** Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CAMPOS, Luciana Oliveira; OHLWEILER, Leonel Pires. Estado Democrático de Direito e a participação Popular no Brasil: Uma Análise a Partir do Conceito de Luigi Ferrajoli. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Unijuí, n. 15, vol. 8, p. 255-271, 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHAGAS, Richardson Hermes Barbosa; BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti. Garantismo constitucional e democracia: o dilema da maioridade penal e da proteção integral da criança e do adolescente. **Rev. Cadernos de Direito**, Piracicaba, vol. 16, n. 31, p. 237-256, jul-dez, 2016.
- COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 6^a Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3^a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Dei diritti e delle garanzie.** Bologna: Il Mulino, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. 10^a ed. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Il paradigma garantista:** filosofia e critica del diritto penale. 2^a ed. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos.** Madrid: Trotta, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s).** 4^a ed. Madrid: Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens:** a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – Teoría del derecho y de la democracia:** 2. Teoria de la democracia. Madrid: Trotta, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia:** 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. **Cuestiones Constitucionales**, Cidade do México, n. 15, p. 113-136, 2006.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Prólogo.** In: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: La ley del mas débil.* 7^a ed. Madrid: Trotta, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009.

LESCANO-FISCHER, Andreas. Crítica da concordância prática. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação:** método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Matheus Thiago Carvalho. Garantismo: constitucionalismo, direitos fundamentais e democracia. Uma análise das limitações conceituais desse paradigma. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 1, n. 16, 2019.

MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. **Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política**, n. 4, p. 3-39, julio, 2006.

NETO COPETTI, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, Vol. 14, n. 14, p. 409-421, julho/dezembro de 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo:** limites e resistências ao poder de punir. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação:** método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIVERA, Joaquin Armando Mejía. **Aportes teóricos para promover los Derechos Sociales desde el pensamiento de Luigi Ferrajoli.** Honduras: Casa San Ignacio, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SMIZMAUL, Gustavo Paulino. **Antropología Jurídica.** São Paulo: Impetra, 2011.

STAMILE, Natalina. Derechos fundamentales ¿Ponderación o subsunción? Algunas reflexiones sobre la polémica entre Robert Alexy y Luigi Ferrajoli. In: BRIGIDO, Rodrigo Sánchez et al. **Conflictos de derechos fundamentales.** Córdoba: Lex, 2019.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre, 2014.

TRINDADE, André Karan. Discutindo o Garantismo de Luigi Ferrajoli: Seis questões sobre direito e democracia. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, vol. 6, n. 3, 2011.

TRINDADE, André Karan. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: ____; STRECK, Lênio Luiz; Ferrajoli, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

244

Artigo recebido em: 10/02/2025.

Aceito para publicação em: 27/08/2025.