



MINEMOSINE

REVISTA

ISSN 2237-3217

VOLUME 13, N. 1, JAN/JUN 2022

DOSSIÊ:
DERECHOS HUMANOS,
HISTORIA Y
SUS CONFLUENCIAS:
DILEMAS, ACCIONES
Y POSIBILIDADES



MNEMOSINE REVISTA

ISSN: 2237.3217

DOSSIÊ DE DOCUMENTAÇÃO

Derechos Humanos, Historia y sus Confluencias:

Dilemas, acciones y posibilidades

Coordenação do dossiê

Prof. Dr. Dinaldo Barbosa da Silva Junior

Profa. Dra. Cristina Rumbo Bonfil

MNEMOSINE REVISTA / Programa de Pós-Graduação em
História. Centro de Humanidades
Universidade Federal de Campina Grande. V. 13 n.1 (2022).
Campina Grande: CH / UFCG, 2022 - Semestral
ISSN 2237-3217

1. História I. Universidade Federal de Campina Grande.
Centro de Humanidades. Programa de Pós-Graduação em
História

CDD 900

Rua Aprígio Veloso, 822, Bodocongó
58.439-900 – Campina Grande – PB – Brasil
e-mail: mnemosinerevista@gmail.com

Edição de Texto:

Helder Moraes Mendes Barros

Edição de Arte:

J. Márcio

Helder Moraes Mendes Barros

EDITORA CHEFE

Juciene Ricarte Cardoso (UFCG, Campina Grande – PB – Brasil)

EDITOR CHEFE ADJUNTO

José Otávio Aguiar Editor-Adjunto (UFCG, Campina Grande – PB – Brasil)

Dinaldo Barbosa da Silva Junior (Universidade Federal do Amapá - UNIFAP e Universidade Federal de Campina Grande - UFCG)

EQUIPE TÉCNICA

Helder Moraes Mendes Barros (Campina Grande – PB – Brasil)

Mara Karinne Lopes Veriato Barros (UFCG, Campina Grande – PB – Brasil)

COORDENAÇÃO DO DOSSIÊ

Dinaldo Barbosa da Silva Junior (Universidade Federal do Amapá - UNIFAP e Universidade Federal de Campina Grande - UFCG)

Cristina Rumbo Bonfil (Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno del Tecnológico de Monterrey Campus Chihuahua – México)

CONSELHO EDITORIAL

Antônio Gomes Ferreira, Faculdade de Educação, Universidade de Coimbra, PORTUGAL

Cristian Wick, Lecturer for European and Atlantic History, University of the West Indies, TRINIDAD E TOBAGO

Dinaldo Barbosa da Silva Junior (Universidade Federal do Amapá - UNIFAP e Universidade Federal de Campina Grande - UFCG)

Elizeth Payne Iglesias, Escola de História/CIHAC, Universidad de Costa Rica, COSTA RICA

Iranilson Oliveira Buriti, Universidade Federal de Campina Grande, Brasil

Jean-Frédéric Schaub, L'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, FRANÇA

Joanildo Albuquerque Burity, Pesquisador Sênior, Fundação Joaquim Nabuco, BRASIL

João Marcos Leitão Santos - Universidade Federal de Campina Grande

José Otávio Aguiar, Universidade Federal de Campina Grande

Martin Norberto Dreher, Professor Emérito de História, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, BRASIL

Paulo Donizeti Siepierski, Professor Titular de História, Universidade Federal Rural de Pernambuco, BRASIL

Regina Coelli Gomes Nascimento, Universidade Federal de Campina Grande, BRASIL

Ronald P. Morgan, Professor of History, Abilene Christian University, Abilene/TX, UNITED STATES

CONSELHO CIENTIFICO

André Figueiredo Rodrigues, Universidade Estadual Paulista/Assis, São Paulo, BRASIL

Ângela Maria Vieira Domingues, Universidade Nova de Lisboa, PORTUGAL

Antonio Carlos Jucá de Sampaio, Universidade Federal do Rio de Janeiro, BRASIL

Antônio Torres Montenegro, Universidade Federal de Pernambuco, BRASIL

Brigitte Thierion, Universidade da Sorbonne, Paris 3, França

Carla Mary S. Oliveira, Universidade Federal da Paraíba, BRASIL

Carmem Margarida Oliveira Alveal, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Dilton Cândido Santos Maynard, Universidade Federal de Sergipe, BRASIL

Durval Muniz de Albuquerque Junior, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, BRASIL

Edson Hely Silva, Universidade Federal de Pernambuco, BRASIL

Eduardo França Paiva, Universidade Federal de Minas Gerais, BRASIL

Elizabeth Christina de Andrade Lima, Universidade Federal de Campina Grande, BRASIL

Iris Kantor, Universidade de São Paulo, Brasil

Juan Marchena, Universidade Pablo Olavide, Espanha

Marcos Fábio F. Montysuma, Programa Interdisciplinar em Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, BRASIL

Maria Adelina Amirim, Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Mary Catherine Karasch, Oakland University, Rochester/MI UNITED STATES

Patrícia Cristina Aragão Araújo, Universidade Estadual da Paraíba, BRASIL

Pedro Cardim, Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Paulo Knauss de Mendonça - UFF

Regina Celestino de Almeida, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Regina Célia Gonçalves, Universidade Federal da Paraíba, BRASIL

Valdei Lopes de Araujo, Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

REALIZAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG/PB)

APOIO

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Centro de Humanidades da UFCG

Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG/PB)

Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado da Paraíba (FAPESQ/PB)

Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)

Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)

CONTATO

Programa de Pós-Graduação em História

Rua Aprígio Veloso, 822, Bloco CH, 5º Andar, Sala 506 Bairro: Universitário

CEP 58 429-900 - Campina Grande/PB – BRASIL - Telefone: (83) 2101-1495

<http://www.mnemosinerevista.com>

mnemosinerevista@gmail.com

MISSÃO

A Mnemosine Revista se constitui em um espaço facultado a todos os campos disciplinares, especialidades, temporalidades e problemáticas históricas, esforço expresso a cada número, tem oferecido ao público geral e especializado a diversidade de abordagens em seus dossiês temáticos, especialmente.

SUMÁRIO

Apresentação **08 - 09**

ARTIGOS DO DOSSIÊ

History, prisons and punishment: historical arrangements of Brazilian incarceration

Dinaldo Barbosa da Silva Júnior & Vicenta Cervelló Donderis **10 - 22**

El principio de progresividad en su descripción conceptual y análisis frente al octavo objetivo de desarrollo sostenible en Colombia

Luz Mireya Mendieta Pineda & Edson Romario Pérez Martínez & Cristina Rumbo Bonfil & Omar Huertas Díaz **23 - 41**

Estado social e capitalismo: do direito natural à superação das desigualdades sociais.

Gabriel E. Silveira & Francisco P. de Farias & Robson A. Ferraz & Maryelle Mendes dos Santos Barros **42 - 54**

Origen del derecho familiar: La familia más allá de Roma

Mauricio Iván Vargas Mendoza **55 - 75**

Regimes regionais e a proteção dos direitos humanos da pessoa refugiada

Marília D. F Oliveira Leal & Anna Karollinne L. Cardoso & Andrea Maria C. P. Pacífico **76 - 90**

A Dignidade Ecológica como reafirmação dos Direitos Humanos

Diego Moura de Araújo & Gisele Amaral Moura de Araújo **91 - 104**

Acesso à justiça pela via de direitos: um diálogo com Boaventura de Sousa Santos

Simone Maria Palheta Pires **105- 117**

Stalking: uma nova forma do crime de perseguição habitual e implacável sofrido pelas mulheres no Brasil

Márcio Magliano Barbosa & Romulo Rhemo Palitot Braga **118- 131**

ARTIGOS EM INTERFACE

La vida: retrospectiva de su origen, evolución y desarrollo como derecho fundamental

Omar Huertas Díaz & Mildre Yurani Hernández Ramírez & Alan Antônio Almeralla Barreto **132 - 149**

Análise acerca do uso de Non-Fungible Tokens (nfts) para fins de lavagem de dinheiro no mercado de artes

Romulo Rhemo Palitot Braga & Ricardo Henrique Lombardi Magalhães

150 - 161

Serventias extrajudiciais no combate à lavagem de capitais e o desenvolvimento de políticas públicas em direitos humanos

Romulo Rhemo Palitot Braga & Thiago Mota Maciel

162 – 171

Sécurité Sociale, Travail et Occupation en Amazonie: Notes Sur Le Processus Agricole Du Pará Au 19ème Siècle

Francisco Wilton de Oliveira Pereira, Dinaldo Barbosa da Silva Júnior, Francivaldo Alves Nunes & Uédio Robds

Leite da Silva

172- 182

APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que apresentamos o Dossiê “Derechos Humanos, Historia y sus Confluencias: dilemas, acciones y posibilidades”. Este volume da Mnemosine reúne um importante diálogo internacional sobre a temática dos Direitos Humanos, coordenado pelos professores Dinaldo Barbosa da Silva Júnior e Cristina Rumbo Bonfil.

Os textos oferecem um rico debate epistemológico sobre os direitos humanos aos leitores, apresentando resultados de pesquisas e experiências de diferentes países, que retratam os desafios para construção de uma sociedade democrática e de direitos. Resta claro, que embora os países apresentem um arcabouço legal em sintonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros marcos jurídicos internacionais, o que, em tese, garantiria o respeito a estes, os exemplos citados demonstram diferentes formas de sua violação e negação.

Este volume atesta a necessidade da luta permanente por direitos, que passa necessariamente, pela construção de uma cultura de direitos, conforme nos inspira Maria Victoria Benevides, ao afirmar que a educação em Direitos Humanos é essencialmente “a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz. Portanto, a formação desta cultura significa criar, influenciar compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos que decorrem, todos, daqueles valores essenciais citados – os quais devem se transformar em práticas.”

Com efeito, o Dossiê aponta para desafios importantes a serem superados e a necessidade de uma construção cultural coletiva e cotidiana por direitos nos diferentes campos sociais, considerando as necessidades e especificidades de cada país.

No primeiro artigo “*History, Prisons and Punishment: Historical Arrangements of Brazilian Incarceration*”, Dinaldo Barbosa da Silva Júnior e Vicenta Cervelló Donderis, apresentam o resultado de uma pesquisa dedicada a analisar a história do sistema prisional brasileiro, com ênfase no papel dos movimentos sociais quanto à luta pela garantia de direitos à população carcerária que convive com a negação da dignidade humana e a falência do Sistema Prisional Brasileiro.

No segundo artigo *El Principio de Progresividad en su Descripción Conceptual y Análisis Frente al Octavo Objetivo de Desarrollo Sostenible en Colombia*, os autores Luz Mireya Mendieta Pineda, Edson Romario Pérez Martínez, Cristina Rumbo Bonfil e Omar Huertas Díaz, fazem uma importante análise conceitual e jurídica sobre como o Estado Colombiano tem aplicado e/ou violado os princípios de progressividade e gradualidade quanto ao direito ao trabalho, situado no âmbito dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os autores fazem referência ao oitavo Objetivo do Desenvolvimento Sustentável 2030 da Organização das Nações Unidas, que compreende o direito ao trabalho como a porta de entrada para garantia de outros direitos fundamentais. Os exemplos citados no texto demonstram a necessidade do país colombiano de propor políticas que garantam o cumprimento do seu marco jurídico e dos acordos internacionais dos quais é signatário, para que toda forma de violação dos direitos trabalhistas agravada pela informalidade do trabalho seja superada.

No terceiro artigo, “*Estado Social e Capitalismo: do Direito Natural à Superação das Desigualdades Sociais*”, os autores Gabriel Eidelwein Silveira, Francisco Pereira de Farias, Robson Almeida Ferraz e Maryelle Mendes dos Santos Barros, elaboram um consistente estudo sobre o Direito a partir de uma perspectiva filosófica, histórica, mas também política, e, ao mesmo tempo, analisam o papel do Estado, sua construção histórica e suas contradições no atual contexto Capitalista, em que a desigualdade social se intensifica apesar dos avanços dos direitos civis e políticos. Os autores reconhecem o papel das instituições e dos movimentos sociais como imprescindíveis para a defesa dos direitos e para o acesso igualitário aos bens culturais e materiais a todas e todos.

No quarto artigo, “*Origen del Derecho Familiar. La Familia Más Allá de Roma*” o autor Maurício Iván Vargas Mendoza faz um importante estudo sobre a origem do direito da família e defende a tese de que este não surgiu em Roma, conforme aponta a teoria do direito moderno que se constituiu a partir de uma perspectiva europeia. O texto tem entre outros objetivos dar visibilidade a pelos menos sete outras culturas da humanidade, que são pouco conhecidas na literatura e que contribuíram para construção do direito familiar. O texto enfatiza o exemplo mexicano, que segundo Mandoza é análogo a outros países americanos e, que, portanto, ajuda a compreender o direito familiar a partir desse contexto.

No quinto artigo, “*Regimes Regionais e a Proteção dos Direitos Humanos da Pessoa Refugiada*,” Marília D. F. Oliveira Leal, Anna Karollinne L. Cardoso, Andrea Maria C. P. Pacífico, analisam a complexa realidade do fenômeno migratório, em especial, a proteção dos direitos das pessoas refugiadas. Para isso, apresenta um estudo sobre o Regime Internacional de Proteção aos Refugiados (RIR), suas normas e procedimentos, bem como discutem sobre os instrumentos de proteção regionais da África, Europa e América Latina, que regulam a situação da pessoa refugiada, ao tempo em que apontam as obrigações estatais para que a dignidade das pessoas seja assegurada. O texto reconhece os avanços quanto aos acordos e documentos internacionais sobre a causa dos refugiados, mas também enfatizam que as conquistas legais ainda estão longe de serem garantidas a essas pessoas em situação de vulnerabilidade.

No sexto artigo, **“A Dignidade Ecológica como Reafirmação dos Direitos Humanos”** Diego Moura de Araújo e Gisele Amaral Moura de Araujo apresentam a preservação do meio ambiente como condição para a sobrevivência humana e, por conseguinte, para a garantia da dignidade do ser humano. Assim, o autor nos convida a pensar sobre a definição e a classificação doutrinária da dignidade humana e demonstra a dignidade ecológica como consequência da formação de um Estado Socioambiental. Discutir essa “bandeira jurídica”, conforme indica Araújo, é um desafio necessário a ser enfrentado, pois não podemos pensar em direitos humanos e dignidade humana sem um ambiente saudável e ecologicamente sustentável.

No sétimo artigo, **“Acesso à Justiça pela Via de Direitos: Um Diálogo com Boaventura de Sousa Santos”**, Simone Maria Palheta Pires, discute a ideia de justiça e acesso à justiça, a partir das contribuições de Boaventura de Sousa Santos sobre a função emancipatória do direito. A autora parte da premissa de que sem o exercício pleno da cidadania, não há o devido acesso ao direito, sendo esta, uma realidade muito presente nos países periféricos. A perspectiva emancipatória do direito passa pela luta dos sujeitos sociais e pela superação da concepção liberal de acesso à justiça que se mostra excludente e desigual.

No oitavo artigo **“Stalking: Uma Nova Forma do Crime de Perseguição Habitual e Implacável Sofrido pelas Mulheres no Brasil”** Márcio Magliano Barbosa e Rômulo Rhemo Palitot Braga, abordam uma importante temática acerca do combate à violência contra a mulher, tendo como ponto de discussão a prática do *Stalking*, que afeta emocional e psicologicamente as vítimas, a partir de intensa perseguição que ocorre de forma mais intensa no mundo virtual. O texto aborda a tipificação penal desse crime no Brasil e reconhece como uma inovação legislativa, a interpretação analógica do *Stalking* com as medidas judiciais e protetivas da Lei Maria da Penha, quando a citada prática violenta vitimizar as mulheres.

No nono artigo, **“La Vida: Retrospectiva de su Origen, Evolución y Desarrollo como Derecho Fundamental,”** Omar Huertas Díaz, Mildre Yurani Hernández Ramírez, Alan Antonio Almeralla Barreto estudam no âmbito dos direitos naturais, o direito à vida, tendo como referência marcos normativos internacionais e, especial, a legislação da Colômbia, enfatizando seus limites e avanços. O direito à vida, previsto no art. 93º da Constituição Política colombiana estabelece que os princípios de igualdade, liberdade e dignidade estão na base para a garantia do direito à vida e, que, pelo direito ao trabalho, o cidadão colombiano deve ter direito à saúde e a alimentação saudável como mínimo vital a uma vida digna.

No décimo artigo, **“Análise Acerca do uso de Non-Fungible Tokens (Nfts) para fins de Lavagem de Dinheiro no Mercado de Artes”** Romulo Rhemo Palitot Braga e Ricardo Henrique Lombardi Magalhães, faz um interessante estudo bibliográfico sobre possíveis práticas criminosas na venda de obras de arte através do uso do NFTs. O texto enfatiza que no mundo virtual existe um terreno fértil no campo do mercado artístico para fins ilícitos, que pode se dá através da criptomoeda, uma prática com potencial de facilitar a lavagem de dinheiro e que tem se intensificado em virtude da dificuldade de sua comprovação e da consequente impunidade dos criminosos.

No décimo primeiro artigo, **“Serventias Extrajudiciais no Combate à Lavagem de Capitais e o Desenvolvimento de Políticas Públicas em Direitos Humanos”**, Romulo Rhemo Palitot Braga e Thiago Mota Maciel discutem sobre o papel dos serviços extrajudiciais, com destaque aos serviços notariais e de registro, como institutos jurídicos importantes no que diz respeito à fiscalização e ao cumprimento de obrigações arrecadatórias dos tributos e de redistribuição de receitas públicas para redução de desigualdades, cumprindo um importante papel constitucional e de defesa dos direitos humanos.

No décimo segundo artigo, **“Sécurité Sociale, Travail Et Occupation En Amazonie: Notes Sur Le Processus Agricole Du Pará Au 19ème Siècl”** Francisco Wilton de Oliveira Pereira, Dinaldo Barbosa da Silva Júnior, Francivaldo Alves Nunes e Uédio Robds Leite da Silva, discutem a presença da prática da agricultura no século XIX no estado do Pará. O estudo problematiza as concepções e narrativas historiográficas sobre como foram instituídos os núcleos rurais agrícolas nessa importante região da Amazônia, apontando para a possibilidade de outras interpretações além daquelas tradicionais e predominantes sobre a temática.

Os textos contemplam, portanto, a discussão sobre os direitos humanos em diferentes dimensões e áreas de conhecimento, contribuindo a partir das indagações e problemáticas suscitadas pelos autores com a ampliação do repertório teórico e metodológico no campo dos direitos fundamentais, sendo uma leitura necessária àqueles que defendem a dignidade humana.

Boa leitura!

Drª Fabrícia Montenegro

Universidade Federal da Paraíba - UFPB

HISTORY, PRISONS AND PUNISHMENT: HISTORICAL ARRANGEMENTS OF BRAZILIAN INCARCERATION

HISTORIA, ARRESTO Y CASTIGO: ARREGLOS HISTÓRICAS DEL ENCARCELAMIENTO BRASILEÑO

HISTÓRIA, PRISÕES E PUNIÇÃO: ARRANJOS HISTÓRICOS DO ENCARCERAMENTO BRASILEIRO

SILVA JÚNIOR, DINALDO BARBOSA DA

Professor at the Federal University of Campina Grande and the Federal University of Amapá. <https://orcid.org/0000-0003-0909-0703>

E-mail: dinaldo@unifap.br

DONDERIS, VICENTA CERVELLÓ

Professor at the University of Valencia – Spain. <https://orcid.org/0000-0002-2814-5055>

E-mail: vicenta.cervello@uv.es

ABSTRACT

This paper has as an aim discuss not only how the prison system has evolved through the Brazilian history, but also how social movements had their own influence towards the subject. Incorporating citations, this paper points out the main historical problems of the prisons listed and general issues which are explained. The approach towards the treatment of Brazilian inmates also shares the space with the discussion about how governments have seen this population and what kind of reality such social groups faced in different periods of Brazilian history.

KEYWORDS: Incarceration; Punishment and Brazilian Prisons.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo discutir no solo cómo el sistema penitenciario ha evolucionado a lo largo de la historia brasileña, sino también cómo los movimientos sociales han tenido su propia influencia en el contexto. Mediante la incorporación de citas, este artículo señala los principales problemas históricos de las cárceles enumerados, además de los problemas generales que se exploran y explican. El abordaje del trato recibido por los detenidos brasileños también comparte espacio con la discusión sobre cómo los sistemas de gobierno han visto a esta población, y qué tipo de realidad han enfrentado estos grupos sociales en diferentes períodos de la historia brasileña.

PALABRAS CLAVES: Encarcelamiento, Castigo y Penitenciarías Brasileñas.

RESUMO

Este artigo tem como objetivo discutir não apenas como o sistema prisional tem evoluído ao decorrer da história brasileira, mas também como movimentos sociais tiveram sua própria influência no contexto. Ao incorporar citações, este artigo aponta os principais problemas históricos de prisões listadas, além de problemas gerais os quais são exploradas e explicadas. A abordagem sob o tratamento recebido por detentos brasileiros também compartilha espaço com a discussão sobre como os sistemas governamentais tem visto esta população, e que tipo de realidade tais grupos sociais enfrentaram em diferentes períodos da história brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento, Punição e Penitenciarías Brasileiras.

1. BRAZILIAN PRISON SYSTEM: A HISTORICAL APPROACH

We are not sure if the process of being born was planned or an event that happened by chance for the Brazilian country. The epic of the navigations placed in the 15th century was always filled with mystery, misleading situations, and danger. Therefore, it would not be different to Brazil — the country would rise surrounded by uncertainty; which leads to the belief that the pioneers did not have the real dimension of the natural riches which would be explored.

Thinking about Brazil's history using the History of Maritime Expansion in the Modern Age as a point of view means going beyond the history of Portugal. It means that something new was happening in Europe. In addition, if Portugal did not engage in the maritime projects that already existed, other countries were completely able to do so. The presence of other European nations in Brazil, especially during the 16th and 17th centuries such as France and The Netherlands was a great indicator of such reality.

In the first four centuries of its existence — 16th, 17th, 18th, and the first half of the 19th century —, Brazil had slavery as the main production system. With Brazil's Proclamation of the Republic in 1889, its abolition of slavery, and the industrialization process being an effective procedure in developed countries, the country adopts at its own pace the use of wage laborers and established labor law and amplifies the civil rights towards the population. Introducing itself to the economic system used by the capitalists.

However, Brazil's history between the 16th and 19th centuries was directly linked to Portugal's history. At first, during the 16th century, its social, economic and administrative relations were conducted from the same point of view: the monarchical system which existed between colonies and metropolises. Portugal takes place as the metropolis and Brazil as the main Portuguese colonyⁱ, for the reason that it is easy to notice the metropolis' real interest; gold and spices.

Brazil's 'discovery' in the 16th century is proof of the progress of European maritime expansion. The same process carries with it expressions linked to the line of thought eventually known as eurocentrism. This line of thought was characterized by a political, economic and social influence/domination, materialized by Europe over different areas and populations geopolitically attractive and fragile.

During the Imperial or Monarchical period — 1822 to 1889 —, a significant change can be noticed in the old Brazilian colony. In this period, it can be observed a progression when it comes to the right to life especially since during this century happened the abolition of slavery in Brazil, as a way to attend to international demands — predominantly formed by the Industrial and French Revolutions.

Still, during the early days of the imperial period the proclamation of the first Brazilian constitutionⁱⁱ. The constitution gives the impression to the native society of some participation related to the country's progression; it divides the powers into branches and among them the Legislative Branch, which will receive the first social and economic demands of a nation in development.

These social demands exist in the context of the transformation of human relationships in a vast portion of the civilized world, especially because of the improvement of industrialization. The process of abolition of slavery in Brazil is built during this period with a strong social appeal, not only between the enslaved portion of the population but also between those that felt sensitive towards human pain, plus the ones that saw the substitution of slaves for wage laborers, an opportunity to obtain some monetary advantage.

Thus, being part of a society that is about to adopt an industrial economy with wage laborers, Brazil could not allow tortures and scourges that go against The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen. With this in mind, the Legislative Branch during the Imperial period proposes some legislation aiming the combat slavery. They are: Law nº 581 of September 4th, 1850, Law nº 2040 of September 28th, 1871, Law nº 3270 of September 28th, 1885, the end of corporal punishment based on the Law nº 3310 of October 15th, 1886, and at last, the Law nº 3353 of May 13th, 1888ⁱⁱⁱ.

With the raising of social demands and economic and administrative quarrels, the Law's role was essential. The first Law Schools that appeared in Sao Paulo and Olinda focused on legal studies in our country with the objective of meeting regional needs according to geographic localization — São Paulo would reach the South and Olinda the North of the country.

Brazilian Law, not so different from the rest of the people, has a special history with particularities. It is discussed in large quantity about its existence, especially if there is originality or if it is an expansion of Portuguese Law. However, a



point in common between legal scholars is supported by César Tripoli (1936), there is no denying that *Brazilian Law only began to exist when there were legal norms in Brazil, whether they were issued by the Portuguese authority in Portugal or by the Brazilian authority in Brazil.*

Not only the Brazilian Law but also the Laws of the countries that were in the process of industrialization had to reformulate themselves beyond new social conflicts and the most diverse forms of disputes with justice. The domain of capitalism brought with itself the growth of the urban population, the increase in labor disputes, social exclusion, and therefore, the increase in criminality.

As well described by Wacquant (1999, p. 19):

The doctrine of ‘zero tolerance, an instrument for legitimizing the police and judicial management of poverty that disturbs — the visible one, the one that causes incidents and disorder in the public space, feeding, therefore, a diffuse sensation of insecurity, or simply tenacious discomfort and inconvenience —, propagated itself through the globe at a surprising pace.

In that regard, it is instituted in Europe and the USA and then in other countries in development, the penitentiaries. Known before as prisons, the penitentiaries since antiquity were used to keep individuals in debt with society. However, it was only a way to be sure that the imprisoned person would wait until the justice’s decision, which means the penalty corresponded with their crime — which could reach death itself.

2. PRISON AS A PENALTY

During the Modern Ages, incarceration was constituted as a penalty. The idea of social control was linked to the new world order: industrialization. The penitentiary^{iv} will be adapted to the serving of the penalty in a rational way with the aim of restringing freedom. *Physical suffering, the body pain are not the constituent elements of the penalty.* (FOUCAULT, 1999, p.15).

The reformers John Howard (1726-1790) and Cesare Beccaria (1738-1794) were great influences in Europe during the 18th century. As experienced jurists, they presented the main concepts of combat against torture, replacing it with an objective and rational penalty.

The penalty will be intrinsically attached to the time factor, which means the condemnatory penalty will have a duration based on the criminal typology, or the crime itself. Crime and penalty will go hand in hand, aiming for the control of the individual to safeguard propriety and life. To guarantee society’s safety and possible contamination.

Also, modern prisons not only guaranteed public order but also reached control exposure to violence. The scourges in public, the bloody spectacles, and the body markings were gradually replaced by molding through incarceration. *And yet the fact remains that a few decades saw the disappearance of the tortured, dismembered, amputated body, symbolically branded on the face or shoulder, exposed alive or dead to public view. The body as the major target of penal repression disappeared* (FOUCAULT, 1999, p.12).

In Brazil, since 1830, even with the adoption of the Criminal Code^v the death penalty was still part of the reality. However, it could be noticed that lighter penalties were incorporated such as the prison itself and pecuniary. All are based on the processes of reforms that occurred in Europe.

The prison penalties linked to work were part of the reality during the Imperial period in Brazil. This model had a double character: repress and rehab. At the same time, it presented itself as a modern penalty since its orientation was not to torture but to correct it.

Later in history, the *Casa de Correção da Corte* — or Court Correction House^{vi} — was built. It was built in the state of Rio de Janeiro following the steps of the architectonic System Panopticon^{vii}, presented by the jurist Jeremy Bentham. For the administration of the daily activities, the Court Correction House adopted the *Auburn*^{viii} model, applying the rigid discipline: silence and in some cases, work. *During the 19th century one of the greatest achievements of the Empire in the 1830 decade — the Court Correction House^{ix}.*



The Court Correction House^x divided the incarcerated population between two groups; one with criminal condemnations and the second with correctional condemnations. The first formed by people that committed crimes, were submitted to work and if they disobeyed orders they would be punished with discipline; correctional condemnations were designed for minors, the homeless population, or idle individuals that disturbed the order. Both groups got recluses in cells during the night, independently of the activities.

With the growth of the incarcerated community, the Correction House had to apply some administrative control devices, such as the creation of the *Comissão de Inspeção* and also establish through decree — January 14th, 1882 — a new budget management which had as a responsible the Legislative Branch.

The complaints about the growth of the incarcerated population were not over. The existence of a prison unit, elaborated and built with this aim, attracted a social magnet. All wanted to see themselves free from some kind of 'progress holder', *and also be able to coerce the popular economic class who could try to attack the established order* (MOREIRA DE ARAÚJO, 2009, p.96). Gelsom de Rozentino de Almeida reaffirms (2014, p. 1):

Its assignment from the end of the 18th century onwards, is highlighted as well as part of the process of reproduction of capitalist relations of production and the regulation of the laboring class [...]. The Society's objective when proposing the creation of the Correction Houses was to make the empire civilized, maintain public order, repress begging, and above all, eradicate the 'vice' of vagrancy by transforming the inmates into 'poor people of good manners'. However, this objective would only be achieved through a prison house with jobs that could provide a good society with the 'correction' of deviants, in a high number in times of political, social and economic crisis. Based on liberal principles, the defender's proposal had as an aim the maintenance of order.

The order received was to arrest them! Even if it caused damage to public coffers. However, the Ministers of Justice saw it with a new perspective: the exaggerated growth of processes and lack of efficiency, as Moreira de Araújo (2009, p.96) affirms:

In all the reports produced by the ministers of justice throughout the 1830s, we found many complaints about the excessive number of penalties with labor existing in the Criminal Code. Some ministers, with more emphasis, mentioned that the best choice would be the exile penalties — in this way the urban centers would get rid of criminals and at the same time, the empire would have hands for labor in agricultural colonies or public works placed in the most distant places.

These controversies provoked a number of discussions regarding the next steps of the public penitentiary policies in imperial Brazil. The arising of a Republic by itself provoked clashes in all spheres. Revolts and riots were felt in the main regions of the country. The thought of the end of slavery was already a reality. The historian Boris Fausto^{xi} points out that all these aspects led to a major change in the reality of the future nation:

A few years later, in 1848, emerged in Pernambuco the *Praieira* Revolution [...]. It is important to notice that 1848^{xii} was not an ordinary year; a considerable number of democratic revolutions went throughout Europe. In Olinda and Recife, one indicates that an anonymous author, in opposition to the revolutions, had called many years before the malicious Pernambucano steam. The steam was now also composed of social criticism and socialist ideas.(FAUSTO, 1995, p.185).

External pressure was an essential factor in the extinction of traffic [...]. After effective decisions to combat trafficking were applied, slavery was destined to find its end [...]. Thus, inside the most dynamic areas of the country, changes in the direction of capitalist modernization, which means, the first attempts at creating a labor market were born [...]. (FAUSTO, 1995, p.195-196-197).



While coffee kept its march in the West of São Paulo and the proposals for the gradual abolition of slavery took their first steps, an international event would profoundly mark the history of the Second Empire. The event was the Paraguayan War [...]. It is known in Spanish America as the War of the Triple Alliance (FAUSTO, 1995, p.208)

Between 1885 and 1888, the abolitionist campaign gained impulse [...]. In 1888, only the representatives of the old coffee-growing areas were attached to slavery [...]. The fate of the ex-slaves varied according to the region of the country (FAUSTO, 1995, p.219-202).

The end of the monarchic regime resulted in a number of factors whose weight is not the same [...]. After November 15th, 1889 the various groups which disputed the power had different interests and differed in their conceptions of how to organize the Republic (FAUSTO, 1995, p.235-245).

Established a new scenery in Brazil right after the wars, conflicts and social conflicts, lots of questions without proper answers and one of them was; what can we do with the inmates? Whether they are generated by social problems or generated by the transition from the Empire to Republic!

There is no doubt that the Brazilian penitentiary model needed changes; at least to keep up with the increase in the incarcerated community^{xiii}. The criminal demands have diversified and both genders were present at the convictions, whether they were free or slaves^{xiv}.

Even though these internal pressures for changes in the Brazilian model of penitentiary have occurred, the context of these civilizations which were seeking industrial development, such as Europe and Brazil since the country was strongly bonded to Portugal, it was not a priority to the Brazilian Empire — or it never was, the Empire only resort to the topic when they have a particular interest.

Recalling Nunes Maia (2009, p.5) 'they keep talking about prisons, about better prisons — who would they be better to? To what? — but they keep relegating them to neglect, like an uncomfortable appendage that they would like to forget, which they do not know how to get rid of. If not the prison, what could it be?'

So, the republican dawn was made! On November the 15th, 1889 the Proclamation of the Republic of the United States of Brazil. The Brazilian proclamation of the Republic was greeted with delight in Argentina and brought Brazil and the United States closer (FAUSTO, 1995, p.248). And in the next year, the Head of the Provisional Government of the Republic of the United States of Brazil, the general Deodoro da Fonseca, noticing the urgent necessity of reformation of the penal regime, decrees: the Penal Code of the United States of Brazil, which the main article is the extinction of the death penalty^{xv}. Beyond that, it enabled the abstraction of new criminal tendencies, even being the initial, principles of citizenship.

Throughout the First Republic —from 1889 to 1930 —, the new Criminal Code suffered some criticism from traditionalist elites^{xvi}, since the possibility of amplification of rights to 'delinquents' and 'troublemakers' would make possible the increase of urban turmoil's. Therefore, the elites — holders of the country's main means of production were worried about the disturbances of 'order and progress'^{xvii}. *It could be said that the elite which had control of the country's progression insured in their project to the society a notable place, among them and principally the Penitentiary^{xviii}.*

The anarchist ideals arrived gradually with the European immigrants. They heated the syndicates with their speeches that supported laborers and recruited all that had an interest in a new perspective of the labor's world. '*A União*' — or *The Union* —was one of the first associations of class in São Paulo. *Inside its rows, some of the most important figures of syndicalism used to line up^{xix}.* (MARAM, 1979, p.29).

Together with the previously presented movement, the *Revoltas Populares* or Popular Revolts added a new source of worry to the rulers of the period. These rebellions were: *Revolta dos Canudos* or Revolt of Canudos (1896), *Revolta da Vacina* or Vaccine Revolt (1904), and *Revolta da Chibata* or Revolt of the Lash (1910).

Hence, as a way of restraining the 'obstacles to progress', the Brazilian government directs the public politics of security to the implantation of repression mechanics and crime control:



During the so-called First Republic, the 1890 Code was systematically criticized, but curiously, it did not get alterations. If on the one hand, the attempts to reform the Code during the First Republic were not successful, on the other hand, the dissemination of ideas about Criminology ended up influencing the conception of public policies focused on security, orienting the creation or reform, as well as the functioning of institutions such as the police, prisons, asylums and other internment institutions (ALVAREZ, 2003, p.3).

Another short-term alternative found by government authorities was the introduction of Prison Farms or Correctional Colonies. Not an option for the Imperial State^{xx}, during the Republican period — more specifically in 1893 —, the creation of Prison Farms was authorized in Brazil. The search for prisons far from the big cities was a priority for the Justice Ministers^{xxi} and the government.

Um dos marcos da terceira fase foi a organização do FECONEZU (Festival Comunitário Negro Zumbi), evento organizado por diversas entidades e coletivos do movimento negro. Assim como o TPB, o FECONEZU tornou-se um modelo de organização coletiva popular para a vivência e convivência, de preservação e de resistência do negro brasileiro. O festival contou com dezenas edições, sempre de forma itinerante, por diversas cidades do interior paulista. O primeiro, em novembro de 1978, na cidade de Araraquara, tinha por objetivo finalizar as comemorações em homenagem aos 283 anos da morte de Zumbi. As principais publicações e discussões do Festival eram de exaltar a luta de Palmares contra a escravidão e o racismo, e apresenta o povoado como um núcleo de liberdade dentro do sistema escravista; tendo como lema “O melhor do FECONEZU é sua gente”.

3. THE “ECONOMY OF SUSPENDED RIGHTS”: THE PUNISHMENT INDUSTRY

The 20th century arrived, and the changes could be noticed. The fascination with the inventions that came from industrialization — heavy machinery, optimization in production, and consumer goods — distracted the population momentarily.

On the other hand, the arising of foreign immigrants and rural residents in big cities with the promise of being absorbed by the diverse economic departments attracted a huge amount of people — and problems. As Boris Fausto says (1995, p. 275): *‘around 3.8 million foreigners arrived in Brazil between 1887 and 1930 [...] The First World War reduced the number of immigrants, but after the end of the conflict (1918) we noticed a new immigratory wave that lasted until 1930’*^{xxii}.

At the beginning of the 20th century, a new criminological discourse arrived in Brazil as well: the medicine in criminology. *The delinquent or criminal is treated like a patient that needs to be cured*^{xxiii}. This medical precept sustained itself in a convincing base, with a scientific fundamentalism that was utilized by the repressive institution: *the criminal is a patient, the penalty is a treatment and the prison must cure, and not punish*^{xxiv}. This argument was essential to strengthen psychiatry in Brazil and also diffuse the judiciary mental hospitals.

Mental Hospitals became stronger in Europe at the end of the 18th century with the help of the French medic *Philippe Pinep*^{xxv}. The so-called mental or psychiatric medicine arrives in Brazil during the 19th century^{xxvi}, promoting a different treatment compared to the one offered by the Correction House, since the Mental Hospitals had as a principle the cure, which means *they supported the forces of health and the natural tendency of disease towards healing*^{xxvii} and the *Correction House were a place to punish criminals*^{xxviii}.

However, mental hospitals were not sufficient to accept the crescent crime escalation in Brazil. There is no doubt that they were even being limited, an alternative to incarceration for those who could not share the space with the ones with proper ‘sanity’ nor would be walking around on the streets of big centers.

Undoubtedly, this criminal crescent had as a reason for the populational growth — either by natural causes or the migratory wave which started during the 19th century —, and thus, for the social clashes generated by this growth, having as result the disrespect towards the social pact; seen during the moment as an infraction to the law:



The 1900 Census counted over 17,438,434 residents. During the first half of the century, the population tripled (51,941,767 residents in 1950) [...]. In other words, 10% of the population growth in the period is due to the migration of foreigners, which actually began in the 19th century — after the formal abolition of slavery and the resulting shortage of agricultural labor. In 1934, the government established a quota system to control immigration [...]. Some charts have such detailed information that even in 1907, it was possible to know the most varied individual characteristics of the inmates [...]. The prison population was predominantly male [...]. When it comes to race, 35% were white; 22% blacks and 43% were mixed race [...]. Among those inmates, 70% were illiterate [...]. In 1907, 100% of the prisoners were convicted for having committed crimes against a person. Among the 2,833 convicted at the time, 2,422 had committed murder, 53 attempted murder, 223 bodily harm, and 135, 'carnal violence'.

The focus of the State of São Paulo on the agricultural sector and then in the industrial sector during the first half of the 20th century attracted a vast part of the population of immigrants, *Italians came principally to São Paulo [...]. In 1920, 71,4% of the Italians in Brazil lived in São Paulo*, but also from other regions of the country, having as contribution the phenomenon of urbanization.

The State of São Paulo got surrounded by a considerable number of activities and consequently, tensions and social problems. The city's elite reacted quickly and demanded actions to stop the situation's progress. So, on November 24th Law nº 267-A authorized the construction of the *Penitenciária Central de São Paulo* — or Central Penitentiary of São Paulo. However, the inauguration only happened on May 21st, 1920.

The Penitenciária Central de São Paulo — or Central Penitentiary of São Paulo — was an important factor in the national penitentiary system. Built with modern architecture, having social progress as its aim, it represented an innovation to public security. The grandiosity of the building gave it the title of *O Complexo Penitenciário do Carandiru* — or *Penitentiary Complex of Carandiru*:

A According to Accacio Nogueira, the Penitenciária do Estado - or State Penitentiary — had three purposes: economic, social and scientific. The first one, technical preparation of the inmate for work had as an aim to discipline the workforce, inducing him to abandon old habits and to work regularly. With this, the 'reintegration of the inmate' into the labor market could be achieved and their expenses reduced. The second aimed to re-educate the inmate to an honest life through work, education, and religion. Thus, an attempt was made to impose on the prisoner, stigmatized as lazy and indolent, the habit, discipline, and subordination to work. The third was intended for observation and criminological and psychological studies of the inmate (AZEVEDO, 1997).

The Central Penitentiary — Carandiru — was forged with the best material in the market, following the technical security guidelines, and in some sectors, the materials used were from overseas. As Azevedo (1997) affirms:

The Penitenciária do Estado is part of the Carandiru prison complex, which comprises the Casa de Detenção — or Detention House —, the Penitenciária Feminina - or Women's Penitentiary —, the Centro de Observação Criminológica - or Criminological Observation Center - and the Penitenciária da Polícia Civil - or Civil Police Penitentiary. This complex covers an area of 427,600 square meters, 20% of which is a built-up area, surrounded by primary vegetation of 85,621 square meters. The internal space of the State Penitentiary is limited by two walls ten meters high and five meters underground. It also contains a patrol path where the sentry guards of the Military Police circulate, and an empty space of 4.30 meters between them, to prevent attacks by inmates in case of escape. At the four corners of these walls, watchtowers were built. The Penitenciária do Estado has, along the wall up to the building, architectural lines that form a perfect composition with the safety and ornamentation standards that integrate the set.

This national penitentiary system went through some transformations over the years until it turned into the *Penitentiary Complex of Carandiru*. *O Estadão*, a newspaper from São Paulo published: *The Penitentiary Complex was enlarged. The Casa de Detenção which was inaugurated on September 11th, 1956 was considered one of the most secure prisons in the world.*



Its grandiosity — not only physical but also in demands, conflicts, and incarcerated population — would not be able to support the crescent numbers of violence in its interior:

Jail^{xxix} is a place inhabited by evil [...]. The Casa de Detenção had a bigger population than many towns; 'I've been inside for many years, Doctor,' he once told me, 'and I've never seen anyone kill a man on his own. Some twenty or thirty'll mill about and take a swipe at the one who's gonna die. It doesn't matter how strong he is, he can't defend himself. Prison warps men's minds so much that the guy'll be getting a workin' over and people who've got nothin' to do with the story'll jump on the bandwagon and take a stab at him too, out of sheer cruelty. (VARELLA, 2012, p. 5-10)^{xxx}.

The trigger for the biggest massacre in history inside Brazil's prison environment occurred on October the 2nd, 1992. Those facts were enough to start a long and gradual process of reduction of Carandiru's activities; until its complete end with the building's implosion on December the 8th, 2002:

'The Uprising'

That afternoon, in Nine, Furaco 2000 and Burgo Paulista were playing one another in the pavilion internal football tournament. Upstairs, the prisoners were straightening up their cells. All calm, as the director had imagined. While the game was in progress, unexpectedly, as all of the most serious events in prisons are, Beard had a fight with Coelho on Rua Dez on the second floor, one armed with a knife, the other with a piece of wood. A run-of-the-mill fight, if it hadn't been for its terrible consequences [...]. Due to the disorder that broke out, the inmates who had been playing football headed back up to the second floor and the confrontation took on more serious proportions. (VARELLA, 1999, p. 214)

'The Attack'

The riot squad was quick to arrive at the third floor. [...] A uniform opened the window in the door, stuck in his machine gun through and shouted, Surprise, the Devils here to carry you lot off to hell! He sprayed bullets here and there. It was already after three o'clock in the afternoon when the riot squad stormed Pavilion Nine. The attack was carried out with military precision: it was quick and lethal. Its violence didn't give anyone the opportunity to defend themselves. (VARELLA, 2012, p. 218-219).

'The Aftermath'

Whoever's still alive, get up, strip and come out naked! [...] The officers lined up the prisoners in the inner courtyard of the pavilion and ordered them to sit with their arms crossed under their thighs and their heads between their knees. Anyone who looked up to see what was going on was beaten with batons and bitten by the dogs. They sat there in the courtyard for hours, naked, in silence, with the agitated officers and dogs around them. [...] It was all so crazy and fast, and they made us shout, Long live the squad! Long live the squad! [...]. The bodies had to be carried down to the ground floor by the prisoners themselves [...]. So much HIV inside, if I get out alive, I'm gonna end up getting AIDS. That was when a uniform ordered us to pipe the bodies up properly in school [...]. On 2 October 1992, 111 men died in Pavilion Nine, according to the official version. The inmates claim there were more than two hundred and fifty deaths, counting those who left wounded and never returned. There is no reference to the wounded in the official records. No military police officers were killed. (VARELLA, 2012, p. 221-224).

The 20th century Brazil was marked by the huge number of construction of penitentiary buildings; practically all Brazilian states had penitentiary buildings built or enlarged. They generally followed the North-American and European guidelines. One of these buildings is the new Penitenciária José Gabriel Lemos Brito — or José Gabriel Lemos Brito Penitentiary in Salvador, Bahia which was built in 1950. In 1951 it was relocated to a new location further away from the center of Salvador and '*was conceived having as inspiration the architectonic System Panopticon by Jeremy Bentham*' (GOMES, 2009, p.92).



Currently, the State of Bahia has a considerable number of prisons, with 22 penitentiary establishments distributed in different divisions: penitentiaries, prisons, custody hospital, and medical centers, among others.

Another interesting structure, which follows the movement of the crescent *prison industry* in Brazil is the Talavera Bruce penitentiary for women, inaugurated in 1942 in Rio de Janeiro —its name pays tribute to judge Roberto Talavera Bruce. This prison is destined for the women condemned to closed regime. The penitentiary professor José Gabriel de Lemos Brito (1886-1963) *'emphasises the necessity of separating men and women and put the women far from the masculine penitentiaries so it can be avoided the pernicious influence the women could cause'* (PORTO SOARES, 2014, p.1). In the year of 1966, the building received the name of Instituto Penal Talavera Bruce — or Penal Institute Talavera Bruce — having in consideration its administrative autonomy.

A great event in Brazil's history during the second half of the 20th century would change the incarcerated profiles when it comes to penal treatment: *the implantation of the Brazilian Military Dictatorship between 1964 and 1985*. The penitentiaries started to receive not only criminals who attempted against life and property but also the ones who went against the *Status Quo* — the political prisoners. Establishing, *'through the political machine of repression which guaranteed the safety of the military regime to the torture of political prisoners'* (FERREIRA JÚNIOR, 2000, p.5).

The Military Dictatorship implemented *'during 1968 the AI-5, which among other providences excluded the right of habeas corpus, contributed to the increase of the incarcerated population which was not necessarily being judged for crimes and trials res judicata'* (RIBEIRO, 2010, p.4).

Another interesting piece of information happened with the Brazilian Native Americans. As the journalist André Campos describes in his reportage entitled *'The dictatorship created prisons for Native Americans with forced labor and tortures'*, he brings a report which says that the Native Americans *were thrown in prisons during the military regime. after being accused of consumption of alcohol, pederasty, and idleness.*

The ethnic "concentration camps" in Minas Gerais represented a radicalization of repressive practices [...]. According to official records, some Native Americans stayed for more than three years and there were individuals about whom the alleged crime was unknown [...]. In addition to the beatings, there are reports of persecutions accompanied by gunshots and of prisoners who never returned were seen (CAMPOS, 2013).

These 21 years (1964-1985) of the dictatorial period in Brazil represented complete neglect of the principles of appreciation and respect for life. Nevertheless, it represented a breach of convention — to prevent and repression of genocide crimes by the United Nations, of December 9th, 1948 — in which Brazil is a signatory.

These characteristics are more appealing to the fact that Brazil goes against the world conjuncture during the second half of the 20th century; since there was a resumption of discussions on the preservation of life — the consolidation of treaties, such as the Universal Declaration of Human Rights — triggered by the end of World War II.

Thus, the arising and growth of new political agents and new social forces — a great number of these were created during the combat against the Military Dictatorship and influenced by the world discussions about the preservation of life and the Universal Declaration of Human Rights — this is where Brazil outlines a new path to be followed in the context of preserving the right to life, among other issues, of Criminal Treatment.

The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, which is the result of these social clashes mentioned before, is the first in its history to establish in its Art. 4, Item II, the *prevalence of human rights as a principle of the Democratic State in its international relations*. It reaches the legal consecration of the desires of the arising society. This legal support gave the needed assistance to the Brazilian population to fight for social justice and the preservation of the fundamental, civil, and political rights of men and citizens. Still, it amplifies the attention to the historically excluded groups such as women, infants, and the incarcerated population.



4. CONCLUSION

Not so different from other penitentiary contexts around the world, the context we observed is an evolution of the human degradation generated by humankind. Through the centuries, the prison environment gains contours of extreme oppression and control of bodies. Adding the current orders to this context such as the moment of industrialization and the exacerbation of capitalism worldwide. The prison environment suffers direct influence and follows the *Status Quo* orders. Especially in Brazil, the prison environment is improvised inside the fortresses during the colonization period following the logic of mercantile exploitation. Then, it adapts to the basements of public buildings. And at last, during the 20th century, it tries to follow the penitentiary movement of the developed countries, in addition to not being able to maintain most of the same physical structures in the 21st century, a Penal Code from 1940, disseminated and amplified violence, which results in the third largest incarcerated population of the world.

5. BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- ALVAREZ, M. C; SALLA, F. A; SOUZA, L. A. F. *A sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira República*. In: Justiça e História, v. 3, n. 6. Porto Alegre: 2003.
- AZEVEDO, José Eduardo. *A Penitenciária do Estado: a preservação da ordem pública paulista*. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, vol. 1, nº 9, Brasília, jan/jun.1997, p. 91-102. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/a-penitenciaria-do-estado-a-preservacao-da-ordem-publica-paulista/>. Acesso em: 23/10/2022.
- BENTHAM, Jeremy et al. *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: autêntica editora, 2008.
- BECCARIA, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. Argentina: EDITORIAL HELIASTA, 1993.
- CAMPOS, André. *Ditadura criou cadeias para índios com trabalhos forçados e torturas*. Concurso de Microbolsas: Agência Pública, 2013. Disponível em: <<http://apublica.org/2013/06/ditadura-criou-cadeias-para-indios-trabalhos-forcados-torturas/>>. Acesso em: 23/10/2022.
- FACCHINETTI, Cristiana. *Philippe Pinel e os primórdios da Medicina Mental*. Rev. Latino-americana de Psicopatologia Fundamental: São Paulo, v. 11, n. 3, p. 502-505, setembro 2008. <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-47142008000300014&script=sci_arttext>. Acesso em: 23/10/2022.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1995.
- _____. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- FERREIRA JÚNIOR, Amarílio. *Tortura no Contexto do Regime Militar*. Santa Catarina: Revista Olhar - ANO 02 - N. 4 - DEZEMBRO/2000.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Rio de Janeiro, 1999.
- RIBEIRO, Flávia Maria Franchini. *Memórias os cárceres: breve análise comparativa entre os relatos de presos políticos no Estado Novo e na Ditadura Militar*. 2010.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- GARLAND, David. *Punishment and modern society : a study in social theory*. Oxford, Clarendon Press, (1995).
- _____. *As contradições da 'sociedade punitiva': o caso britânico*. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, 1999.
- _____. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago. University of Chicago Press, 2001.
- GOMES, Milton Jordão de Freitas Pinheiro. *Prisão e ressocialização: um estudo sobre o sistema penitenciário da Bahia*. Salvador: UCSal: PPGCF, 2009.
- HOWARD, J. *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.



LOMBROSO, Cesare. *Its causes and remedies*. London: Brown and Company, 1911.

MARAM, Sheldon Leslie. *Anarquistas, imigrantes e o Movimento Operário Brasileiro, 1890-1920*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MOREIRA DE ARAÚJO, Carlos Eduardo. *Cárceres imperiais: a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830-1861*. Tese. Campinas – SP, 2009.

NUNES MAIA, Clarissa et al. *História das prisões no Brasil. Vol. I*. Rocco. Rio de Janeiro: 2009.

_____. *História das prisões no Brasil. Vol. II*. Rocco. Rio de Janeiro: 2009.

PORTO SOARES, Antônio Pedro Campello Pereira et al. *Penitenciária Talavera Bruce: cartografia da ditadura*. Rio de Janeiro: MEPCT/RJ, 2014.

ROZENTINO DE ALMEIDA, Gelsom. *Capitalismo, Classes sociais e Prisões no Brasil*. ANPUH-RIO, 2014.

SILVA JUNIOR, Dinaldo B.. Human rights and the open regime of Brazil: proposals for the State of Amapá. Thesis. University of Valencia/Spain. Doctoral Program in Human Rights, Democracy and International Justice, 2017.

SUZIGAN, Wilson. *A Industrialização de São Paulo: 1930-1945*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Economia, 1971.

TRÍPOLI, Cesar. *Historia do direito brasileiro: ensaio*. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1936.

VARELLA, Dráuzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. São Paulo: ZAHAR, 2001.

_____. *Os condenados da cidade*. Rio de Janeiro: Revan-FASE, 2001.

NOTAS

ⁱ The Book *a História do Brasil — or The History of Brazil* — by Boris Fausto identifies that the attraction to gold and spices made Portugal consider the colony Brazil as the most important inside the colonial context of its period. In the first chapter, the author points out that Gold and Spices are associated with the idea of a rare product, therefore Gold and Spices were precious goods in high demand during the 15th and 16th centuries, especially inside the Brazilian colony.

ⁱⁱ The Constitution of the Brazilian Empire, elaborated by a Council of State and granted by Emperor D. Pedro I, on March 25th, 1824 with characteristics of a Monarchic system, has in its text strong expressions of allusion to the Emperor as a savior, since the initial text of the promulgation starts with “Acclamation of the Peoples, Constitutional Emperor and Perpetual Defender of Brazil: We make known to all Our Subjects, that the Peoples of this Empire have required Us, together in Chambers, that We as soon as possible swear and make swear the Project of Constitution”. Another important characteristic of this constitution was the opening of the society’s participation in the country’s decisions with the division of powers into branches, namely: the Legislative Branch, the Moderator Branch, the Executive Branch and the Judicial Branch.

ⁱⁱⁱ The highlighted Laws are known as the Abolitionist Laws. The first Law of 1850 deals with the end of the slave trade from Africa to Brazil, known as Eusério de Queirós Law, as a tribute to the Minister and Magistrate Eusébio de Queirós Coutinho Matoso da Câmara. The second one of 1871 entitled the Law of Free Birth provided that from this date onwards every infant born to a slave woman would have their freedom. The Law of 1885 or the Sexagenarians Law authorized the freedom of slaves older than 60 years old. And lastly, the 1888 Law, is considered the most important of them all in Brazil. Known as *Lei Áurea* — or Golden Law —, was sanctioned by the regent of the Empire Princess Isabel, who was rapidly became known as the Redeemer.

^{iv} No matter how different, or even opposite the purpose: whether it be that of punishing the incorrigible, guarding the insane, reforming the vicious, confining the suspected, employing the idle, maintaining the helpless, curing the sick, instructing the willing in any branch of industry, or training the rising race in the path of education: in a word, whether it be applied to the purposes of perpetual prisons in the room of death, or prisons for confinement before trial, or penitentiary-houses, or houses of correction, or work-houses, or manufactories, or mad-houses, or hospitals, or schools. It is obvious that, in all these instances, the more constantly the persons to be inspected are under the eyes of the



persons who should inspect them, the more perfectly will the purpose of the establishment have been attained. (BENTHAM, 2008, p.19-20).

^v The Brazilian Empire's Criminal Code of December 16th, 1830 was the first code of the Empire, replacing the 5th book of the Philippine Ordinances regarding the penalty of deprivation of liberty and adding the work obligation. Then, the Additional Act of 1834 allowed the building of 'casas de prisão, trabalho e correção' — or 'prison, labor and correction houses' — as a way of guaranteeing the execution of the sentence.

^{vi} Court Correction House of Rio de Janeiro, also known as Correction House, was created on July 6th, 1850 by the decree nº 678 which also approved its first regulation with the objective of being a model prison of the Empire where the sentence would be executed with labor; being considerate one of the 'most useful and necessary works for the country due to the influence of the penitentiary system on the habits and morals of the inmates'. Available at <http://linux.an.gov.br/mapa/?p=6333>. Accessed April 5th, 2015.

^{vii} Penitentiary System developed in England during the 18th century, having a circular shape. This model was conceived by the control of every action of the inmates' logic since an observer would stay at the center of the pavilions with a multidimensional vision.

^{viii} Installed in Auburn — a city in the state of New York — in 1818, this system was considered as a rigid model of administration in prisons. Having as a motto *silent system*, the discipline was extreme to the point that the inmates could not communicate with themselves.

^{ix} Thesis defended in 2009 by Carlos Eduardo Moreira de Araújo entitled *Imperial Prisons: the Court Correction House of Rio de Janeiro. Its inmates and the prison system in the Empire, 1830-1861*.

^x The work of Professor Gelsom Rozentino de Almeida entitled *Capitalism, Social Classes and Prisons in Brazil: The Process of Formation of the Penitentiary System in Brazil*, which traces an interesting panorama between work and incarceration. The Correction House emerged from this perspective: aggregates convicted of crimes and unemployed under the aegis of discipline and correction work, even if it is forced.

^{xi} Boris Fausto's book *A História do Brasil* — or *The History of Brazil* — provides a broad discussion about the main themes of Brazilian history and historiography. It brings a detailed political analysis of the subject, highlighting it by periods: History of Brazil as a Colony (1500-1822), Empire (1822-1889), and Republic (1889-1990s). The book provides not only a coherent approach but also an understanding of Brazil's relationship in the international context.

^{xii} During the year 1848, Europe experienced a series of events that influenced other countries directly — including Brazil, even having a minimal relationship with those involved. An economic crisis in France — which resulted in the well-known People's Spring — was enough to abolish serfdom in Austria and Hungary, end the monarchical absolutism in Denmark and bring significant changes in the economy of Germany, Italy, Poland, among others.

^{xiii} In the year 1836, in the city of Rio de Janeiro, through the report of the map extracted from the website <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1826/000043.html> indicates a significant number of crimes committed. By 1838, the number reaches a quantity higher than double. And in 1873, this number reaches the amount of 2011 detainees, has an expressive value of almost 20 times more than the year 1838.

^{xiv} The 1874 report by the Rio de Janeiro Casa de Detenção — or House of Detention — draws attention to the increase in people detained since the Criminal Code of 1830; Furthermore, it demonstrates that the number of women involved in crimes is growing, regardless of whether they are free or slaves. This information is available at: <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1826/000055.html>.

^{xv} On this website: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/listapublicacoes.action?id=66049>, it is possible to have access to the full text. An evolution of the right to life can be observed with the extinction of the death penalty, under the title Art. 71. The early years of the Brazilian Republic are interesting from the point of view of promoting laws. On February 24th, 1891, the first republican constitution was promulgated among other provisions, it established the division of the three branches — or powers — into executive, legislative, and judiciary, harmonious and independent from each other, check Fausto, Boris. *História do Brasil*. São Paulo, Editora Universidade de São Paulo. 1995.

^{xvi} Read the work *A sociedade e a lei: o código penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira república* — or *Society and law: the penal code of 1890 and the new penal trends in the first republic* —, by Marcos César Alvarez et al, available on the website: <https://nev.prp.usp.br/publicacao/a-sociedade-e-a-lei-o-codigo-penal-de-1890-e-as-novas-tendencias-penais-na-primeira-republica/>

^{xvii} The motto *Ordem e Progresso* — or order and progress — is present on the Brazilian National Flag. It is a direct influence of the positivist theory of the 19th century and it was introduced in the Proclamation of the Brazilian Republic and it remains to this day.

^{xviii} Luiz Antônio Bogo Chies has a coherent and elucidating work about Fernando Salla's *The Prisons in São Paulo: 1822-1940*. It summarizes the historical issues of the emergence of the penitentiary system in Brazil.

^{xix} The União dos Trabalhadores Gráficos — or Graphic Workers Union — founded in 1890 was probably the most powerful and organised union at the time. Five years after its foundation, police repression put it into a phase of



lethargy. Check MARAM, Sheldon Leslie. *Anarquistas, imigrantes e o Movimento Operário Brasileiro, 1890-1920*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

^{xx} Check Moreira de Araújo (2009), *Cárceres Imperiais: a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Seus detentos e o sistema prisional no Império 1830 - 1861*.

^{xxi} Check Moreira de Araújo (2009, p.96).

^{xxii} Check Table 4. *Imigração Líquida: Brasil, 1881-1930* (in thousands) by Leslie Bethell IN: FAUSTO, Boris.

^{xxiii} Check Gelsom Almeida Rozentino (2014), *Capitalismo, Classes sociais e Prisões no Brasil*.

^{xxiv} Psychiatry becomes a repressive complement to the State, giving repression a scientific character. Check Gelsom Rozentino de Almeida (2014), *Capitalismo, Classes sociais e Prisões no Brasil*.

^{xxv} The psychiatrist Pinel created the first therapeutic method of treatment for people with mental disorders. He also used the same scientific rigor to analyze and classify the patients' symptoms and provide them with their mental health back. Check FACCHINETTI, Cristiana. *Philippe Pinel e os primórdios da Medicina Mental*. 2008.

^{xxvi} It appears in Brazil during the 19th century, specifically on December 5th, 1852; having its first building in Rio de Janeiro — the Hospício Dom Pedro II.

^{xxvii} Check FACCHINETTI, Cristiana. *Philippe Pinel e os primórdios da Medicina Mental*. 2008, p.504.

^{xxviii} Marilene Antunes Sant'Anna's master's thesis analyses the process of origin of the Correction House of Rio de Janeiro, highlighting the institution's finality. IN: Moreira de Araújo (2009) *Cárceres Imperiais: a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830-1861*.

^{xxix} *Cadeia* — or jail — is a name that has been immortalized in the collective imagination since they the first model of detention in Brazil. However, it can not be confused with the Penitentiary as they have some different characteristics.

^{xxx} The highlighted quote is from the book *Estação Carandiru* (1999) — or *Lockdown: Inside Brazil's Most Dangerous Prison* — by Dráuzio Varella, doctor and author. The book is basically a report of the various experiences he has had since the 1980s. Working directly with those incarcerated in the public health segment, he developed some projects in this area; the main one being preventing and combating the spread of HIV in the penitentiary community.



EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SU DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL Y ANÁLISIS FRENTE AL OCTAVO OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN COLOMBIAⁱ

O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE EM SUA DESCRIÇÃO E A ANÁLISE CONCEITUAL EM RELAÇÃO AO OITAVO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA COLÔMBIA

THE PRINCIPLE OF PROGRESSIVENESS IN ITS CONCEPTUAL DESCRIPTION AND ANALYSIS AGAINST THE EIGHTH GOAL OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN COLOMBIA

PINEDA, LUZ MIREYA MENDIETA

Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Joven Investigador de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

E-mail: luz.mendieta@uptc.edu.co

MARTÍNEZ, EDSON ROMARIO PÉREZ

Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Joven Investigador de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

E-mail: edson.perez@uptc.edu.co

BONFIL, CRISTINA RUMBO

Doctora en Derecho y Globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos – México. Coinvestigadora del “Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistemática Extrema Ratio UN” de la Universidad Nacional de Colombia. Vicepresidenta de la Academia Latinoamericana de Derecho Penal y Penitenciario. Actualmente Directora Asociada de la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno del Tecnológico de Monterrey, Campus Chihuahua-México. ORCID 0000-0002-6724-5147

E-mail: cristina.rumbo@tec.mx

DÍAZ, OMAR HUERTAS

Doctor en Derecho y Ciencias de la Educación, profesor Titular Universidad Nacional de Colombia, Investigador Senior Minciencias 2021. Código ORCID: 0000-0002-8012-2387

E-mail: ohuertasd@unal.edu.co

RESUMEN

Este artículo, a partir de los criterios teóricos de los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht, analiza el componente conceptual del principio de progresividad y su ámbito gradual en como Colombia lo hace efectivo frente al derecho al trabajo en el ámbito de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Para ello, la metodología es analítica-descriptiva dentro del marco jurisprudencial de la Corte Constitucional y el desarrollo general del principio de progresividad en su ámbito doctrinal. Para concluir que el principio de progresividad se expresa en un componente de optimización jurisprudencial en Colombia, y la gradualidad, frente a medidas adoptadas en garantía del desarrollo al octavo objetivo de desarrollo sostenible, es programático en su construcción normativa y desigual de facto.

PALABRAS_CLAVES: progresividad, dignidad, trabajo, informalidad, optimización.

RESUMO

Este artigo, com base nos critérios teóricos dos Princípios de Limburg e das Diretrizes de Maastricht, analisa o componente conceitual do princípio do progresso e seu alcance gradual e como a Colômbia o efetiva contra o direito ao trabalho no campo dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Isto posto, nos utilizamos da metodologia analítico-descriptiva no quadro jurisprudencial do Tribunal Constitucional e o desenvolvimento geral do princípio do progresso no seu âmbito doutrinário. Além disso, verifica-se o princípio do progresso que se expressa em um componente de otimização jurisprudencial na Colômbia, e a gradualidade, em comparação com as medidas adotadas para garantir o desenvolvimento do oitavo objetivo do desenvolvimento sustentável, como agenda programática em sua construção normativa e desigual de fato.

PALAVRAS CHAVES: progressividade, dignidade, trabalho, informalidade, otimização.

ABSTRACT

This article, based on the theoretical criteria of the Limburg Principles and the Maastricht Guidelines, analyzes the conceptual component of the principle of progressivity and its gradual scope in how Colombia makes it effective against the right to work in the scope of the Objectives of Sustainable development. For this, the methodology is analytical-descriptive within the jurisprudential framework of the Constitutional Court and the general development of the principle of progressiveness in its doctrinal scope. To conclude that the principle of progressivity is expressed in a component of jurisprudential optimization in Colombia, and gradualness, in the face of measures adopted to guarantee the development of the eighth objective of sustainable development, is programmatic in its normative construction and de facto unequal.

KEYWORDS: progressivity, dignity, work, informality, optimization.



INTRODUCCIÓN

El principio de progresividad, atiende un sentido de optimización y de gradualidad dentro del componente normativo y de ejecución por medio de políticas públicas reales, que permiten a la población un sentido garante en la realización directa en sus derechos. Los Estados que adoptan dentro de la ejecución de sus fines al principio de progresividad, lo desarrollan entorno a los derechos que fundamentan un alcance de los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales; puesto que es a partir del Pacto Internacional de los DESC, el sentido de obligación progresiva que le asisten a los Estados Partes el emplear todos los medios disponibles, la materialización de los mismos. (ONU, 1966, art.2)

En primer lugar, la progresividad bajo un contenido gradual y normativo, se interpreta para con los derechos como objetos de no disminución frente a la interpretación legal a nivel jurídico, como aquel parámetro que orienta a la legislación frente a los derechos fundamentales y en particular a los DESC, el avanzar de forma garante en derechos (Díaz, 2019); y en un segundo momento, presenta un carácter de *prima facie*, como aquel sentido de adoptar los derechos en un ordenamiento interno, como aquellos que deben primar sobre cualquier caso jurídico y legislativo concreto.

La obligatoriedad que se desprende dentro del marco normativo del principio de progresividad, también está sujeta para con los Estados, en función de resultados tangibles. De tal forma, no solo es con el alcance normativo que se configura la progresividad en derechos; sino que, a su vez, y por medio la Observación Número 3 de 1990 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, orienta el alcance y la dinámica en como los Estados adoptan su obligatoriedad frente al artículo 2° del Pacto. Este apartado normativo indica las obligaciones jurídicas contraídas por los Estados Partes, las cuales consiste en obligaciones de “comportamiento, así como de resultado”. (DESC, 1990)

Colombia, al disponer no solo la determinación del principio de progresividad en su interpretación y aplicación, lo relaciona también en aspectos, que en cumplimiento de los derechos humanos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; le interpreta frente al desarrollo en derechos en temas de seguridad social, derechos colectivos y de ambiente, la integralidad que se asume a partir del bloque de constitucionalidad, y su parámetro en términos de no regresividad a partir de disposiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional como la: Sentencia SU-624/99, Sentencia C-443/09, Sentencia C- 503/14, Sentencia C-046/18.

La dinámica que el Estado colombiano presenta para con el cumplimiento progresivo de los derechos humanos y de los DESC, se observa frente al compromiso respecto con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas. Dentro de las problemáticas que suscita la falta de garantías en materia de protección en derechos que presenta Colombia; el derecho al trabajo, implica un ámbito de no protección en la garantía de actividades que le permitan a la población desempeñarse en términos de dignidad laboral, y con ello un cumulo de mínimo vital en la configuración en demás derechos, como salud, educación, alimentación.

Con la dinámica de ocupación y participación laboral en Colombia para el año 2020, reflejada respectivamente en 59,2% y 49,8%, y de manera particular de los 22,9 millones de personas ocupadas en 2017, frente a los 21,332 millones de personas en el 2020 que se estimaban realizando alguna actividad laboral (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2017-2020), la informalidad laboral para el años 2022 representa un 43,6, de las y los trabajadores en esta condición. Por lo anterior, observar el carácter progresivo en como Colombia asume el octavo (8) Objetivo de Desarrollo Sostenible, referente al derecho al trabajo, es óbice en la interpretación gradual en medidas tomadas frente a la Agenda 2030 de la ONU.

En tal sentido en un primer momento, este escrito revisa desde un plano general el concepto de la dignidad y dignidad humana entendiendo que es a partir de los mismos, en como el principio de progresividad orienta el desarrollo de los derechos humanos. Por medio de una descripción doctrinal e histórica, se determina la interpretación de la base conceptual de la progresividad a partir de la lectura de los DESC y la protección que les asiste de su evolución gradual por medio del principio, para llegar de una manera particular al análisis que le otorga el Estado colombiano en su apreciación jurisprudencial. Finalmente, con los criterios conceptuales del principio de progresividad, determinar el alcance de protección del derecho al trabajo en como Colombia, lo garantiza con el compromiso gradual dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.



LA DIGNIDAD Y DIGNIDAD HUMANA

El principio de progresividad es una constante en materia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al ser este un principio el cual insta a los Estados el propugnar de manera garante los derechos en su salvaguarda, se relaciona con todo aquello que le es digno a los colectivos sociales y sus individualidades por el simple hecho de pertenecer a la especie humana. Es por ello, que antes de abordar le génesis y la gradualidad del principio de progresividad, resulta importante entender la generalidad conceptual de la dignidad.

Es indicado señalar, que el entendimiento del colectivo social independiente al que se refiera dicha finalidad, no puede apartarse del concepto de la “dignidad”. Profesa ésta, un punto de partida sin la cual la construcción del pensamiento, no configuraría en su todo, la consolidación de los derechos desde su cauce individual como colectivo.

La dignidad dentro de su característica más natural en su aspecto etimológico, corresponde en relacionar todos aquellos aspectos distintivos propios del individuo, para luego ser estos pertenecientes a un grupo o colectivo social, demandables en conformidad a su esencia de alguien o de algo:

Tiene su origen en el sánscrito, concretamente en la raíz *dec*, que querría decir ser conveniente, conforme, adecuado a algo o alguien. Posteriormente, fue adoptada por la lengua latina, que le añadió el sufijo *-mus*, formando el vocablo *decmus*, que acabó derivando en *dignus*, que en castellano se convirtió en digno, de donde, a su vez, surgió la palabra dignidad (De Miguel Beriain, 2004, p. 189).

El recorrido histórico de la dignidad como concepto, se puede expresar bajo lo que denomina De los Reyes (2015) como concepciones: condicionales, radical o universal y materialista. Dentro de las primeras siendo estas las denominadas condicionales, abordan tres espacios temporales siendo las únicas a señalar, comenzando por la antigüedad. La dignidad se asume dentro del pensamiento griego como “La visión (...) a reseñar la capacidad y la valía de algunos individuos dentro del grupo al que pertenecen.” (De los Reyes, 2015, p. 88)

En la construcción del pensamiento romano, la dignidad se asume a partir de la interacción de la acción política e institucional de la conducta dentro del elemento de lo aristocrático:

El «concepto de dignidad romano» como valor vinculado a la acción política e institucional y a la integridad moral. La *dignitas* contiene como elemento determinante la moral intachable; para el romano la dignidad parece describir una pauta de conducta rígida que le condiciona desde la forma de vestir hasta la forma de comportarse (Pöschel, 1990, como se citó en De los Reyes, 2015, p. 89).

El segundo espacio siendo este el conceptual moderno, la dignidad se aparta de todo aquello que devenga de lo ultramundano, y se asume al concepto bajo un pensamiento racional y secular. Dentro de lo cual no les corresponde a todos los hombres, sino simplemente a aquellos que puedan autodeterminarse como dignos. Kant, es el hombre que expone de manera directa el concepto, de tal forma De los Reyes (2015), lo explica de la siguiente forma:

Kant da un giro a la comprensión medieval. Desde esa base y bajo la influencia de la doctrina cristiana, Kant explicita esta idea a través de la comprensión del hombre con un valor interno e incomparable. (...) Por tanto, incluso para Kant, todo aquél que se encontrara en una situación de subordinación y dependencia figuraría como inexistente en sentido estatal, o bien de privación del status pleno de ciudadano (p. 94).

La dignidad en este punto (Bustamante, 2018) le es propia a los hombres bajo elementos políticos que les legitiman al ser pertenecientes a un estatus de pacto social, al entender que “todos” los hombres tienen derechos que les son



naturales ante el Estado y la sociedad, consideración superior a estos dos conceptos y que le atribuyen al hombre por su naturaleza misma.

El siglo XIX aporta el tercer momento de la conceptualización contemporánea de la dignidad. El individuo en este periodo se determina por las capacidades que le permitan entablar un escenario de inclusión a partir de ya no las limitaciones propias de los Estados absolutistas, sino por el contrario de la libertad propia en el ámbito político, económico y religioso, que en palabras De los Reyes (2015), dicha configuración de la dignidad se esboza de la siguiente manera:

En el terreno social es ahora la capacidad del individuo lo que determina principalmente el concepto (...) El concepto de dignidad aquí se basa por tanto en que todo reconocimiento social del individuo se resuelve por la capacidad de la persona, de modo que éste a través del libre juego de oportunidades muestre la afirmación de su individualidad. (pp. 94-95)

El pensamiento liberal de tal forma le comporta para el hombre, la confluencia y tránsito de su dignidad como un ejercicio propio y autónomo dentro de su desenvolvimiento en la práctica política y civil, es por tanto “por propia determinación y gracias a la propia actividad, diligencia y destreza, como miembro de la sociedad civil, y a mantenerse como tal” (Hegel, 1968, p. 185).

El iuspositivismo a partir de la mitad del siglo XIX hasta la mitad del siglo XX, logra darle una connotación al concepto de dignidad propio del Estado de Derecho, con su máximo exponente Kelsen. De tal forma, el criterio de la dignidad se aplica bajo un sentir meramente lógico-normativo apartándose de bases morales y éticas, donde el derecho es entonces “una ordenación normativa del comportamiento humano” (Kelsen, 2000, p. 18).

Con los estimativos anteriores, el comportamiento del concepto de la dignidad se llega a puntualizar en su entendimiento como base estable, a partir de la construcción y cambio de paradigma con el Estado Social de Derecho, consecuente con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Frente a lo cual, las nociones de persona y de la dignidad humana comportan un sentido finalista para toda la especie humana.

El cambio que denota la construcción y aplicación del Estado Social de Derecho, es adoptar a la persona no como instrumento de utilidad de las bases aplicables de cualquier cuerpo normativo que le sean impuestas y determinables; sino por el contrario, como esencia y fin objetivo y particular de cualquier estamento jurídico y legal, esencial para que las personas logren finalidades y autodeterminación. Bustamante (2018), lo explica de la siguiente manera: “Este afirma el primado de la persona sobre la comunidad y el Estado, establece que estos últimos deben estar siempre orientados al servicio del desarrollo integral de la persona” (p. 180).

Ahora, cuando se indica que esta forma de Estado, ya no adopta a la persona desde su forma no integral, sino la asume como un todo y en función para suplir sus necesidades, se complementa al concepto de dignidad bajo esta nueva forma de realidad jurídica, la dignidad humana:

Quando decimos que un hombre es una persona, queremos decir que no es solamente un trozo de materia, un elemento individual en la naturaleza, como un átomo, una espiga de trigo, una mosca o un elefante son elementos individuales en la naturaleza (...) no existe solamente de una manera física (...) un todo, y no solamente una parte; es un universo en sí mismo, un microcosmos, en el cual el gran universo íntegro puede ser contenido por el conocimiento, y que por el amor puede darse libremente a seres que son para él como otros “él mismo”. (Maritain (1945) como se citó en Bustamante, 2018, pp.173-174)

El carácter de la realidad a lo que corresponde la “dignidad humana”, se relaciona (Bustamante, 2018) bajo una clara valoración positiva de su naturaleza de todo aquello que le hace distinto a los demás factores conocibles y que le merecen por ser propio de un ser racional. El comportamiento de su aplicación también se ubica bajo un baluarte normativo el cual exige a los diferentes espacios de aplicación de la dignidad humana, un visible desarrollo de los derechos que le corresponden.



El nivel axiológico que trae consigo la dignidad humana, presupone que bajo toda elaboración jurídico-institucional que comporte un claro actuar en defensa de las personas y de su colectividad, exige una real y efectiva materialización de los derechos que le asisten. Bajo esta visualización valorativa que comporta la norma, (Atienza, 2010) la dignidad se orienta en el comportamiento de las entidades estatales y la exigibilidad para con las mismas de su aplicación, bajo un correcto trato para con el objeto poblacional de su actuar.

De manera complementaria, la visualización de la dignidad humana le comporta un sentir histórico recapturando al individuo como sujeto de protección. Un baluarte ético que provisión a la distinción del “ser” del sujeto como máximo de su racionalidad; puesto que, al cuestionarse la forma en como la recta razón debe entender su humanidad, se vislumbran personas realizables dentro del respeto y tolerancia, y de igual forma como concepto previo el de dignidad humana ante toda consideración de poder político, Gonzalez (1999):

La dignidad de todo ser humano, por el hecho de serlo, es base de los derechos humanos. Pero esa vida digna, segura, inviolable, feliz, es una meta abierta a concretar y superar en cada sociedad y momento histórico. (...) No son creados por el poder político, son anteriores al poder como conjunto de construcciones racionales y valores para una vida humana digna en sociedades justas. (p. 153)

La importancia que trae consigo el nivel valorativo de la dignidad humana, es promover un ámbito coherente y delimitante de la forma adecuada en la aplicación de los derechos humanos de las personas, la importancia de este sentir axiológico, es explicado de manera más clara por, Ansuátegui Roig (2011):

es necesario no desatender la necesidad de una poderosa fundamentación moral de los derechos. Y es precisamente en este ámbito en el que el discurso sobre la dignidad humana despliega todo su potencial (...) la dignidad es la referencia axiológica básica de los derechos, la dimensión moral que les da sentido. (pp. 3-4)

De manera consecuente, los Estados Sociales de Derecho asumen la aplicación por medio de sus disposiciones normativas a la dignidad humana, a partir de la realidad positiva dentro de sus ordenamientos constitucionales, o al menos en parte orientan un marco de actuación de los hechos que proporcionan a la sociedad estamentos dignos de vida.

PROGRESIVIDAD Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Expresada bajo un criterio general la dignidad y dignidad humana, como el sustento íntegro del desarrollo de los principios que acompañan los derechos humanos en términos del Estado Social de Derecho; la proximidad particular y general del principio de progresividad, corresponde determinar también en una descripción de la lectura histórica de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, puesto que en este contenido de derechos humanos, le asiste para con los Estados partes su desarrollo a partir del principio mismo.

El marco de la Internacionalización de los DESC propicia un escenario (Villán, 2009) por medio del cual, se observa un estadio de responsabilidad dentro de la dinámica en propender garantías a nivel laboral y condiciones dignas de vida; este proceso se dinamiza, a partir de 1919 periodo en cual se suscribió el Tratado de Paz de Versalles, el cual puso fin a la Primera Guerra Mundial y creo la Sociedad de Naciones. Este tratado de buena forma creo también la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual ha propiciado el escenario para el avance de los DESC.

La designación conceptual de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, deviene entonces a partir de la descripción anterior, como el resultado de exigencia a los Estados de Derecho, en ya no priorizar en la libertad personal un criterio “negativo”, en el sentido a la no intromisión individual de las persona, como fundamento de los derechos o libertades civiles y políticos; sino por el contrario, y a partir de los fenómenos sociales reivindicativos y luchas colectivas del siglo XIX y XX, abordar la “libertad positiva” para configurar y complementar un escenario en el ámbito social que propicie condiciones dignas y humanamente sustentables.(Saettone, 2004)



Esta “libertad positiva” que asumen los Estados la describe de la siguiente manera Saettone (2004) como:

“libertad para” acceder a los bienes y servicios que permiten la realización plena de todo ser humano. Este concepto de libertad positiva vincula dos principios fundamentales (el de la libertad con el de igualdad), y constituye el fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales, derechos que surgen en el marco del proceso de la industrialización y los fenómenos políticos y económicos...tienden a hacer menos grande la desigualdad entre los que tienen y los que no tienen, conduciendo a una nueva redefinición de los derechos del hombre.” (pp. 135-136)

Los Estados Democráticos Sociales de Derechos o Estados Sociales de Derechos, responde a criterios en procura del bien de la comunidad y realización de cometidos tanto en el ámbito individual y colectivo, con lineamientos en propender igualdad, siendo la razón natural del reclamo en la gesta de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, como lo expresa Bobbio (1995, como se citó en Saettone, 2004):

La razón de ser de los derechos sociales como la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la salud es una razón igualitaria. Los tres tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social (p. 136)

Superado el conflicto bélico de la segunda Guerra Mundial, y orientándose el mundo por medio de uno de los textos en propender evitar a partir de directrices de humanidad un episodio como el mencionado por medio de la Declaración Universal de Derechos Humanos; surge un escenario, que tendría al mundo en una tensión constante bajo parámetros económicos y políticos: La Guerra Fría (1947-1991), y dentro de la cual nacerían de una forma más particular y determinada de los DESC.

Afirmar que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se dimensionan durante el desarrollo de la Guerra Fría, tiene su argumento por razones económicas e ideologías políticas dentro de este periodo. El mundo se dividió en dos bloques después de la segunda guerra: Capitalista y Comunista, y dentro de esta tensión (Villán, 2009) en 1966 la Declaración Universal de los Derechos Humanos se desarrollarían en dos tratados con un contenido más específico, debido a que los relatores de estos pactos inmersos en plena Guerra Fría, imponían una lectura diferente de los derechos. De tal forma, para el sector capitalista, los únicos derechos válidos eran los de contenido individuales, civiles y políticos, y en dirección contraria, el bloque comunista reconocía los derechos económicos, sociales y culturales como los más importantes.

Este contraste conflictivo conllevó si bien en buena forma en crear dos instrumentos que desarrollarían de manera más determinada estas líneas de derechos como los civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales; también propicio, un escenario en el cual se crearán bases en sentido garantistas de realización y estimación de unos sobre los otros. Esta división género que se dotaran a unos derechos con sistemas de control rígidos y específicos a diferencias de otros, tal como lo expone Villán (2004) de la siguiente forma:

A esa división responde el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que le reconoció en primer lugar a un organismo internacional que se creó con el Pacto, el Comité de los Derechos Humanos, la capacidad para recibir quejas por las violaciones de los derechos consagrados en el mismo, la tutela y el derecho a un recurso efectivo y definitivo, y en segundo lugar el artículo 2º del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos estableció que los derechos contenidos en él son de reclamación inmediata ante los tribunales de justicia, mientras que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no fue seguido de un protocolo facultativo con el que se dotara al Comité de los DESC con la facultad de recibir quejas individuales. (p. 16-17)

El escenario de los DESC en un primer momento, y en razón a estos hechos circunstanciales, los ubicaron bajo una dialéctica “discriminatoria” en el sentido de no garantismo normativo. El cambio de configuración, bajo un sentido de simetría de los derechos comienzan a ubicarse sin distinción, observándose en 1968 con la Proclamación de Teherán



(Teherán, 1968), en la cual y como resultado de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se asume un carácter y reconocimiento integral de todos los derechos.

Este proceso integral de los derechos, se asume en un segundo momento de manera general terminada la Guerra Fría, por medio de la Declaración de Viena de 1993, en la Segunda Gran Conferencia de los Derechos Humanos, por medio de la cual se estableció que, a partir del párrafo 5:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. (Declaración de Viena, 1993)

Este apartado indica, que los derechos giran en una prelación igual e interrelación de consecución por el logro de efectividad como de su garantismo dentro de todos los núcleos sociales. Imparte para con los Estados, de manera independiente al contexto económico y político, el favorecerles y efectuarlos. Consagra relevantes el derecho a la vida, así como el derecho a la alimentación, como factores que propendan para con las personas una efectividad de su dignidad dentro de sus individualidades, así como en sus colectividades. Este apartado que se incluye dentro de este texto, rompe con lo que hasta en su momento, le correspondía a los DESC, factores desiguales en su interpretación y aplicación.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, desarrolla dentro del mismo, un marco normativo obligatorio para los estados partes dentro de una progresividad para la consecución y disfrute de los derechos contenidos, así como también mecanismo de control de su aplicación.

De tal forma el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se contemplan en 31 Artículos, contenido en su preámbulo y cinco partes:

- En el preámbulo se reconoce la importancia de estos derechos para la realización de la dignidad humana.
- La primera parte (art. 1) proclama el derecho a la libre determinación de los pueblos.
- La segunda parte (arts. 2 al 5) contiene las obligaciones de los Estados frente a los derechos y las disposiciones sobre el alcance de estos.
- La tercera parte (arts. 6 al 15) consigna los derechos protegidos: trabajo, seguridad social, nivel de vida adecuado, alimentación, salud, educación, cultura, entre otros.
- La cuarta parte (arts. 16 al 25) establece los mecanismos de control y garantía de cumplimiento de los derechos.
- La quinta parte (arts. 26 al 31) contiene aspectos generales como firma, ratificación y otros. (Sebastián, 2009, pág. 68)

Acceso como la salud, alimentación, vivienda y trabajo digno son aquello que generalizan los contenidos de los DESC; sin embargo, lograr definir e incluso entender exactamente vivienda y un entorno social adecuado, puede conllevar indeterminaciones. Por tal razón, al momento de abordar estos derechos en términos jurídicos se habla de un núcleo esencial de contenidos que logran no solo conseguirlos sino garantizarlos.

Este núcleo de contenidos se compone por cuatro características según Rojas, siendo los siguientes:



Asequibilidad: característica que se refiere a la obligación del Estado de disponer de los recursos para alcanzar su efectiva realización.

Accesibilidad: Que es la posibilidad que deben tener todas las personas para acceder a estos derechos, sin discriminación de ninguna índole, es decir, debe facilitarse su acceso y garantizar que exista una infraestructura suficiente y que no habrá limitaciones de orden económico en su aplicación.

Aceptabilidad: El estado debe garantizar que no habrá limitaciones en la aplicación de estos derechos que se deriven de sus costumbres o creencias, como un respeto a la multiculturalidad.

Adaptabilidad: le corresponde al estado adaptar la prestación de estos derechos conforme a los intereses y necesidades de la comunidad. (Rojas, 2015)

¿CÓMO DEBE INTERPRETARSE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD?

Como principio el sentido de la progresividad, asume un carácter de optimización en la realización y efectividad tanto normativa, jurídica y de facto dentro de la obligatoriedad que los Estados comportan en la adopción del PIDESC. Asimismo, dimensiona la gradualidad bajo contenidos de ordenar la realización de los derechos contenidos, en el lapso de la mayor medida jurídica y de recursos posibles.

Como disposición legal directamente relacionada de su carácter de principio, la progresividad de acuerdo con Díaz (2019), se interpreta para con los derechos que recoge como objetos de no disminución, y si por el contrario adoptar para con estos, el máximo de su alcance empleando todos los medios para sus fines. De manera consecuente, al tratarse de una interpretación legal a nivel jurídico interno, sirve como parámetro que orienta a la legislación sobre los derechos fundamentales, particularmente sobre los DESC, lo cual implica avanzar en materia de legislación y no por el contrario retroceder en la misma.

También presenta un carácter de *prima facie*, el cual se adopta para con los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento interno, y que se relaciona y se entiende frente a los principios, como aquellos que deben primar sobre un caso jurídico, normativo o legislativo en concreto, de tal forma, “habida cuenta de las condiciones jurídicas y materiales de algunos ordenamientos, las cuales evidenciaban la imposibilidad de garantizar a plenitud los derechos fundamentales. De esta manera, se va moldeando esta disposición que permite garantizar la dignidad humana de manera gradual, destinando el máximo de recursos materiales y jurídicos disponibles en el Estado” (Díaz, 2019, p. 3).

La progresividad es por sobre todo la plena efectividad y realidad material que le imparte un sentido objetivo y verídico de la garantía de los DESC para con las poblaciones de los Estados Partes. Promueve un sentido de apropiación y pertenencia de los derechos que este principio imparte en la adecuación del pleno cumplimiento y orientación de todos los recursos que deben implementar los Estados para la existencia de los DESC.

EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y SU RELACIÓN DE OBLIGATORIEDAD

El contenido de obligatoriedad que se asume desde el PIDESC, tiene su ámbito de generalidad en el compromiso que los Estados partes adoptan en la constante búsqueda de medidas económicas, asistenciales de cooperación, marcos jurídicos y legislativos en la efectividad de los DESC, dentro de una articulación progresiva de los mismos. Esto lo establece el numeral 1° del Artículo 2° del PIDESC, contenido en el cual el principio de progresividad de manera objetiva conduce el sentido obligatorio:

Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios conveniente, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos(ONU, 1966, art.2).



De lo anterior surge el siguiente cuestionamiento: ¿De qué manera los Estados partes deben asumir progresivamente la obligatoriedad garantista de los DESC?

Es con la Observación Número 3 de 1990, por medio de la cual el CDESC, orienta el alcance y la dinámica en como los Estados adoptan su obligatoriedad frente al artículo 2° del Pacto. Este apartado normativo (CDESC,1990) indica las obligaciones jurídicas contraídas por los Estados Partes, las cuales consisten en obligaciones de “comportamiento, así como de resultado”.

La Observación que se indica y que en su momento dispone el Comité frente a “adoptar medidas” también la orienta en prever que las articulaciones legislativas desarrolladas en los ordenamientos internos “no agota por sí mismas las obligaciones de los Estados Partes”, lo cual tiene un significado importante de esta interpretación por parte del Comité.

Las necesidades sociales que bien exigen la garantía normativa y jurídica para con los DESC, deben responder en precisar con atención a las exigencias y salvaguarda de los intereses en el reclamo social en derechos. Esta es una finalidad de los Estados Sociales de Derecho, puesto que, en estos, la norma o los estamentos legislativos ya no responden por sí solos a regular la actividad colectiva e individual, sino por el contrario son estos, quienes orientan la realidad jurídica para la constante garantía social, y emplear “por todos los medios apropiados” la consecución de los mismos(CDESC, 1990).

Dentro de los instrumentos de la Organización de Estados Americanos (OEA), de manera complementaria al sentido general a la luz del ámbito internacional en materia de DD.HH. y específicamente al marco de obligatoriedad que asumen los Estados Partes frente a los DESC; el principio de progresividad, recae bajo un sentido mucho más literal para los Estados de la región americana por medio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” de 1969.

Este Instrumento configura la progresividad como un elemento que compromete al desarrollo normativo, como primera media para alcanzar la garantía dentro de los ámbitos económicos, de educación, sociales, y culturales. La Convención Americana lo enuncia de la siguiente manera, en su capítulo tercero sobre los DESC:

Artículo 26. Desarrollo progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.” (OEA, 1969).

El sentido próximo del principio de progresividad, se asume para la Convención Americana frente a los DESC(OEA, 1988) como la necesidad de reafirmar su importancia, y no solo ello sino el desarrollo, perfeccionamiento y protección de los mismos bajo la base del respeto integro de los derechos de las personas, el régimen democrático, y la libre determinación de los recursos para la consecución de los mismos.

Frente al principio de progresividad, paralelamente se observa el concepto de la no regresión o regresividad. El ámbito de implementar desde todas las formas posibles la garantía de los DESC y su realización, implica también que ninguna medida que busque el sentido de no maximizar el alcance de los derechos, se asuma como disposición que afecta de manera directa la vulneración y entorpecimiento de la protección de los mismos.

El concepto de regresividad puede evaluarse según Courtis (2006, como se citó en Diaz, 2019): “en función de los resultados de determinada política pública (Regresividad de resultados), o en función del contenido de determinada norma jurídica (Regresión normativa)” de tal forma según Diaz (2019):

La regresión de resultados aplica a los efectos de una política pública en comparación con un punto de partida, en lo que se entiende como regresiva la conducta que denota un detrimento o situación de empeoramiento en la aplicación de determinada política pública, teniendo como punto de comparación un parámetro establecido con anterioridad. Por otro



lado, la regresión normativa aplica a la extensión y/o efectividad de los derechos contenidos en determinada norma, en lo que se entiende como regresiva aquella conducta que suprime, limita o restringe los beneficios o derechos de la norma anterior, modificada, derogada o sustituida(p. 4).

LOS PRINCIPIOS DE LIMBURGO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PROGRESIVIDAD DEL PIDESC

El principio de progresividad insta a los Estados partes del PIDESC al cumplimiento gradual de la protección de los DESC, bajo los ámbitos de aplicación tanto jurídica como de facto, de la realización y aplicación de los derechos de contenido social, económico, cultural y ambiental. Las obligaciones que se desprenden del PIDESC, exponen un sentido íntegro en la forma en como con estos se materializaron los derechos sociales para con las poblaciones de los Estados Partes. De ahí la necesidad, en como a partir de las obligaciones que estos adoptan, se han entendidas de manera genérica y objetiva, ante lo cual los Principios de Limburgo orientan el alcance y la naturaleza de las obligaciones que se desprenden del PIDESC.

El ámbito de aplicación de los Principios de Limburgo de 1986, son el resultado de la convocatoria realizada por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo ubicada en los países bajos, y por parte del Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan de la Universidad de Cincinnati (Principios de Limburgo, 1986), reuniendo a una comunidad de 29 expertos con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC.

Debido al contenido gradual de la realización efectiva del contenido de los derechos que recoge el PIDESC, el principio de progresividad ostenta un criterio de interpretación y forma idónea en la manera en cómo estos deben entenderse dentro del marco de adopción por parte de los Partes Estados. El primero de los criterios de interpretación en relación al principio de progresividad consiste en: "a adoptar medidas...por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas" (ONU, 1966. Art.2.)

Si bien, esta es una de las orientaciones en como los Estados Partes deben propender el desarrollo de los DESC, la realización de los mismos por medio de medidas legislativas no es suficiente debido a que la materialización en procura de los derechos, se mantienen bajo línea directa con las obligaciones del Pacto; como se observa, la utilización de todos los medios adecuados para la garantía de los DESC incluye los de carácter legislativos, la adopción de estos mecanismos deben priorizarse cuando existan contenidos normativos que trasgredan las obligaciones del pacto (Principios de Limburgo, 1986).

Dentro del ámbito en propender el logro progresivo y efectivo de los DESC, los Principios de Limburgo (1986) orientan su interpretación bajo el siguiente contenido:

La obligación de "lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos" requiere que los Estados Partes actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto (p. 4).

La progresividad se orienta en el sentido de responsabilidad y efectividad de los DESC. Su interpretación adquiere, determinar a partir de los recursos que bien dispongan los Estados Partes, para no solo su implementación, sino también el mantenerlos y mejorarlos gradualmente. Esto constituye frente al ámbito de estudio, la obligación independiente del desarrollo económico de los Estados Partes, en la procura de respetar los derechos mínimos de subsistencia de las personas (Principios de Limburgo, 1986).

Este criterio de interpretación, los cuales determinan el sentido en cómo debe asumirse con responsabilidad y obligación la realidad normativa y material del alcance por medio de todos los recursos la garantía de los DESC, buscan la efectividad sin distinción de contextos políticos ni de realidades económicas la justiciabilidad de los mismos. La cooperatividad internacional, así como la libre determinación de los Estados Partes por la protección de los DESC, son



los factores que, en términos del principio de progresividad, aportan los Principios de Limburgo bajo un criterio objetivo de su interpretación.

DIRECTRICES DE MAASTRICHT FRENTE AL MARCO VIOLACIONES DE LA PROGRESIVIDAD DE LOS DESC

De manera consecuente a los Principios de Limburgo, un grupo de más de 30 expertos para el año de 1997 reunido en Maastricht (países bajos), con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburgo frente a la interpretación y aplicación del PIDESC, determinaron el “objetivo de ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos” (Directrices de Maastricht, 1997).

Este ámbito busca como propósito según las Directrices de Maastricht (1997), aportar como base argumental la identificación y violaciones de los DESC; para lo que, en su momento, reflejo la búsqueda del mejoramiento en la rendición de cuentas de la responsabilidad que asumen los Estados Partes, y la búsqueda de la protección interna de los DESC.

De tal forma, a partir de la parte segunda de las Directrices de Maastricht (1997), se señala un ámbito conductual de respetar, proteger y cumplir los DESC. Los Estados adoptan estos tres tipos de obligaciones las cuales se puntualizan de la siguiente manera:

El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos. La obligación de respetar requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el derecho a la vivienda se infringe si el Estado lleva a cabo expulsiones forzosas arbitrarias. La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros (Directrices de Maastricht, 1997, p. 3)

Las anteriores obligaciones contienen elementos objetivos de conducta y resultado para la reducción de violaciones o austeridad del no cumplimiento de la garantía de los DESC. La forma conductual determina, “el propósito de asegurar el ejercicio de un derecho específico. Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, la obligación de conducta podría implicar la aprobación y ejecución de un plan de acción destinado a reducir el índice de mortalidad materna” (Directrices de Maastricht, 1997, p. 4).

El ámbito de resultado exige el objetivo específico de lo que dicta la norma en favor del derecho que pretende proteger; así pues, con el ejemplo mencionado:

con respecto al derecho a la salud, la obligación de resultado exige que se reduzca la tasa de mortalidad materna a los niveles acordados en la Conferencia Internacional de El Cairo sobre la Población y el Desarrollo de 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de Beijing sobre la Mujer de 1995 (Directrices de Maastricht, 1997, p. 4).

Para con el principio de progresividad, la directriz que se le adopta es en lo referido al margen de discreción. Este criterio orienta, finalidades autónomas en como los Estados Partes opten por los mecanismos más adecuados a su alcance la materialización y protección de los DESC.

La forma práctica de adoptar medidas, tanto en el escenario de supervisión internacional como el ámbito legal interno de los Estados, han orientado en enfatizar que la garantía de los derechos que recoge el PIDESC se promueve y se defiende con un margen de discrecionalidad; lo cual no constituye que, en razón a ello, los Estados cambien la línea natural en la defensa de los derechos por medio de todos sus recursos: graduales y progresivos (Directrices de Maastricht, 1997).

En los criterios por medio de los cuales un Estado incurre en violaciones para con los DESC, las Directrices de Maastricht (1997), determinan frente al principio de progresividad, que la ocurrencia del mismo es, observable en la medida en



cuanto los mecanismos de implementación no se logren cuantificar. La plena efectividad de los DESC, no pueden ser objeto de desconocimiento, con la excusa del incumplimiento de la "aplicación progresiva" de los derechos referidos.

Es objeto también de violación para con el principio de progresividad, cuando se incumplen dos directrices: obligaciones mínimas esenciales y disponibilidad de recursos.

Respectivamente, un Estado trasgrede el PIDESC "cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina "una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos" (Directrices de Maastricht, 1997, p.4), lo que significa la obligación en la no trasgresión en derechos básicos de mínimo vital.

De igual forma, "de conformidad con los Principios de Limburgo 25-28, y tal como lo reafirma la jurisprudencia evolutiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales" (Directrices de Maastricht, 1997, p.4).

Las demás directrices (Directrices de Maastricht, 1997) que son objeto de orientación y por medio de las cuales se determinan actuaciones de responsabilidad y violaciones para con los DESC, giran en torno a la no implementación de políticas públicas que malversen los derechos previstos en el PIDES, así como también discriminación en razones a enfoques de género, y criterios que determinen tanto la voluntad como factores de capacidad en la protección de los derechos.

EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Dentro de los componentes jurisprudenciales en cómo la Corte Constitucional ha interpretado el principio de progresividad dentro del marco normativo en atención a los DESC, se observan las siguientes sentencias, de las cuales se apreciará de manera específica la atención que le expresa la Corte para con la progresividad en los temas que aborda.

2.2.1. Sentencia SU-624/99

Por medio de este pronunciamiento se enfatiza el sentido y el carácter de obligatoriedad que asume Colombia frente a la adopción de los instrumentos internacionales referentes a los DESC y derechos de contenido prestacional asumidos desde la progresividad, por consiguiente, en materia de educación "es deber del Estado destinar anualmente presupuestos que progresivamente se aumenten, especialmente con lo que tiene que ver con educación...La naturaleza de estos derechos es progresiva..." (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-624, 1999)

2.2.2. Sentencia C-1165/00

Disposición jurisprudencial por medio de la cual, la Corte Constitucional entra a decidir el objeto del problema jurídico (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1165, 2000) en razón de lo demandado frente al artículo 34 de la Ley 344 de 1996, ley en materia de normas frente a la racionalización del gasto público. Este artículo justifico modificar lo dispuesto en el artículo 221 de la ley 100 de 1993, reduciendo en el ámbito presupuestal de recursos dispuestos al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) para la cobertura de la Seguridad Social en materia de salud. De tal forma frente al tema que se observa, y en relación al artículo 12 del PIDESC, la corte expone el principio de la siguiente manera:

Como se desprende de la autodefinition del Estado Colombiano como "Social de Derecho" según se expresa en el artículo 1º de la Carta...se impone para el Estado en su conjunto, la realización de actos y la formulación de políticas no negativas sino positivas...Siendo ello así, el artículo 48 de la Carta Constitucional que ordena al Estado, con la participación de los particulares ampliar "progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley", resulta quebrantado por la norma demandada en razón de que en vez de aumentar los recursos presupuestales para el efecto en cuanto hace al régimen subsidiado, los disminuye (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1165, 2000).

Frente a lo anterior, la Corte no solo protege la garantía y efectividad de este derecho referente a la salud en materia del sistema del régimen subsidiado en Seguridad Social, sino que además expone el ámbito del concepto de la no regresión, en vista que la actuación que en su momento pretendía la norma descrita, afectaba el sentido de avance que le exige el PIDESC a los Estados Partes, y que en esa oportunidad, pretendía reducir el máximo de los recursos que Colombia debía disponer para la consecución del acceso a la salud.



2.2.3. Sentencia C-443/09

Disposición por medio de la cual la Corte Constitucional en función del caso a abordar en relación a la concepción del derecho al medio ambiente sano como un derecho social, frente al ámbito previsto en los artículos 79 y 80 de la carta, y su función de obligación que se proyecta por medio del Protocolo Adicional a la Convención de Derechos Humanos Sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, referido en el artículo 11 derecho al medio ambiente sano; la Corte, precisa (Corte Constitucional, Sala Plena, C-443, 2009) al mandato de progresividad bajo contenidos que se complementan, siendo el primero, un sentido próximo de gradualidad frente a la satisfacción plena de los derechos del pacto, y el segundo, un sentido de progreso, el cual implica, el escenario de obligatoriedad estatal para el mejoramiento de goce y ejercicio de los DESC.

2.2.4. Sentencia C-536/12

Por medio de esta sentencia la Corte Constitucional exalta al principio de progresividad, y lo reitera como desde al año 2000, como un parámetro de control de constitucionalidad, precisando dos argumentos: el primero siendo un principio que integra el bloque de constitucionalidad “en sentido amplio, por mandato del inciso 2º del artículo 93 Superior, que opera como un dispositivo amplificador de la protección debida a los derechos sociales contenidos en la Constitución” y el segundo argumento que recae en “el reconocimiento retórico de la importancia constitucional, su fundamento y la existencia de garantías propias de los llamados derechos sociales”. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-536, 2012).

2.2.5. Sentencia C- 503/14

Esta disposición jurisprudencial atiende el sentido de la medida de la regresividad, como concepto que se relaciona frente al principio de progresividad. Por medio de esta sentencia la Corte orienta un test de constitucionalidad cuando en la medida progresiva de los DESC, se presenta la medida de la regresividad. Dicho test según la corte se compone de “tres elementos: estudio de la posible regresividad, examen de la afectación de los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales y análisis de la justificación”. En este sentido, la regresividad implica “que la disposición demandada modifica las condiciones normativas que le preexisten, ya sea porque reduce el "radio de protección de un derecho social, disminuye los recursos públicos invertidos en su satisfacción, aumento del costo para acceder al derecho, o en términos generales, la tal disposición retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social.” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-503, 2014).

2.2.6. Sentencia C-046/18

Por medio de esta disposición, la Corte realiza un parámetro de diferenciación frente al principio de progresividad y la regla de no regresión, cuya directriz se asume bajo un ámbito diferencial de hacer y no hacer parte del Estado; así pues, “el principio de progresividad es separable de la regla de no regresividad ya que son categorías jurídicas diferenciables aunque interrelacionadas... la no regresividad es una manifestación del principio e implica una obligación de no hacer para el Estado...el principio de progresividad supone obligaciones de hacer con miras a garantizar, gradual y sucesivamente la plena efectividad de los derechos, en el contexto de las capacidades económicas e institucionales del Estado.” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-046, 2018), manifestando de igual forma que la regla de no regresividad no es absoluta pues, se pueden observar circunstancias en las cuales bajo observaciones de racionalización de recursos se “admiten el retroceso de la efectividad de algunas garantías, sin que ello suponga necesariamente una arbitrariedad, lo cual se verifica mediante el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-046, 2018).

LA PROGRESIVIDAD Y EL OCTAVO OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Teniendo presente que el principio de progresividad optimiza todos y cada uno de los derechos que engloba el PIDESC; el derecho al trabajo como derecho fundamental en el marco del ordenamiento colombiano y como derecho humano en el ámbito internacional, suscita el interés en determinarle que tanto avance presta el Estado colombiano en su garantía gradual de facto, frente al sentido de correspondencia del Octavo Objetivo de Desarrollo Sostenible 2030 de la Organización de las Naciones Unidas.

La progresividad en como Colombia asume la garantía gradual de la aplicación de este principio frente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede ser medible por medio del cumplimiento y avance de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, frente al cual 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas, junto con un gran número de actores



de la sociedad civil, el mundo académico y el sector privado, entablaron un proceso de negociación abierto, democrático y participativo, que resultó en la proclamación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), en septiembre de 2015.

El trabajo dimensiona la posibilidad en que hombres y mujeres logren por sí mismos, una directa correlación en salvaguarda de sus derechos en términos de dignidad y humanidad. El derecho al trabajo constituye la obligación garante que tienen los Estados, en asegurar para con su población la realización de sus actividades determinándole como un derecho humano y fundamental. Colombia, la realidad en cómo se asumen las y los trabajadores no conlleva desde todas las aristas, en dimensionar un trabajo que les proporcione acceso en demás derechos en términos de igualdad y equidad; por ello, la importancia en describir la progresividad a partir del octavo (8) Objetivo de Desarrollo Sostenible.

Con la denominación de “Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”(Naciones Unidas, 2018), el octavo (8) Objetivo de Desarrollo Sostenible, dimensiona la proximidad en como las sociedades se asumen entorno en promover más que acceso al trabajo, que este sea el conjunto favorable y garante de un desarrollo económico sustentable e igualitario:

La continua falta de oportunidades de trabajo decente, la insuficiente inversión y el bajo consumo producen una erosión del contrato social básico subyacente en las sociedades democráticas: el derecho de todos a compartir el progreso. La creación de empleos de calidad seguirá constituyendo un gran desafío para casi todas las economías más allá de 2015.(Naciones Unidas, 2018, p. 39)

Las metas del octavo Objetivo de Desarrollo Sostenible, comprenden 10 puntos de agenda que dimensionan elementos finalistas en propender un crecimiento económico en términos de productos internos brutos de 7% anuales, elevar incidencia macro y micro de la económica por medio al diversificación tecnología, políticas que adelanten la productividad favoreciendo al trabajo decente, formalización de empresas con el acompañamiento del acceso a servicios financieros, y mejorar progresivamente la producción en términos de consumo eficiente de recursos sin la degradación del medio ambiente. (Naciones Unidas, 2018)

El Estado colombiano en la procura por adelantar el desarrollo de la Agenda 2030 en materia de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, gradualmente en materia de normas crea para el año 2015 la Comisión Interinstitucional de Alto Nivel para el alistamiento y la efectiva implementación de la Agenda de Desarrollo Post 2015 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible -ODS (Decreto, 2015), cuyo elemento de directriz es:

Para lograr este objetivo es necesaria la toma de medidas transformadoras articuladas con los territorios, para el diseño y ejecución de políticas públicas, planes, programas y acciones que respondan a los intereses regionales con el fin de eliminar las brechas entre los territorios y garantizar el bienestar colectivo. (Decreto, 2015)

A partir del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) 3918 del 2018, Colombia introduce para la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, estimativo de estrategias, esquemas de seguimientos, reporte y rendición de cuentas, para que a partir de la secretaria Técnica de la Comisión de Alto Nivel para la Implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ejercida por el Departamento Nacional de Planeación, anualmente reporta informes sobre el avance de los objetivos.

De tal manera, por medio de Informe Anual de Avance en la Implementación de los ODS en Colombia, se aborda esquemas de seguimiento y reporte, planes de fortalecimiento de la producción y manejo de datos, implementación de los ODS en los territorios, y la interlocución con actores no gubernamentales-enfoque multiactor. (Informe ODS, 2021)

En lo correspondiente al derecho al trabajo, el informe determina que en función finalista teniendo en consideración dos indicadores de avance para el 2030, el promedio porcentual corresponde a un 76,07%, el cual ha sido gestionado mediante “el estímulo de los niveles de productividad y la innovación tecnológica, el fomento de políticas de creación de empleo y fortalecimiento del espíritu empresarial para lograr el objetivo de trabajo decente para hombres y mujeres”. (Informe ODS, 2021, p. 30)



El determinante de la gradualidad entorno a las disposiciones normativas que el Estado Colombiano dispone, con la finalidad de abordar el desarrollo del octavo (8) Objetivo de Desarrollo Sostenible, se ve bajo un no estimativo de progresividad por la realidad latente en como esta inmerso el derecho al trabajo y su reflejo en la sociedad colombiana.

Son dos factores que en términos de población trascurre la participación laboral en Colombia, siendo estas el entorno urbano y rural. El mercado laboral cuyo análisis se observa de los años 2018-2021, en términos de participación y ocupación del sector nacional, representó a nivel nacional: 64,4 % y 58,2 (2017), 64,0% y 57, 8% (2018), 63,3% y 56,6% (2019). (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2021)

Las poblaciones ocupadas por ramas de actividad (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2018-2021), evidencia que, de los 22.838 miles de personas ocupadas en 2018, para el 2021, 21.857 mil personas se estimaban realizando alguna actividad laboral. La distribución de actividades de agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca también han venido decreciendo pasando de presentar una contribución porcentual del 17,3% en el 2018 a 16,6% para el 2021; sin embargo, sigue siendo después de las actividades de comercio y reparación de vehículos, y de industrias manufactureras, la que más contribución realizan.

En lo que respecta a los Centros Poblados y Rural disperso, la distribución de la actividad Agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca (A.G.C.S.P), han sido las ramas con más participación, denotando también que 5,1 millones de personas ocupadas en este sector en el 2017, tan solo 4.760 miles de personas lo eran para con el 2020. (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2017-2020)

Los índices de partición y ocupación desde los sectores urbanos y rurales, si bien denotan índices relevantes en la existencia productiva y económica en las actividades laborales, esto no suscita que el desarrollo del derecho al trabajo corresponda a términos en dignidad laboral. Toda vez, que ocho de cada 10 personas en el campo colombiano que realizan alguna actividad laboral están en la informalidad. Es decir, tienen un empleo que les permite generar ciertos ingresos, pero que no contribuye al bienestar ciudadano, puesto que no cuentan con afiliación a la seguridad social ni ofrece estabilidad laboral (Revista Portafolio, 2019).

Partiendo también del hecho que el 82% de la población ocupada en el sector rural, se presenta como objeto laboral desde la informalidad, esto no conduce a otra veracidad que sea la no cobertura dentro de un sistema de Seguridad Social, que dentro del proceso de evaluación ejecutado por el Departamento Nacional de Planeación DPN, “dentro del último informe de soporte se presenta una descubierta del 53% de protección social y seguridad social, a lo cual se le une la tasa porcentual del riesgo laboral en el sector rural donde el incidente de accidentalidad se cuadruplica en contraste con el sector urbano” (Ponce, 2018, pag.11-16).

Con la incidencia en términos de la población rural, el sector urbano frente al compendio de la proporción de ocupación informal con la variación de estudios de 13 ciudades y áreas metropolitanas en Colombia, se evidencia, que para el año correspondiente inicial del 2022, la informalidad laboral represento un 43,6, y en qué razón por sexo, la población de hombres se ve inmersa en un 44,2%, frente a un 42,9% de la población de mujeres en el país. (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2022)

La implicación anterior, también refleja que la medida en como los sectores sociales inmersos en la informalidad laboral, son resultados directamente proporcionales en como las y los trabajadores que no desempeñan actividades formales en sus actividades productivas, ostentan ingresos por debajo un salario mínimo legal mensual vigente. De tal manera, de la recuperación de empleos de 1,24 millones posteriores al año 2020, para el 2021 el 45,4% de la población laboral correspondiente al estimativo de 9,2 millos de trabajadores inmersa en la informalidad laboral. (Revista Portafolio, 2022)

Las medidas adoptadas en favorecer progresivamente el ámbito laboral, como demostración del derecho al trabajo en sus dinámicas normativas que radican en sus avances graduales en su protección, contrastan los factores facticos en como si bien, teniendo presente el compromiso de Colombia entorno a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, no demuestra un equilibrio en equidad salarial y de actividades que ejecutan la población en términos de formalidad laboral.

CONCLUSION

El principio de progresividad como elemento integro del sentido normativo, propicia el sentido gradual de protección y garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual no solo es óbice de la responsabilidad que le amerita a los Estados partes la obligación de cumplimiento de los derechos que le asiste a sus sociedades, sino que integra un



ámbito de interpretación de no regresión y debido cumplimiento, tanto de cuerpos legislativos como de políticas públicas sustentables. Colombia lo integra y lo desarrolla a partir del bloque de constitucionalidad, y por medio del desarrollo jurisprudencial, le apropia como elemento de cumplimiento de los derechos sociales que determina el funcionamiento tanto de control constitucional, como instrumento de optimización colectiva.

Teniendo presente que el derecho fundamental al trabajo, permite de manera transversal la consecución de otros derechos; éste dentro del contexto colombiano, y bajo el compromiso y avance de cumplimiento que asume Colombia frente al octavo (8) Objetivo de Desarrollo Sostenible, conlleva en indicar, que los resultados por mitigar tanto la informalidad laboral, como la brecha desigual en propiciar actividades productivas en dignidad salarial, e ingreso de la población trabajadora de las zonas rurales en seguridad social, son constantes que permiten evidenciar acciones que adolecen de comportamiento como de resultado no adoptadas por Colombia, que no integran un sentido gradual ni de protección plena del derecho fundamental al trabajo en su marco de progresividad.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (2011). *Derechos fundamentales y dignidad humana. Papeles el tiempo de los derechos*(10), 2-17. Obtenido de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19333/derechos_ansuategui_PTD_2011.pdf

ATIENZA, M. (2010). *Bioética, derecho y argumentacion* (segunda ed.). Lima-Bogota: Temis. Cit. Por: Bustamante Alarcon, R. (2018). *La idea de persona y dignidad humana*. Madrid: DYKINSON, S. L. pag. 180. Obtenido de <https://biblio.uptc.edu.co:2540/visor/56281>

BUSTAMANTE ALARCON, R. (2018). *La idea de persona y dignidad humana*. Madrid: DYKINSON, S. L. <https://biblio.uptc.edu.co:2540/visor/56281>

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales [CDESC]. (1990). Observación General N. 3° *La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes* (Art. 2, párr. 1.). 14 de diciembre de 1990. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (25 de agosto de 1999). Sentencia SU-624. [M.P: Martínez, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU624-99.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (06 de septiembre de 2000). Sentencia C-1165. [M.P: Beltrán, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1165-00.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (08 de julio de 2009). Sentencia C-443. [M.P: Sierra, H.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-443-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena (11 de julio de 2012). Sentencia C-536. [M.P: Guillén, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-536-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena (23 de mayo de 2018). Sentencia C-046. [M.P: ORTIZ, G.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-046-18.htm>

Declaración de Viena (1993). *Declaración de Viena*. Obtenido de: Oraá, Jaime-Gómez, Felipe (2000). Textos básicos de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario. Universidad de Deusto. <https://biblio.uptc.edu.co:2540/a/18046>

Decreto (2015). Por el cual se crea la Comisión Interinstitucional de Alto Nivel para el alistamiento y la efectiva implementación de la Agenda de Desarrollo Post 2015 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible -ODS. https://assets.ctfassets.net/27p7ivvbl4bs/6f6ANEj3LaaWSscoEq0oM0/ec2dec1112408e388de29f6c30e5e227/Decret_o280_18.02.2015.pdf

DE MIGUEL BERIAIN, Í. (2004). Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. *Anuario de filosofía del derecho*, 21, 187-212. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217052.pdf>

DE LOS REYES, A. O. (2015). *La dignidad de la persona : evolución histórico filosófica*. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54520/1/5328086519.pdf>



- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2018). *Boletín Técnico Gran Encuesta Integradora de Hogares (GEHI)*. Bogotá, 2019. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_dic_18.pdf
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. [DANE]. (2019). *Boletín Técnico Gran Encuesta Integradora de Hogares (GEHI)*. Bogotá, 2020. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_dic_19.pdf
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. [DANE]. (2019). Encuesta Nacional de Calidad de Vida 2019. Bogotá, 2020. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_dic_19.pdf
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. [DANE]. (2020). *Boletín Técnico Gran Encuesta Integradora de Hogares (GEHI)*. Bogotá, 2021. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_dic_20.pdf
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. [DANE]. (2021). *Boletín Técnico Gran Encuesta Integradora de Hogares (GEHI)*. Bogotá, 2022. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_dic_21.pdf
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. [DANE]. (2022). *Boletín Técnico Gran Encuesta Integradora de Hogares (GEHI)*. Bogotá, 2022. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_geih_informalidad_feb22_abr22.pdf
- DÍAZ, E. (2019). El principio de progresividad en el derecho colombiano: revisión teórico-jurídica. *Criterio Libre Jurídico*, 16(2), 6405. <https://doi.org/10.18041/1794-7200/clj.2019.v16n2.6405>
- Directrices de Maastricht. (1997). *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/directrices-de-maastricht-sobre-violaciones-a-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales.pdf>
- GONZALEZ, G. (1999). *Derechos Humanos: La Condición Humana en la Sociedad Tecnológica*. Madrid: Tecnos. <https://books.google.com.co/books?id=8yJkQvb7yGkC>
- HEGEL, G. F. (1968). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Claridad.
- Informe ODS (2021). *Informe anual de avance en la implementación de los ODS en Colombia*. https://assets.ctfassets.net/27p7ivvbl4bs/7myPrzLxNgrlVOZZ9PLS6/4fcaa686e86371ab12de75c69f382571/2021-12-29_Informe_final_2021.pdf
- KELSEN, H. (2000). *Teoría Pura del Derecho*. Mexico: Purrua.
- Naciones Unidas (2018). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe* (LC/G.2681-P/Rev.3), Santiago. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf
- Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General [ONU]. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, p. 3. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Pacto de San José". <https://biblio.uptc.edu.co:2540/a/18046>
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Decimotavo Periodo Ordinario de Sesiones. San Salvador, El salvador. 17 de noviembre de 1988. <http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resoluciones-declaraciones.asp>
- PONCE BRAVO, G. (2018). *PISO MÍNIMO DE PROTECCIÓN SOCIAL Alternativas para ampliar la cobertura a población informal*, Fasecolda, Bogotá, 2018. https://www.oiss.org/prevenia2018/libponencias/1-9_mayo-Manana/Panel%201_Politicasy3-GermanErnestoPonce.pdf



Principios de Limburgo. (1986). *Los Principio de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-principios-de-limburg-sobre-la-aplicacion-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-2.pdf>

Revista Portafolio, (2019). El trabajo informal reina en el campo colombiano, Sección: Empleo, 2019. <https://www.portafolio.co/economia/empleo/tasa-de-informalidad-en-el-campo-colombiano-517986>

Revista Portafolio, (2022). Subió la proporción de trabajadores con menos de un salario mínimo, Sección: Gobierno, 2022. <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/en-colombia-mas-trabajadores-ganan-menos-del-salario-minimo-561226>

ROJAS, A. (2015). Los Derechos Económicos Sociales y Culturales. <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1458/Los%20Derechos%20Economicos%20Sociales%20y%20Culturales.pdf?sequence=1>

SAETTONE, M. (2004). El estado de derecho y los derechos económicos sociales y culturales de la persona humana. *Revista IIDH*, (40), 148-149. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-4.pdf>

SEBASTIÁN, M. D. P. S. (2009). Aspectos fundamentales de los DESC. En González, P. *Derechos económicos, sociales y culturales*. (pp. 61-112). Universidad Libre de Colombia. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf>

Unión Europea [UE]. (1968). Proclamación de Teherán. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290.pdf>

VILLÁN, C. (2009). Historia y descripción general de los derechos económicos sociales y culturales. En González, P. *Derechos económicos, sociales y culturales* (pp.9-34). Universidad Libre de Colombia. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf>

NOTAS

ⁱ Artículo de Investigación desarrollado en el grupo de Investigación “Derechos Humanos y Medio Ambiente” de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.



ESTADO SOCIAL E CAPITALISMO: DO DIREITO NATURAL À SUPERAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

ESTADO SOCIAL Y CAPITALISMO: DEL DERECHO NATURAL A LA SUPERACIÓN DE LAS DESIGUALDADES SOCIALES

SOCIAL STATE AND CAPITALISM: FROM NATURAL LAW TO THE OVERCOMING SOCIAL INEQUALITY

SILVEIRA, GABRIEL EIDELWEIN

Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professor do Curso de "Ciências Sociais: Ciência Política" da Universidade Federal do Pampa - Unipampa. Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal Piauí - PPGS/UFPI. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas e Estudos em Estado Democrático e Sociedade Contemporânea - NEPES
E-mail: gabrielsilveira@unipampa.edu.br

FARIAS, FRANCISCO PEREIRA DE

Doutor em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Piauí (UFPI). Vice-líder do Núcleo de Pesquisas e Estudos em Estado Democrático e Sociedade Contemporânea - NEPES.
E-mail: farias@ufpi.edu.br

FERRAZ, ROBSON ALMEIDA

Licenciado em História pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Mestrando em Sociologia pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Pesquisador do Núcleo de Pesquisas e Estudos em Estado Democrático e Sociedade Contemporânea – NEPES
E-mail: robsonolitico@ufpi.edu.br

BARROS, MARYELLE MENDES DOS SANTOS

Advogada, Bacharela em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina. Mestranda em Sociologia pela Universidade Federal do Piauí. (UFPI). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas e Estudos em Estado Democrático e Sociedade Contemporânea – NEPES
E-mail: maryellebarros@ufpi.edu.br

RESUMO

Neste artigo, apresentamos um ensaio teórico-conceitual, que teve como objetivo delinear os contornos do desenvolvimento teórico acerca da emergência histórica dos chamados Estados Sociais. Problematicamos através da literatura as desigualdades históricas que atravessam a sociedade em diversas transformações promovidas pelo direito. Buscamos entender como os indivíduos e as instituições podem cooperar para a superação da naturalização das desigualdades na contemporaneidade. Fundamentamos nossa análise a partir da produção científica de instrumentos de monitoramento do avanço dos direitos em nível global, assim como dos instrumentos de fortalecimento das instituições, e dos movimentos sociais.

PALAVRAS-CHAVES: Estado social; desigualdades sociais; direitos humanos.

RESUMEN

En este artículo presentamos un ensayo teórico-conceptual, que tuvo como objetivo delinear los contornos del desarrollo teórico sobre el surgimiento histórico de los denominados Estados Sociales. Problematicamos a través de la literatura las desigualdades históricas que atraviesan la sociedad en diversas transformaciones impulsadas por la ley. Buscamos comprender cómo individuos e instituciones pueden cooperar para superar la naturalización de las desigualdades en la contemporaneidad. Basamos nuestro análisis en la producción científica de instrumentos para monitorear el avance de los derechos a nivel global, así como instrumentos para el fortalecimiento de instituciones y movimientos sociales

PALABRAS CLAVES: Estado social; diferencias sociales; derechos humanos

ABSTRACT

In this article, we present a theoretical-conceptual essay, with the objective of delineating the contours of theoretical development about the historical emergence of the so-called social states. We problematize the historical social differences that cross society in the various transformations promoted by law. It seeks to understand how individuals and institutions can cooperate to overcome the naturalization of social differences in contemporary times. We base our analysis on the scientific production of instruments for monitoring the progress of rights at a global level, as well as instruments for strengthening institutions, and social movements.

KEYWORDS: Social state; social inequality; human rights.



INTRODUÇÃO

“... el instrumento principal del todo poder es su seducción...” (A. QUIJANO)

O presente artigo aborda as experiências do Estado social na sociedade contemporânea, focalizando o problema da manutenção das desigualdades sociais em contraditória coexistência com os avanços na produção de leis e declarações para os direitos fundamentais. Como questão central, busca-se, a partir da literatura das ciências sociais, entender como os indivíduos e as instituições podem cooperar para a superação da naturalização das desigualdades. Defendemos a hipótese de que é necessário a produção científica de instrumentos de monitoramento do avanço dos direitos em nível global, assim como do fortalecimento das instituições, e dos movimentos sociais, uma vez que, sem uma ação conjunta e coordenada, os direitos são deliberadamente atacados.

Trata-se de um ensaio teórico-conceitual, que teve como objetivo delinear os contornos do desenvolvimento teórico acerca da emergência histórica dos chamados Estados Sociais, com a consequente afirmação institucional dos direitos correspondentes à concepção social da cidadania. Assim, enfocamos especialmente a questão das concepções históricas de direitos fundamentais e da cidadania, bem assim como as principais variantes históricas (e conceituais) dos Estados Sociais.

O analista do direito adota a máxima do a-juridicismo metodológico, isentando-se da tarefa, própria da filosofia do direito, de encontrar a fundamentação aos direitos do ser humano. Mas este ceticismo metodológicoⁱ não significa restringir-se a uma visão institucionalizada dos direitos humanos, o que conduziria o analista a se prender ao enigma da lei. Trata-se de passar da forma de conhecer filosófica (demonstração axiomática) para forma científica (demonstração não-axiomática), na pesquisa do fenômeno jurídico. O conhecimento científico adquire a especificidade de moderar as inclinações etnocêntricas, próprias das formas históricas de coletividade, relativizando as crenças sobre o significado de ser humano, ao mesmo tempo que não desconhece a luta nessas e dessas coletividades pela hegemonia da significação de humanidadeⁱⁱ.

A análise está tematicamente dividida em dois tópicos. O primeiro tópico, aborda a questão do avanço dos direitos civis e políticos concomitante à manutenção das desigualdades nessas nações pioneiras, seja entre homens e mulheres, seja, entre proprietários e despossuídos. O segundo tópico aborda como a afirmação histórica dos direitos sociais incorpora-se ao Estado social e posteriormente ao Estado democrático de direito, e quais as possibilidades de superação das desigualdades.

A CONQUISTA DA CIDADANIA: DA FUNDAMENTAÇÃO NO DIREITO NATURAL AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO UTILITÁRIO

Estado de direito e constituição

Antes de tratarmos do Estado social, precisamos situá-lo historicamente nas transformações do Estado de Direito e da cidadania na modernidade. Nos estudos da teoria geral do Estado (STRECK; MORAIS, 2000, p. 83; JELLINEK, 2000), compreendemos que o Estado e o direito moderno passam a ser “complementares e interdependentes” na segunda metade do século XIX, quando a necessidade por um controle do Estado torna-se um “dever histórico”, ou seja, quando o Estado nacional se materializa na lei ou mais especificamente na Constituição. É inevitável a transformação das instituições administrativas, políticas e jurídicas do estado-nação a partir da garantia dos direitos civis enquanto afirmação histórica dos direitos humanos fundamentais (COMPARATO, 2010; MARSHALL, 1967).

Temos na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, um conceito abrangente de direito que se firma pelo estatuto de fundamental, isto é, enquanto estrutura legal que definirá as demandas específicas e direcionadas à sociedade, para a construção de leis orientadas em princípios normativos. A Lei Fundamental da Alemanha induz a um



maior controle da finalidade dos atos institucionais que deliberam qualquer projeto de lei, uma vez que esses atos precisam e devem coincidir com as premissas fundamentais (análise de maior acuidade, é apresentada em *Teoria dos direitos fundamentais*, de Robert Alexy, 2008).

Fundamentação do direito utilitário no direito natural

A partir de filósofos clássicos, identificamos um sentido da ideia de direito natural, presente em *A política* de Aristóteles (2020), assim como em *Dos deveres* de Cícero (1999), ou ainda, em Sêneca (2016), este último pensando a ética estoica a partir da ideia de uma natureza humana. Portanto, apesar de não termos uma noção concreta do direito natural até a modernidade, podemos considerar que esses filósofos pensaram algo muito próximo desse conceito que será definido mais precisamente nos séculos XVII e XVIII.

Na modernidade o conceito de direito natural aparece mais explicitamente entre os iluministas, tendo em Thomas Hobbes, *O leviatã* (2003), um precursor do sentido de direito natural como um direito que existe no estado de natureza, pré-político, onde os mais fortes sobrevivem, e que seria extinto após a instituição do contrato social, onde o Estado institui a lei que imita o direito natural, ou seja, o direito de usar a força e impor a própria vontade nas relações sociais.

Entretanto, será John Locke, pensador iluminista inglês do século XVII, precursor do liberalismo político, em seu *Segundo tratado sobre o governo civil* (1994), quem trará a concepção de direito natural burguesa, que traz a premissa da necessidade do contrato social para a garantia do direito natural essencial da propriedade, incluindo a posse do próprio corpo e dos bens, fundamentando toda uma retórica liberal burguesa. Entre o século XVII e XVIII, Estado Unidos, França e Inglaterra, atravessaram transformações políticas que se tornaram modelos para a constituição dos direitos civis e políticos nos Estados que se estabeleceram, nos séculos seguintes, como Estados de Direito (*rule of law*). Não só uma mudança política, mas também uma mudança ideológica e cultural.

A Revolução Inglesa, processo que começou com a Revolução Puritana em 1640 e termina com a Revolução Gloriosa de 1688, com sua "*Bill of Rights*" inaugurou a supremacia parlamentar, pondo fim, segundo Comparato (2010, p. 105), pela "primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta", instituindo a separação dos poderes, o parlamentarismo, fortalecendo as instituições jurídicas e garantindo os primeiros direitos fundamentais. Observamos, já nesse recorte, grande contradição da evolução do direito civil e político na Inglaterra, precisamente pela lentidão com que o exercício da cidadania foi estendido às mulheres.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e a Constituição dos Estados Unidos de 1787, segundo Comparato (2010), também foram documentos que marcaram o surgimento da sociedade burguesa e o princípio da igualdade jurídica no Estado nacional que se constituía, onde o indivíduo toma a forma sujeito de direito, com as mesmas capacidades de praticar atos jurídicos, como descreve Saes em *Cidadania e classes sociais: teoria e história* (2016). Nesse contexto, podemos afirmar que a escravidão conviveu com o sistema republicano dos Estados Unidos por quase um século após a Declaração de Independência, o que demonstra que assim como na Inglaterra, as contradições da democracia burguesa persistiram por mais de um século. E se formos falar especificamente do sufrágio universal nos Estados Unidos, ele só se concretizou sem restrição, em 1965, porque até então, desde os anos 1920, só as mulheres brancas tinham direito ao voto, como nos lembra George Andrews (1985, p. 52).

Na França, como identifica Fernanda Bezerril (2008, p. 39), a contradição do processo revolucionário foi ainda mais excludente que na Inglaterra, uma vez que em 1789, as mulheres perdiam o limitado direito de voto que tinham desde o século XIV nas assembleias dos Estados Gerais. Como podemos identificar, tanto em Eidelwein e Silveira (2018), quanto em Comparato (2010), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789 traz em sua narrativa a retórica do "espírito universal" dos direitos humanos, assim como a idealização do sentido de soberania nacional, elementos que ao longo da história foram cristalizando-se nas constituições que se seguiram, inclusive sendo reafirmado seus compromissos na vigente Constituição da França de 1958 (V República). A cidadania é aludida em três dimensões: civil; política; e social, tanto na obra *Cidadania, classe social e status* (MARSHALL, 1967), para explicar a evolução da cidadania na Inglaterra, quanto na obra *Os bestializados* (CARVALHO, 1987) para analisar historicamente a sociedade brasileira, e essas três dimensões se transformam ao longo da história, seguindo as demandas sociais de cada contexto e conjuntura histórica que a sociedade atravessa.



Direitos Humanos e sociedade

As fases dos direitos, apesar das divergências teóricas, consideramos a partir de Bonavides (2004, p. 569) e Bobbio (2004, p. 09), a classificação em quatro gerações: a primeira geração, que traz o conceito de liberdade, isto é, das garantias civis e políticas, é um consenso; a segunda geração, que traz o conceito de igualdade, que se materializam nos direitos sociais, econômicos e culturais, e onde insere-se a análise deste artigo; a terceira geração, traz o conceito de fraternidade, fundamentando “o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”, o qual também fazemos algumas alusões; a quarta geração, que trazem o direito à democracia, o direito à informação, ao direito, ao pluralismo, e ao “patrimônio genético”, sendo que sobre essas duas últimas gerações as definições divergem.

A concepção de sujeito de direito, isto é, de que todos os indivíduos são cidadãos e têm direitos, é uma concepção iluminista, que vem junto com a premissa da igualdade de todos perante a lei. Alguns séculos depois essa concepção foi contestada, ainda que não exclusivamente, pela crítica dos movimentos sociais operários do século XIX, bem representada em *O manifesto do Partido Comunista*, onde Marx e Engels (2005), onde apontam o sujeito de direito enquanto um conceito fictício, uma vez que a igualdade de todos perante a lei era uma igualdade burguesa e ela exclui muitos da cidadania reproduzindo as explorações de classes. Nesses termos uma mudança nas estruturas sociais, é ao mesmo tempo uma mudança nas ideias que estão na base da crença social, dando o exemplo da ascensão do cristianismo que marcam a passagem da antiguidade para a idade média no ocidente, e do iluminismo que abre espaço para a modernidade ocidental, apesar de deixar explícito que a mudança que o comunismo propõe é a abolição dos “antagonismos de classe” (MARX; ENGELS, 2005, p. 57).

A partir da garantia da cidadania civil as reivindicações dos trabalhadores se voltaram para a cidadania política e social, o que era inevitável, disparando ao longo do século XIX, intensas mobilizações trabalhistas político-sociais na França, Alemanha e Inglaterra, assim como de movimentos feministas pelo sufrágio universal. Para Décio Saes (2016, p. 20-21):

[...] Na realidade histórica, só a postura das classes trabalhadoras diante da cidadania tende, de um modo geral, a ser dinâmica e progressiva, enquanto que a postura das classes dominantes (bem como do topo burocrático) tende, no mínimo, a ser estagnacionista, podendo, no máximo, ser *regressiva*.

Parafraseando Saes (2016), enquanto os direitos civis tinham uma função latente (MERTON, 1968), isto é, na consolidação do capitalismo industrial, e era de interesse das classes políticas dominantes, podemos dizer que os direitos políticos (sufrágio, etc.) foram conquistados por esforços das frações da classe trabalhadora, em especial do operariado urbano pela conquista de espaços de auto-organização e reivindicação de direitos, como a redução da carga horária de trabalho, reivindicações salariais e pela seguridade social.

Direitos Humanos: direito positivo e direito natural

Por que falar em direito natural é importante neste trabalho? Depois das revoluções burguesas, cada vez mais o direito se especializou e se transformou em uma ciência normativa, passou a ser considerado sinônimo de lei, o que podemos chamar de direito positivo, tendo como principal teórico o Hans Kelsen e sua *Teoria pura do direito* (1998). Compreendemos que para o mundo do direito, racionalizar o direito significou transformá-lo em algo previsível, operacionalizado de uma maneira técnica, por pessoas treinadas na ciência dos direitos. Consideramos ainda que houveram dois efeitos da racionalização do direito, um filosófico e outro político. O efeito filosófico, que nos interessa neste tópico, foi que cada vez mais o direito se separou da moral, se transformou em uma questão puramente técnica legal.

Consideramos, assim como Almeida (2017), que o holocausto levou a crise do positivismo jurídico kelseniano e a retomada do direito natural, uma vez que o nazismo e o holocausto aconteceram em um regime de plena legalidade e eficiência burocrática, criando esse grande dilema que a sociedade do segundo pós-guerra precisou enfrentar. Em sua obra *Eichmann em Jerusalém* (1999), Hannah Arendt usa o conceito de “banalidade do mal” para referenciar o comportamento do tenente-coronel nazista Eichmann em seu julgamento, assim como explicar que mesmo em um



Estado de direito, racional, podem desencadear crimes contra a humanidade, portanto, a banalização do mal. Essa releitura demonstra que o direito positivo entrou em crise após a II Guerra, corroborando na necessidade de encontrar um fundamento no direito fora da tecnicidade legal, uma retomada do direito natural, da moral e da justiça que será imprescindível após a II Guerra mundial.

Diante da necessidade de uma fundamentação para a teoria contemporânea de direitos humanos, retomamos a ideia de princípio da dignidade da pessoa humana do pensador alemão do século XVIII, Immanuel Kant, em sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes* (2007), que foi aplicada à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Kant, em sua obra, trouxe a ideia de que só poderia ser considerado um dever para um indivíduo, o que fosse aplicado a todos, mais especificamente o conceito de imperativo categórico kantiano. Desde então, a partir desse novo paradigma do direito, nenhum ser humano poderá ser tomado como um meio, não importando qual for o fim, portanto, todo ser humano é um fim em si mesmo, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

No primeiro momento focamos no direito liberal que através das demandas sociais por políticas públicas, abrirá espaço para o direito social. Neste segundo momento, com outro registro de discurso, consideramos que o direito natural está em oposição ao direito positivo, e esta classificação faz parte da teoria dos direitos humanos. Falar de direito natural, nestes termos, é buscar um fundamento filosófico anterior às leis escritas para a existência dos direitos humanos, ou seja, o direito natural decorre da natureza e da razão. Esse novo fundamento de direito natural a partir de Kant, como já afirmamos, se aplicará à Declaração Universal dos Direitos Humanos e conseqüentemente às constituições mais avançadas que surgiram com o fim da II Guerra Mundial.

Para Poulantzas (1978), o conjunto de leis derivadas das normas básicas ou a Constituição de uma comunidade política varia de acordo com os interesses específicos da força social hegemônica, o que pode em muito ilustrar os diferentes modelos constitucionais instituídos no México (1917), na Rússia (1918) e na Alemanha (1919), que mesmo tratando-se de modelos de Estados sociais em nossa análise, guardam divergências ideológicas que são produzidas pelo paradigma político-ideológico da força social hegemônica específica de cada nação. Pela interiorização dos valores básicos da ordem social na vida familiar e educacional, a socialização política, a origem social, as pressões dos grupos mais poderosos – todos estes fatores induzem o legislador a formular a lei na perspectiva da força social que conquista a hegemonia, ou seja, a capacidade em transformar os seus interesses específicos em objetivos geraisⁱⁱⁱ. A tábua de leis ou a Constituição se apresenta, então, como um conjunto político-jurídico, que deriva de um processo social regular, ao mesmo tempo que intervém em vista de configurar e estabilizar a dinâmica desse processo social^{iv}.

Na primeira fase do capitalismo - na qual prevaleciam os interesses do capital mercantil, uma vez que este capital controlava as cooperativas e as manufaturas na indústria nascente e dispunha de maior influência no direcionamento das políticas econômicas (monetária, fiscal, creditícia, cambial) do Estado, resultando disso tudo às atividades comerciais um rendimento superior frente às atividades produtivas -, o princípio da igualdade jurídica, concebido como uma lei de natureza, conferia às Constituições uma fundamentação natural, pela qual as leis do sistema jurídico assumem o caráter de hipóteses formais, ou seja, não necessariamente descrevem uma realidade histórica. É que não apenas convinha ao capitalismo mercantil as incertezas sobre o significado de humano nas sociedades primitivas e o sentido de natureza no ser humano - uma vez que se reforçava, por um lado, a violência do colonialismo e, por outro, a exploração do trabalho de mulheres e crianças -, como também facilitava o trabalho de racionalização pelos praticantes do direito, dado o teor axiomático dos princípios, tal como formulados pela escola contratualista (Hobbes, Locke, Rousseau).

Com a passagem ao capitalismo industrial, a partir da instalação do sistema de máquinas na empresa industrial e o redirecionamento das políticas estatais em seu benefício, as leis de natureza foram convertidas em princípios materiais, expressando as influências das doutrinas utilitarista (Bentham) e socialista (Saint-Simon). Os interesses industriais não podem operar com a expectativa de superexplorar a força de trabalho, pois isto bloqueia a passagem da mais-valia absoluta (jornada de trabalho) à mais-valia relativa (produtividade) como base da rentabilidade da empresa. Nesse sentido, torna-se funcional, à contenção do ímpeto de lucros imediatos da fração industrial e à indução das empresas a adotarem as estratégias de inovação técnica e de métodos de trabalho, uma política de ênfase nos princípios materiais do direito, normalizando o bem-estar da classe trabalhadora.



A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DA DIMENSÃO SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS

A transformação dos direitos sociais ao longo da história

No século XVIII, a sociedade testemunhou a fundação do estado liberal individualista e da universalidade, sendo que “a universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789” (BONAVIDES, 2004, p. 562). No século XX, testemunha-se a fundação do estado social e, mais uma vez, as instituições jurídicas são transformadas para a garantia dos direitos coletivos de reprodução social. A Constituição do México de 1917, a Constituição Russa de 1918 e a Constituição da Alemanha de 1919, e concordamos que as mesmas podem ser consideradas as primeiras experiências da afirmação histórica da dimensão social dos direitos humanos, mesmo guardando especificidades político-ideológicas bem definidas (ROBL FILHO, 2017; EICHENHOFER, 2017).

Streck e Moraes (2000, p. 86), dimensionam o Estado de Direito em três gerações: “ora como liberal”, “ora como social”, bem “como democrático”. Quando apresentam o estado social de direito, consideram que:

A adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial (STRECK; MORAIS, 2000, p. 88).

Em contraponto, Habermas discute “os paradigmas do Estado de direito” no segundo volume de sua obra *Direito e democracia*: entre a factividade e validade (1997, p. 186-187), fazendo uma crítica contundente aos determinantes políticos que constituíram o Estado social, considerando que:

[...] O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos [...]

Após o fim da Primeira Guerra, na Alemanha devastada, há um realinhamento político com a criação da primeira social democracia, que constroem um consenso em torno de um Estado social, e o materializam em sua constituição de Weimar, em 1919. Na perspectiva de Duverger (1970, p. 103), o sufrágio universal contribuiu para a formação dos partidos de massa, e é nessa conjuntura que surge na Alemanha, o Partido Social-Democrata alemão no pós-guerra. Essa reorientação política em meio a um caos econômico e social, segundo Trindade (2002, p. 168) produz uma “hipertrofia de poderes”, ao mesmo tempo em que se dá a ascensão do Partido Nazista, e de uma reforma constitucional que só aprofundou a crise centralizando o poder na mão do líder carismático que encaminhou a Alemanha para a II Guerra.

Compreendemos que a República de Weimar (1919), surge em um momento de extremo caos social na Alemanha, e muito das reformas sociais que foram concebidas na Constituição de 1919, não dirimiu a crise enfrentada. A República de Weimar foi um projeto incompleto e interrompido pela ascensão do Nazismo, mas que permanece paradigmático até hoje enquanto constituição social-democrata. Pode-se compreender que os direitos sociais, ou mais abrangentemente “os direitos de segunda geração”:

[...] Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao



princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula (BONAVIDES, 2004, p. 564).

A década de 1920, e principalmente após a crise de 1929, economistas como o britânico John Keynes (1996), e o polonês Michal Kalecki (1977), analisam a questão da demanda efetiva e os determinantes dos ciclos econômicos, apontando para a necessidade da intervenção do Estado na economia e na infraestrutura social, influenciando toda uma geração de cientistas e construindo as bases do Estado social capitalista.

A característica do poder centralizado na mão de um líder para a implementação do modelo de Estado social, é recorrente, e podemos exemplificá-la na experiência norte-americana nos anos de 1930, conjuntura na qual o presidente Franklin Roosevelt implementou o *new deal*. Também podemos ilustrar a política de Vargas na ditadura estadonovista (1937-1945), na qual foram aprovadas legislações trabalhistas de grande repercussão social, e que foram aperfeiçoadas pela vigente Constituição (1988) democrática brasileira.

Transformações do Estado social no segundo pós-guerra

A Organização das Nações Unidas (ONU), “concebida depois de complexas negociações”, funda-se tendo como objetivos principais a “promoção do pacifismo, da defesa dos direitos humanos e do desenvolvimento econômico-social dos Estados” (MALHEIROS, 2016, p. 15). Em 1948 é adotada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dos Artigos 22º ao 26º, afirmam a garantia dos direitos à segurança social, ao trabalho equitativo e satisfatório, ao lazer, à habitação adequada e à educação. Para Bobbio (2004, p. 20-21):

[...] O campo dos direitos sociais, finalmente, está em contínuo movimento: assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes nem de prever. A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.

Na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949), observamos que o termo “social” não é citado mais que nove vezes. No artigo vigésimo, lê-se os princípios constitucionais: “A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social” (ALEMANHA, 2011; EICHENHOFER, 2017). A França, em suas constituições de 1946 (IV República) e 1958 (V República), contempla o princípio da “democracia político-social”, que inspirou “quase totalidade dos sistemas jurídicos, principalmente a partir da derrocada de regimes ditatoriais no Sudoeste e Leste Europeu, na América do Sul, dentre outros” (NOBRE JÚNIOR, 2014, p. 127).

Ao contrário do que defende Habermas (1997), quando afirma que após a II Guerra o estado social é superado pelo estado democrático, observamos que há uma oxigenação do estado social na europa, isto é, com a criação da ONU, a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Pactos Internacionais pelos direitos, aprofundam-se as possibilidades realização do Estado social no capitalismo. O que não quer dizer que ignoramos as contradições inerentes ao modelo de estado social. Em 1966 são adotados separadamente pela Assembléia Geral das Nações Unidas o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que entraram em vigor depois de dez anos (MALHEIROS, 2016).

Com relação aos pactos internacionais, Bobbio (2004, p. 37), considera que há divergências pela ratificação do pacto pelos direitos de segunda geração, especialmente pelos países de tradição política liberal. A baixa ratificação dos Estados membros pode também estar ligada a crise política e econômica promovida pela insustentabilidade do modo de produção capitalista e do consumismo que realimenta o processo de acumulação e reprodução das desigualdades sociais, econômicas e culturais. Consideramos ainda que os esforços neoliberais por espaços políticos e ideológicos, culminam no consenso de Washington (1989) enquanto um esforço muito claro para manutenção da posição de dependência dos Estados em crise.



Recessão do capitalismo e adaptação do Estado social a partir dos anos 1970

Quando apontamos para os Estados sociais a partir dos anos de 1970, temos a literatura de Eichenhofer (2017) e de Esping-Andersen (1991), que caracterizam-no em três modelos de economia política: o modelo escandinavo; o modelo continental; e o modelo anglo-saxão. Outros autores, utilizam a categoria abrangente de Estado social, dando ênfase aos processos contraditórios de acumulação e desigualdades, e da necessidade de emancipação política, como Boschetti (2020; 2018), assim como sobre a centralização das funções sociais, analisado por Lefèvre e Dovoux (2016) e criticado por Habermas (1997).

Como apontado por Guimarães (2015, p. 617), as altas taxas de crescimento econômico favoreceram as décadas de 1950 e 1960 que possibilitou a ascensão do Estado social, no entanto, um sistema de produção que tem como finalidade a acumulação de capital em um mundo finito, é insustentável, como observado em *Teoria da dinâmica econômica: ensaio sobre as mudanças cíclicas e a longo prazo da economia capitalista*, de Michal Kalecki (1977).

Nos anos de 1970, os países de capitalismo menos avançado, sofrem mais tragicamente com as crises políticas locais, inflação, desemprego, autoritarismo que se alinham muito especialmente ao imperialismo norte-americano, e como se não bastasse a nivelção dos trabalhadores a um salário mínimo, surge das cinzas o ideal neoliberal de não intervenção do Estado na questão social (CASTEL, 1998).

As respostas à crise do Estado social na conjuntura dos anos de 1970, na perspectiva de Guimarães (2015, p. 618) e de Esping-Andersen (1991), foram o “neoliberalismo”, e as duas variantes de estado social, a escandinava, e a variante continental:

[...] A rota liberal individualizou os riscos, focando no “estímulo” ao trabalho e ampliando as desigualdades. A rota continental privilegiou a proteção ao trabalhador segurado e ampliou a divisão insiders-outsiders, passando, aos poucos, a introduzir medidas que promovessem maior flexibilidade. A rota escandinava fez ajustes e recuos pontuais, socializando os riscos e reformulando as políticas de emprego [...] (GUIMARÃES, 2015, p. 628-629).

Com todas essas declarações, constituições e pactos internacionais, a possibilidade de medição da aplicação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, pelas nações, torna-se uma questão relevante para as ciências sociais. Como exemplo, identificamos alguns instrumentos de análise do cumprimento dos direitos pelos países signatários dos pactos internacionais, que são identificados na literatura atual. São apresentados considerações sobre os avanços e retrocessos dos direitos civis e políticos (MAINWARING et al, 2001), assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais (RANDOLPH et al, 2010, FUKUDA-PARR et al, 2009).

Em um estudo crítico dos índices de democracia, que apresenta uma metodologia para classificação de regimes democráticos de dezenove países da América Latina, observamos a possibilidade de se mapear o progresso dos direitos políticos e civis, e a importância desses dados para uma defesa pública dos direitos fundamentais. Mainwaring e outros autores (2001, p. 646) aplicam um método tricotômico e defendem “que as classificações dicotômicas não são suficientemente sensíveis às variações de regimes, porque muitas caem em uma zona semidemocrática intermediárias”, fazendo uma crítica aos métodos de classificação dicotômica, como da Freedom House, entre outros, que produzem resultados limitados para situações políticas mais complexas.

Outro trabalho relevante, neste caso, para mapeamento do cumprimento de direitos sociais, econômicos e culturais é o índice SERF (Social and Economic Rights Fulfillment), que analisa o acesso à saúde, à alimentação, à moradia de qualidade, à trabalho digno, à educação de qualidade (RANDOLPH et al, 2010; FUKUDA-PARR et al, 2009), o objetivo desse estudo para a defesa dos direitos de segunda geração, é construir dados objetivos para o diagnóstico do exercício da cidadania social, e podem ser utilizados por advogados e ativistas, para pressionar Estados a adotarem uma postura afirmativa na garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais enquanto direitos fundamentais, ou seja, indispensáveis para a coesão social.

Alexy (2008), produz uma teoria relevante sobre a afirmação dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais sociais. Conde-Pumpido Touron (1994) faz uma análise sobre a expectativa social do controle da legalidade, e aqui já podemos ver uma relação com a tese da racionalidade comunicativa de Habermas (1997). O professor Gabriel Silveira (2020), aprofunda nos estudos sobre a relação entre cultura e justiça, para defender a tese de que não basta termos instituições e formas jurídicas semelhantes a outros países, como França e Estados Unidos, uma vez que não compartilhamos os mesmos valores e atitudes culturais.



As práticas do ativismo judicial são defendidas quando há o descumprimento do preceito fundamental, isto é, quando são violentadas os direitos da dignidade humana. O exemplo mais evidente no Brasil, se deu em 2019, quando o STF enquadrando homofobia e transfobia como crimes de racismo. Apesar de que nesse caso o exemplo é positivo, uma vez que ambos atacam o princípio dignidade humana, como podemos identificar, se os instrumentos de defesa dos direitos sociais fundamentais estão em um processo de fortalecimento.

Os instrumentos de classificação de cumprimento dos direitos econômicos, sociais, e de classificação de regimes democráticos, são um termômetro importante para o progresso econômico e social em níveis globais, possibilitando acompanhamento e ações pelos direitos humanos. A crítica que fazemos ao postulado do direito, é no sentido dele funcionar muito bem no campo abstrato, mas não ter dado conta das mazelas reais que a sociedade enfrenta. No Brasil, a justiça social é comparável aos princípios filosóficos que se esmeram nas declarações universais, e parafraseando Jessé de Souza (2009), o que assistimos é a invisibilização da ralé.

Igualdade e liberdade

Os direitos humanos na “sociedade capitalista contemporânea”^v aparecem num leque de normas - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) -, cujos elementos mais simples são a igualdade e a liberdade. A nossa exposição passa, assim, a considerar estes componentes.

A igualdade é o núcleo dos direitos humanos, já que a relação de equivalência antecede historicamente a cidadania (o indivíduo livre). Essa igualdade é, por um lado, formal: “todos são iguais perante a lei” (Declaração/1948, Artigo 7º) e, por outro, material: o direito ao trabalho, à educação, ao lazer, à proteção social. Por sua vez, a liberdade torna-se o centro dos direitos de cidadania, pois o governo da separação cidade e campo ou o governo estatal, residente na cidade, projeta inicialmente o proprietário de meios de produção como indivíduo livre em oposição ao produtor direto enquanto indivíduo não livre ou escravo, condição para que o proprietário retire do produtor direto um sobretrabalho, a ser em parte transformado em receita fiscal do Estado (PACHUKANIS, 2017).

O desenvolvimento da cidadania, desde o escravismo ao capitalismo, resultará na inclusão plena, ou seja, igualitária, do produtor direto, o trabalhador assalariado, na categoria de indivíduo livre. Por isso, a distinção de ser humano, essencialmente igualitário, e indivíduo cidadão, fundamentalmente livre, implícita na legislação da sociedade moderna, torna-se justificada, mesmo se o elenco das normas declaradas induza se pensar a identificação de Homem e Cidadão. Por que a tendência do discurso institucional no direito contemporâneo em dizer que os seres humanos vêm ao mundo com as vestes de cidadãos? Trata-se de eternizar aos olhos dos praticantes do jogo social as regras da divisão Estado e sociedade, correlata da cisão de proprietários dos meios de produção e possuidores de força de trabalho (PACHUKANIS, 2017).

Ainda que não aprofundamos na tese de Ernest Mandel, em *O capitalismo tardio* (1982, p. 350), de que “a conquista do poder político e a demolição do aparelho de Estado burguês pelos produtores associados” é um elemento inevitável para a supressão das desigualdades estruturais e da exclusão social, consideramos que essa possibilidade, no entanto, precisa de uma análise específica, uma vez que concordamos com Mandel, quando considera que todo avanço no campo dos direitos sociais está imerso em grandes contradições, mas acreditamos que para qualquer avanço no sentido do socialismo, há de se contar com uma prévia transformação do comportamento da sociedade.

CONCLUSÃO

O engajamento da sociedade civil, cientistas sociais, e o poder judiciário, enquanto as principais frentes de defesa e conquista, precisam superar os instrumentos jurídicos, por isso a necessidade da ratificação^{vi} dos pactos internacionais pelos países signatários, uma vez que se produz instituições e instrumentos legais para a tomada de decisões em defesa do indivíduo e da coletividade. Como problematizamos no início deste artigo, acreditamos ser necessário a produção científica de instrumentos de monitoramento dos direitos em nível global, assim como do fortalecimento das instituições e dos movimentos sociais, uma vez que, sem uma ação colaborativa, os direitos são intencionalmente escamoteados.



Em nossa análise, identificamos que a questão do avanço dos direitos civis e políticos não impediram a manutenção das desigualdades, e pudemos ver os casos da Inglaterra, Estados Unidos e França. Acreditamos que a afirmação histórica dos direitos sociais, foram elementos extremamente importantes desde a garantia de direitos que incorporaram o Estado social, até no aperfeiçoamento da constituição do Estado democrático de direito, no entanto, para a superação das desigualdades faz-se necessário uma distribuição equitativa das riquezas culturais e materiais que a sociedade acumula, portanto, não podemos aceitar a naturalização e invisibilização da raça,

Se há uma possibilidade de avanço cultural e científico, ele precisa ser compartilhado com a sociedade e com o campo do direito, que não pode se abster do fortalecimento das instituições e dos movimentos sociais. A partir da literatura das ciências sociais, acreditamos que os indivíduos e as instituições devem cooperar para superação das desigualdades, utilizando os instrumentos produzidos pela própria sociedade, desde suas riquezas materiais, nas leis, nas ciências, na cultura e na filosofia, e que a coletividade forje a superação do individualismo.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Aprovada em 23 de maio de 1949 em Bonn. Deutscher Bundestag: Berlin, 2011

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDREWS, George Reid. O negro no Brasil e nos Estados Unidos. *Lua Nova*, São Paulo, v. 02, n. 01, p. 52-56, jun. 1985. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451985000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 10/09/2020.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Lafonte, 2020.

BEZERRIL, Fernanda Daniella de França. *Entre o privado e o público: esboço para uma história política do direito ao voto feminino*. Monografia (Bacharel em Ciências Sociais) - Departamento de Ciências Sociais. Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2008. Disponível em: <<http://www.cchla.ufpb.br/caos/n13/daniella.pdf>>. Acesso: 10/09/2020.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSCHETTI, I. Crítica marxista do estado social e dos direitos no capitalismo contemporâneo. In: BOSCHETTI, I; BEHRING, E. R.; LIMA, R. de L. (orgs.). *Marxismo, política social e direitos*. São Paulo: Cortez, 2018. [p. 73-88]

_____. Limitações do estado social capitalista contemporâneo: expropriações, acumulação, exploração e violência. *JMPHC*, v. 12, p. 1-12, 2020. Disponível em: <<https://www.jmphc.com.br/jmphc/article/view/980>>.

CARVALHO, José Murilo de. República e cidadanias. In: _____. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Cia das Letras, 1987.

CASTEL, Robert. A sociedade salarial. In: *As metamorfoses na questão social*. Petrópolis: Vozes, 1998.

CERRONI, Umberto. *Política*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, ----.

CÍCERO. *Dos deveres* (De officiis). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONDE-PUMPIDO-TOURÓN, Cándido. Sociedad, democracia y justicia. *Jueces para la democracia: información y debate*, n. 21, Madrid, 1994, p. 19-24. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2527950.pdf>>.

DUVERGER, Maurice. *Os Partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

EICHENHOFER, E. Juristen und Sozialstaat in der Weimarer Republik. *Soziales Recht*, v. 7, n. 1, p. 2-19, 2017. Disponível em: <www.jstor.org/stable/44651323>.



EIDELWEIN, Tamires; SILVEIRA, Gabriel Eidelwein. *Aux armes citoyens!:* revolução francesa, iluminismo e direitos humanos. Porto Alegre: CirKula, 2018.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do welfare state. *Lua Nova*, n. 24, p. 85-116, 1991. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64451991000200006>>.

FERREIRA, Marcilene Aparecida. Pacha Mama: os direitos da natureza e o novo constitucionalismo na América Latina. *Revista de Direito Brasileiro*, v. 4, p. 400-423, jan./abril 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2013.v4i3.2644>>.

FUKUDA-PARR, Sakiko; LAWSON-REMER, Terra; RANDOLPH, Susan. An Index of Economic and Social Rights Fulfillment: Concept and Methodology. *Journal of Human Rights*, v. 8, p. 195-221, 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/14754830903110194>> .

GUIMARÃES, Alexandre Queiroz. Economia, instituições e estado de bem-estar social: respostas à nova configuração do capitalismo pós-1970. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 58, n. 03, p. 617-650, 2015.

HABERMAS, Jürgen. Os paradigmas do estado de direito. In: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Ciudad de México: FCE, 2000.

KALECKI, Michal. *Teoria da dinâmica econômica: ensaios sobre as mudanças cíclicas e a longo prazo da economia capitalista*. São Paulo: Nova Cultura, 1977.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

KEYNES, J. M. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Atlas, 1996.

LEFÈVRE, Sylvain; DOVOUX, Nicolas. *État social et pauvreté: présentation du thème*. Lien social et politiques, n. 75, p. 90-96, 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.7202/1036294ar>>.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Race et histoire. In: *Anthropologie structurale deux*. Paris: Plon, 1996

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.

MAINWARING, Scott, BRINKS, Daniel. PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Classificando Regimes Políticos na América Latina (1945-1999). *Dados*, v. 44, n. 4, p. 645-687, 2001. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52582001000400001>>.

MALHEIROS, Emerson. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MANDEL, Ernest. *O capitalismo tardio*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo, 2005.

MERTON, Robert. A ciência e a estrutura social democrática. In: *Ensaios de sociologia da ciência*. São Paulo: Editora 34, 2013.

_____. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

NOBRE JUNIOR, E. P. Uma ideia de Constituição. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 111-145, Jan. 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>>.

PACHUKANIS, Evguêni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.

POULANTZAS, Nicos. *As classes sociais no capitalismo de hoje*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

RANDOLPH, Susan; FUKUDA-PARR, Sakiko; LAWSON-REMER, Terra. Economic and Social Rights Fulfillment Index: Country Scores and Rankings. *Journal of Human Rights*, v. 9, n. 3, p. 230-261, 2010. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/14754835.2010.501257>>



ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constituição mexicana de 1917 e os avanços dos direitos sociais no Brasil. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 36, p. 361-363, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.36.10871>>

SAES, D. A. M. de. *Cidadania e classes sociais: teoria e história*. São Bernardo do Campo: Metodista, 2016.

SÊNECA. *Edificar-se para a morte*. Petrópolis: Vozes, 2016.

SILVEIRA, Gabriel Eidelwein. *Democracia e justiça: uma abordagem comparativa*. Ponta Grossa: Atena, 2020. v. 1. 202p.

SOUZA, Jessé. A má-fé da sociedade e a naturalização da ralé. In: SOUZA, Jessé et al. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. O estado de direito. In: *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. [p. 83- 96]

TRINDADE, José Damião de Lima. *Direitos sociais: a prática transforma a teoria*. In: _____. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

VASCONCELOS, J. E. *Direito: da forma jurídica à hegemonia*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

ZANIN ARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, R. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

NOTAS

ⁱ Cf. MERTON, Robert. A ciência e a estrutura social democrática. In **Ensaio de sociologia da ciência**. São Paulo: Editora 34, 2013.

ⁱⁱ Cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. Race et histoire. In **Anthropologie structurale deux**. Paris: Plon, 1996.

ⁱⁱⁱ Cf. VASCONCELOS, J. E. **Direito: da forma jurídica à hegemonia**. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Diz-nos o autor, apoiado em Antonio Gramsci: “a política pode ser entendida enquanto relação que visa a transformar interesse particular em universal” (p. 140).

^{iv} Cf. CERRONI, Umberto. **Política**. São Paulo: Brasiliense, 1993. Cap. 5: Instituições (p. 145-79). Afirma Cerroni: “qualquer lei é articulada por dois elementos interconectados: o elemento imperativo consistente numa vontade munida de força e o elemento cultural consistente numa disposição racional, emanada por uma autoridade legitimada” (p. 157).

^v Cf. CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. São Paulo: Xamã, ----.

^{vi} A ratificação de um pacto por um Estado-parte demonstra a adesão dele ao tratado. Os protocolos facultativos irão versar sobre especificidades do tratado (por ex.: formas de acesso aos instrumentos de execução, direitos reservados aos Estados-parte, mecanismos de efetivação, etc) e também precisam de ratificação. Em ambos os casos é necessário um número mínimo de ratificações para entrar em vigor.



ORIGEN DEL DERECHO FAMILIAR: LA FAMILIA MÁS ALLÁ DE ROMAⁱ

ORIGEM DO DIREITO DE FAMÍLIA: A FAMÍLIA ALÉM DE ROMA

ORIGIN OF FAMILY LAW. THE FAMILY BEYOND ROME

MENDOZA, MAURICIO IVÁN VARGAS

Profesor Investigador Jurídico, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0290-8250>; Universidad Autónoma de Baja

California, ROR: <https://ror.org/05xwcq167>

E-mail: vargasm38@uabc.edu.mx

RESUMEN

En la teoría jurídica del derecho moderno, se construyó una historia y filosofía ideal hegeliana, en ella, el derecho se instauró en una historia europea creada, enseñada y globalizada por colonialidad del ser-saber, esto conlleva que el origen de muchas instituciones o ramas del derecho sea considerado en Grecia o Roma, algunas con fortuna en Egipto o Mesopotamia, el derecho civil en general y familiar en específico no se encuentran exentos de esto, en los libros de estudio y programas de la licenciatura en Derecho, el derecho familiar aparece su origen en Roma o al menos, se menciona que Roma lo codificó y procuró de mejor manera en el mundo antiguo —esto se encuentra alejado de la realidad, al menos los indicios lo indican—, por otro lado, en la actualidad se conocen 5 a 7 culturas pilares de la humanidad, se las conoce con este nombre, porque son culturas sin antecedente cultural conocido, el objetivo de este artículo es conocer la forma familiar en Mesopotamia, Bantú —la costa centro y este de África, China y culturas pre-americanas, usando una metodología documental, dialógica y crítica. En esta investigación se encontró que el derecho familiar tiene un origen complejo en estas culturas, desde la poligamia hasta el matriarcado, lo cual, otorga una narrativa histórica diversa.

PALABRAS-CLAVES: Derecho civil, derecho familiar, antecedentes derecho familiar, culturas pilares de la humanidad.

RESUMO

Na teoria jurídica do direito moderno construiu-se uma história e uma filosofia hegeliana ideal, nela, o direito se estabeleceu em uma história europeia criada, ensinada e globalizada pela colonialidade do ser-saber, isso implica que a origem de muitas instituições ou ramos do direito é considerado na Grécia ou em Roma, alguns felizmente no Egito ou na Mesopotâmia, o direito civil em geral e o direito de família em particular não estão isentos disso, nos livros de estudo e programas de graduação em Direito, o direito de família aparece sua origem em Roma ou, pelo menos, menciona-se que Roma a codificou e buscou melhor no mundo antigo —isso está longe da realidade, pelo menos as indicações o indicam—, por outro lado, atualmente é Eles sabem 5 para 7 culturas pilares da humanidade, são conhecidas por este nome, pois são culturas sem fundo cultural conhecido, o objetivo deste artigo é conhecer a forma familiar na Mesopotâmia, Bantu —o c da África Central e Oriental, China e culturas pré-americanas, utilizando uma metodologia documental, dialógica e crítica. Nesta investigação constatou-se que o direito de família tem uma origem complexa nestas culturas, desde a poligamia ao matriarcado, o que proporciona uma narrativa histórica diversificada.

PALAVRAS CHAVES: Direito Civil, Direito de Família, Antecedentes de direito da Família, Pilares culturas da humanidade.

ABSTRACT

In the legal theory of modern law, an ideal Hegelian history and philosophy was built, in it, the law was established in a European history created, taught and globalized by coloniality of being-knowledge, this implies that the origin of many institutions or branches of law is considered in Greece or Rome, some with fortune in Egypt or Mesopotamia, civil law in general and family law in particular are not exempt from this, in the study books and programs of the degree in Law, family law appears its origin in Rome or at least, it is mentioned that Rome codified it and tried it better in the ancient world —this is far from reality, at least the indications indicate it—, on the other hand, currently 5 7 pillar cultures of humanity, are known by this name, because they are cultures without known cultural antecedents, the objective of this article is to know the family form in Mesopotamia, Bantu —the central coast North and East Africa, China and pre-American cultures, using a documentary, dialogical and critical methodology. In this research it was found that family law has a complex origin in these cultures, from polygamy to matriarchy, which gives a diverse historical narrative.

KEYWORDS: Civil law, family law, family law background, pillar cultures of humanity.

NOCIONES DEL DERECHO CIVIL Y LA CONTRA HISTORIA

El derecho civil siguió como el resto del derecho moderno europeo y poscolonial, por el conjunto de teorías de justicia e historia “universal” en el Derecho construidas por la modernidad y continuadas en la posmodernidad, así como por la colonialidad del ser saber dirigida en occidente desde Europa en los últimos 500 años, propició en los programas de Derecho la réplica de una serie de teorías jurídicas con línea evolutiva desde la antigua Roma —a veces Grecia o Egipto—, iniciando por los compiladores romanos, sobre todo el documento de compilación más usado es el Digesto (Martín Minguijón, 2015). La razón de lo anterior, es que el derecho moderno se construyó como teoría o paradigma en Europa hace poco más de 200 años, filosóficamente se siguió una línea de Roma hacia Agustín de Hipona, Juan Escoto, Isidoro de Sevilla o Boecio —Edad Media—, Guillermo de Ockam, Tomás de Aquino —Renacimiento—, Rene Descartes, John Locke, David Hume, Immanuel Kant, Hegel y Marx —Modernidad Inglaterra-Francia y Alemania—, Foucault, Derrida, Rorty, Jameson, Butler, John Rawls, Vattimo, Habermas, Apel —Modernidad tardía o Posmodernidad—. Lo anterior propicia parte del desperdicio de la experiencia, siendo la crisis del paradigma predominante, el resultado combinado de una pluralidad de condiciones teóricas y sociales (De Sousa Santos, 2018), por ello, este espacio pretende rescatar las culturas pilares de la humanidad y algunos conceptos genéricos que pueden servir para transitar hacia una reformulación de la justicia civil.

Por otro lado, el derecho civil moderno en México comenzó con las leyes de reforma y la llegada del código napoleónico mediante Maximiliano I de Habsburgo y por ello, la escuela exegética en esa fecha ya en decadencia, pero antes de conocer la historia construida en la modernidad para soportar el derecho civil —y en el caso específico de esta investigación, el derecho familiar— es necesario comenzar afirmando que el derecho familiar no surgió en Roma. Hasta ahora se conocen al menos 7 culturas pilares de la humanidad, culturas que no tienen antecedente histórico conocido previo y dentro de esa reconstrucción histórica necesaria, es importante mencionar el proceso mexicano que cuenta con análogos en América.

ANTECEDENTES DEL DERECHO FAMILIAR. ¿POR QUÉ NO TODO INICIO EN GRECIA?

Antes de comenzar, se hace la advertencia al lector, que las próximas 2 páginas no parecen de derecho, la intención es intentar explicar desde la psicología genética, una especie de trastorno ocurrido en América colectivamente. La psicología genética es una rama de la ciencia que hace 30 años comenzó a separarse como programa de investigación en términos de Irme Lakatos (Hernández Escobar, Pedro, Miladys, Indacochea Ganchozo, & Joffre, 2018), José Antonio Castorina ya lo planteaba en 1993 (Castorina, 1993), los autores principales de esta corriente naciente son: Piaget, Vigotsky y Wallon, nació como genética concepto referido a origen, no restringido a la biología como el actual, pero en 2004 comenzó matizarse con el actual, por los avances en la materia, en el artículo académico denominado “*Genética y Psicología: el nuevo paradigma*” (Clavijo Montoya, 2004), se presentó los avances en materia de genética hasta el 2004 y se plantea la relación con la psicología, la posibilidad de conservación de recuerdos y la interacción de la mente con el ambiente y entorno.

En el ser humano la amnesia infantil es un proceso común, Héctor Gallo explicó como el diccionario relaciona el olvido con la memoria, sin embargo,

Conciencia y memoria “se excluyen mutuamente”(Freud, 2016). Esta idea se consolidará definitivamente en la obra freudiana con el descubrimiento del inconsciente, instancia que desde un punto de vista tópico se define como un archivo en el que se almacenan recuerdos duraderos, pero que en un sentido dinámico se relaciona con modos de satisfacción favorables a la compulsión repetitiva

Ahora bien, entre el olvido y recuerdo existe una íntima relación, pues si lo olvidado hace parte de un pasado que se inscribió como huella psíquica en el inconsciente, no se olvida lo por venir sino lo sucedido(Gallo, 2004, págs. 70-71)



El olvido en el ser humano se relaciona con el recuerdo, porque lo ocurrido en la existencia queda fijado en el inconsciente a pesar de omitir el suceso. Los seres humanos olvidamos lo sucedido en los primeros años de vida, pero esos recuerdos a pesar de estar omitidos siguen presentes y determinan en gran medida el comportamiento humano, el carácter en el ser humano se forma mediante una memoria genética colectiva y la conformación de los primeros años de vida, esto no determina el comportamiento del ser humano, porque la mente va cambiando con el tiempo, pero influye en su personalidad hacia las situaciones del entorno. Es evidente ahora que la personalidad aparece relacionada a la complejidad, Cloninger será quien integra mediante la crítica a los reconocidos cinco grandes, sobre la estructura y formación de la personalidad humana en 1993:

Cloninger plantea que la estructura fenotípica de la personalidad difiere de la estructura biogenética subyacente, porque la valoración conductual observada es el resultado de la interacción de la influencias genéticas y medioambientales. Así, por ejemplo, aunque extraversión y psicoticismo están compuestos por elementos genéticamente independientes, comparten aspectos medioambientales comunes(Dolcet i Serra, 2006)

Por otro lado, uno de los síntomas del Trastorno por Estrés Postraumático, es la pérdida de recuerdo del suceso, o su recuerdo difuso-distorsionado. Recientes estudios demuestran que entre el 40-90 % en comunidades de personas, han sido expuestas durante su vida a un estrés postraumático, lo que se consideró en la 4ta. reunión del Grupo de Consenso Internacional sobre Depresión y Ansiedad, llevada a cabo en Montecatini, Italia, en abril de 1999 (Lino Palacios, 2002), uno de los factores de riesgo para su padecimiento crónico, es sufrirlo a temprana edad, el adulto no recuerda el suceso, pero este se encuentra presente y arraigado en su comportamiento. Los efectos en el individuo con trastorno postraumático son:

Altos índices de falla escolar, ingresos más bajos y más problemas interpersonales comparados con la población en general, además la edad de inicio del trastorno mental tiene un valor predictivo sobre los logros en los ámbitos educativo, de natalidad, marital y económico(Lino Palacios, 2002)

Además, en estos trastornos la comorbilidad (Lino Palacios, 2002) es alta. En resumen, el olvido de la persona humana se encuentra relacionado con el recuerdo, aunque en el inconsciente, este se encuentra en los comportamientos presentes, lo que Xavier Zubiri llamó la actualización de lo real, en respectividad. Ese intento humano por recordar su pasado, cuando describe nuestra situación intelectual donde el ser humano y su razón creyó ser todo, y se perdió a sí mismo, se encontró en la soledad absoluta, sin algún elemento al cual recurrir,

pero si por un esfuerzo supremo, logra el -ser humano- replegarse sobre sí mismo, siente pasar por su abismático fondo, como umbraesilientes, las interrogantes últimas de la existencia humana. Resuenan en la oquedad de su persona las cuestiones acerca del ser, del mundo y de la verdad(Zubiri, 2007)

Nuestra situación intelectual resulta más trágica, es similar a la niña o niño que no recuerda los sucesos de su infancia, pero que, sufrió un trastorno postraumático severo. Este trastorno —el proceso de conquista— le impide recordar el suceso previo, sin embargo, ese suceso se encuentra presente en la realidad actuante-respectiva, actualizada.

Haciendo una analogía con la personalidad humana y nuestra situación intelectual, México, Centroamérica, centro y Estados Unidos de América comparten la misma situación intelectual, se sufrió un trastorno que bloqueo esos recuerdos de forma generacional, se realizó una mezcla de culturas, pero esos recuerdos culturales barrocos (Beuchot, 2012) siguen presentes en la memoria-genética-trascendental, además influyeron en el Europeo, ese que sin darse cuenta del porque su vida, su existencia espacial temporal fue modificada, parecido al caso de Rene Descartes, que su racionalismo surgió con la analogía de las ciudades parejas nuevas en Europa de su época, sin percatarse, que la planeación, parece provenir de las ciudades Pre-americanasⁱⁱ. Actualmente nos encontramos con recuerdos difusos y olvidados que fueron creados por una de las culturas pilares de la humanidad, culturas que no cuentan con antecedente histórico conocido por la ciencia, imitando técnica, teorías, historia, cultura y tradiciones de otras realidades espaciales temporales, con



una historia olvidada, pero presente en los recuerdos de sus actuales pobladores, esto en el subconsciente y comportamiento de la actualización de lo real de sus pobladores. Por esto, es necesario recuperar la memoria.

Esos recuerdos que fueron implantados mediante el matiz barroco colonial, así Europa reconstruye su origen a partir de Roma y en algunos casos ya del siglo XX se menciona Grecia y Egipto, pero ello, no constituye la historia universal de toda la humanidad, esa se conforma del conjunto de pensamientos a lo largo de la humanidad, esas culturas pilares de la humanidad, ya contenían normas jurídicas relacionadas con la respectividad familiar. A continuación, se narra algunas de las culturas pilares de la humanidad, culturas que no cuentan con antecedente conocido, posteriormente se narra algunos tipos de familia en esas culturas y sus normas jurídicas.

CULTURAS SIN ANTECEDENTE HISTÓRICO CONOCIDO

En el libro el choque de las civilizaciones (Huntington, 2015), se estableció un fundamentalismo Norteamericano que observa con temor el crecimiento de la civilización principalmente asiática dirigida por el naciente crecimiento económico de China que inició en 1978, en este se estableció la cultura occidental —con el nombre de civilización— y en el centro de esa cultura, la forma de vida norteamericana de la costa este, el consumismo y libre mercado, aquí se confundió la forma naciente cultural americana, con el centro cultural de occidente, pero sí reconoce a China, India, norte de África y Mesopotamia, como culturas fuertes en la actualidad, esto lleva a la afirmación de varios autores como Enrique Dussel —China, Mesopotamia, Egipto, Anáhuac, Andinos, Mayam— (Dussel, Mendieta, & Bohórquez, 2018), Francisco Gutiérrez (Gutiérrez) —Grecia, Roma y Oriente—, Guillermo Marín —China, Mesopotamia, Egipto, India, México y Andinos (Marín, 2010, pág. 4)—. En varios escritos occidentales se tomó únicamente a Grecia como la cuna de la Civilización —refiriéndose a cultura—, algunos toman a Egipto y Mesopotamia, en esto coinciden los autores mencionados en este párrafo, pero Enrique Dussel y Guillermo Marín mencionan seis culturas pilares de la humanidad, culturas que no conocen un antecedente histórico.

Para identificar este florecimiento cultural en el espacio-tiempo, una medida es el establecimiento agricultor de las sociedades en su origen, porque requiere de ciertos estándares culturales,

la fecha de aparición de la cultura es por la invención de la agricultura, ya que los seres humanos dejaron de ser nómadas cazadores-recolectores, para quedarse a vivir por generaciones en un mismo lugar y a partir de la observación y experimentación pudieron descubrir el milagro del cultivo de las plantas, la filosofía, la ciencia, las técnicas, el arte y la religión. En efecto, Egipto y Mesopotamia iniciaron el proceso de sedentarización e invención de la agricultura, aproximadamente 8 mil años a.c., después le siguieron con aproximadamente 6 mil años a.c., China, India, México y la zona Andina (Marín, 2010, págs. 4-5)

Aquí aparece un ligero problema de colonialidad, esa historia generada por el romanticismo alemánⁱⁱⁱ y esa costumbre en occidente de arrancar desde Grecia y en algunos casos desde Egipto y Mesopotamia hacia el denominado norte del mundo, caen en una construcción histórica denominada “universal”, que en realidad pertenece únicamente a Europa y que el fundamentalismo Estadounidense retoma, armó su cultura de la costa Este y perfiló con un nuevo romanticismo que coloca a la cultura del mercado, consumismo y competencia con origen anglosajón, como el centro cultural mundial que debe enfrentar a las culturas orientales.

Como se analiza adelante, el maíz fue creado-domesticado entre 11, 000 y 8, 000 a.C., por otro lado, la coincidencia entre varios autores persiste en la agricultura



CONCEPTOS JURÍDICOS DEL DERECHO FAMILIAR EN LA ANTIGÜEDAD

Mesopotamia

El derecho familiar, entendido como el regulador de las relaciones entre personas que comparten lazos consanguíneos o de afinidad en las culturas sin antecedentes conocidos será de inicio investigado en Mesopotamia, por ser el antecedente más cercano reconocido por la burguesía europea del siglo XVI, constantemente se reconocen como documentos jurídicos codificados, el cilindro que se reconoce en el ámbito jurídico como Código de Hammurabi, sin embargo, hay muchos otras codificaciones mesopotámicas previas en fecha a este. Los códigos jurídicos previos al mencionado son: Shulgi (2094-2047 A.C.), Lipit (1875-1864 A.C.), Esnunna (1835-1795 A.C.), siendo el de Hammurabi fechado en (1792-1750 A.C.), todos ellos, producidos en lo que se conoce como Mesopotamia, frecuentemente mencionados como pueblos babilónicos y más formalmente sumerios, estos que en el mundo antiguo se establecieron al parecer previos al 4, 500 A.C., los pueblos de Summer que se encuentran entre los ríos Tigris y Éufrates en la región mesopotámica comenzando desde el actual golfo pérsico hacia el actual Bagdad son: Ur, Eidu, Uruk, Bad-Tibira, Babilonia, Mari, Tuttul, hasta Biblos; estos comparten la característica de codificar en forma cónica y cilíndrica irregular, la regulación familiar que es posible rescatar en Mesopotamia era:

Shulgi (2094-2047 A.C.), este código recibe ese nombre Código de Ur-Nammu, esto porque los historiadores lo han fechado entre los años 2112 – 2095 o 2094-2047 con su hijo Shulgi, ambos gobernantes de la ciudad de Ur, este código previo al de Hammurabi, el Código contiene una serie de protocolos que en su mayoría no son visibles ya, por el tiempo y deterioro de este, en sus protocolos se establecen varias cosas que actualmente se considerarían civiles:

162-168 dice: “El huérfano no se lo entregue al rico; la viuda no se la entregué al poderoso” después menciona una serie de ejemplos de hombres que no se le entreguen a otros que tienen más propiedades

180...

3 si un hombre priva de la libertad a otro hombre sin que hubiese razón para ello, ese echo prisionero y pagaba 15 gin =124.5 gr. De plata

4. si un esclavo que había desposado a la esclava que deseaba se le concedía la libertad, ese esclavo no abandonaba la casa de su amo

5. Si un esclavo desposaba a una mujer libre, ese esclavo ponía a su hijo al servicio de su señor de esta, había sido puesto al servicio de su señor, el ... de las propiedades de la casa de su padre en el interior de os ... de la casa de su padre; el hijo de la mujer libre no era propiedad del señor y no se veía reducido a la esclavitud.

7. Si un hombre seguía a la esposa de un gurus por iniciativa de ella y yacía en su regazo, a esa mujer se le daba muerte y al hombre se le ponía en libertad.

9. Si un hombre repudiaba a su primera esposa, pagaba mana =500 gr. Plata

10 Si un hombre repudia a una viuda, pagaba ½ mana =250gr. Plata

11. Si un hombre sin mediar contrato de matrimonio yacía sobre el regazo de una viuda, no pagaba ninguna cantidad

16. Si un Yerno entraba en la casa de su futuro suegro y, después de que esto hubiese ocurrido, el suegro daba la esposa a su amigo del Yerno, lo que el Yerno había llevado a la casa del suegro se lo pagaba

En los anteriores protocolos del Código Shulgi, se establecen algunas instituciones jurídicas de derecho familiar.

Código de Lipit (1875-1864 A.C.), En “*La mayoría de los códigos sumerios son copias más o menos extensas de textos ya existentes. Por ejemplo, las frases finales del epílogo del Código de Hammurabi son copia, directa o indirecta, de las del Código de Lipit-Ishtar*”(Drapkin, 1982), por ello, solo se replica lo que no se repite, también es necesario mencionar, que



el Código de Lipit se encuentra conservado en el capítulo relacionado al derecho familiar, y aunque se establecen relaciones civiles propias de las obligaciones, aquí solo se replican las familiares:

Leyes

Capítulo I (Indescifrable)

1. *Los bienes que han sido constituidos...*
2. *... los bienes de la casa paterna*

Capítulo X Indescifrable

25. *Si uno desea quitarle a su heredero el don del gobernador*

El esclavo, Wardu, al ser liberado se convierte en awllum, ciudadano; punto muy importante para tener en cuenta al estudiar las clases sociales

Capítulo XI Derecho de familia

26... y la casa paterna... su heredero llevará de la casa paterna el derecho que le ha sido hecho.

27. Si el padre, mientras vivía, dijo a su hija, sea esta Entum, Naditum o Qaditum, que ella es como su heredera, entonces ella habitará su casa

28. Si la hija, viviendo en casa de su padre...

29. Si la segunda esposa que ha tomado le ha dado un hijo, la dote que aportó de la casa paterna pertenece a su hijo de la segunda esposa y el hijo de la primera esposa, repartirán por partes iguales los bienes de su padre.

30. Si uno tomó una esposa y ella le dió un hijo, y si éste vive; y si una esclava le ha dado un hijo al amo, el padre manumitirá a la esclava y sus hijos; el hijo de la esclava no compartirá la casa con el hijo del amo

31. Si su primera esposa falleció y si después de su esposa, él toma su esclava por esposa, el hijo de la primera esposa, si vive, y los hijos de la esclava (como hijos legítimos aumentarán la casa (el número de herederos de su patrimonio).

32. Si uno no tuvo hijos con su esposa, y si una cortesana que vive fuera de la casa, le dió un hijo; el ciudadano dará a esa cortesana la ración de cereal, la ración de aceite y la ración de lana; el hijo que le dio la cortesana será su heredero, pero mientras viva la esposa, la cortesana no compartirá la casa con ella; no habitará la casa.

33. Si uno se separa de su primera esposa, pero no intenta contra ella la acción de repudio, y no la expulsa de la casa, y si él se casa con otra mujer que le guste más, ésta es la segunda esposa; el marido debe mantener a la primer esposa.

34. Si el futuro Yerno entró en casa de su futuro suegro y constituye la "dos ex marito", y si luego se desembaraza de él y se proponen dar la esposa a otro, se debe devolverle la "dos ex marito" que aportó y la futura esposa no debe desposar a otro si amigo (compañero) del primero.

35. Si un joven casado mantiene relaciones con una cortesana que habita fuera de la casa, y si los jueces han decidido que no debe volver a lo de la cortesana y si por ello él se propone repudiar su primera esposa, le debe dar el precio de repudiación

36. Si el padre, en vida, dió a su primogénito, como parte preferencial el campo, el huerto, y la casa, y si luego del deceso los herederos reparten entre sí los bienes del padre, no dividirán entre sí esa parte de los bienes, no se alzarán contra la palabra de su padre.

37. Si el padre en vida dió la "dos ex marito" a su primogénito y si en vida del padre, él tomó esposa y si luego del deceso los del padre, los herederos reparten los bienes de la casa paterna...

38. Si probó que la casa no fue dividida... pagará 10 siclos de Plata.



Esnunna (1835-1795 A.C.), en él se establecen las relaciones entre parientes:

17. El hijo de un hombre deberá llevar dote a la casa de (sus) suegros -, si uno de los dos muere, el dinero revertirá a su propietario [original].

18. Si él la toma (a la mujer) y ella entra a su casa, pero después la joven mujer muriera, él (el esposo) no podrá reembolsar lo que entregó (a sus suegros), pero retendrá el exceso (en) sus (manos).

y en cuanto al figura del divorcio:

59. Si un hombre se divorcia de su esposa, luego de haber hecho que ella diera a luz niños, y toma otra esposa, será llevado de su casa y de todo lo que posea no importa que pueda ir luego y él lo aceptará.

Como es posible observar en esta codificación, a su estilo se establece lo que en otros espacios se denominó origen de la justicia en occidente, a partir de Egipto con él ni-si-sa (Vargas Mendoza, 2021, págs. 145-148) y posteriormente fue rastreado con origen en la costa este y centro del África, y establecen mucho antes de la existencia como tribus de Roma, son instituciones establecidas que regían el ámbito jurídico de los pueblos sumerios

nos dice Jardón (2010:60) se puede hablar e seis grandes centros de origen de la agricultura a nivel mundial: la Media Luna Fértil en Medio Oriente, el Centro de Asia, el Sudeste de Asia, la India, Mesoamérica y los Andes(Lara, 2019)

Estas culturas sin origen conocido domesticaron los principales alimentos en la actualidad del mundo. En el artículo “el origen de la agricultura, la domesticación de plantas y el establecimiento de corredores biológico-culturales en Mesoamérica” (Zizumbo Villareal & García Marín, 2008), se explicó como uno de los acontecimientos más importantes de la historia de la humanidad fue el paso de la caza-recolección a la agricultura, este paso surgió en seis regiones, de las cuales, destacan cinco: Mesoamérica, Mesopotamia, sur-este de Asia —India y China—, Costa Este del África — puede ser centro de África, pero faltan indicios para afirmarlo— y la zona andina —Perú, Chile, Bolivia, Venezuela, Colombia y Ecuador— como centros primarios de domesticación en el mundo.

El arroz se comenzó a cultivar aproximadamente 10, 000 años a.C., existen en lugares templados y se han establecido dos hipótesis de su origen, en el norte de África y en el sur-sureste de Asia (Acevedo, 2006). En cuanto al trigo, existen evidencia que es una transformación entre el trigo silvestre y uno con semilla más grande que le imposibilita difuminarse con el viento, este surgió entre 8, 000 y 6, 700 a.C., su origen es en Mesopotamia entre los ríos Éufrates y Tigris, en el territorio que ahora comprende Irak, Siria y Turquía (Ramos Gamiño, 2013).

El maíz es una excepción al resto, no está claro si también es domesticado, el maíz tiene una relación absoluta con el ser humano, requiere de su intervención en varias etapas para poder reproducirse, su origen se data entre 12, 000 a 9, 000 a.C., pero no existe suficiente evidencia científica para afirmar que se trata de una creación, sin embargo, si existe la suficiente evidencia para durarlo, esto en lugar de domesticación —como ocurre con el resto—, porque el maíz a diferencia del resto de los cereales, guarda un gran misterio que aún no es resuelto por la ciencia y que se encuentra en discusión, porque durante los años de 1970, el origen más aceptado era la existencia de un maíz silvestre como ancestro de la forma doméstica, pero este nunca fue encontrado, durante los años de 1980, la teoría más aceptada es la del teocintle, ahora se acepta parentesco también con el tripsacum, pero es un debate abierto. Por el momento, solo existe certeza de su domesticación y fuerte dependencia-relación con el ser humano, por ello, algunos autores afirman que es el único cereal de esas épocas, que fue creado por el ser humano mediante bio-genética.

Así, algunas de las culturas pilares de la humanidad son la costa este del África, el antecesor del náhuatl y Mayam, las culturas andinas, China y Mesopotamia, en ellas, se buscará conceptos de familia civiles, para colocar en discusión, el insostenible inicio del derecho familiar en Roma.



Culturas Bantú

Las culturas Bantú son desconocidas para occidente, la incorporación del pastoreo y la agricultura surgió en la sabana, pero las condiciones ambientales dificultan la labor de investigación,

los orígenes de la producción de alimentos en África son objeto de debate, ya que las pruebas lingüísticas, por lo general, sugieren unos orígenes tempranos de la agricultura y el pastoreo, mientras que la investigación arqueológica suele arrojar fechas más tardías (Ilfiffe, 2019, pág. 23)

La hipótesis en la academia sobre una agricultura que surge en oriente próximo y que fue adoptada por los famélicos africanos resulta insostenible, existe evidencia

que hace sólo entre 20, 000 y 19, 000 años se daba una explotación intensiva de plantas tuberosas y pesca en asentamientos a orillas del Nilo, al del sur de Egipto, cerca de la primera catarata, donde pronto empezó la recolección de grano silvestre. Inicialmente estacionarios, estos asentamientos crecieron durante los milenios posteriores. Hace 12, 000 años, algunos ya eran permanentes y disponían de importantes cementerios (Ilfiffe, 2019, pág. 23)

En el 8, 000 a.C. aparece la alfarería, lo que se conoce —teniendo presente la duda generada por la multi-regionalidad africana— que las principales culturas surgen entre el río Níger y el Nilo, conocida como de líneas onduladas y puntos color Marrón,

el legado más impresionante hallado hasta ahora es una canoa, de 8 metros de largo, la segunda embarcación más antigua del mundo, desenterrada a orillas del lago Chad (Ilfiffe, 2019, pág. 25)

En el lado de la selva central se han encontrado cultivos forestales de 7, 000 años antigüedad, también se encontraron vasijas de cerámica, cabezales de piedra y explotación de aceite de palma. Desde estudios lingüísticos, es posible rastrear las lenguas bantú hasta una sola rama: “el grupo benue-congoleño perteneciente a las lenguas nigeriano-congoleñas” (Ilfiffe, 2019, pág. 29), la expansión del bantú se da

En torno al año 3, 000 a.C. cientos de hablantes bantú que fabricaban herramientas de pedernal conocían la cerámica y tenían palabras para designar el ñame y el aceite de palma, empezaron a desplazarse lentamente a lo largo de la costa ecuatorial occidental. Llegaron hasta livreville, en la actual Gabón, en torno al 1, 800 a.C. y alcanzaron el valle Ogooue tras atravesar la selva y el nacimiento del río en el 400 a.C. Otros siguieron el curso del río Congo asentándose a lo largo de sus afluentes y su cuenca principal por esos mismos años. También hubo grupos que avanzaban más deprisa navegando las corrientes hasta que, en torno a al año 1, 000 a.C. alcanzaron el límite oriental de la selva ecuatorial en la zona de los Grandes lagos. Allí se asentaron en valles bien provistos de agua donde podían vivir de sus cultivos forestales (Ilfiffe, 2019, pág. 30)

En cuanto al uso de los metales, se sabe que en el sur de África y el alto Egipto se conocen los metales y su manejo desde 5, 000 a.C., al grado de construcción de alfileres y utensilios. En el valle del Fayún al sur del río Nilo, aparece la primera cultura avanzada netamente africana, en el 5, 200 a.C., porque la egipcia es africana-Mediterránea-oriental. Las principales culturas del África serán: Moros, Númidas, Géntulos, Cirenaica, Menfis, Fayum, Abidos, Asúan, Nubia, Jartum, Gash, Akiuyt, Níger, Chad, Nsukka, Karuka, Ruanda Burundi, Lesoto, Natal, Maputo, Gekei.

Lo anterior se explica, cuando Roma gana la batalla a Grecia por la hegemonía de la zona adquiere el siguiente territorio que comprende la mayor extensión que tuvo el imperio. Y adquiere de esa mezcla parte de la cultura de los territorios



dominados —sin embargo, los pueblos conquistados ganaron a largo plazo la batalla cultural—, la fecha de nacimiento de Ulpiano se considera aproximadamente en el año 170 D.C., si se tiene presente que esta definición no es propia de Ulpiano, sino que tiene su origen en la filosofía griega de Platón y Aristóteles. Estos a partir de la religión Griega desarrollan las bases de la justicia, en el caso de Aristóteles, la justicia será la virtud de Virtudes y el hombre justo es el que hace el bien para los demás —ya que todos los hombres hacen el bien para sí mismos—, en ambos su base filosofía-religiosa es la diosa de la justicia —Temis, el iusnatural, ley natural—, de nombre Temis hermana de Zeus, ambos hijos de los titanes, quien según la mitología griega, era tranquila y de buen consejo, tuvo dos hijos con Zeus, Astrea su hija mayor es la diosa virgen que lleva en los brazos los rayos de Zeus, lo interesante es que mientras Temis representa la justicia natural, su hija Astrea representa la justicia entre los seres humanos, vivió entre los seres humanos, pero fue elevada por Zeus y se convirtió en la constelación de libra, esto en la Era de Bronce, esto sería la equidad entre los seres humanos, por otro lado, su hija es Horas —Dice—, que en la segunda generación intenta llevar la justicia divina a los seres humanos en particular, sin embargo, se da cuenta que es imposible.

Aunado a lo anterior, si tenemos en cuenta que el origen de la civilización Griega son los Minoicos y Micenios culturas que se establecieron en Creta, además que estos fueron influenciados desde el año 3,000 A.C. por los egipcios, anatolia y pueblos mesopotámicos, mediante el comercio.

Bajo una ética kantiana, por lo tanto, abstracta, para el autor la justicia de Ulpiano es un ánimo subjetivo, y continúa:

“Y yo me pregunto ¿Qué es lo suyo?...”

La respuesta la realizó a partir de los derechos considerados fundamentales en México, la vida digna y la libertad, mencionando poco la igualdad y nada la certeza jurídica, por ello, lo suyo de cada quien serían los derechos fundamentales de la tradición liberal, sin embargo, es posible sostener que la definición abstracta de Ulpiano lo suyo de cada quien, tiene su origen en el libro El levantamiento de la carne hacia el sol —conocido como libro de los Muertos—, entonces lo suyo de cada quien es el Ni-si-sá, lo que debe hacerse, este fue acompañado de la palabra Muut (posteriormente el Mispat mesopotámico) y Kutum (Proporcionalidad jurídica).

Entonces, Si Muut o Mispat consiste en Dar de beber al sediento, dar de comer al hambriento, cuidar de la viuda, proteger al huérfano, mientras que Kittum, es hacer lo anterior según las posibilidades y tomando en cuenta la influencia de los egipcios-mesopotámicos en la cultura griega luego romana, la institución que más se parece en la actualidad, es la igualdad jurídica que tiene dos elementos presentes en la filosofía de Aristóteles y posteriormente desarrollados por el pensamiento de Tomás de Aquino, la equidad y la proporcionalidad = Igualdad jurídica.

Esta sigue presente en la actualidad mexicana, como lo muestra la siguiente jurisprudencia:

Época: Décima Época

Registro: 2015678

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a./J. 126/2017 (10a.)

Página: 119



DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES.

El citado derecho humano, como principio adjetivo, se configura por distintas facetas que, aunque son interdependientes y complementarias entre sí, pueden distinguirse conceptualmente en dos modalidades: 1) la igualdad formal o de derecho; y, 2) la igualdad sustantiva o de hecho. La primera es una protección contra distinciones o tratos arbitrarios y se compone a su vez de la igualdad ante la ley, como uniformidad en la aplicación de la norma jurídica por parte de todas las autoridades, e igualdad en la norma jurídica, que va dirigida a la autoridad materialmente legislativa y que consiste en el control del contenido de las normas a fin de evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Las violaciones a esta faceta del principio de igualdad jurídica dan lugar a actos discriminatorios directos, cuando la distinción en la aplicación o en la norma obedece explícitamente a un factor prohibido o no justificado constitucionalmente, o a actos discriminatorios indirectos, que se dan cuando la aplicación de la norma o su contenido es aparentemente neutra, pero el efecto o su resultado conlleva a una diferenciación o exclusión desproporcionada de cierto grupo social, sin que exista una justificación objetiva para ello. Por su parte, la segunda modalidad (igualdad sustantiva o de hecho) radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva que en algunos casos sea necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales vulnerables gozar y ejercer tales derechos. Por ello, la violación a este principio surge cuando existe una discriminación estructural en contra de un grupo social o sus integrantes individualmente considerados y la autoridad no lleva a cabo las acciones necesarias para eliminar y/o revertir tal situación; además, su violación también puede reflejarse en omisiones, en una desproporcionada aplicación de la ley o en un efecto adverso y desproporcional de cierto contenido normativo en contra de un grupo social relevante o de sus integrantes, con la diferencia de que, respecto a la igualdad formal, los elementos para verificar la violación dependerán de las características del propio grupo y la existencia acreditada de la discriminación estructural y/o sistemática. Por lo tanto, la omisión en la realización o adopción de acciones podrá dar lugar a que el gobernado demande su cumplimiento, por ejemplo, a través de la vía jurisdiccional; sin embargo, la condición para que prospere tal demanda será que la persona en cuestión pertenezca a un grupo social que sufra o haya sufrido una discriminación estructural y sistemática, y que la autoridad se encuentre efectivamente obligada a tomar determinadas acciones a favor del grupo y en posibilidad real de llevar a cabo las medidas tendentes a alcanzar la igualdad de hecho, valorando a su vez el amplio margen de apreciación del legislador, si es el caso; de ahí que tal situación deberá ser argumentada y probada por las partes o, en su caso, el juez podrá justificarla o identificarla a partir de medidas para mejor proveer.

Amparo directo en revisión 1464/2013. Blanca Esthela Díaz Martínez. 13 de noviembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez.

Amparo directo en revisión 3327/2013. Norma Karina Ceballos Aréchiga. 22 de enero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Amparo directo 19/2014. 3 de septiembre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien formuló voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

Amparo directo en revisión 1125/2014. Ignacio Vargas García. 8 de abril de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

Amparo directo en revisión 6055/2014. Leticia Romano Muñozcano y otros. 8 de julio de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

Tesis de jurisprudencia 126/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintidós de noviembre de dos mil diecisiete.



Esta tesis se publicó el viernes 01 de diciembre de 2017 a las 10:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 04 de diciembre de 2017, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Jesús Antonio de la Torre Rangel en su libro desarrolló los orígenes de la tradición iberoamericana, donde comienza con un capítulo I exponiendo a manera de introducción como inicio el encuentro de dos culturas, luego en los siguientes realiza un recorrido histórico-filosófico desde Egipto-Mesopotamia-Agustín de Hipona-los seguidores de Tomas de Aquino —como Francisco Suarez y su derecho subjetivo—-los dominicos que defendieron los derechos de los indios en América colonial- el siglo de oro con algunos autores, para culminar con el México independiente y sus conceptos de igualdad con autores como Morelos. A lo anterior, solo se incluye un artículo referente a la fundación de Aguascalientes y la guerra Chichimeca, la defensa de los derechos del indio por Bartolomé de las Casas, Alonso de la Veracruz y otros dominicos, además se incluye los derechos al final un artículo dedicado a Ponciano Arriaga en San Luis Potosí. En cuanto al origen de la tradición iberoamericana, para este trabajo de investigación se resalta del libro, que esta inicio con un concepto que se ha ido rescatando por una parte del cristianismo que consiste en socorrer al pobre y que en la filosofía para la liberación será velar por sacar al pobre de su pobreza, que en derecho se traduce en pobre=aquel privado de un derecho, esto será la base en esta tradición iberoamericana, tradición compartida entre ibero (España y Portugal) y América (específicamente América del Sur), este concepto de origen deberá estar presente en la Hermenéutica Jurídica que en este trabajo de investigación se presenta, con origen egipcio, en el Ni-si-sá.

Pero sin duda la raíz fundamental de la conciencia en cuanto al Otro africano, se encuentra en Ubuntu, que es una forma de vida y se puede traducir en “Yo soy, si nosotros somos” surge de la filosofía africana.

En el XIII Congreso de ALADAA organizado por la Asociación Latinoamericana de Estudios de Asia y África, Jean-Bosco KakiziKashindi dice que el exponente más cabal del pensamiento Desmond Tutu, es Michael Barttle, y cita lo siguiente:

Ubuntu es la forma plural de la palabra africana bantú, acuñada por Wilhelm Bleek para identificar un vínculo lingüístico similar entre los hablantes africanos. Ubuntu significa “humanidad”, y esta relacionado tanto a “umuntu”, que es la categoría de la fuerza humana inteligente, que incluye espíritu, la muerte y la vida humana, como a “ntu”, que es el ser divino como metadinámico (en el sentido activo que metafísico). Tutu pertenece al pueblo Xhosa, y el sentido que le da a “Ubuntu” viene del proverbio Xhosa “Ubuntu ungamuntungabanyeabantu”, lo cual se traduciría como “cada humanidad individual se expresa idealmente en relación con los demás”, o “la persona depende de otras personas para ser personas

Por su parte, algunos autores lo traducen como “yo soy, porque nosotros somos”, En el XIII Congreso de ALADAA organizado por la Asociación Latinoamericana de Estudios de Asia y África, Jean-Bosco KakiziKashindi dice que el exponente más cabal del pensamiento Desmond Tutu, es Michael Barttle, y cita lo siguiente:

Ubuntu es la forma plural de la palabra africana bantú, acuñada por Wilhelm Bleek para identificar un vínculo lingüístico similar entre los hablantes africanos. Ubuntu significa “humanidad”, y esta relacionado tanto a “umuntu”, que es la categoría de la fuerza humana inteligente, que incluye espíritu, la muerte y la vida humana, como a “ntu”, que es el ser divino como metadinámico (en el sentido activo que metafísico). Tutu pertenece al pueblo Xhosa, y el sentido que le da a “Ubuntu” viene del proverbio Xhosa “Ubuntu ungamuntungabanyeabantu”, lo cual se traduciría como “cada humanidad individual se expresa idealmente en relación con los demás”, o “la persona depende de otras personas para ser personas

Por su parte, algunos autores lo traducen como “yo soy, porque nosotros somos”, es la forma en que muchos autores definen la palabra Ubuntu, El concepto de Ubuntu, que remite aproximadamente a una idea de justicia reparativa en lugar de punitiva, está anclado en muchas tradiciones africanas con distintos nombres y matices pero integradas en el reconocimiento de un germen inspirador: la asunción del adversario, victimario o verdugo como un elemento de la comunidad que puede ser perdonado y recuperado, el rechazo de la pena capital como resolución de conflictos y el timón orientador de la reconciliación como eje cultural; el individuo, pues, posee su significación fundamental en la colectividad, la cual no puede dejarlo de lado sin más o pasar sin él fácilmente. Ubuntu es un concepto que consiste en hacer el bien a todos, basado en la comunidad. Así, Marilyn Machado Mosquera, Charo Mina Rojas, Patricia Botero Gómez y Arturo Escobar, escribieron un libro relacionando el buen vivir, desde las culturas africanas en América, nos explican como Ubuntu convoca la relación entre las raíces sudafricanas y las culturas del río —donde surgió el antiguo Egipto—, es un pensamiento filosófico antiguo, como se observó, surgió de las culturas bantú de la costa este de África



y con indicios del centro, consiste en una filosofía comunitaria, con poca relación al republicanismo, comunismo y otras expresiones derivadas occidentales, descafeinadas dirían los amantes del café. Este pensamiento filosófico, pertenece a las culturas sin antecedente conocido del África,

Este pensamiento y formas de vida ancestrales ha re-existido en el tiempo como el reconocimiento y relación complementaria entre la singularidad y la pluralidad de cualquier ser viviente en el cosmos (Machado Mosquera, et al., 2018)

En un artículo de O. Oko Elechi,¹ Sherill V. C. Morris y Edward J. Schauer para la International Criminal Justice Review de la Universidad Estatal de Georgia, Virginia (Elechi, et al., 2015), los autores muestran como el concepto ha permeado a la academia legal estadounidense en la justicia restaurativa penal, sin embargo, en muchos espacios se confunde Ubuntu con el pensamiento filosófico bantú, está, es el pensamiento de aquellas culturas africanas, mientras que la primera es el concepto de comunidad y armonía con el cosmos.

Al realizar una comparación entre el valor del comunitarismo y el individualismo occidental, Jean Bosco Kakazi Kashindi realiza la siguiente afirmación sobre el comunitarismo africano al sur del Sáhara

Hablar del comunitarismo africano es de entrada psotular que existen valores o practicas comunitarias comunes a los africanos que moran en el sur de Sáhara... tiene bases cosmológicas comunes que fundamentan sus prácticas religiosas...

...

Ahora bien, el comunitarismo africano encierra valores que podemos considerar inherentes al Ubuntu ("la persona es persona en medio de otras personas", en otras palabras, uno deviene humano a través de la relación con los otros humanos, esto eso, a través del hecho de vivir en comunidad) (KakaziKashindi, 2018)

Hasta este momento, no parece existir relación alguna entre el pensamiento filosófico africano y el concepto de justicia de dar a cada quien lo suyo mediante el bien común, pero en una clase de Omer Batubunge de la Universidad de Colima, expuso como el Ubuntu es decir, el proceso de universalización de pensamiento de las comunidades del sureste del Sáhara, la costa este y centro de África, proviene de la raíz -ntu, -tu, -to, -t, -d, derivando en 4 categorías: 1. El muntu: ser humano, el kintu: las cosas y los animales, el hantu: el tiempo y el espacio, y el kuntu: forma de ser o estilo, referente a la belleza. Así el kuntu o Ubuntu es la idea de las comunidades en las relaciones y su carácter de convivencia entre los seres humanos, es "visión del mundo basada en la coparticipación, cooperación y compenetración de todos como un conjunto unido para conseguir metas comunes y satisfacer intereses de todos".

Al aceptar la coexistencia de pensamientos filosóficos en dialogo a lo largo del planeta, es posible aceptar la coexistencia de diversos conceptos de justicia, en occidente el viejo concepto de justicia Romano que se globalizo en el proceso de colonialidad europea, no queda claro para los estudiantes de Derecho, si partimos que existen varios pensamientos filosóficos, sus raíces al igual que la cultura es posible ser rastreadas hasta las culturas sin antecedentes conocidos, la mayoría de las culturas a lo largo del globo, cuentan con antecedentes culturales, en el caso de Grecia, varias investigaciones a otorgado indicios, al igual que Europa, de ser culturas propiciadas por la hindú, Mesopotamia y el norte de África, este último, según recientes investigaciones tienen como antecedente las culturas bantú descritas en esta investigación, es decir, el antiguo Egipto de las culturas que rodeaban el rio Nilo, tiene lazos cercanos a las culturas que presumiblemente se establecieron en el centro y este de África, culturas que dieron origen al pensamiento bantú, que en el concepto de Ubuntu de comunitarismo africano y la existencia del yo, siempre mediante el nosotros, se encuentra lo profundo y el antecedente cultural filosófico más antiguo conocido de la explicación de justicia, pasando al antiguo Egipto y Mesopotamia la justicia a partir del Ni-si-sa, que en Grecia con Sócrates, Platón y Aristóteles, culminó con este último en la posición de que es justo quien hace el bien para los demás, a diferencia de quien hace el bien para sí mismo, esto llega a los compiladores y la iuris romana cuando afirma que la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo, en la actualidad, esa justicia conserva rasgos aun en autores posmodernos y contemporáneos, que afirman justicias como las de John Rawls, Dworkin o Michael Sandel.

Desde occidente resulta difícil comprender la filosofía Bantú y su historia, pero teniendo en cuenta tradiciones africanas, es posible acercarse a la conformación de familia que tuvieron desde su origen,



Entender las tradiciones africanas en América Latina es entender la multiplicidad de culturas que fueron secuestradas en África y esparcidas por todos los rincones de estas tierras. Como resultado de este acto atroz, muchas etnias se vieron obligadas a recrear en la diáspora sus tradiciones

...Otro tanto se puede decir de la cultura bantú que es proveniente de la región donde hoy comprende el Congo y Angola (Santos, 2016)

La filosofía esta más enfocada en el movimiento que en la racionalidad (Santos, 2016, pág. 84), así su tradición en lugar de transmitirla por escrito fue oralmente, eso dificulta conocer las disposiciones ancestrales, sin embargo, si cuentan con escrituras que, para occidente derivado de Mesopotamia, parecerán peculiares, como las grabaciones las grabaciones matemáticas realizadas por los Ishango (Santos, 2016, pág. 85). A partir de estudios etnográficos, es posible acercarse a la realidad del pensamiento familiar Bantú y los Yorubas, Mintz, Sidney W., Price, Richard y García Acosta Virginia dicen que Melville J. Herskovits y E. Franklin Frazier fueron los precursores de estudios sobre lo que llamaron la familia negra, el primero por ejemplo, a partir de estudios etnográficos en Haití y Trinidad y Tobago, decía que la característica distintiva de las familias africanas era los matrimonios plurales, el segundo, decía lo contrario, que las culturas africanas-americanas, son americanas, es decir, que los esclavos robados y traídos América, imitaron la forma de vida de sus amos, a partir de una terrible historia de opresión (Herskovits & Frazier, 2012), sin duda, rastrear la conformación familiar de África resulta una tarea complicada.

La familia en China.

China ¡esta cultura del sureste de Asia! A diferencia de otras, no tiene antecedentes de migración de otros pueblos, esto porque se han encontrado homínidos en el norte y sur del país durante el pleistoceno bajo^{iv}, situación compartida con África central-norte y Java en Indonesia. El Homo erectos más antiguo de Asia es de 1.7 millones de años, fue encontrado en la provincia de Yunnan, conocida como la ciudad de la eterna primavera, esta se encuentra al sur del país, pero el más famoso es el hombre de Pekín, con una antigüedad de 500, 000 a 600, 000 años, por ser un homínido ya con todas las características netamente humanas, el hombre de Pekín caminaba erguido, vivía de la recolección de frutas y la caza, tenía la mitad o un poco más de la mitad que el actual cerebro humano, se sabe por excavaciones que entre 40, 000 ya aparece el homo sapiens y cerca del 10, 000 a.C. ya aparecen culturas y asentamientos en formas de aldeas, que se extienden hasta el neolítico hegemónico.

Entonces, la cultura China tiene su origen entre los años 10, 000 al 7.000, en este periodo aparecen los primeros establecimientos humanos junto con el arroz y el cultivo de otros alimentos, las culturas cuna de China Yangshao y Longshan, se reconoce al menos por la mayoría de las investigaciones, aunque las recientes dicen:

La cultura de Yangshao (aprox. 5, 000 a. C.) se extendió por las actuales provincias de Henan, Shaanxi, Shanxi y aún más al oeste, es decir, exactamente en la región reconocida, tanto por las leyendas como por la historia, como la "cuna de la civilización china. Los cultivadores de Yangshao vivían en aldeas de diversos tamaños, económicamente autónomas. En el sitio arqueológico de Banpo (en la ciudad de Xí'an) se puede apreciar casas semisubterráneas, cada una con su propio hogar, un edificio común, un cementerio al norte de la aldea y hornos de alfarería en el este. La cerámica policroma, y las vasijas rojas, negras o grises están pintadas con dibujos geométricos en negro o rojo oscuro. La cultura Longshan (aprox. 3000 a.C.) se situó principalmente en la provincia de Shandong y se extendió por toda la costa este. Esta cultura se caracteriza por su cerámica negra, bruñida y hecha con torno (Botton Beja, 2000, pág. 39)

Es decir, antes se pensaba que la cultura Yangshao y Longshan surgieron como cuna de la cultura China a la par, pero ahora se conoce Longshan es posterior, además que comparten instrumentos, ritos y formas de vida en común, con algunas diferencias, por ello, Yangshao sería la cuna de la cultura China, aproximadamente en el año 5, 000 a.C., por otro lado, la organización social Yangshao era matriarcal, mientras que la de Longshan es patriarcal, un fuerte sistema familiar a partir de Longshan, así surgió la primer dinastía Shang.



A principios del siglo XX la dinastía Shang era un mito, se conocía relatos de la antigua civilización, pero no se tenía indicios de su existencia, esto cambio por completo primero con los descubrimientos de instrumentos adivinatorios y posteriormente con descubrimientos arqueológicos en la ciudad de Anyang, del norte de la provincia de Henan (Zhengzhou),

El origen de los Shang se discute aún, pero descubrimientos arqueológicos recientes hacen pensar que surgieron como una evolución de la cultura Longshan; además, los vestigios más antiguos de los Shang se encuentran en la actual provincia de Hebei. Los Shang fueron los primeros que establecieron centros urbanos en China y desarrollaron la escritura, los carruajes tirados por caballos y llevaron a su perfección el vaciado de bronce(Botton Beja, 2000, pág. 52)

Para ver la descripción de su forma de vida, religión, sistema económico, avances y desarrollo, puede verse el libro de Flora Botton Beja (Botton Beja, 2000, pág. 52), lo interesante es la posible relación feudal de la época, el dirigente de la dinastía tenía al menos 30 ciudades estado a su cargo, mediante familiares, además, estaba rodeado de consejeros, escribas, oficiales, militares, administradores civiles y adivinos sacerdotes.

En cuanto a la organización social, los Shang estaba los aristócratas, el ejército, los artesanos y los campesinos, en la periferia una serie de esclavos capturados en guerra, sus trabajos eran alejados de todo, no tenían derecho a reproducirse y se sacrificaban en ciertos rituales. En cuanto a la religión se habla por algunos estudiosos occidentales de un dios creador de todo el cielo, denominado Shang Di, pero su significado puede estar más relacionado con el primero de la dinastía Shang, atendiendo a su posición cultural ancestral de reconocimiento hacia los ancestros.

En cuanto a la escritura, parece ser que la usada en los diferentes ritos de adivinos y los escritos encontrados, es el antecedente de la actual, la cual, se le han agregado varios caracteres con el tiempo, estos de sistema fonético, ideográfico y pictográficos. Se desconoce su origen, pero se atribuye a CangJié, con más de 5, 000 años de antigüedad, aunque de ello, no existe suficiente evidencia científica:

No hay consenso con respecto al origen de la escritura china. Los descubrimientos arqueológicos revelan su origen podría situarse en torno a cinco mil años de antigüedad(Miranda Márquez, 2015, pág. 105)

Si este consenso es cierto a cerca de lo real, la escritura China es anterior a la egipcia, no solo la escritura, los chinos inventaron muchas cosas que, en occidente por el romanticismo alemán, se le atribuye a Europa. En un libro de Robert K.G. Temple y Joseph Needham denominado “El genio de China”(Temple, 1988) se expone el genio científico de China, como esta cultura milenaria y pilar de la humanidad, fue precursor mucho antes de los antecedentes conocidos europeos por la colonialidad en occidente, luego se explican varios inventos, un par representativo de como por la colonialidad nos contamos la historia en occidente es lo siguiente:

El sistema decimal, que hoy es fundamental para la ciencia moderna, nació en China. Hay pruebas de su utilización ya en el siglo XIV a.C, el periodo arcaico conocido como dinastía Shang, pero podemos afirmar que se empleaba desde mucho tiempo antes. Pero siempre se le atribuye algún europeo, como en este caso se dice: que se le atribuye al belga ...

Otro ejemplo es la imprenta, elaborada en monasterios chinos siglo IV, atribuida a

La cultura china paso por la cronología en el anexo 2 de este documento, pero es hasta las guerras del opio donde ve empobrecida su cultura, derivado de un proceso complejo con influencia final de reino unido, china...

A continuación, lo que pretendemos buscar en estas culturas, es su concepto hacia el otro, para encontrar lo humano en respectividad, en el caso de China su pensamiento puede dividirse en mitología, confucianismo y Lao Zi (taoísmo).



K'ung-Fu-tzu (Confucio)

El Kung-fu-tzu, realizo su planteamiento moral en referencia al Yin y yang, el equilibrio natural necesario es llevado a la moralidad-ética humana, en la obra "vida y pensamientos morales de Confucio" (Confucio, 2004) se narra su vida y pensamiento filosófico, mientras Christian Arnaiz dice

El confucianismo es aquel sistema ético y social que tuvo su origen en la China feudal con las enseñanzas de Kung-fu-tzu (que literalmente significa "el maestro Kung"), cuyo nombre fuera latinizado por los primeros misioneros jesuitas que lo transformaron en Confutius y Confucius, derivando luego en nuestro Confucio(Arnaiz, 2004, pág. 2)

Junto con él aparece la figura de su discípulo MengZi filosofo del siglo IV antes de nuestra era, poco estudiado en Latinoamérica, pero más estudiado en universidades de Estados Unidos de América. Antes de Kung-Fu-Tze (Confucio), la filosofía china es descrita en los libros Yijing, Shanhainjing, Zhang Hua y Gan Bao estos contienen una mitología y cuentos fantásticos que intentan describir la naturaleza (Wilhelm, 1985), es con el Kung-Fu-Tze que aparece la filosofía humana o moral, pero al igual que ocurre con Platón y Aristóteles, en el fondo esta tiene una fuerte carga de lo anterior, incluso el mismo Kung-Fu-Tze se percata de ello en la siguiente sentencia "Soy transmisor no creador, soy uno que cree a los antiguos y que gusta de ellos, por eso me atrevo a compararme con el viejo Péng".

En cuanto a su filosofía, en la obra vida y pensamientos morales de Confucio (Confucio, 2004), en su libro pensamientos morales, Kung-Fu-Tze inició con el punto medio como sabiduría, basado en el Yin y Yang, el equilibrio cósmico, estableció una serie de sentencias, la que interesa analizar es la relacionada con el otro, como su filosofía está cargada de naturaleza y equilibrio, encontraremos una jerarquía familiar y social. La estructura social comienza con la cabeza familiar en binomio —los esposos—, a la cabeza social el emperador, pero aquél que es honorable con su pueblo, el que hace caso a los sabios y acepta su incompletud, en relación con el otro, aparece el amar a los otros como a sí mismo y juzgar como a sí mismo, constituye un amor universal equitativo y atiende a un a priori, que es la coexistencia del universo, el Yo reflejado en el Otro, pero si mantiene un orden específico jerárquico (Confucio, 2004, págs. 70-85)

Amemos, pues, á los otros como á nosotros mismos, midamos á los otros por nosotros y tememos sus penas y sus gozos, por los nuestros. cuando comparemos con nosotros á los demás, cuando les deseemos lo que deseamos para nosotros, cuando temamos por ellos lo que tememos por nosotros; entonces seguiremos las leyes de la verdadera caridad(Confucio, 2004, pág. 77)

Este pensamiento tiene como centro el amor universal, porque estableció que existen tres virtudes del ser humano que deberán seguirse, la prudencia para discernir entre el bien y el mal, el amor universal que une al ser humano y la firmeza para mantenerse en el bien. En general aparecen muchas sentencias que no tuvieron tanta dificultad en adaptarse al budismo mediante el taoísmo posterior.

Por su parte, MengZi (Mencius) era parte del idealismo subjetivo, enseñaba que los seres humanos están predispuestos al bien, pero que el entorno puede llevarlos a la perversión. Ferviente seguidor de Kung-Fu-Tze, enseñó su doctrina como búsqueda a ese bien.

Lao Zi (siglo VI a.C.)

Cuando se retoma el taoísmo en china, se realizó mediante el pensamiento filosófico de Lao Zi. En cierto sentido, si el confucianismo es la parte colectiva jerárquica del ser humano, Lao Zi es la parte personal, con sentencias como: "Conocer a otros es inteligencia, concerté a ti mismo es la verdadera sabiduría. Dominar a los demás es fuerza, el dominio de sí mismo es verdadero poder" el Dr. Marcos Díaz Mastellari estableció que si existe un libro entre todos los que componen la literatura Oriental y que debiera leerse antes que otros, es... el libro de Dao de Lao Zi (Díaz Mastellari),



explicó que para acercarse al pensamiento del autor es necesario la comprensión de tres conceptos formados en China, el Yin y Yang, Ser o no Ser y hacer o No hacer

***Ser:** alude a la sustancia, a su configuración y composición, a lo notoriamente perceptible, a lo evidente, a lo denso.*

***No ser:** expresa el cambio, la necesaria transformación, el movimiento, lo sutil, lo apenas perceptible, el vacío.*

Lo cambiante y lo cambiado, lo sutil y lo denso, el movimiento y el reposo, se dan origen, se sostienen, se nutren mutuamente, a la vez que promueven la transformación de cada uno (Díaz, 2015)

Es decir, a pesar de buscar el autoconocimiento, sigue presente el equilibrio entre la transformación y lo no transformado, como esa unidad del universo.

El taoísmo comenzó como movimiento escapista en medio de la guerra, una China ya conocida como el país de la seda, pero en los inicios de las disputas que terminarían con una China unificada, posterior a la dinastía Cheu del Oeste. En cuanto al reconocimiento del Otro distinto, aquí encontramos algo más profundo que la jerarquía confuciana, en realidad el libro Dao de Jing, es complicado de comprender tiene sentencias que parecen no estar conectadas, a diferencia del confucianismo, por otro lado, dentro de esas sentencias y en referencia al Otro se encuentra la siguiente:

*Todo el mundo toma lo bello por lo bello,
y por eso conocemos qué es lo feo.*

*Todo el mundo toma el bien por el bien,
y por eso conocen qué es el mal.*

Porque, el ser y el no-ser se engendran mutuamente.

Lo fácil y lo difícil se complementan.

Lo largo y lo corto se forman el uno de otro.

Lo alto y lo bajo se aproximan.

El sonido y el tono armonizan entre sí.

El antes y el después se suceden recíprocamente.

*Por eso, el sabio adopta la actitud de no-obrar
y practica sin palabras.*

Todas las cosas aparecen sin su intervención.

Nada usurpa ni nada rehúsa,

ni se atribuye la obra acabada,

y por eso, su obra permanece con él

Es decir, la relación con el Otro diferente aparece como un equilibrio necesario de existencia, parecido al confucianismo, pero parte del taoísmo es la no interferencia, en occidente estamos entre dos partes, la certeza y la transformación forzada del marxismo, acá existe un reconocimiento de respectividad y formar parte del cosmos, este reconocimiento lleva a una no acción, pero no en el sentido occidental de omisión, sino en sentido de transformación necesaria en pleno respeto con el cosmos.



*Porque el Tao los engendra,
la virtud los nutre,
los hace crecer, los perfecciona,
los conserva, los madura
y los protege.
Engendrar y criar,
engendrar sin apropiarse,
obrar sin pedir nada,
guiar sin dominar,
esta es la gran virtud*

Aquí aparece las creaciones humanas sin pertenencia, sin propiedad establecida, como una especie de ofrenda al mundo, entonces en el taoísmo aparece el otro como parte propia, como complemento de la persona humana.

De la familia en la antigua China, si es posible encontrar información escrita, de inicio, era monogámica heterosexual, al estilo del método materialista de Walter Benjamín, Flora Boton Beja escribió sobre la sociedad China, afirmando algo que es un hecho histórico, los historiadores de los siglos pasados han borrado a la mayoría de la humanidad, porque siempre se retrata la historia a partir de las clases poderosas, sin embargo, en estos relatos, es posible observar a esas diversas clases que se encuentran en el trasfondo de dichos relatos, antes del primer imperio, es decir, antes de 247 A.C.

Por medio de pequeños detalles, de indicios encontrados en relatos —que si bien hablan de los poderosos, tienen a la gente común como telón de fondo— y de objetos hallados en las tumbas, es posible a veces reconstruir la vida del pueblo durante Zhou. Una fuente importante es también el Shijing, en donde los poemas de amor y del quehacer cotidiano nos acercan un poco a la vida de la gente sencilla(Botton Beja, 2000, pág. 96)

La estructura familiar durante este gran periodo paso de ser matrilineal a ser patrilineal y exógama (Botton Beja, 2000, pág. 96), con la llegada de Laísmo, la familia era más importante que el individuo, se basaba en lo filial y obediencia a los mayores, explica el autor, que antes de las reformas mencionadas, la familia común era compuesta por diversas generaciones de miembros, pero que con el tiempo, lo genérico fue, familias de hasta 6 miembros y que de amor de pareja se habla poco, los matrimonios eran consensuados por expertos en ello, el amor como se conoce en occidente, o como el filius romano, aparece solo en los cantos de los poemas de Shiljing, este se compone de 305 poemas, que van desde la dinastía de Zhou siglo XI-IV a.n.e., ya para el final, la mujer tenía marcado las tres obediencias: obediencia al padre, al esposo y al hijo mayor, pero tenían el derecho de recuperar su dote al divorcio.

Ya para el primer imperio, durante la familia en tiempos de Han se redujo el número de miembros de la familia, esto porque la legislación prohibía los hijos mayores vivir con sus padres, esta se conformó de 5 a 6 miembros y las hijas también tenían derecho a heredar al contrario del derecho romano, era consensuado por las familias y no importaba la voluntad del individuo sino la designación del padre, el divorcio era a iniciativa del marido, algunas de las causales de divorcio en este periodo fueron:

- Desobediencia a los suegros
- Esterilidad
- Adulterio
- Celos
- Enfermedad incurable
- Habladuría
- Robo



Por parte de divorcio solicitado por la mujer, no se conocen casos registrados, pero si era posible volver a casarse y existen registros de abandono del hogar por su parte. Como se mencionó, la posición de la mujer a pesar de tener privilegios y respeto y de comenzar la antigüedad China como un matriarcal, para la época del primer imperio, la mujer era un bien enajenable que algunos padres usaban para realizar alianza, algunas familias pobres, vendían a sus hijas como trabajadoras sexuales o esclavas.

Para esta época se habla del matriarcado, pero en relación a las hijas e hijos, siempre en rango inferior al padre de familia, el estatus de la mujer era de educadora del hogar, las profesiones que se reservaban a ellas son: bruja, curandera, bailarina o cantante-cortesana (Botton Beja, 2000, págs. 146-148)

En la historia de Han hay casos de mujeres destacadas por su poder o por su educación. En todos los casos, que son limitados, se trata de mujeres cuyo poder o conocimiento tenían su origen en un ambiente familiar especial... Hay dos ejemplos de mujeres que se hicieron célebres por su educación y talento literario, gracias haber sido educadas por padres más liberales... (Botton Beja, 2000, pág. 145)

En el periodo conocido como fragmentación del imperio entre los años 220-589, la posición de la mujer no vario mucho, sin embargo, surgen algunas contradicciones, en el norte, las familias eran de varias generaciones en un mismo domicilio, mientras el sur, son familias nucleares papás e hijos. Por otro lado, aparece contradicciones entre el daoísmo y budismo, el primero acepta una igualdad en cuanto a buscar la inmortalidad y prácticas sexuales, el segundo, por lo abierto permite no era de inicio tan dogmático, pero con la llegada del orden confuciano, se dejo de hablar amor entre los esposos, a decir que la esposa debe respeto y reverencia al esposo.

Familia en los pueblos pre-americanos de México.

El INEGI dice que la “familia es el ámbito en el que los individuos nacen y se desarrollan, así como el contexto en el que se construye la identidad de las personas por medio de la transmisión y actualización de los patrones de socialización” (González Pérez, 2017), en occidente el parentesco es indispensable para realizar el concepto de familia,

Para hablar de pueblos pre-americanos se realiza en este espacio desde México, Según Erín I. J. Estrada Lugo los Mayas cuentan con 3 zonas de influencia, la primera es el sur —Salvador, Guatemala y Chiapas—, Central —Guatemala, Tabasco, Campeche y Belice— y la Norte —Llanura Caliza y la península de Yucatán— (Estrada Lugo, 2022), una característica que comparten con los mexicas o náhuatl, es el huerto familiar aldeaño a la vivienda y la comunidad familiar, quizá esa es la característica aun presente en los pueblos mexicanos, siempre se habla de la arquitectura colonial como si fuera derivada de Europa, sin embargo, el mismo Rene Descartes escribió en 1604 sobre las ciudades nuevas europeas lineales y de grandes avenidas, si observamos un mapa de Madrid 1622, es posible observar calles curvas, lo mismo ocurre con París, si acercamos la atención a las casas, observamos casas cerradas, edificios de varias plantas pero cerradas. Cuando observamos mapas de ciudades antiguas como Cholula, Tenochtitlan o el mimos Teotihuacán, es posible ver calles lineales, grandes avenidas y una característica interesante es el huerto urbano, que tenían tanto la arquitectura de los mexicas, náhuatl y los mayas, en el caso del norte, las casas tradicionales de los kumiai existe también esa relación con la naturaleza, casas más pequeñas construidas de madera y paja son su habitación y una relación directa con los encinos, por las bellotas que se integran a su alimentación y cultura.

La conformación familiar en los pueblos pre-americanos se remonta por lo menos a 11 mil años a.n.e. según las últimas investigaciones, el maíz fue creado-domesticado entre 11, 000 y 8, 000 a.C., por otro lado, la coincidencia entre varios autores persiste en la agricultura

nos dice Jardón (2010:60) se puede hablar e seis grandes centros de origen de la agricultura a nivel mundial: la Media Luna Fértil en Medio Oriente, el Centro de Asia, el Sudeste de Asia, la India, Mesoamérica y los Andes(Estrada Lugo, 2022)



En el artículo “el origen de la agricultura, la domesticación de plantas y el establecimiento de corredores biológico-culturales en Mesoamérica” (Estrada Lugo, 2022). El maíz, no está claro si es domesticado, tiene una relación absoluta con el ser humano, requiere de su intervención en varias etapas para poder reproducirse, su origen se data entre 12, 000 a 9, 000 a.C., pero no existe suficiente evidencia científica para afirmar que se trata de una creación, en lugar de domesticación —como ocurre con el resto—, esto porque el maíz a diferencia del resto de los cereales, guarda un gran misterio que aún no es resuelto por la ciencia y que se encuentra en discusión, durante los años 70’s, el origen más aceptado era la existencia de un maíz silvestre como ancestro de la forma doméstica, pero este nunca fue encontrado, durante los años 80’s la teoría más aceptada es la del teocintle, ahora se acepta parentesco también con el tripsacum, pero es un debate abierto. Por el momento, solo existe certeza de su domesticación y fuerte dependencia-relación con el ser humano, por ello, algunos autores afirman que es el único cereal de esas épocas, que fue creado por el ser humano mediante bio-genética.

En cuanto a la familia, quizá la mayor aportación fue de los Mayas, Erin Ingrid Jan en su tesis doctoral y el libro *Reproducción social y parentesco en el área maya de México sostiene que los mayas se han amoldado a los cambios ocurridos, debido a su capacidad de adaptación sin destruir sus estructuras básicas*(Estrada Lugo, 2022), nos explica la autora como las reglas de filiación jugaban un papel importante en la familia maya, el grupo de familias emparentadas entre sí, que viven bajo el mismo techo, esto se observa también en la arquitectura de casas náhuatl, estas se conforman de un patio central y cuartos alrededor, con un zaguán tipo recibidor, en el patio central era posible tener un huerto para la alimentación de las familias emparentadas entre sí.

La autora explica, como en el censo levantado en Cozumel del año 1570 se puede observar como de las 39 familias censadas, por casa existen entre 2 a 8 parejas de familias, esto se repite en Tixchel 1571. Esto se ha descrito en la antropología como sistema de clanes patrilineales, Ingrid nos explica:

En 1934, Fred Eggan publicó una terminología del parentesco sobre la base de los datos que proporciona la obra de Fray Diego de Landa y concluye que la terminología indica un sistema de matrimonio del tipo primos cruzados bilaterales y plantea como posible hipótesis alternativa a considerar: 1. Matrimonios de primos cruzados, 2. Clanes exógamos, 3. Intercambio de hijas entre grupos domésticos(Estrada Lugo, 2022)

Se explica en el texto como esas 3 posibilidades no son excluyentes, es decir, la familia Maya se conforma de matrimonios entre primos, matrimonios con otras familias y de intercambio entre familias. En estas familias preamericanas, existe un sistema de herencia y asistencia mutuas dentro del sistema patrilineal exógamo, algunos autores coinciden en que los ch’bales, conformaron un sistema familiar por afinidad de tierra, más allá de patrilineal y consanguíneo, formando así redes patrilineales que contaban con derechos y obligaciones, así compartían el patrimonio. Por lo anterior, se dice que los mayas inventaron la descripción familiar consanguínea y por afinidad con la que contamos ahora, ya que las familias romanas y europeas era patriarcales lineales, mientras en los mayas, existe la descripción en ciertos términos legal, de parentesco por afinidad y colateral.

REFERENCIAS

- Acevedo, M. A. (2006). Origen, evolución y diversidad del arroz . *Revista Agronomía tropical* , 151-170.
- Arnaiz, C. (2004). *Confucianismo, Budismo y la conformación de valores en China y Corea*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Bautista S., J. J. (2014). *¿Qué significa pensar desde América Latina?* Madrid: Akal .
- Beuchot, M. (2012). *Interculturalidad y derechos humanos*. Mexico: Siglo XXI España editores .
- Botton Beja, F. (2000). *China. Su historia y cultura hasta 1800*. México: Colegio de México.
- Botton Beja, F. (2000). *China. Su historia y cultura hasta 1800*. México : Colegio México .



- Castorina, J. A. (1993). *Psicología genética como una tradición de investigación: problemas de apreciación crítica*. Barcelona: Universidad de Barcelona .
- Clavijo Montoya, H. A. (2004). Genética y psicología: el nuevo paradigma. *Suma Psicológica*, 221-230.
- Confucio. (2004). *Vida y pensamientos morales de Confucio*. Madrid : Aznar.
- De Sousa Santos, B. (2018). *Una epistemología del Sur* . México: Siglo XXI.
- Díaz Mastellari, M. (s.f.). *Leer el Dao De Jing*.
- Díaz, M. (2015). *Leer el Dao De Jing*.
- Dolcet i Serra, J. (2006). Carácter y temperamento: similitudes y diferencias entre los modelos de personalidad de 7 y 5 factores. *Tesis Doctoral*. Lleida, Lerida, España: Universidad de Lleida Departamento de pedagogía.
- Drapkin, I. (1982). *Códigos Pre Hamurabicos*.
- Dussel, E., Mendieta, E., & Bohórquez, C. (2018). *El pensamiento filosófico latinoamericano y del caribe* . México: Siglo XXI.
- Estrada Lugo, E. (2022). *Reproducción social y parentesco en el área maya de México*. México: Porrúa.
- Freud, S. (2016). *Los orígenes del psicoanálisis* . Madrid : Alianza .
- Gallo, H. (2004). Olvido y verdad. *Desde el jardín de Freud*, 70-83.
- González Pérez, M. A. (2017). La familia mexicana: su trayectoria hasta la posmodernidad. *Psicología Iberoamericana*, 21-29.
- Gutiérrez, F. (s.f.). *Civilizaciones antiguas* . Monterrey: Fondo Pérez Maldonado.
- Hernández Escobar, A. A., Pedro, R. R., Miladys, P. L., Indacochea Ganchozo, B., & Joffre, Q. G. (2018). *Metodología de los programas de investigación científica* . Alicante : Ciencias y Letras.
- Herskovits, M. J., & Frazier, F. (2012). *El origen de la cultura africano-americana: una perspectiva antropológica*. México: Universidad Iberoamericana-UAM.
- Huntington, S. P. (2015). *El choque de civilizaciones*. Barcelona: Paídos iberica.
- Illiffe, J. (2019). *Historia de un continente. África*. México: Akal.
- Lara, D. I. (2019). *Maíz, autonomía y territorio*. México: Akal.
- Lino Palacios, G. H. (2002). Transtorno por estrés postraumático: una revisión del tema. *Salud Mental* , 20-26.
- Marín, G. (2010). *Historia verdadera del México Profundo* . México: Toltecayotl.
- Martín Minguijón, A. (2015). *Libros 19 a 21 del Digesto de Justiniano* . Madrid: Dykinson S.L.
- Miranda Márquez, G. (2015). La escritura china. Origen, evolución y estilos. *Revista Langege Desing*, 103-119.
- Ramos Gamiño, F. (2013). *Maíz, Trigo y Arroz. Los cereales que alimentan el mundo*. Monterrey: La ciencia a tu alcance .
- Santos, D. (2016). YORUBAS y BANTÚES: apuntes de las tradiciones africanas en las obras de Abdias do Nascimento y Manuel Zapata Olivella. *Revista Brasileira do Caribe*, 75-100.
- Temple, R. K. (1988). *El genio de China*. Madrid: UNESCO.
- Vargas Mendoza, M. I. (2021). *El sentido del Derecho en América. Teoría Iberoamericana*. México : Tirant lo Blanch-UABC.
- Wilhelm, R. (1985). *I Ching. El libro de las mutaciones* . Barcelona: Edhasa.



Zizumbo Villareal, D., & García Marín, P. C. (2008). El origen de la agricultura, la domesticación de plantas y el establecimiento de corredores biológico-culturales en Mesoamérica. *Revista de Geografía Agrícola* , 85-113.

Zubiri, X. (2007). *Naturaleza, Historia y Dios* . Madrid: Alianza .

NOTAS

ⁱ Este artículo es resultado del trabajo de investigación del Cuerpo Académico Derechos Humanos, Política y Respectividad de la Facultad de Ciencias de la Ingeniería, Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California- UABC-CA-347

ⁱⁱ La mayoría de las ciudades pre-americanas, al menos del centro de México tenían una avenida grande central y eran parejas, cuadradas y con formaciones rectas, a diferencia de los asentamientos humanos de Europa

ⁱⁱⁱ Aquí no se hace alusión únicamente a la literatura, sino a la filosofía, historia y construcción, que se realizó en el siglo XVIII y XIX por un conjunto de autores, en el caso de la filosofía y el derecho, por Hegel, donde se construyó una historia universal de la humanidad que culminaba con el desarrollo de pensamiento alemán, e iniciaba con Grecia (en algunos, con Egipto y Mesopotamia hacia arriba) véase: (Dussel, Mendieta, & Bohórquez, 2018);(Bautista S., 2014)

^{iv} Es una época geológica muy amplia, abarca de 2.58 millones de años a 10, 000 a.C., en este tema entonces, la cultura China no se forma de migrantes, sino que se estableció muy pronto en la región geográfica.



REGIMES REGIONAIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA PESSOA REFUGIADA

REGÍMENES INTERNACIONALES Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS REFUGIADOS

INTERNATIONAL REGIMES AND THE PROTECTION OF REFUGEE'S HUMAN RIGHTS

LEAL, MARÍLIA D. F OLIVEIRA

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora Adjunta do curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

E-mail: marilia.daniella@professor.ufcg.edu.br

CARDOSO, ANNA KAROLLINNE L.

Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

E-mail: karollinneanna@gmail.com

PACÍFICO, ANDREA MARIA C. P.

Doutora em Direito. Professora Adjunta do curso de Relações Internacionais da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

E-mail: apacifico@servidor.uepb.edu.br

RESUMO

Este artigo analisa a evolução dos regimes regionais e suas perspectivas quanto à proteção dos Direitos Humanos da pessoa refugiada. Seu ponto de partida é o Regime Internacional de Proteção aos Refugiados (RIR), o qual estabeleceu princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisões no que se refere ao refúgio. Em seguida, analisam-se os instrumentos de proteção regionais de África, Europa e América Latina, que regulam a condição de refugiado e as obrigações estatais. Cabe salientar a importância da descrição do cenário histórico, que propiciou o surgimento da proteção internacional para refugiados em cada região, tornando-se indispensável para a atual compreensão das lacunas existentes nos instrumentos normativos, que não se alinham à complexidade das questões migratórias contemporâneas. Para tanto, foi realizado um estudo interdisciplinar entre Direito e Relações Internacionais, na tentativa de analisar como os refugiados, um grupo em situação de extrema vulnerabilidade, são acolhidos, no direito internacional, em termos de proteção e promoção de direitos. A metodologia utilizada se baseia em pesquisa analítica e qualitativa, com fontes primárias e secundárias, como produções acadêmicas, documentos internacionais e relatórios do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).

PALAVRAS-CHAVES: Regimes Regionais; Direitos Humanos; Refugiados.

RESUMEN

Este artículo analiza la evolución de los regímenes regionales y sus perspectivas respecto a la protección de los derechos humanos de las personas refugiadas. Su punto de partida es el Régimen Internacional para la Protección de los Refugiados (RIR), que estableció principios, normas, reglas y procedimientos para la toma de decisiones en materia de refugio. Luego, se analizan los instrumentos regionales de protección de África, Europa y América Latina, que regulan la condición de refugiado y las obligaciones estatales. Vale la pena señalar la importancia de describir el escenario histórico que condujo al surgimiento de la protección internacional para los refugiados en cada región, haciéndolo indispensable para la comprensión actual de los vacíos en los instrumentos normativos, que no se alinean con la complejidad de la actualidad de los temas migratorios. Por ello, se realizó un estudio interdisciplinario entre el Derecho y las Relaciones Internacionales, en un intento de analizar cómo los refugiados, un colectivo en extrema vulnerabilidad, son acogidos, en el derecho internacional, en materia de protección y promoción de derechos. La metodología utilizada se basa en investigación analítica y cualitativa, con fuentes primarias y secundarias, como producciones académicas, documentos internacionales e informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

PALABRAS CLAVES: Regímenes Regionales; Derechos humanos; Refugiados

ABSTRACT

This article analyzes the evolution of regional regimes and their perspectives in relation to the protection of the human rights of refugees. Its starting point is the International Regime for the Protection of Refugees (RIR), which established principles, norms, rules and decision-making procedures in terms of refuge. Then, the regional protection instruments of Africa, Europe and Latin America, which regulate refugee status and State obligations, are analyzed. It is worth highlighting the importance of describing the historical scenario, which led to the emergence of international protection for refugees in each region, making it indispensable for the current understanding of the gaps in normative instruments, which do not align with the complexity of contemporary migration issues. Therefore, an interdisciplinary study was carried out between Law and International Relations, in an attempt to analyze how refugees, a group in extreme vulnerability, are welcomed, in international law, in terms of protection and promotion of rights. The methodology used is based on analytical and qualitative research, with primary and secondary sources, such as academic productions, international documents and reports from the United Nations High Commissioner for Refugees.

KEYWORDS: Regional Regimes; Human rights; Refugees.



INTRODUÇÃO

O fenômeno da migração é inerente à história humana, contudo o tema dos refugiados alcança destaque internacional, sobretudo a partir do pós-guerra. Com a intensa movimentação promovida pela Segunda Guerra Mundial, entre os anos de 1939-1945, milhões de pessoas viram a necessidade de se deslocar no interior da Europa. Esse cenário de mobilidade no continente europeu causou preocupação aos aliados (EUA, URSS, França e Reino Unido), especialmente no tocante à estabilidade e segurança regionais. O tema dos refugiados se alçou, assim, a uma questão internacional, com especial ênfase na proteção aos direitos humanos.

Os refugiados constituem uma categoria específica das migrações internacionais. Ao contrário dos migrantes econômicos, estes são obrigados a ser retirados do seu local de origem. Para Zetter (2012), os refugiados são sintomáticos de crises humanitárias e possuem diversas manifestações complexas. Contudo, estes indivíduos dispõem de proteção internacional, a partir da criação do Regime Internacional de Proteção aos Refugiados (RIR), no qual está inserida a Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, ampliada pelo Protocolo Adicional de 1967, que define em seu art. 1º, a, § 2º, que refugiado é:

aquele que, temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, em consequência destes acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (ACNUR, 2005)

Embora o RIR seja responsável pelo estabelecimento de princípios, normas e procedimentos de tomada de decisões no que se refere ao refúgio, reconhece-se seu caráter limitado, particularmente, devido às peculiaridades regionais e locais de cada continente do mundo. Nesse sentido, ao lado do sistema de proteção internacional das Organizações das Nações Unidas, surgem os sistemas de proteção regionais, principalmente em Europa, África e América Latina, na tentativa de integralizar a proteção à pessoa humana em seus vários aspectos. Estes sistemas são complementares porque adotam a dignidade da pessoa humana como valor basilar e visam à existência de vários instrumentos normativos que garantem direitos idênticos, para ampliar e fortalecer a proteção, devendo ser aplicada a norma que melhor proteja a pessoa em determinada situação específica de vulnerabilidade.

Terezo (2006, p. 77) explica que a criação dos sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos assumiu um papel relevante, pois corresponde a uma alternativa de acesso aos mecanismos internacionais que estão mais próximos da realidade econômica, social e cultural dos países que os compõem e se pressupõe uma efetividade maior em sua atuação por causa dessa proximidade. Figueiredo (2004) afirma que, independentemente da existência de um ou dois sistemas jurídicos, quando se trata dos direitos primordiais do ser humano, “há de se buscar a interpretação que mais se harmonize com a efetiva proteção desses direitos”.

Diante desse complexo universo de instrumentos internacionais, Piovesan (1999) destaca que cabe ao indivíduo, que sofreu violação de um direito, escolher o aparato que lhe seja mais favorável, uma vez que os diversos sistemas de proteção de direitos humanos podem interagir em benefício do sujeito a ser protegido. A sistemática internacional é uma garantia adicional de proteção porque institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, quando o Estado falha ou é omissivo na implementação de direitos e liberdades individuais. Ao aceitar o aparato internacional de proteção e as obrigações deles decorrentes, o Estado concorda com o monitoramento internacional. Contudo, a ação internacional é sempre uma atitude suplementar, uma garantia adicional de proteção aos direitos humanos.

Desse modo, o artigo objetiva resgatar o processo histórico e jurídico que promoveu a ampliação do RIR no âmbito regional, especialmente na África, América Latina e Europa. Buscou-se, a partir daí, apontar os sentidos pelos quais o regime de direitos humanos impactou no regime de refugiados, reforçando significados hierarquizantes entre direitos reconhecidos como fundamentais à pessoa humana. A metodologia de pesquisa se pautou por revisar a bibliografia que trata especificamente sobre migração, Direitos Humanos e Refugiados e a utilização de documentos e dados publicados pela ONU e pelo ACNUR, entre outros organismos que abordem a temática.



PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA PESSOA REFUGIADA EM ÁFRICA

O caráter universal dos direitos humanos não pode ser afastado pela diversidade de culturas. Ainda que diferentes particularidades históricas, culturais, étnicas devam ser levadas em consideração, o Estado deve promover e proteger os direitos humanos acima de quaisquer particularismos, confirmando a ideia de que os direitos humanos extrapolam o domínio reservado dos Estados (GÓIS et al, 2006).

Góis et al (2006) enfatizam que a soberania não pode ser justificativa para encobrir violações, pois o direito internacional e o direito interno não são incompatíveis:

Os direitos humanos não são mais matéria de competência exclusiva das jurisdições nacionais. Não se levanta mais a exceção do “domínio reservado dos Estados”, em benefício último do ser humano. É importante sublinhar que a própria Carta da Organização das Nações Unidas consagra, em seu texto, o princípio da não-ingerência em assuntos de competência interna dos Estados, o que deu ensejo a diversas interpretações no que tange à legitimidade de uma ação da Organização das Nações Unidas nesse campo. Sucede que o chamado “direito de ingerência” é um dos conceitos abusivos que mais têm prejudicado o trabalho da Organização das Nações Unidas em favor dos direitos humanos. A ideia de “competência nacional exclusiva” encontra-se, agora, superada pela atuação dos órgãos de supervisão internacionais na proteção dos direitos humanos. (GÓIS et al, 2006).

Percebe-se, pois, que o conceito de soberania absoluta é incompatível com a proteção dos direitos humanos em nível internacional e que a aderência às normas internacionais de direitos humanos é um processo no qual a adesão ao sistema internacional de direitos humanos deve surgir na própria região, preferencialmente por meio de tratados regionais, nos quais se respeitem os costumes, a história e a cultura local e, ao mesmo tempo, reconheça a globalização dos direitos humanos. Nesse sentido, como forma de abordar as particularidades de cada região, inicia-se a análise de cada regime objeto desse estudo.

Piovesan (2012) afirma que o Sistema Africano de proteção aos Direitos Humanos detém características próprias que refletem a história de luta pela descolonização, pela autodeterminação dos povos, pelo respeito às diversidades culturais e às tradições africanas e pela sobrevivência em meio a graves violações aos direitos humanos, denotando uma ótica coletivista ao atentar para o direito dos povos em seu preâmbulo. Assim, tanto na América Latina quanto na África foi necessária uma definição de pessoa refugiada mais ampla do que a do sistema estabelecido pela Convenção de 1951, justamente por suas particularidades e diversidade cultural e histórica, uma vez que as perseguições nesses locais, sobretudo na década de 70, e os violentos conflitos por independência exigiram respostas mais específicas dos governos para as pessoas refugiadas e deslocados provenientes desses atritos.

Na África, Piovesan (2012, p. 189) pondera sobre a singularidade e a complexidade do referido continente, cuja história e diversidades culturais lutam para sobreviver em meio às graves violações de direitos humanos e acrescenta que a instabilidade política e os conflitos armados disseminados em todas as regiões pela independência e autodeterminação dos povos tornam a pauta dos refugiados ainda mais sensível. Para compreender o sistema africano é necessário considerar suas peculiaridades, tais como heterogeneidade política, falta de recursos e graves conflitos internos, como afirma Gondinho (2006):

A África sempre enfrentou um especial obstáculo para a promoção e o estabelecimento de um sistema regional efetivo de proteção aos direitos humanos: a falta de homogeneidade política (...) A histórica escassez de recursos financeiros é o outro grande fator que dificulta enormemente o estabelecimento de um nível mínimo e real de proteção e de dignidade para as pessoas, ainda que se desenvolva a consciência em torno desses direitos. Essa dura realidade constitui o cenário em vista do qual os direitos e os deveres estabelecidos pela Carta Africana devem ser considerados.

Piovesan (2007, p. 119-120) afirma que “a recente história do sistema regional africano revela, sobretudo, a singularidade e a complexidade do continente africano, a luta pelo processo de descolonização, pelo direito de



autodeterminação dos povos e pelo respeito às diversidades culturais”. A questão dos refugiados, nesse continente, é uma das consequências da descolonização e intensificação das lutas das nações africanas pela independência (CHIMNI, 2000, p. 64).

A Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos foi celebrada, em 1969, na cidade de *Adis-Abeba*, pela Organização da Unidade Africana (OUA), que antecedeu a União Africana, com entrada em vigor foi em 20 de junho de 1974. Esse documento trouxe como inovação o fato de que complementou a Convenção da ONU de 1951, alargando a definição de refugiado e regulamentando questões importantes não abordadas anteriormente, como repatriamento voluntário e proibição de atividades subversivas por parte dos refugiados (PIOVESAN, 2006, p. 60-61).

O Artigo 1º da Convenção afirma que o termo refugiado deve ser aplicado a toda e qualquer pessoa que, devido à uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimento que perturbem gravemente a ordem pública em uma parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou nacionalidade (ONU, 1969).

Com relação à proteção da pessoa refugiada, a Convenção da Unidade Africana amplia a definição de refugiados incluindo aquelas pessoas que fogem de seus países de origem por motivos de agressões externas, ocupação ou eventos perturbadores da ordem pública em uma parte ou em todo o país de origem ou de nacionalidade e estabeleceu um precedente no direito internacional ao demonstrar uma resposta humanitária ao problema (PACÍFICO, 2008).

A Convenção de 1969, todavia, não protege os que foram forçados a fugir de seus locais de origem por conflitos, mas que permanecem dentro dos seus países, os deslocados internos e também não contemplou as ameaças climáticas como motivos para concessão de refúgio.

Novos conflitos e outras causas de deslocamento surgem diuturnamente na região enquanto antigos confrontos continuam existindo em vários países africanos, como: no Burundi, na República Centro-Africana, na República Democrática do Congo, na Nigéria, na Somália e no Sudão do Sul, e, uma sequência de acontecimentos que desencadeiam movimentos migratórios em larga escala dentro e ao longo das fronteiras africanas (ACNUR, 2016).

A norma também estabelece a importância da colaboração continuada entre a Organização da Unidade Africana (União Africana) e o ACNUR, na solução dos problemas concernentes aos refugiados nesse continente, uma vez que a situação é extremamente frágil e complexa. Seu maior desafio é enfrentar graves e sistemáticas violações de direitos humanos, refletindo a urgência de respostas humanitárias ao problema desses países que possuem o maior número de refugiados do mundo.

Pela primeira vez seria contemplado com o *status* de refugiado o indivíduo que busca refúgio devido às agressões de outro país ou resultante de invasões, pelo menos em nível regional, ou seja, a regionalização do termo atende aos problemas específicos daquele continente (PACÍFICO, 2008). Além da Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos (1969), outros instrumentos normativos compõem o Sistema Africano e que merecem algumas considerações por sua pertinência à grande área desse trabalho.

O sistema regional africano surgiu na década de 80, sendo o mais recente dos sistemas de proteção, encontrando-se ainda em processo de implantação e fortalecimento e que reflete a história do continente e seu processo de descolonização. A Carta Africana sobre Direitos Humanos ou Carta de *Banjul* constitui o principal instrumento normativo desse sistema, não excluindo, todavia, as demais normas que versem sobre direitos humanos já adotadas.

A Carta Africana sobre Direitos Humanos foi adotada, em 1981, na Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da Organização da Unidade Africana, atualmente União Africana, e entrou em vigor em 1986. As lutas em prol dos direitos humanos ainda são uma dura realidade e inúmeras são as violações que ocorrem na África, por esses motivos a Carta reconhece direitos humanos elencados em outros instrumentos de proteção e inova ao trazer elementos particulares do direito regional africano baseados nas tradições, cultura local e valores da civilização africana.

A Carta de *Banjul* reconhece direitos humanos já previstos em outros instrumentos de proteção e inova ao trazer peculiaridades das tradições locais africanas e menciona o fato de existirem direitos dos povos, justificado pelo fato de povos inteiros terem sido colonizados e explorados de diversas formas ao longo da história (MORAIS, 2015). A autora segue afirmando que “[a] ótica coletivista impera na Carta de Banjul ao atentar para os direitos dos povos e com isso refletir a realidade africana”. Este fato a diferencia das Convenções Europeia e Americana, cujas perspectivas são voltadas para direitos civis e políticos.



A Carta Africana foi o primeiro instrumento de direitos humanos a incluir os deveres dos indivíduos perante o Estado, a sociedade, a família e a comunidade internacional, objetivando o desenvolvimento social, cultural e a manutenção da ordem nas comunidades africanas, guardando muitos deles estreita relação com os valores africanos que a Carta se propõe a refletir (GONDINHO, 2006).

A intersecção da Carta Africana com a questão dos refugiados gira em torno de seu artigo 12, quando elenca o direito de refúgio e a proibição de expulsão coletiva de estrangeiros como direito humano a ser protegido e efetivado. Sua falha, no entanto, foi remeter para as legislações nacionais a aceitação do pedido de asilo e impor restrições aos migrantes relacionadas à segurança nacional, ordem pública, saúde e moral.

Outra inovação da Carta foi incluir, em seu preâmbulo, a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, com a expressa previsão de que tais direitos são indissociáveis e de que a satisfação dos últimos garante o gozo dos primeiros, colocando esses direitos ao lado dos direitos civis e políticos. Além disso, estabelece deveres dos indivíduos perante a sociedade, família, Estado e a comunidade internacional (artigos 27 e 29).

O respeito aos direitos de outrem, à segurança coletiva, à moral e ao interesse comum trata-se de um limite aos direitos humanos previstos na Carta e é um meio pelo qual cada indivíduo pode exercer seus próprios direitos e liberdades. Além disso, a norma prevê respeitar ao semelhante e manter as relações harmoniosas, com o fim de promover a tolerância e a não discriminação, o zelo pela família e o dever de respeitar os pais e sustentá-los, caso necessário. Desse modo, são identificados na Carta não somente direitos dos indivíduos, mas deveres em todos os âmbitos da vida (MORAIS, 2015).

Além disso, a *Banjul-Charta* prevê a Comissão Africana de Direitos humanos e dos Povos, com a função de efetivar a proteção mediante o recebimento de recursos individuais e estatais, contrariando o modelo europeu e americano, cujas petições individuais somente podem ser apresentadas contra as violações patentes e reiteradas dos direitos humanos, e não somente em relação à violação individual desses direitos (HEINTZE, 2009).

Já a Corte Africana de direitos Humanos e dos povos foi criada por um Protocolo adicional à Carta, em 1998, entrando em vigor apenas em 2004. Sua competência é relativa à interpretação e aplicação da *Banjul-Charta*, do protocolo sobre o estabelecimento da Corte e de outros instrumentos de direitos humanos que tenham sido ratificados pelos Estados envolvidos, sendo estes obrigados a garantir a execução da decisão (art. 3º, Protocolo).

Vale ressaltar o papel fundamental que a Comissão vem desempenhando no sentido de abranger direitos não explicitamente mencionados pela Carta, interpretando-a por meio de resoluções que preenchem essas lacunas. Como forma de ilustrar a ideia, tem-se que o direito à privacidade, a um julgamento justo e a proibição ao trabalho forçado não são referidos no texto da Convenção (HEYNS et al, 2006).

Em seguida, em 2009, foi celebrada a Convenção sobre a Proteção e Assistência às Pessoas Deslocadas Internamente em África ou Convenção de Kampala, sendo a primeira a cuidar da proteção e assistência de pessoas deslocadas dentro dos seus próprios países. Seu objetivo é proteger os cerca de 12 milhões de deslocados internos, impondo aos Estados a obrigação de proteger e assistir as pessoas deslocadas em decorrência de desastres naturais, além de ações causadas pelo ser humano, como os conflitos armados.

Assim, os Estados são obrigados a processar penalmente aqueles que cometerem violações graves do direito internacional humanitário, cuja preocupação gira em torno da pessoa refugiada, mas que com o aumento expressivo e a superação do número de deslocados internos em relação aos números de refugiados se compadece também dessa questão.

A crise humanitária africana permanece produzindo milhares de refugiados, evidenciando a matriz histórico-política dos conflitos que caracterizam os Estados descolonizados recentemente que lutam pela autodeterminação dos povos e seguem como os que mais enviam e recebem refugiados no mundo. Todavia, o recente Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos se encontra ainda em processo de implementação, embora medidas, como as adotadas em Kampala, sejam essenciais para reforçar a proteção dos direitos das pessoas mais vulneráveis, independentemente das causas que ensejaram a migração forçada.



PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DA PESSOA REFUGIADA NA UNIÃO EUROPEIA

Após as graves violações aos direitos humanos ocorridas na Segunda Guerra, a comunidade internacional, receosa que novos conflitos acontecessem, volta-se à reconstrução dos direitos intrínseco ao ser humano como paradigma e referencial teórico que norteia a ordem internacional.

O enfrentamento das violações aos direitos humanos passa a ser uma obrigação primária dos Estados que se conscientizaram que, sem o respeito aos direitos humanos, a convivência pacífica das nações se tornaria impossível, já que o surgimento de Estados totalitários espalhou terror e provocou a destruição de povos inteiros. Desse esforço conjunto, cria-se um sistema global de proteção aos direitos humanos e diversos sistemas regionais e nacionais se desenvolvem (DANIELE; PAMPLONA, 2017).

A criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, marca o início da internacionalização dos direitos humanos. A Declaração teve como objetivo essencial estabelecer uma ordem internacional voltada à proteção e ao reconhecimento da dignidade humana, estipulando um patamar mínimo de preservação de direitos e valores a serem preservados. Os direitos humanos são direitos universais à medida em que a condição de pessoa é requisito único para o reconhecimento da titularidade desses direitos (PIOVESAN 2010).

No momento em que o mundo enfrentava uma grande crise humanitária, com a perda de milhares de vidas, a DUDH foi a resposta da comunidade internacional diante das atrocidades ocorridas na Segunda Guerra. Ela é considerada o marco inicial para a afirmação histórica dos direitos humanos, permitindo a internacionalização desses direitos e a sistematização normativa internacional por meio de instrumentos jurídicos, com alcance global e regional, de proteção aplicáveis a todo e qualquer indivíduo (CLARO, 2019).

O documento dispõe de princípios morais que enunciam a dignidade da pessoa humana como parâmetro universal a ser seguido por todos, reafirmando e fortalecendo a importância da liberdade e da solidariedade na reconstrução do mundo. No que tange aos refugiados, os artigos 13 e 14 da Declaração afirmam o que segue:

Artigo 13° 1.Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado. 2.Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.

Artigo 14° 1.Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. 2.Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Embora a DUDH garanta o respeito ao direito de uma pessoa migrar do seu país de origem ou mesmo dentro dele, a questão das migrações encontra resistência de normatização no plano internacional. Este fato está ligado à comunidade internacional ter dificuldade de tratar a migração sob a perspectiva dos direitos humanos e acordar meios para sua gestão. Muito embora as normas de direitos humanos sejam de aplicação imediata, os recursos aos tribunais domésticos e internacionais são utilizados como formas de efetivação de direitos garantidos na normativa (CLARO, 2019).

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), assinada em 1950, com entrada em vigor em 1953, introduziu o primeiro sistema regional para a proteção dos direitos humanos, cuja finalidade seria estabelecer padrões mínimos de proteção que devem ser respeitados pelos Estados-membros. A esse sistema, seguiram-se os sistemas interamericano e o africano. Todos os instrumentos normativos voltados à proteção dos Direitos Humanos complementam os esforços das Nações Unidas para salvaguardar os direitos humanos por meio de mecanismos regionais adequados.

É justamente essa a grande vantagem da existência de sistemas regionais: a sua proximidade com as características e as peculiaridades culturais, históricas e sociais dos países de uma região determinada, sendo o sistema regional de proteção de Direitos Humanos o mais antigo. Ele surgiu no contexto da Segunda Guerra Mundial, após a criação do Conselho da Europa, em 1949, cujo objetivo era a integração política e econômica da Europa, baseado nas seguintes diretrizes: respeito aos Direitos Humanos, manutenção da democracia e defesa do Estado de Direito.



Ressalta-se que o Sistema Regional Europeu de Proteção é constituído pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que instituiu a Comissão Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direito Humanos (TEDH), que permite que qualquer pessoa física, organização não governamental ou grupo de indivíduos, de forma direta, possa submeter denúncia perante a Corte quando houver violação de direitos enunciados pela Convenção Europeia. Essa possibilidade demonstra uma grande evolução na proteção dos direitos para dar maior efetividade aos preceitos fundamentais da dignidade humana, muito embora a Comissão tenha deixado de existir, em 1998, em razão de reestruturação do TEDH (PIOVESAN, 2009). Jubilit (2007) conclui que

os pactos de direitos humanos surgem como resposta aos anseios da comunidade internacional de se consolidar a proteção dos direitos humanos, a qual até então tinha como seu documento mais efetivo a declaração Universal dos Direitos dos homens, que, por sua própria natureza, não possuía força vinculante. São eles frutos de sua época, o que pode ser visto principalmente no fato de serem eles dois instrumentos ao invés de um tratado único, como anteriormente previsto; essa situação decorre das divergências políticas e ideológicas existentes quando de sua elaboração.

Dessa forma, são de grande importância todos os documentos de caráter internacional, regional ou nacional, que consolidam os direitos humanos como positivados, aumentando sua eficácia, ao passo que instauram medidas de implementação dos direitos que pretendem resguardar.

Trindade (2000) acrescenta que, ao longo dos anos, passariam a coexistir inúmeros instrumentos internacionais de proteção, de origens, natureza e efeitos jurídicos distintos ou variáveis, de diferentes âmbitos de aplicação, distintos também quanto aos seus destinatários ou beneficiários, formando-se assim, gradualmente, um complexo *corpus iuris*, em que a unidade conceitual dos direitos humanos transcende todas as diferenças.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos incorpora os direitos e as liberdades civis, deixando a normatização dos direitos sociais para a Carta Social Europeia. A CEDH tem grande alcance na medida em que qualquer pessoa que se encontre em território europeu, independentemente de sua nacionalidade, tem seus direitos assegurados. Este instrumento possuía três organismos principais: a Comissão Europeia de Direitos Humanos, o Comitê de Ministros e o Tribunal ou Corte Europeia de Direitos Humanos. O comitê desempenhava precipuamente a função política, sendo competente para aferir as responsabilidades do Estados e uma possível aplicação de sanção.

Já a Comissão Europeia de Direitos Humanos era composta por membros eleitos, para um mandato de 06 (seis) anos, pelo Comitê de Ministros em quantidade igual ao de Estados - membros da Convenção. A sua função era investigar denúncia sobre violação da Convenção trazida pelos Estados-Partes, indivíduos ou organizações não-governamentais, além de ser uma instituição semi judicial, que decidia sobre a admissibilidade das petições, propunha soluções amigáveis, quando cabível, enviava os casos à Corte Europeia ou encaminhava seus relatórios ao Comitê de Ministros e ordenava medidas preliminares de proteção, todavia não era um órgão permanente (MAZZUOLI, 2011, p. 907).

Continua o autor afirmando que A Corte europeia de Direitos Humanos, assim como a Comissão, não era permanente, possuía o caráter judicial e sua função era julgar os casos de violação aos direitos humanos encaminhados pela Comissão, nos quais constavam, como agressor, o Estado que havia reconhecido a jurisdição da Convenção. Os indivíduos não tinham acesso direto à Corte, sendo-lhes imposto que a petição individual deveria ser proposta primeiramente na Comissão europeia.

Tal como ocorre no sistema interamericano de proteção, no antigo sistema europeu, os indivíduos não podiam submeter assuntos à Corte, apenas a Comissão e os Estados tinha legitimidade. Um grande avanço nesse sentido ocorreu e qualquer Estado-membro, qualquer pessoa ou grupo de pessoas ou entidade não-governamental podem submeter petições ao TEDH, com o requisito de se esgotar todos os recursos internos.

Importa ressaltar que os sistemas interamericano e europeu convergem em diversos aspectos, pelo fato de ambos serem sistemas regionais de proteção aos direitos humanos e o primeiro ter-se inspirado no segundo. Entretanto, existem diferenças, por exemplo, no sistema interamericano há diversas disposições que permitem exigir dos Estados a execução da determinação da Corte, enquanto, no sistema europeu, ainda que as sentenças do TEDH sejam definitivas e que os Estados estejam obrigados a cumpri-la, cabe ao próprio Estado criar mecanismos internos de cumprimento dessas sentenças.

Devido às críticas surgida em torno da dificuldade de acesso, transitoriedade dos órgãos, necessidade de reconhecimento de jurisdição, dentre outras, inúmeros foram os protocolos elaborados com o objetivo de ampliar e



modernizar a Convenção, destacando, por sua importância, a Carta social europeia, de 1965, revisada em 1996, que incluiu direitos econômicos, sociais e culturais, e o Protocolo nº 11, de 1998, cuja principal alteração foi a extinção da Comissão e da Corte europeia e a instituição de uma nova Corte permanente com atividade consultiva e contenciosa, além da possibilidade de indivíduos, grupo de indivíduos, organizações não-governamentais e Estados-membros ajuizem ações diretamente perante a Corte, observados determinados requisitos (MAZZUOLI, 2011).

Em matéria específica de proteção à pessoa refugiada, no Protocolo 4, de 1963, é mencionado de forma superficial, não especificamente sobre refúgio, conforme art 4º, o que segue: “Proibição de expulsão coletiva de estrangeiros: são proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros”. Por isso, Dauvergne (2008) afirma que as leis sobre migração são as questões chave para se contestar o núcleo tanto de ‘nação’ quanto de ‘estado’ e, portanto, têm-se tornado o último baluarte da soberania.

Realizando uma análise acerca da possibilidade de uma pessoa refugiada ter acesso à Corte, tem-se muitos empecilhos e entraves burocráticos que impedem a denúncia perante às autoridades, seja pela barreira da língua, seja pela falta de informação, seja pela exigência de esgotamento de todas as vias internas de recursos para realizar a denúncia de violação perante à Corte. Assim, o direito de petição é mitigado e a proteção aos direitos humanos das pessoas refugiadas fica comprometida.

Em 2012, a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou o caso Hirsijamaa e outros vs. Itália, condenando o país europeu por desrespeitar o direito internacional dos refugiados quando não observou o princípio do *non-refoulement* (não devolução forçada ao local de perseguição). O fato ocorreu quando a guarda costeira italiana interceptou em alto mar uma embarcação com 26 pessoas entre somalis e eritreus e colocou-os em uma embarcação pertencente à Itália sem nenhum contato verbal ou fornecendo alguma informação a eles, deixando os imigrantes na costa da Líbia e utilizando-se do fato desse Estado não ser signatário de nenhuma das Convenções de Direitos Humanos (CLARO, 2015).

Claro (2015) ilustra que a Itália também utiliza centro de detenção de supostos solicitantes de refúgio e pessoas indocumentadas, na Ilha de Lampedusa. A Austrália mantém centro de detenção nos territórios de Nauru e Ilha Manus, além de interceptar barcos e deportar imigrantes frequentemente. Essas atitudes são de flagrante desrespeito à vida humana e aos direitos humanos.

Ainda é comum o tratamento desumano contra refugiados, como: tortura, detenções arbitrárias, pena de morte e outras formas de penas cruéis, opressão de dissidentes políticos, racismo e exclusão social, além de pobreza e miséria extrema em todos os continentes (TAIAR, 2009).

As fortes restrições aos direitos humanos são, por sua vez, frequentemente relativizadas com a justificativa de valores ou princípios constitucionais concorrentes – como a autodeterminação de um povo em nome dos direitos humanos. Sua aplicação muitas vezes opõe-se a interesses políticos e financeiros e, além disso, nenhum sistema regional prevê uma aplicação eficiente de suas decisões.

Mesmo em situações que poderiam ser consideradas emergências humanitárias, os Estados que deveriam acolher pessoas em situação de refúgio não as aceitam, adotando políticas públicas restritivas e intensificando a fiscalização nas suas fronteiras, até mesmo em alto mar, para impedir que imigrantes cheguem aos seus territórios, em uma clara violação à Convenção europeia de Direitos Humanos e aos demais acordos de proteção.

PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA PESSOA REFUGIADA NA AMÉRICA LATINA

Como explicitado em linhas anteriores, encerrado os horrores da segunda Guerra, a grande parte dos países do mundo procurou elaborar mecanismos que evitassem ou mesmo reduzissem novos conflitos e minimizassem as consequências deles advindas. Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos surgiram a partir dessa reivindicação: a prevalência da proteção da pessoa humana. Os regimes nasceram da avaliação específica e diferenciada das peculiaridades e dos desafios porque passa cada região na tentativa de alcançar soluções práticas e efetivas entre os Estados que estão vinculados a determinado sistema.

O sistema regional interamericano tem papel fundamental na concretização dos direitos humanos na América, surgindo, em 1948, com a adoção da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Em 1959, é criada a Comissão interamericana de Direitos Humanos e, em 1969,



promulgou-se a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica que concebeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

O sistema interamericano de proteção possui, como norma fundamental, o Pacto de San José da Costa Rica, assinado em 1969, entrando em vigor em 1978, que estabelece a Comissão Interamericana, cujo papel é a interpretação dos tratados relacionados aos Direitos Humanos na América. Já a CIDH processa denúncias individuais e fiscaliza o cumprimento das obrigações decorrentes da ratificação da Convenção, sendo apenas possível a adesão aos Estados participantes da OEA, que seria um organismo regional associado à ONU e criado em 1951 (AURELIANO, 2016).

A Convenção Americana possui grande importância porque orienta que os Estados a ela vinculados a buscar o cumprimento das diretrizes do tratado em completa harmonia, observando desde os direitos inerentes à personalidade jurídica até questões ligadas à preservação do meio ambiente, patrimônio histórico, direito à vida, direito de não ser submetido à escravidão, direito à proteção judicial, dentre outros e foi ratificada por 25 países (PIOVESAN, 2013, p.332).

Assim, os Estados devem promover ações afirmativas, no intuito de diminuir desigualdades e violações de direitos e, em alguns casos, deverão se abster de atos para cumprir os ditames constantes no referido Pacto, sob pena de punições.

A seção que tratava dos direitos econômicos, sociais e culturais ficou sobrestada à época e somente restou aprovada, em 1988, na Conferência Interamericana de São Salvador, quando houve a promulgação de um Protocolo, adicionando uma lista de direitos, que já haviam sido estipulados em nível internacional, nos mesmos moldes do Pacto Internacional dos direitos sociais, econômicos e culturais, mas que mereciam ser expressamente consagrados, dentre eles o direito ao meio ambiente sadio (MARTINELLI et al, 2019). Vale salientar que o referido sistema de proteção regional não é formado apenas pela Convenção de 1969. Atualmente é constituído por oito documentos, entre Convenções e Protocolos (LUIZ, 2013).

O artigo 33 da Convenção de 1969 institui a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos renunciados na norma convencional. A Comissão já havia sido instituída antes mesmo da promulgação da Convenção, mas suas atribuições foram ampliadas, em 1962, sendo sua principal função, dentre outras, velar pela preservação dos Direitos Humanos em todos os Estados signatários, recebendo denúncias sobre violações e interpretando as normas convencionais. Possui sede em Washington DC e é formada por sete integrantes “da mais alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos” nacionais de qualquer Estado membro da OEA (MARTINELLI; PREVELATO, 2019).

Por sua vez, a CIDH, cuja sede é na Costa Rica, é um órgão autônomo, com organização e funcionamento independentes da Comissão e realiza função consultiva e contenciosa, ou seja, recebe e julga casos de violação de direitos humanos. A crítica que se faz se baseia na possibilidade de estar restrita aos países que aceitaram expressamente sua jurisdição, que deveria ser automática e compulsória, e ao acesso à Corte, que é restrito apenas à Comissão e aos Estados membros (PIOVESAN, 2009).

No sistema interamericano, a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados, adotada em 1984, em Cartagena, na Colômbia, é considerada um instrumento, embora sem ser juridicamente vinculante, de proteção moderno e de grande contribuição para a América Latina, embora sempre tenha havido uma tradição de concessão de asilo político a pessoas que enfrentavam perseguições, principalmente por suas opiniões e engajamento políticos. Na tentativa de solucionar a crise que estava instalando-se no continente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos elaborou um esboço para a Convenção Interamericana de Refúgio, todavia, nenhum dos membros da Organização dos Estados Americanos acatou, devido ao receio de alguma intervenção internacional na região.

A situação se agravou e nos países do cone sul, crescendo o número de pessoas desaparecidas e mortas e, diferentemente do medo que pessoas públicas tinham de sofrer perseguições, agora o cidadão comum também temiam seus governos. Desse modo, um grupo de especialistas e acadêmicos elaboraram o texto da Declaração de Cartagena, influenciada pela Convenção Africana ampliando o conceito de refugiado na tentativa de aumentar a proteção (SOUZA, 2016).

A Declaração pode ser considerada um marco na proteção aos refugiados, uma vez que ampliou a definição do termo para incluir como pessoa refugiada novos grupos de indivíduos que necessitavam de uma proteção mais extensa (DECLARAÇÃO DE CARTAGENA, ART 3º). Assim, no seu Título III, a Declaração define a pessoa refugiada como sendo aquela portadora dos elementos enumerados pela Convenção da ONU de 1951 e, além dessas pessoas, considera também aqueles indivíduos que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça dos direitos humanos



ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública (DECLARAÇÃO DE CARTAGENA, TÍTULO III).

Esse instrumento normativo de caráter regional ratifica a importância de se celebrar a paz, em especial nos países do continente americano em conflito. Para se considerar a concessão do refúgio, requer apenas que haja ameaça à vida, à liberdade e à segurança de forma genérica, causadas por uma das cinco situações elencadas na Declaração.

Na tentativa de solucionar o dilema do refúgio, o texto da Declaração incluiu, como possíveis beneficiários da concessão, as pessoas que deixaram seu país de origem por causa de guerra, de violação contra os direitos humanos ou de causas similares que perturbem gravemente a ordem pública, como visto acima. Para tanto, vale ressaltar que quinze países na América Latina acolheram a definição regional mais ampla de refugiados proposta pela Declaração, em suas legislações internas, a saber: Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, El Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Uruguai (SEIXAS, 2014).

Apenas três países (Costa Rica, Panamá e Venezuela) não incorporaram a definição de refugiado insculpida na Declaração de Cartagena em seus sistemas nacionais. E o Equador que recentemente alterou sua legislação determinando esse retrocesso no que tange ao tema.

Passados 10 anos da Declaração de Cartagena, ocorreu o primeiro encontro para revisão da norma que resultou na adoção da Declaração sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994, reconhecendo-se a necessidade de proteção aos deslocados internos. Em 2004, no Vigésimo Aniversário da Declaração de Cartagena sobre Refugiados, aconteceu uma reunião para comemorar a data na Cidade do México. Nessa ocasião, foi elaborado um documento chamado “Declaração e Plano de Ação do México”, com o intuito de fortalecer a proteção Internacional dos Refugiados na América Latina (LEAL, 2015).

Segundo o ACNUR, no aniversário de 20 Aniversario de *La Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984-2004)*, a declaração tem importância regional ao inovar, como assim o fez a Convenção Africana, incluindo como pessoa refugiada o indivíduo que tenha deixado seu país de origem ou de nacionalidade devido à ameaça, risco à sua vida, à sua segurança ou à sua liberdade, resultante de violência generalizada, de conflitos internos, de agressão estrangeira, de violência aos direitos humanos ou outras circunstâncias que perturbem gravemente a ordem pública.

O texto declaratório identificou linhas de ação para assistir aos países de refúgio na implementação dos princípios insculpidos na Declaração de Cartagena. Quatro reuniões consultivas preparatórias foram realizadas nas cidades de Bogotá, Brasília, Cartagena de Índias, Colômbia e São José, Costa Rica, nas quais se analisou a problemática das pessoas refugiadas em cada região. Com base nas conclusões e recomendações destas reuniões, elaborou-se o Plano de Ação, com o propósito de auxiliar e buscar soluções para o dilema dos refugiados e outras pessoas que necessitam proteção internacional na região (DECLARAÇÃO E PLANO DE AÇÃO DO MÉXICO, 2004).

O ACNUR, juntamente com Brasil, Costa Rica e México, reuniu os governos dos países da América Latina, o Conselho Norueguês para Refugiados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Instituto Interamericano de Direitos Humanos, além de setores da sociedade civil para analisar e debater as principais questões sobre os refugiados e outras pessoas que necessitavam dessa proteção internacional dentro da região (DECLARAÇÃO E PLANO DE AÇÃO DO MÉXICO, 2004).

Importante mencionar, todavia, que, mesmo entre países americanos, o regime jurídico do refúgio não é um padrão, por exemplo, enquanto o Brasil recepcionou a Declaração de Cartagena em seu direito doméstico, publicando uma legislação específica para os refugiados contendo a ampliação da definição de refugiado da Convenção de 1951 e do Protocolo Adicional de 1967, o Canadá protege os direitos dentro da mesma normativa jurídica em que protege os imigrantes em geral (PACIFICO, 2008).

Celebrando os trinta anos da Declaração de Cartagena, em dezembro de 2014, o Brasil sediou, na cidade de Brasília, a Conferência Cartagena +30 em que foi acordada a Declaração e Plano de Ação para aproxima década “Um Marco de Cooperação e Solidariedade Regional para Fortalecer a Proteção Internacional das Pessoas Refugiadas, Deslocadas e Apátridas na América Latina e no Caribe”, como resposta aos novos desafios da proteção internacional e indicações de possíveis soluções para as pessoas refugiadas, deslocadas e apátridas que se encontram na América Latina e no Caribe, aprofundando o processo de cooperação e integração regional (DECLARAÇÃO DO BRASIL, 2014).

Importante destacar que a Declaração de Brasília, assinada em novembro de 2010, por 18 países, ampliou a proteção às pessoas refugiadas e apátridas no continente americano. Ela também inseriu o respeito integral ao princípio de não devolução (*non-refoulement*), incluindo a não rejeição nas fronteiras e a despenalização da entrada irregular de estrangeiros nos países signatários, incrementando o processo de cooperação dentro do marco dos mecanismos de



integração regional e incentivando o reagrupamento familiar e dispondo que o repatriamento deve sempre ser voluntário nunca imposto.

Os países que participaram da reunião também se comprometeram a responder a outro apelo global: a erradicação da apatridia até 2024, já que não ter uma nacionalidade é uma violação aos direitos humanos, no intuito de transformar a América Latina e o Caribe na primeira região a eliminar essa vulnerabilidade (ACNUR, 2014).

O que se pode observar, no entanto, é que o direito internacional dos refugiados ainda continua aplicando a mesma diretriz da definição clássica de refugiado, restringindo sobremaneira sua aplicação, mesmo a Declaração e o Plano de Ação, reconhecendo novas realidades que forçam pessoas a fugir diuturnamente de seus países em busca de proteção na América Latina e no Caribe.

A razão disso é que as pessoas refugiadas atuais provenientes desses continentes dificilmente se adequam à definição clássica, uma vez que uma das principais causas de migração forçada de seus países de origem somente se enquadrariam na definição ampliada de hipóteses de refúgio aceitas na África e na América Latina, originadas na Convenção Africana e na Declaração de Cartagena que, dificilmente, conseguiria ser expandido e utilizado pelos países europeus e da América do Norte. (SPUZA, 2016)

A restrição da definição é uma clara violação da Convenção de Genebra de 1951, afirma Zetter (2007, p.13), que, mesmo quando a minoria dos refugiados “clássicos” consegue, por exemplo, chegar a determinado país para solicitar refúgio, são impedidos de exercer esse direito por uma série de restrições forjadas para dificultar o seu reconhecimento como refugiado. Ele conclui que “o refúgio não é mais um direito básico, mas um prêmio muito privilegiado que poucos merecem”

Portanto, no Colóquio em que foi adotada a Declaração, estabeleceu-se a ampliação da definição de pessoa refugiada, em razão do aumento do número de deslocados nas regiões da América Central, México e Panamá. E, ratificou-se, sem reservas, a Convenção de 1951 e seu Protocolo, definindo-se que as instalações de abrigo para essas pessoas não se devem localizar nas fronteiras do Estado, para fomentar a integração dos refugiados com a população local e evitar atentados e quaisquer tipos de violências contra eles.

As recomendações também apontam para a criação de empregos e moradia digna, desempenhando um papel fundamental em relação às políticas públicas voltadas ao desenvolvimento e à inserção econômica do migrante ao seu novo lar e, principalmente, proporcionou proteção para um maior número de vulneráveis com a ampliação do conceito, o que pode significar a vida ou a morte para o indivíduo que busca de proteção (BALER et al 2009. p. 56-57).

Segundo Trindade (2003, p. 400), a nova Declaração deu ênfase a questões que não foram trabalhadas em Cartagena como desenvolvimento humano sustentável, deslocamentos forçados, populações indígenas, direitos da criança, direitos econômicos, políticos e sociais e direito de refúgio em sua perspectiva de proteção ao ser humano em quaisquer circunstâncias e baseada no universo dos direitos humanos.

Dentre as recomendações e conclusões exaradas no documento, enfatizou-se o caráter complementar e os pontos convergentes entre os sistemas de proteção do indivíduo estabelecidos no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no Direito Internacional Humanitário e no Direito Internacional dos Refugiados, reiterando a conveniência de que os Estados que ainda não o fizeram adiram aos instrumentos internacionais. O documento termina por fazer um apelo aos Estados partes da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 para adotarem medidas nacionais que garantam a aplicação e a difusão de suas normas, assim como a supervisão nela prevista por parte dos órgãos competentes (GONZAGA et al, 2017).

Desse modo, tem-se que o sistema regional interamericano complementa o sistema internacional acrescentando novos direitos e inovando na proteção com contornos de maior universalidade entre países da mesma região, com peculiaridades semelhantes, reconhecendo que há novos desafios e concordando em atuarem juntos para implementar soluções para a questão de pessoas deslocadas e refugiadas, além dos apátridas.



CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou delinear a evolução histórica da proteção da pessoa refugiada no âmbito internacional, perpassando pelo Regime Internacional para proteção dos refugiados, mantendo o foco na expansão do RIR por meio dos regimes regionais. Muito embora se reconheçam diversos avanços, como a definição da condição jurídica de refugiado, na Convenção de 1951, diante da qual todos os Estados estariam compromissados, entende-se que ainda existe uma soberania estatal sobre o refúgio. Esta soberania limita diversas ações e sujeita à proteção dos refugiados a mecanismos burocráticos criados pelo Estado. Deste modo, a implementação de instrumentos que garantam a proteção e o acesso aos direitos humanos mínimos destes indivíduos permanece, em grande medida, atrelada à vontade soberana dos Estados receptores e de trânsito.

Autores, como Loescher (1999), afirmam que a ineficácia do regime internacional de refugiados ocorre, sobretudo, pela inexistência de uma autoridade supranacional capaz de compeli-los a cumprirem regras estabelecidas. Entender a problemática dos refugiados e as particularidades envolvidas na migração forçada promove avanços na implementação de instrumentos de proteção.

Quanto ao âmbito regional, os instrumentos surgem na tentativa de integralizar a proteção à pessoa humana o mais próximo da realidade econômica, social e cultural. Desse modo, há, na África, a Convenção da Organização de Unidade Africana, que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados no território desde 1969; nas Américas, a Declaração de Cartagena que assegura direitos e promove avanços e, por fim, a Europa tem como aporte as Diretrizes relacionadas ao refúgio da União Europeia.

Conclui-se que a ampliação de documentos internacionais sobre a proteção das pessoas refugiadas do direito internacional dos direitos humanos permite o desenvolvimento do paradigma, focando na situação objetiva do país de origem. Ressalta-se, portanto, que é importante ter consciência de que os avanços realizados até então em matéria de proteção aos direitos dos indivíduos não podem levar à falácia de que os direitos humanos são hoje verdadeiramente respeitados e obedecidos no mundo inteiro.

Ainda acontecem violações graves e profundas de direitos humanos, sob várias formas como, discriminação de mulheres, crianças e minorias, demonstrando que, embora testes instrumentos demonstrem avanço, ainda há um longo percurso a ser percorrido, de modo a garantir os direitos plenos dos refugiados e de outras categorias de migrantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. *60 anos da Convenção de 1951 para Refugiados*. ACNURBR, 2011. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/57518-acnur-comemora-60-anos-da-convencao-de-1951-para-refugiados>. Acesso em 3 de julho de 2019.

_____. *África*. ACNUR Brasil, 2016. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/onde-estamos/africa/#:~:text=Cerca%20de%205%2C6%20milh%C3%B5es,residem%20em%20pa%C3%ADses%20da%20regi%C3%A3o>. Acesso em: 2 nov. 2022.

_____. *Declaração e plano de ação do Brasil*. [Brasília]: ACNURBR, 2014. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9866.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2019.

_____. *Relatório tendências globais*. ACNUR, 2014. Disponível em: www.unhcr.org/2014trends. Acesso em: 24 out. 2022.

_____. *Declaração e plano de ação do México para fortalecer a proteção internacional dos refugiados na América Latina*. ACNUR, 2004. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_e_Plan_o_de_Acao_do_Mexico.pdf. Acesso em: 26 out. 2022.

AURELIANO, P. G. A. *O pacto de San Jose da Costa Rica e o regime de concessão de refúgio na América Latina*. JUS.com.br, 09 setembro 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52003/o-pacto-de-san-jose-da-costa-rica-e-o-regime-de-concessao-de-refugio-na-america-latina>. Acesso em: 30 jan. 2019.



BALERA, W. (org.). *Direito internacional dos refugiados nos 25 anos da declaração de Cartagena*. São Paulo: Plêiade, 2009.

CHIMNI, B. S. *International refugee law: a reader*. London: Sage Publications; New Delhi: Thou, 2000.

CLARO, C. A. B. *A proteção dos refugiados ambientais no direito internacional*. 2015. 328 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/publico/Tese_Carolina_de_Abreu_Batista_Claro.pdf. Acesso em: 24 out. 2022.

_____. A proteção jurídica dos “refugiados ambientais” nas três vertentes da proteção internacional da pessoa humana. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, v. 28, n. 58, p. 221-240, 2019. Disponível em: scielo.br/j/remhu/a/fggZzvX45NgzBhQQYLbdTrP/?lang=pt. Acesso em: 28 out. 2022.

DANIELE, A. L. W. S.; PAMPLONA, D. A. O reconhecimento dos refugiados ambientais no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 11, n.37, p. 219-240, 2017. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/129>. Acesso em: 24 out. 2022.

DAUVERGNE, C. *Making people illegal: what globalization means for migration and Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FIGUEIREDO, J. M. (2004). *Fluxos migratórios e cooperação para o desenvolvimento: realidades compatíveis no contexto europeu?* Dissertação de Mestrado em Desenvolvimento e Cooperação Internacional, Instituto Superior de Economia e Gestão, Universidade Técnica de Lisboa.

GÓIS, P. et al. *Segunda ou terceira vaga? As características da imigração brasileira recente em Portugal*. OI/ACIDI, n. 5, p. 111-133, 2009. Disponível em: https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/183863/Migr5_Sec1_Art6.pdf/9feb266-230d-48e7-a6af-98d777b298e7. Acesso em: 27 out. 2022.

GONDINHO, F. de O. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Edições Del Rey, 2006.

GONZAGA, G. R. et al. Jogos didáticos para o ensino de Ciências. *Revista Educação Pública*, v. 17, n. 7, 2017.

HEYNS, C.; PADILLA, D.; ZWAAK, L. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 3, n. 4, p. 164-173, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/3ZJXknHLtRjyKm6krvqr85M/?lang=pt>. Acesso em: 26 out. 2022.

JUBILLUT, L. L. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Editora Método, 2007. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

_____. Os pactos internacionais de direitos humanos. In: ALMEIDA, G. A.; PERRONE-MOISES, C. (coords). *Direito Internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007b.

JUBILLUT, L. L.; APOLINÁRIO, S. M. O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24228/22991>. Acesso em: 24 out. 2022.

LEAL, M. D. F. O. *Cooperação internacional para a proteção dos direitos sociais dos haitianos no Brasil (2010-2014)*. 2015. 113 p. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2015. Disponível em: <http://tede.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/tede/2963>. Acesso em: 24 out. 2022.

LUIZ, E. M. B. *O sistema interamericano de direitos humanos e as relações com os componentes do Mercosul e da aliança do pacífico*. 2013. Disponível em: <https://alacip.org/cong13/437-luiz-7c.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

MARTINELLI, J. P. O.; PREVELATO, F. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. *Revista de Direitos Fundamentais*, v. 1, n.1, p. 23-36, 2019. Disponível em: <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direitos-fundamentais/pdf/artigo-direitos-fundamentais-vol1-num1-2.pdf>. Acesso em: 24 out. 2022.

MAZZUOLI, V. O. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.



MORAIS, P. T. G. P. *O sistema regional africano de proteção dos direitos humanos e dos povos*. JUS.com.br, 11 julho 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33757/o-sistema-regional-africano-de-protecao-dos-direitos-humanos-e-dos-povos>. Acesso em: 7 jul. 2022.

PACÍFICO, A. M. C. P. *O capital social dos refugiados: bagagem cultural versus políticas públicas*. 2008. 490 p. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/3969>. Acesso em: 24 out. 2022.

PACÍFICO, A. P. A.; GAUDENCIAO, M. A proteção dos deslocados ambientais no regime internacional dos refugiados. *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, v. 22, n. 43, p. 133-148, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/remhu/a/5TBC5g6FyQX9ZcxYSV3ZHPB/?lang=pt>. Acesso em: 28 out. 2022.

PIOVESAN, F. *Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos*. [S. l.: s. n.], 2010. p. 96.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Migrantes sob a perspectiva dos direitos humanos. *Revista Praia Vermelha*, v. 25, n.1, p. 15-25, 2013.

_____. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: RODRIGUES, V. M. (org.). *Direitos humanos e refugiados*. Vila Velha: UVV, 2006. p. 119-120.

_____. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 60.

SEIXAS, R. J. S. *Soberania Hobbesiana e hospitalidade em Derrida: estudo de caso da política migratória federal para o fluxo de haitianos pelo Acre*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Centro Universitário UNIEURO, Brasília, 2014.

SILVA, T. F. M. *Cooperação para integração dos refugiados colombianos no Chile: o caso dos Chilombianos*. 2014. 129 p. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: <https://tede.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/tede/2072/1/PDF%20-%20Thalita%20Franciely%20de%20Melo%20Silva.pdf>. Acesso em: 24 out. 2022.

SOUZA, F. T. *A crise do refúgio e o refugiado como crise*. 2016. 204 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/29858/29858.PDF>. Acesso em: 24 out. 2022.

TEREZO, C. F. *Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2014. p. 144.

TRINDADE, A. A. C. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume III*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

UNIÃO EUROPEIA. Carta de direitos fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 18 dezembro 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 25 out. 2022.

ZAGALO, G. Hospitalidade e soberania: uma leitura de Jacques Derrida. *Revista Filosófica de Coimbra*, n. 30, p. 307-323, 2006. Disponível em: https://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/hostilidade_e_soberania. Acesso em: 24 out. 2022.

ZETTER, R. More labels, fewer refugees: remaking the refugee label in an era of globalization. *Journal of Refugee Studies*, v. 20, n. 2, p. 172-192, 2007. Disponível em: <https://academic.oup.com/jrs/article-abstract/20/2/172/1539814>. Acesso em: 24 out. 2022.

ZETTER, R.; BOANO, C.; MORRIS, T. *Protecting environmentally displaced people: developing the capacity of legal and normative frameworks*. Oxford: Refugee Studies Centre, 2012. Disponível em: <http://www.rsc.ox.ac.uk/pdfs/workshop-conference-research-reports/Zetter-%20EnvDispRep%2015022011.pdf>. Acesso em: 24 out. 2022



A DIGNIDADE ECOLÓGICA COMO REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

LA DIGNIDAD ECOLÓGICA COMO REAFIRMACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

ECOLOGICAL DIGNITY AS A REAFFIRMATION OF HUMAN RIGHTS

ARAÚJO, DIEGO MOURA DE

Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Amapá. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Dom Bosco. Professor Adjunto II do Curso de Direito da Universidade Federal do Amapá. Professor da Escola Judicial do Amapá e da Escola de Magistratura do Amapá. Formador de Formadores pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. Autor e Colaborador de livros e artigos jurídicos. Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá

E-mail: diegomdaj@gmail.com

ARAÚJO, GISELE AMARAL MOURA DE

Advogada. Mestre em Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público pela Universidade Positivo, em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná e em Gestão Pública pela Faculdade OPET

E-mail: amaralgisele@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo trabalhar a temática transversal e complexa que é a relação entre dignidade ecológica e direitos humanos. Quanto à dignidade humana, ela vem sendo enfrentada com mais afinco desde a Segunda Guerra Mundial quando o mundo presenciou até que ponto o declínio do senso de humanidade pode alcançar. Atualmente, o estudo se mostra bastante evoluído e praticamente todos os países civilizados mencionam o princípio da dignidade humana no bojo do Texto Constitucional. Com os direitos humanos não é diferente e sua reafirmação internacional ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Apesar dos direitos humanos serem objeto de estudo e aprofundamento há vários anos, a relação com a seara ambiental ainda se manifesta incipiente e pouco estudada. A maioria dos estudos enfrenta o direito do ambiente e os direitos humanos como algo distinto e não unificável. E essa quebra de paradigma começou a ocorrer com o fortalecimento do Estado Socioambiental na Europa e mais tarde no Brasil. Entender a dignidade ecológica, como vertente da dignidade humana e que surgiu com o aparecimento do Estado Socioambiental, é essencial para se concluir que o direito ambiental também faz parte do rol dos direitos humanos como já afirmou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2017.

PALAVRAS-CHAVES: dignidade humana; dignidade ecológica; direitos humanos.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo trabajar el tema transversal y complejo que es la relación entre la dignidad ecológica y los derechos humanos. En cuanto a la dignidad humana, se ha abordado con más fuerza desde la Segunda Guerra Mundial, cuando el mundo vio hasta dónde puede decaer el sentido de humanidad. Actualmente, el estudio está bastante avanzado y prácticamente todos los países civilizados mencionan el principio de la dignidad humana en el corazón del Texto Constitucional. No es diferente con los derechos humanos y su reafirmación internacional se dio con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. A pesar de que los derechos humanos son objeto de estudio y profundización desde hace varios años, la relación con el ámbito ambiental es aún incipiente y poco estudiada. La mayoría de los estudios tratan el derecho ambiental y los derechos humanos como algo distinto y no unificado. Y este cambio de paradigma comenzó a darse con el fortalecimiento del Estado Socioambiental en Europa y posteriormente en Brasil. Entender la dignidad ecológica, como un aspecto de la dignidad humana y que surgió con el surgimiento del Estado Socioambiental, es fundamental para concluir que el derecho ambiental también es parte del rol de los derechos humanos como ya lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró en 2017

PALABRAS CLAVES: dignidad humana; dignidad ecológica; derechos humanos

ABSTRACT

This article aims to work on the transversal and complex theme that is the relationship between ecological dignity and human rights. As for human dignity, it has been tackled more vigorously since the Second World War when the world witnessed the extent to which the sense of humanity can decline. Currently, the study is quite evolved and practically all civilized countries mention the principle of human dignity in the core of the Constitutional Text. It is no different with human rights and its international reaffirmation occurred with the Universal Declaration of Human Rights of 1948. Although human rights have been the object of study and deepening for several years, the relationship with the environmental harvest is still incipient and little studied. Most studies face environmental law and human rights as something distinct and not unified. And this paradigm shift began to occur with the strengthening of the Socio-environmental State in Europe and later in Brazil. Understanding ecological dignity, as an aspect of human dignity and which emerged with the emergence of the Socio-Environmental State, is essential to conclude that environmental law is also part of the list of human rights, as the Inter-American Court of Human Rights stated in 2017.

KEYWORDS: Human Dignity; Ecological Dignity; Human Rights.



INTRODUÇÃO

A dignidade humana sempre é um tema recorrente na pauta de direitos humanos. Debates sobre o que seu significado, alcance e classificação sempre foram comuns na doutrina e nas jurisprudências nacional e estrangeira.

Embora os estudos sobre a dignidade remontem de séculos atrás, a importância da temática ganhou força a partir da Segunda Grande Guerra Mundial com a derrocada do nazismo e as consequências nefastas desta guerra.

No entanto, a partir do final do século XX, começou-se a remontar uma nova vertente da dignidade humana, denominada dignidade ecológica, que é atrelada ao estudo do meio ambiente. Com a formação de um Estado Socioambiental, isto é, aquele que tem um viés econômico, social e ambiental, passou-se a encarar a preservação do ambiente como condição *sine qua non* para a sobrevivência humana e, portanto, para a garantia da dignidade do ser humano.

E é sobre essa relação entre dignidade ecológica e os direitos humanos que o presente artigo tem a pretensão de trabalhar. Entende-se que o método dedutivo é o mais apropriado para o presente estudo com a abordagem de casos concretos, legislação sobre o assunto, doutrinas especializadas e jurisprudência abrangente.

O objetivo maior da presente investigação é mostrar a evolução da dignidade humana ao longo dos anos e sua importância para a reafirmação dos direitos humanos. Como objetivos específicos, pretende: i) enfatizar a definição e classificação doutrinária da dignidade humana; ii) demonstrar a dignidade ecológica como consequência da formação de um Estado Socioambiental e iii) relacionar o papel da dignidade ecológica em face dos direitos humanos.

O artigo é dividido em quatro partes, contendo introdução, desenvolvimento, conclusão e referências. No desenvolvimento será abordada a dignidade e os direitos humanos com a subdivisão em três tópicos. O primeiro corresponde a um breve esboço sobre a dignidade humana. O segundo ao Estado Socioambiental e a dignidade ecológica e o terceiro ao papel da dignidade ecológica em face dos direitos humanos.

2. DIGNIDADE ECOLÓGICA E DIREITOS HUMANOS

2.1 Breve esboço sobre a dignidade humana

A cláusula da dignidade humana, tomando como referência ora norma jurídica, na qualidade de princípio, ora valor ético a ser respeitado e almejado por todas as nações, passou a ser o grande vetor dos países ocidentais, principalmente no pós-Segunda Guerra Mundial. Depois dos horrores cometidos pelo nazismo, revigorou-se a ideia kantiana de que o ser humano deve sempre ser o fim último do direito e nunca meio ou simples objeto, paradigma conhecido mundialmente como a Fórmula da Humanidade.

Com isso, referências explícitas e implícitas sobre a dignidade da pessoa humana passaram a ser previstas tanto em tratados e acordos internacionais como também nas legislações nacionais.

São exemplos significativos: a) Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que prevê a dignidade no preâmbulo e no art. 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos (...);” b) Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, art. 1º: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”; c) Lei Fundamental da República da Alemanha de 1949, art. 1º, I: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”; d) Constituição da República Italiana de 1947, art. 2º: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei (...);” e) Constituição Portuguesa de 1976, art. 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”; f) Constituição Espanhola de 1978, art. 10º, I: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos de ordem política e de paz social”; e g) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 1º, III: “A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) a dignidade da pessoa humana”ⁱ.



Para a doutrina, não existe uma definição única a respeito da dignidade humana. Muitos partem de uma definição metafísica (KANT, 2011); filosófica (ROSEN, 2015); outros fundamentam na natureza divinaⁱⁱ e existem aqueles que utilizam o aspecto jurídico-constitucional, linha de raciocínio que será adotada no presente artigo (NOVAIS, 2016; SARLET, 2006). Embora de conteúdo jurídico indeterminado, o mais importante não é encontrar um conceito único e universalⁱⁱⁱ para o tema e, sim, entender os efeitos e as consequências jurídicas do respeito e da violação a essa norma jus fundamental.

Neste contexto, vale destacar as diferentes dimensões que podem ser atribuídas à dignidade humana. A primeira delas é a ontológica (ADAME GODDARD, 1996), ou biológica, isto é, a dignidade é inerente ou naturalmente pertencente ao ser humano sendo seu núcleo mínimo de sobrevivência^{iv}. Uma segunda dimensão é a histórico-cultural em que a dignidade não é considerada como algo estático por ser construída ao longo das gerações de direitos. Há uma terceira dimensão que é a social como inerente às relações intersubjetivas (SARLET, 2013). Nesta concepção, a dignidade só se perfaz no convívio com as outras pessoas, uma vez que o ser humano não vive só – *ubi societas, ibi ius*.

Há também, sob o aspecto jurídico, uma classificação da dimensão da dignidade em negativa ou defensiva e positiva ou prestacional, atuando ao mesmo tempo como limite e tarefa dos Poderes Públicos e da comunidade. Segundo Sarlet (2013), como limite, a dignidade humana implica dois fatores: a proibição da redução da pessoa a mero objeto e o fato de que a dignidade permite a criação de direitos fundamentais que sejam defensivos ou negativos contra atos do Estado e de particulares. A dimensão positiva pressupõe que o Estado crie medidas que viabilizem o respeito e o cumprimento da dignidade seja por meio de tutela ou prestações concretas^v.

Até se chegar a uma teoria da dignidade humana fundamentada nos princípios estruturantes das Cartas Constitucionais, várias teses foram criadas para explicar de diferentes formas o real fundamento desse preceito tão ímpar para o Direito. Destacam-se as teorias do dote, a teoria da prestação e a teoria do reconhecimento (NOVAIS, 2017).

A teoria do dote (*Mitgifttheorie*) ou teoria da valia intrínseca (*Werttheorie*) fundamenta a dignidade da pessoa humana nas qualidades ou atributos do homem sob o ponto de vista antropológico, natural ou mesmo religioso (NOVAIS, 2017). Através dos dotes ou dons naturais, o homem se torna um ser único que o diferencia dos demais seres vivos. Todavia, a afirmação reducionista de que a dignidade é referência aos dotes antropológicos pode levar a certas subjetividades, haja vista que os dons naturais são variáveis de pessoa para pessoa.

A teoria da prestação (*Leistungstheorie*) afirma que a dignidade não é algo completo e acabado e, sim, uma construção que se faz através de um comportamento individual autodeterminado, isto é, um produto do desempenho do próprio indivíduo na construção de sua identidade. Desta forma, a dignidade de cada pessoa varia de acordo com o próprio comportamento, que poderá ser bem ou mal sucedido, sendo uma prestação subjetiva individual (NOVAIS, 2017).

Por último, encontra-se a teoria do reconhecimento (*Annerkennungstheorie*) ou teoria da comunicação. Segundo ela, a dignidade corresponde a uma espécie de solidariedade, uma comunhão com o próximo. Seria uma forma de reconhecimento social valorada por meio de uma comunicação intersubjetiva. Portanto, a dignidade é válida por meio do reconhecimento social de sua existência e importância a que todos devem preservar e respeitar. Rejeita-se, destarte, aquela dignidade preconcebida sob a forma de dote natural ou mesmo por meio de prestações subjetivas.

De qualquer forma, essas teorias sociais são importantes, porque serviram para justificar a relevância e a necessidade pelo respeito à dignidade da pessoa humana. No entanto, pelo aspecto jurídico, como visto, a dignidade busca seu fundamento nos tratados internacionais (v.g. Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) além das Constituições e das Leis Fundamentais dos diversos países.

Sob essa vertente, a teoria prevalecente é a constitucionalista que apresenta a dignidade humana como núcleo essencial, princípio maior e fundamento nuclear sob o qual repousa o Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, a dignidade representa o pilar sob o qual deve buscar fundamento todas as demais leis dos países, sendo merecedora de tutela por parte do Poder Público.

Não se pode olvidar, portanto, que a recente crise da dignidade no mundo atual é decorrente, principalmente, de um problema social e ético. Desigualdades sociais, corrupção, busca desenfreada pelo poder e prevalência do “ter” sobre o “ser” nos levam a pensar novamente na “coisificação” do homem, algo vedado há muito tempo e bem exposto por Kant. Desta maneira, é imperioso atrelar a dignidade como pressuposto sócio-ético do Direito como forma de se respeitar um preceito elementar: não pode haver pessoa sem dignidade.

Como visto, a dignidade da pessoa humana é um tema bastante complexo e, sem dúvida, o pilar dos Estados modernos. Deixando-se de lado os aspectos culturais, filosóficos e metafísicos já narrados, a dignidade humana apresenta grande fator exponencial no mundo jurídico, de onde os Estados e os indivíduos buscam guarida e exigem novas prestações



jurídicas. Neste aspecto, a dignidade tem relevância para todos os domínios do Direito, seja no âmbito penal, civil, tributário, administrativo, constitucional e, mais recentemente, no Direito Ambiental.

Na seara do direito civil, mais especificamente, nos direitos de personalidade, é latente a sua importância. Atribuir aos direitos de personalidade as características de serem inatos, absolutos, intransmissíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis e impenhoráveis de nada adiantaria se o preceito maior não fosse respeitado, isto é, a dignidade da pessoa humana.

Vários exemplos comprovam essa afirmação.

Podemos citar o caso de uma pessoa que teve imagem impropriamente divulgada pela imprensa quando estava seriamente ferida em um quarto de hospital. Independentemente de este indivíduo ser uma “pessoa pública”, o caso representa um tipo de informação que não apresenta qualquer utilidade social além de corresponder a uma violação da privacidade. Direitos de personalidade foram flagrantemente ofendidos, desconfigurando-se os atributos básicos como a absolutidade e indisponibilidade. E não foi apenas isso. O princípio fundante de qualquer constituição - dignidade da pessoa humana - foi seriamente afetado, porque não se respeitou esse indivíduo em um momento de grande fragilidade física e emocional, tratando-o como uma simples imagem (coisificação) que poderia ser vendida a qualquer meio de comunicação.

Outro exemplo reforça a situação no campo penal. Depois do cumprimento regular de 20 (vinte) anos de prisão por um crime que cometeu, certo indivíduo é definitivamente posto em liberdade. Todavia, meios de comunicação insistem em lembrar o crime logo após a saída do ex-detento, prejudicando, portanto, que ele seja ressocializado ao meio social, impedindo-o de ser esquecido pelo que cometeu. É uma situação típica de violação do direito ao esquecimento, correspondente a uma nova categoria de direitos de personalidade e também de direitos fundamentais. E a ofensa à dignidade se faz presente, pois o *droit à l’oubli* pressupõe que o ser humano seja tratado com respeito nem que para isso seja esquecido, já que não pode eternamente ser responsável por algo que fez no passado, depois de ter cumprido a pena estabelecida em lei^{vi}.

Portanto, a dignidade da pessoa humana (*Menschenwürde*) comporta-se como uma verdadeira norma fundamental (*Grundnorm*) intrínseca a toda e qualquer indivíduo. É um verdadeiro valor social, independentemente de *status*, etnia, religião, condição econômica, que o faz merecedor de respeito e consideração pelo Estado e pelas outras pessoas somente pelo fato de existir. E a dignidade comporta duas atitudes principais: a primeira é uma atitude passiva do Estado e das pessoas no sentido de não violar direitos. A segunda corresponde a uma atitude positiva de promover a defesa e as prestações que favoreçam a existência e continuidade da própria pessoa.

Diante dessa importância, inevitavelmente, a dignidade humana passa a ser identificada com os direitos fundamentais, comparação que comporta três posições: a) dignidade como fundamento dos direitos fundamentais; b) dignidade como conteúdo dos direitos fundamentais e c) dignidade como direito fundamental.

A primeira posição – dignidade como fundamento dos direitos fundamentais – é a mais conhecida entre todas, isto é, é a fonte da qual “bebem” todos os direitos fundamentais. Encontra-se no texto constitucional de vários países e se configura como escudo protetor dos Estados de Democráticos de Direito e promotora de um conjunto indefinido de direitos fundamentais que asseguram autonomia, liberdade e uma vida de respeito a toda a comunidade. É através da dignidade que a pessoa passa a ser alçada à qualidade de sujeito jurídico e, conseqüentemente, portadora de direitos e obrigações. Em síntese, nesta primeira posição, a dignidade pode servir como: fonte de hermenêutica para outras disposições constitucionais, incluindo os direitos fundamentais; critério de solução de conflitos entre normas; cláusula de abertura material de um catálogo de novos direitos fundamentais além de reforçar a ideia da indivisibilidade dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2016).

Dentro desta mesma acepção, a dignidade da pessoa humana não pode sofrer qualquer limitação sem uma justificativa ponderada, sendo considerada, por conseguinte, como “o limite dos limites”. Destarte, a dignidade deve assegurar, no mínimo, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma última barreira de proteção desses direitos como salvaguarda do cidadão e do próprio Estado. Todavia, nada impede que a dignidade também possa servir como restrição de alguns direitos fundamentais, mormente em casos de colisão de direitos, *v.g.* Liberdade religiosa *versus* liberdade de manifestação e expressão^{vii}.

A segunda vertente é a dignidade como conteúdo dos direitos fundamentais. Ela parte de uma visão de que os direitos fundamentais são bem mais amplos que a *dignitas*. Assim, há direitos fundamentais, como o direito de antena, que uma vez violados, não representariam, *a priori*, nenhuma ameaça à dignidade humana, porque dela não encontra representatividade. Este posicionamento defende que há um indevido e prejudicial enfraquecimento e menor força



normativa da dignidade humana quando a relaciona de forma abrangente a todo conteúdo pertencente aos direitos fundamentais (NOVAIS, 2016).

Por fim, a terceira vertente apresenta a dignidade como direito fundamental. Por este pensamento, a dignidade perde a qualidade de princípio constitucional estruturante e passa a corresponder a mais um dos direitos fundamentais, tais como a vida, liberdade e igualdade. Tal entendimento levaria, possivelmente, a um enfraquecimento normativo da dignidade da pessoa humana, porque ela deixaria de ser princípio supremo da Constituição para se tornar um direito fundamental que poderia ser alijado em caso de colisão com outro direito (NOVAIS, 2016).

2.2 Estado Socioambiental e dignidade ecológica

O Direito Ambiental na modernidade tem forte propensão ao universalismo dentro da sociedade de risco. Nesta universalidade, seu campo de estudos se expande a passos largos juntamente com o progresso da ciência: biotecnologias, organismos geneticamente modificados e mudanças climáticas (LANG, 2016).

A sociedade de risco, na visão de Ost (1999), foi marcada por três etapas distintas ao longo dos últimos séculos. A primeira fase corresponde à sociedade liberal do século XIX. Nela o risco assume forma acidental, porque ele é exterior e imprevisto, um verdadeiro golpe do destino.

A segunda fase é referente às primeiras décadas do século XX. Neste momento, a sociedade passou a ter mais consciência da existência do risco e compreender que uma noção preventiva e uma atitude racional, coletiva e apoiada na ciência resolveriam ou reduziriam drasticamente a probabilidade da ocorrência de danos que seriam objetivos e mensuráveis. Desta feita, podiam-se prevenir doenças, misérias, crimes e acidentes em geral (OST, 1999).

Por fim, existe a última fase que representa o momento atual do século XXI. Com todo o domínio científico e tecnológico é contraditório que o risco hoje pareça imprevisível, irreversível, frustrando as capacidades de prevenção e domínio. É uma era de incertezas em que a própria sociedade se coloca em risco por meio de doenças provenientes de animais^{viii}, de sangue contaminado, da poluição nas suas mais variadas formas, do aquecimento global etc(OST, 1999).

Enquanto sociedade de risco, a comunidade global vive sob a constante ameaça de uma crise ecológica decorrente dos perigos advindos da modernização. O desenvolvimento tecnológico trouxe, indubitavelmente, ganhos de produtividade, inovações científicas, melhoria nas telecomunicações e *internet* das coisas por meio da interface homem-máquina. No entanto, esse *boom* de crescimento não soube lidar com as situações imprevisíveis. Acidente de Chernobyl na década de 80; doenças derivadas da transgenia dos alimentos, do uso de inseticidas e da poluição das fábricas; desastres petrolíferos em auto mar; e desastres ambientais em reservatórios de rejeitos de minérios em Mariana e Brumadinho (Brasil), anos de 2015 e 2019, com centenas de mortos. Todos poderiam ser evitados com as tecnologias modernas, porém não foram previstos logo que ocorreram.

Essa instabilidade foi traduzida pela ciência como fase do Antropoceno. Ele constitui-se de uma fase geológica representada pelo forte impacto dos seres humanos sobre a Terra e marcada por três elementos fundamentais: a) crescimento desordenado da humanidade com enorme salto demográfico a partir da segunda metade do século XX; b) alta capacidade de produção e consumo sem considerar os limites do planeta ao provocar, conseqüentemente, enorme desigualdade em termos de justiça socioambiental principalmente em relação à população mais vulnerável; e c) elevado grau de desenvolvimento tecnológico e científico e, paradoxalmente, vulnerabilidade a riscos constantes, sejam sociais, econômicos e ambientais(PERALTA, 2014).

Como consequência da sociedade de risco, Ost (1999) afirma que o Estado-Providência ou Estado assistencial caiu em descrédito perante a sociedade, voltando-se a falar em reforço à segurança ao invés da solidariedade. Instala-se uma verdadeira crise de confiança. O desenvolvimento e a inovação são atingidos pela suspeita do medo do risco irreversível.

Diante da proliferação de riscos, a sociedade pleiteia por uma forma de Estado-Prevenção que zele pela redução dos danos ocasionados por esses riscos através de medidas essencialmente preventivas ao invés de reparadoras. No entanto, estar-se diante de uma pseudo sensação de segurança, haja vista que os riscos não poderão ser eliminados facilmente por serem, muitas vezes, inevitáveis ou fruto do progresso da ciência (REI, 2017).

Beck (2010) alerta ainda para o efeito bumerangue^{ix} dos riscos na sociedade contemporânea. Ele ocorre porque os riscos produzidos alcançarão cedo ou tarde os que produziram ou lucraram com ele, isto é, as grandes corporações relativas aos centros de tecnologias e da produção mundial. No contexto ambiental, desastres ambientais causados por fissuras



em usinas atômicas, vazamentos de produtos químicos em rios e mares ou mesmo poluição emitidas pelas fábricas terão grandes custos para essas empresas, seja porque terão que paralisar a produção ou mesmo por conta das despesas com indenizações ou seguros ambientais. Portanto, na ocorrência de danos ecológicos e ambientais, os efeitos serão sentidos, em diferentes proporções, pela natureza, pela população em geral e pelos donos das indústrias.

As transformações ocorridas no contexto da sociedade de risco ajudaram a despertar para uma nova “consciência ecológica” que se manifesta em duas dimensões. A primeira é a dimensão individual derivada da consciência dos cidadãos relativo à perenidade dos recursos naturais e à mudança de mentalidade no apoio à proteção do ambiente. A segunda corresponde à dimensão institucional onde órgãos públicos, entidades não governamentais e outros movimentos ambientalistas “acordaram” para a necessidade premente em relação à demanda ecológica no âmbito local, comunitário e internacional (SILVA, 1999).

Por fim, o despertar ecológico para a constituição de um verdadeiro Estado Ambiental acompanhou a evolução das dimensões dos direitos ambientais. Na primeira dimensão, verifica-se uma preocupação do Estado com os princípios da prevenção e no controle das degradações ambientais. Já na segunda dimensão, a preocupação se refere aos aspectos globais e ao controle das ações presentes às gerações futuras (W. CARVALHO, 2010).

Diante dos problemas oriundos da sociedade de risco e das necessidades ecológicas advindas dos diversos movimentos internacionais em prol da natureza, os Estados sentiram a necessidade de agregar as bandeiras ambientais às suas respectivas constituições nacionais.

Para Silva (2002), o Estado Pós-Social, como ele denomina o Estado Socioambiental, representa um avanço em relação ao Estado Liberal e o Estado Social das primeiras gerações de direitos. O Estado Pós-Social está associado à terceira geração de direitos humanos, dentre eles, o direito do ambiente e à qualidade de vida. Caracteriza-se como um Estado de proteção inevitável ao ambiente, porque esta é uma diretriz do mundo moderno.

No mesmo caminho, Canotilho (2010) defende a existência de um Estado Constitucional Ecológico como pressuposto de uma concepção integrada ou integrativa do ambiente. Para que isso ocorra, há a necessidade de uma proteção global e sistemática do ambiente, que não se reduz à defesa isolada dos componentes ambientais (água, solo, flora e fauna) ou dos componentes humanos (paisagem e patrimônio cultural).

O Estado Constitucional Ecológico^x solidifica-se ainda nos deveres fundamentais ecológicos, correspondentes à obrigação compartilhada entre Estado, cidadãos e entidades não governamentais para a defesa e proteção do ambiente, do planeta Terra e das gerações futuras (art. 225, da CF/88 e art. 66, da Constituição da República Portuguesa). Nesse sistema de defesa, existe ainda o dever de proteção contra danos ambientais, por se entender que as agressões ao ambiente são muitas vezes irreparáveis e necessitam de tutela específica preventiva e reparadora (CANOTILHO, 2010).

Neste modelo de Estado Ecológico, deve-se assegurar que todos os indivíduos e a própria coletividade tenham direito de viver em um ambiente equilibrado, seguro e saudável (SARLET e FENSTERSEIFER, 2019). A dignidade humana é interpretada de forma mais abrangente, configurando-se em uma dimensão ecológica ou socioambiental. Assim, a dignidade humana “não se restringe apenas a uma dimensão biológica ou física, mas contempla a qualidade do ambiente em que a vida humana se desenvolve” (FENSTERSEIFER, 2008).

Ora, considerando a dignidade humana como um sobreprincípio de que não pode ser dissolvido e que seu núcleo é intangível, ou seja, deve ser preservado porque representa a proteção que toda pessoa humana deve ter, sua aplicação ao ambiente seria uma consequência direta e imediata. Sem um ambiente equilibrado, o ser humano não pode desenvolver sua personalidade e direitos mais básicos. Basta lembrar que um ambiente com água poluída, com mal cheiro ou poluição sonora impedem o equilíbrio mental e saudável de qualquer pessoa.

Com efeito, o direito de personalidade, como um direito subjetivo essencial ao desenvolvimento da pessoa enquanto ser, tanto nos aspectos biológico, social e moral (CORDEIRO, 2019) também abrange o direito do ambiente, pois a personalidade não se resume ao “eu” interior do indivíduo.

O direito ao ambiente sadio e equilibrado é essencial para que o indivíduo possa apresentar seu curso pleno e normal do desenvolvimento de sua personalidade (MILARÉ, 2020; LEITÃO, 1997). A relação mais intrínseca ocorre com o direito à vida e a integridade física/saúde, porém é estendido a outros direitos como dignidade pessoal e até a identidade. E todas essas manifestações internas e externas (circundantes ou ambientais) constituem patrimônio jurídico da personalidade humana integrantes do *status personae*.

Dignidade pessoal, porque viver em um ambiente insalubre sem mínimas condições sanitárias afeta o próprio bem-estar da pessoa em ter uma existência saudável e livre de problemas que perturbem sua qualidade de vida e a relação



com a comunidade. Quanto à identidade, vimos que dentre os vários tipos existentes, há a dignidade biológica, isto é, aquela representação do indivíduo enquanto ligado à preservação da natureza, reciclagem e estilo de vida. Ora, como uma pessoa pensará em ter um estilo de vida com alimentação orgânica, isenta de agrotóxicos, se o pouco que ganha não dá para escolher o que comer?

Ressalte-se que, no aspecto social dos bens de personalidade, também é enquadrado o direito do ambiente, assim como o bom nome, a reputação e a honra objetiva. Isso porque, o homem é um ser gregário e é através do ambiente em que vive que ele interage com as demais pessoas. Por ter natureza difusa e transindividual, uma ofensa ambiental pode prejudicar pessoas indeterminadas e afetar a sobrevivência deste grupo e a consequente qualidade de vida.

Com efeito, a destruição e degradação ambiental representam um forte obstáculo ao desenvolvimento harmonioso da personalidade, porque é pela qualidade de vida que o ser humano encontra-se completo e perfeito para a realização de sua existência. Destarte, a relação entre o ambiente e o desenvolvimento da personalidade parece evidente, pois “o Homem carece para a sua própria sobrevivência e para o seu desenvolvimento de um equilíbrio com a Natureza, pelo que as componentes ambientais naturais são inseparáveis da sua personalidade” (LEITÃO, 1997).

Se existe respeito à dignidade humana, exige-se um ambiente sano e equilibrado por meio de uma dignidade ecológica. Não há dignidade em ambiente poluído, devastado ou com prejuízo da fruição de bens ambientais, porque necessariamente o bem estar físico e mental e a vida saudável estarão prejudicados. Portanto, a dignidade ecológica representada pela proteção ao ambiente e, em consequência da própria vida, é vital à aderência dos demais direitos.

Por outro lado, a dignidade ecológica na promoção do bem-estar ambiental representa uma premissa bastante óbvia, porém pouco lembrada. Sem ambiente saudável ou equilibrado, não pode existir vida. Sem vida, não existe o homem. E sem homem não há direito ou mesmo dignidade. Neste sentido, a defesa da qualidade ambiental corresponde a objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam: a) redução das desigualdades sociais e regionais; b) promoção do bem de todos e c) garantia da inviolabilidade do direito à vida.

Em decorrência da existência da dignidade ecológica e da necessidade de se garantir o ambiente como elemento vital e elementar da própria condição humana, há a necessidade de se preservar o mínimo existencial ecológico. Ter um ambiente de qualidade é primordial para garantir uma vida com saúde necessária à sobrevivência humana.

Neste sentir, não conferindo o Estado a permanência de um ambiente sadio e preservado, dificilmente será permitida a existência com condições mínimas do ser humano manter uma segurança ambiental. O termo “condições mínimas” é usado como um limite à garantia de um ambiente não poluído; vegetação preservada para manutenção do clima; plantações com uso moderado de inseticidas para não causarem prejuízos ao solo e ao lençol freático e ausência de problemas de saúde nas pessoas com esgotamento sanitário suficientemente tratado que não cause odor ou se torne meio para transmissão e proliferação de bactérias e insetos.

2.3 O papel da dignidade ecológica em face dos direitos humanos

Embora em vários momentos da Antiguidade tenha existido referência escrita do Direito do ambiente, ele se apresenta como verdadeiro direito formalmente fundamental somente após a Declaração de Estocolmo de 1972. A partir daí, Constituições de diversos países como Portugal, Espanha, Alemanha e Brasil inseriram o direito ambiental nas suas respectivas normas fundamentais (PINTO, 2005).

A fundamentalização do direito ambiental trouxe para discussão, entre estudiosos do direito e a própria sociedade, termos até então vagos e de conteúdo pouco definido, tais como, desenvolvimento sustentável, princípio da precaução, direitos das gerações futuras, qualidade de vida, danos ambientais e ecológicos e sustentabilidade ambiental. A informação quanto aos direitos e deveres ambientais ficou mais acessível a todos e não somente ao mundo jurídico.

O direito ao ambiente equilibrado e sadio aparece, portanto, como uma terceira fase de evolução dos direitos fundamentais – direitos de terceira dimensão ao lado dos demais direitos de fraternidade como direito à paz e ao desenvolvimento social. Considera-se, destarte, o direito do ambiente como um verdadeiro direito subjetivo fundamental, reconhecido pela Constituição Federal/1988 e pertencente a qualquer pessoa.

Apresenta, simultaneamente, duas vertentes: uma negativa que garante ao titular a defesa contra agressões injustas no domínio protegido constitucionalmente ao ambiente e uma vertente positiva ao obrigar a atuação de entes públicos



para realizar a sua proteção e a devida efetivação (SILVA, 2002). Esse entendimento é acompanhado pela jurisprudência pátria que o considera também como dupla faceta^{xi}.

Ao enquadrar o direito do ambiente como direito fundamental de terceira dimensão, Silva (2012) aduz que deve a ele ser aplicado um regime híbrido – i) o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias na medida de sua dimensão negativa, que garante ao titular a defesa contra agressões ilegais no âmbito constitucionalmente garantido; ii) o regime jurídico dos direitos econômicos, sociais e culturais na medida de sua dimensão positiva, isto é, na obrigação das entidades públicas para sua efetivação.

Como direito de terceira dimensão, o direito do ambiente constitui forte pretensão de titularidade difusa ao abranger sujeitos jurídicos indeterminados, atingindo a própria coletividade social. Expande, assim, uma mera proteção individual e dar azo a uma verdadeira solidariedade intrageracional e intergeracional^{xii}.

Por tais azimutes, entende-se que a existência jusfundamental da dignidade ecológica, atualmente reconhecida como advinda da própria dignidade da pessoa humana (art. 5º, III, e art. 225, CF/88) apresenta uma necessária correlação com os direitos humanos. Como afirmado alhures, sem dignidade ecológica não existe vida e sem vida não há direitos nem seres humanos.

No entanto, costuma-se questionar o aspecto do ambiente sadio como direito humano por uma simples razão – ausência da referida menção em Tratados Internacionais como a Declaração da ONU de 1948 ou a Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950. A omissão de disposição expressa do ambiente nestes documentos pode se justificar por dois motivos. Primeiro, em razão da necessidade de salvaguardar os direitos já conhecidos e ameaçados no Pós-Guerra. Segundo, pelo fato de não contar, à época, o Direito do Ambiente como um “novo direito”, maduro e estruturado como nos dias atuais.

De qualquer forma, conforme explicado anteriormente, o Direito do Ambiente pode ser extraído através da hermenêutica como forma de não se deixar nenhum direito humano sem a devida tutela por parte do Estado, sendo possível a proteção ambiental de forma indireta.

A própria Declaração da ONU de 1948 traz no seu preâmbulo que constitui fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo o reconhecimento da “dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais”. Esta menção constitui-se uma cláusula aberta que pode ser interpretada para aplicação do próprio direito do ambiente (ROCHA, 2002), que é elementar para que todos possam ter uma vida saudável e digna, pois naquela época, ainda não estava amadurecido nas legislações e na própria jurisprudência pátria, comunitária e internacional.

Não obstante, a Declaração de Estocolmo já havia relacionado o ambiente de qualidade à existência de uma vida digna com gozo de bem estar social (princípio 1º). Mais tarde, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981 aparece como o primeiro instrumento normativo ao consagrar o direito ao ambiente saudável como direito autônomo (art.24º), *verbis*: “Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento”.

Ademais, percebe-se que a Comissão dos Direitos da ONU, em 1990, adotou a resolução denominada Direitos Humanos e Meio Ambiente (Resolution 1990/41), onde reconheceu a relação entre preservação do ambiente e a promoção dos direitos humanos (CARVALHO, 2011).

Nota-se que, mesmo sem disposição expressa, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), desde a década de 90 do século passado, tinha entendimento firmado sobre a relação entre degradação ambiental e afronta aos direitos humanos, tais como a vida e respeito à propriedade privada e familiar. Essa técnica jurisprudencial vanguardista de enfatizar a proteção do ambiente mesmo sob omissão do legislador europeu é denominada de “greening” (BELLOCCHIO, 2020). Podem-se citar três exemplos importantes.

O primeiro é o caso *Powell y Raynervs. Reino Unido*^{xiii}. Nele, o TEDH analisou os problemas enfrentados por dois demandantes que possuem propriedades vizinhas ao Aeroporto de Heathrow, Londres, um dos mais movimentados do mundo. É alegado que o aeroporto cresceu de forma demasiada e o barulho provocado pelo ruído das aeronaves passou a perturbar os direitos de propriedade e privacidade dos moradores próximos.

Um dos fundamentos analisados foi a violação do art. 8º da Carta Europeia de Direitos Humanos – CEDH - (direito ao respeito pela vida privada e familiar). Ao fim, o TEDH entendeu que, embora a operação do aeroporto internacional seja um ato administrativo legítimo do Estado, houve falha do governo britânico em não preservar os direitos dos moradores contra os ruídos indesejáveis. De forma indireta, o Tribunal Europeu associou a preservação do direito à propriedade familiar e privada ao respeito ao ambiente (evitar poluição sonora).



O segundo é caso *Öneryildiz versus Turquia*^{xiv} onde o TEDH afirmou que um problema ambiental - uma explosão de gás metano que matou 39 pessoas em um aterro sanitário da Turquia - violou o direito à vida destas pessoas. O Tribunal entendeu que caberia ao ente público o dever de controlar e evitar danos ecológicos, cuja omissão gerou a perda de dezenas de vidas. Embora sem ter enfatizado o direito a uma vida digna em relação ao ambiente, a decisão do Tribunal Europeu já avançou ao associar a necessidade de preservação do ambiente para o bem estar das pessoas.

O terceiro processo é referente à demanda entre *Tatarvs. Romênia*^{xv} ocorrida, em 2001, com sentença proferida 08 (oito) anos depois. Nesse caso, pai e filho questionam junto à Corte Europeia sobre a exploração da mina de ouro em Baia Mare (Romênia) que, de forma irregular com a utilização de cianeto de sódio, provocou um acidente ambiental e contaminou parte do sítio ao redor. Os requerentes arguíram que, mesmo depois do dano, as atividades da empresa continuaram normalmente, o que acabou por prejudicar a saúde dos habitantes locais além de ofender o art. 8º da Convenção.

O TEDH concluiu que a continuação das atividades, mesmo depois dos danos provocados, violou o dever de precaução, caro ao direito do ambiente, e que as atividades da empresa de mineração lesionavam a saúde e a vida privada das pessoas. Assim, as autoridades romenas descumpriram o dever de avaliar os riscos da atividade daquela empresa poluente e, por conseguinte, desrespeitaram a vida privada, a residência dos moradores daqueles sítios e o direito de usufruir de um ambiente saudável e protegido.

Novamente, o TEDH utiliza-se do “greening” para associar a violação do ambiente ao prejuízo da qualidade de vida e da saúde. E, para reforçar essa mútua relação, o art. 8º da Convenção foi mais uma vez mencionado. De qualquer forma, a jurisprudência europeia, seja de forma direta ou indireta, salienta a importância da simbiose entre direitos humanos e proteção ambiental como algo certo e inevitável ao acompanhar a vida humana.

Como crítica ao “greening”, entende-se que apesar do TEDH utilizar-se de uma interpretação favorável para incluir a proteção ambiental no art. 8º da CEDH, ele ainda não foi capaz de encarar o direito do ambiente sadio como um verdadeiro direito autônomo distinto dos outros direitos humanos. Essa visão míope não é exclusiva do TEDH e sim de todo o sistema europeu de direitos humanos. Reconhece-se que a Corte encara a proteção do ambiente como um direito público, especialmente digno de proteção, equivalente a outros direitos. No entanto, não vai além do que compará-lo ao direito à saúde ou ao bem estar das pessoas no recanto da propriedade privada e familiar (SIMÓN, 2010/2).

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi provocada no ano de 2017^{xvi} para se pronunciar sobre a relação entre o ambiente e os direitos humanos sob a luz do Pacto de San José da Costa Rica. Trata-se de solicitação da Colômbia a respeito do risco de construção e uso de grandes obras de infraestrutura no ambiente marinho na região do Caribe. Buscava saber se havia a relação entre direito ao ambiente sadio e a garantia dos direitos à vida e a integridade pessoal.

Dentre os vários argumentos defendidos, a Corte Interamericana ressaltou a inequívoca relação entre a proteção do ambiente e a relação entre os direitos humanos. É reconhecido que todos os direitos humanos são vulneráveis à degradação ambiental, ou seja, a realização de todos os direitos humanos depende de um ambiente sadio propício.

No estudo sobre o direito do ambiente, a referida Corte foi além e reconheceu a existência de um direito ao ambiente sano como direito autônomo, distinto do conteúdo ambiental que surge pela proteção dos demais direitos, tais como a vida e a integridade pessoal. Esse direito autônomo apresenta conotação individual e coletiva. Esta última por constituir um direito universal que atende as atuais gerações presentes e às futuras. É individual na medida em que a vulneração pode repercutir direta ou indiretamente na vida das pessoas devido à conexão com outros direitos tais como a saúde e a vida.

Por fim, a doutrina dominante sobre o tema vislumbra a forte ligação entre direitos humanos e direito do ambiente. Sem um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado não se pode gozar e fruir dos mais elementares direitos previstos e reconhecidos nas Constituições e na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (CARVALHO, 2011).

Bosselmann (2010) defende uma redefinição dos direitos humanos para o reconhecimento definitivo do direito ao ambiente sadio. Para ele, há uma obviedade em considerar as condições ambientais sadias como parte do direito à vida. No entanto, com a crescente e, por vezes, silenciosa crise ambiental, os mecanismos legais têm feito pouco para enfrentar essa violação do direito humano ao ambiente.

Ao fim, o referido autor arremata que, para se redefinir os direitos humanos, será preciso fazer uma abordagem ecológica a fim de se romper a velha visão antropocêntrica e reconhecer que a proteção do ambiente requer consciência dos direitos e deveres ambientais por parte de todos. Ademais, será exigida uma mudança mais enfática na forma com



a legislação e a jurisprudência dos Tribunais encaram o ambiente sadio - se é apenas uma consequência do direito à vida e à saúde ou se é um direito autônomo com reflexos sobre os demais direitos.

Não faltam exemplos que comprovam a dignidade ecológica como forma de reafirmação dos direitos humanos. Ao morar em um ambiente sem água potável ou com esgoto sem tratamento, ou seja, um ambiente totalmente insalubre, milhões de pessoas em todo mundo, nas regiões mais periféricas, sofrem graves problemas de saúde que podem levar à morte crianças e idosos. Todavia, os problemas ambientais não afetam a qualidade de vida apenas nas regiões mais pobres e com pessoas necessitadas. Pessoas que moram em regiões ricas e industrializadas também podem sofrer com problemas de saúde decorrentes da poluição do ar, tais como asma e bronquite.

Em síntese, caracterizar o ambiente como um direito humano não se resume a uma simples necessidade epistemológica ou imperativo ético em relação aos tratados internacionais omissos. É acima de tudo uma necessidade vital do ser humano em ter o ambiente reconhecido como: a) um direito elementar para a garantia de uma sadia qualidade de vida; e b) essencial ao desenvolvimento dos demais direitos fundamentais e direitos de personalidade tanto de forma individual, quanto coletiva, intra e intergeracional.

3. CONCLUSÃO

Abordar a relação entre dignidade humana e ambiente ainda parece, nos dias de hoje, um verdadeiro tabu que muitos juristas não querem enfrentar.

Primeiro, porque é muito cômodo trabalhar o ambiente de forma isolada como algo relacionado especificamente a rios, variação climática e preservação das florestas. Neste aspecto, falar de ambiente é relacionar os bens ambientais a algo um pouco distante da realidade vivida pela maioria das pessoas.

Segundo, porque a dignidade humana sempre foi estudada como parte dos aspectos intrínsecos ao ser humano, sempre relacionada aos direitos à vida e à integridade física e à moral. Portanto, relacionar a dignidade humana a algo fora do indivíduo soaria “estranho”.

Por tais motivos, trabalhar o meio ambiente como típico direito humano é elevar o direito consagrado no art. 225, da CF/88, como um direito essencialíssimo para caracterizar a personalidade e a vida das pessoas, que não poderão ter dignidade sem a existência de um meio saudável e ecologicamente sustentável. Neste aspecto, a dignidade ecológica surge como uma reafirmação dos direitos humanos ao mostrar que o aspecto exterior ao homem, correspondente à natureza e aos bens ambientais, é condição basilar para o desenvolvimento de sua personalidade e, portanto, nítido direito humano a ser defendido em todos os países. Tal bandeira jurídica ecológica será essencial para se projetar o modelo de país e de mundo que se pretende para as presentes e futuras gerações.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAME GODDARD, Jorge. *Naturaleza, persona y derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANTUNES, Tiago. Os desastres naturais e as alterações climáticas – em especial, a resposta do ordenamento jurídico aos fenómenos meteorológicos extremos. *Pelos caminhos jurídicos do ambiente – Verdes Textos I*. Lisboa: AAFDL, pp. 437-503, 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELLOCCHIO, Lucia. “Greening”: *El sistema de protección jurídica del medio ambiente Parte II: La jurisprudencia*. Disponível em: <<https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/03/Doctrina-ambiental-145-2.03.pdf>>. Acesso em 06 jul.2020.



- BOSELNANN, Klaus. Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, pp. 73-109, 2010.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. 2.ed. Orgs. Helene Sivini Ferreira; José Rubens Morato Leite e Larissa Verri Boratti. Rio de Janeiro: Forense Universitária, pp. 31-44, 2010.
- CARVALHO, Délton Winter. A tutela constitucional do risco ambiental. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. 2.ed. Orgs. Helene Sivini Ferreira; José Rubens Morato Leite e Larissa Verri Boratti. Rio de Janeiro: Forense Universitária, pp. 261-282, 2010.
- CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio Ambiente e Direitos Humanos*. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Pessoas*. v.IV. 5.ed, rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2019.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana como marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- LANG, Agathe Van. *Droit de l'environnement*. 4.ed. Paris: Thémis Droit, 2016.
- LEITÃO, João Menezes. Instrumentos de direito privado para a proteção do ambiente. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Almedina, v.7, , jun.1997.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 12.ed. atual. rev. São Paulo: RT, 2020.
- NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais*. v.I. Coimbra: Almedina, 2016.
- _____. *A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade*. v.II. Coimbra: Almedina, 2017.
- OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- PERALTA, CARLOS E. A extrafiscalidade como mecanismo para incentivar a reciclagem. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, n. 76, out-dez., pp. 365-392, 2014.
- PINTO, Fabrício. Os Direitos Humanos ao Meio Ambiente e ao desenvolvimento numa perspectiva de proteção do Direito Fundamental à vida em sua ampla dimensão. *Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos*. Coord. Ana Maria Guerra Martins. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 397-461.
- REI, Fernando Cardozo Fernandes. Vulnerabilidade ambiental e sua relação com riscos e segurança jurídica. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Minorias Ambientais*. Coords. Liliana Lyra Jubilut, Fernando Cardozo Fernandes Rei e Gabriela Soldano Garcez. São Paulo: Manole, 2017.
- ROCHA, Manuel António Lopes. Direito a um ambiente sã e sua caracterização como direito do homem. *Estudos em Homenagem a Francisco Velozo*. Coord. António Cândido de Oliveira. Minho: Universidade de Minho, pp.619-638, 2002.
- ROSEN, Michael. *Dignidade*. Trad. André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. *Comentários à Constituição do Brasil*. Coords. J.J.Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. São Paulo: Saraiva/Almedina, pp. 121-132, 2013.
- _____. Dignidade da pessoa humana I e II. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. Vicente de Paula Barretto. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, pp. 212-225, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang/FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ecológico: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção da Natureza*. 6.ed. São Paulo: RT, 2019.
- SILVA, Vasco Pereira da. *Verde Cor de Direito. Lições de Direito do ambiente*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. Verdes são também os direitos do homem: publicismo, privatismo e associativismo no direito do ambiente. *Stvdialvridica40: Portugal-Brasil ano 2000*. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito: Coimbra Editora, 1999, pp. 127-140.



SIMÓN, Fernando. La construcción de la tutela ambiental em lajurisprudencia de Estrasburgo. *Persona y Derecho*. Universidad de Navarra: Pamplona, n.63, pp. 87-110, 2010/2.

VILAÇA, José Luís da Cruz. Comentário ao art. 1º - Dignidade do ser humano. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada*. Coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho. Coimbra: Almedina, pp. 33-45, 2013.

NOTAS

ⁱA referência à dignidade humana, em âmbito dos tratados internacionais, também pode ser encontrada na Carta das Nações Unidas de 1945; no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e no Estatuto da UNESCO de 1945.

ⁱⁱ Temos como exemplo de Santo Agostinho e outros teólogos da Idade Média.

ⁱⁱⁱ Sobre um conceito único e universal, há fortes questionamentos se a definição da dignidade humana é ou não uma invenção dos países ocidentais, principalmente quando se debate a diversidade da cultura e econômica dos povos. Isso pode ser verificado desde as mais antigas tradições de países africanos que mutilam mulheres para que elas não sintam prazer sexual até países pobres economicamente que não conseguem proporcionar o mínimo de saúde e qualidade de vida para seus cidadãos. Em outras situações, o fracasso de políticas públicas governamentais pode ferir a dignidade e os direitos fundamentais dos presos, o que acabou provocando a intervenção do Poder Judiciário. Tal situação ocorreu no Município de Uruguaiana, Estado do Rio Grande do Sul-Brasil, onde eram precárias as condições físicas do Albergue Estadual em que se encontravam os presos daquela cidade. Diante da ausência do Estado em reformar o presídio, o Supremo Tribunal Federal afirmou que o Poder Judiciário poderia intervir na realização de políticas públicas sem que houvesse interferência indevida de um Poder sobre o outro, pois a supremacia da dignidade humana legitimaria a intervenção judicial. (RE-RS nº 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.13.08.2015).

^{iv} É indene de dúvida a relevância da dignidade humana na sociedade atual. Discussões existem sobre se a dignidade é ou não universal ou se há um mínimo existencial que se conceba como digno fazem parte do debate, porém todas se referem à pessoa humana. No entanto, é importante assinalar o recente debate sobre a expansão do conceito de dignidade para outros entes, como os animais, e até mesmo para o ambiente. Para Sarlet (2006), o ambiente saudável e equilibrado é sinônimo de uma vida humana digna, sendo um dos motivos pelos quais defende a expansão da dignidade humana para a esfera ambiental ou ecológica.

^v As dimensões usadas pelo autor remetem à teoria do *status* de Jellinek. Segundo este, o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado por meio de quatro posições jurídicas que ele denominou de *status*. O *status* passivo é a posição pelo qual o sujeito é vinculado ao Estado por meio de deveres e proibições. No *status* negativo o sujeito encontra-se em uma esfera de liberdade perante o Estado que o deve respeitar e não perturbá-lo. No *status* positivo, o Estado deve agir a favor do indivíduo para a promoção e prestação de seus direitos. Por fim, o *status* ativo corresponde ao poder do indivíduo influir na formação da vontade estatal, *v.g.* através do voto (ALEXY, 2015).

^{vi} O referido exemplo é pertencente ao caso Lebach julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, que será tratado na unidade desta tese referente ao direito ao esquecimento. Nesta situação, a dignidade também pode ser lembrada como um desdobramento do princípio da igualdade material. Como não se podem sopesar graus de dignidade, isto é, dizer que um indivíduo é mais digno que o outro, pois todos são seres humanos, tanto cidadãos em liberdade como os presos são merecedores de respeito dentro das exigências legais em que se enquadram. Embora o detento tenha seu direito de ir e vir cerceado, como punição aplicada pelo Estado em função de um delito cometido, ele, por outro lado, não pode ser submetido a condições desumanas ou degradantes, pois continua sendo possuidor de dignidade (VILAÇA, 2013).

^{vii} Um exemplo que torna a dignidade humana como baliza de direitos fundamentais é o famoso caso *Wackenheim x Commune de Morsang-sur-Orge*, mais conhecido como arremesso de anão (*dwarfthrowing ou lancernains*). O arremesso de anão era, na década de 90 do século passado, em França um “esporte” nos quais anões vestidos com roupas especiais eram arremessados por meio de canhões, como se fossem projéteis humanos, em direção a um colchão inflável devidamente posicionado. Venceria aquele que alcançasse a maior distância. Em outubro de 1995, o caso chegou ao Conseil d’État (a mais alta corte administrativa) por meio de uma ação administrativa promovida pelo Sr. Manuel Wackenheim, francês com altura de 1,14m, que se insurgia contra um decreto do prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge que proibiu a competição de arremesso de anões em um bar local. O anão alegava que a interdição da atividade de *lancernains* feriria o direito ao trabalho e a livre iniciativa, pois ele se utilizava daquele “trabalho” para sua sobrevivência, além de estar com equipamentos necessários para evitar lesões. Por sua vez, o prefeito, utilizando-se do poder de polícia, argumentou que aquela atividade ofenderia a dignidade da pessoa humana e prejudicava a ordem pública. Como decisão, a Corte Administrativa entendeu que o prefeito agiu de forma fundamentada no legítimo poder de polícia a que lhe é atribuído por lei e que o arremesso de anões explorava de forma espetacular a deficiência física de pessoas que eram tratadas sem a menor dignidade, porque eram consideradas como meros objetos. Inconformado com esta decisão que confirmou a interdição realizada pelo prefeito, revogando, portanto, a permissão autorizada pelo Conselho Administrativo de Versalhes, o Sr. Wackenheim recorreu à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, fundamentado no direito à liberdade e segurança; no direito ao respeito pela vida privada e familiar e no direito à não discriminação. Em decisão definitiva de julho/2002, a ONU afirmou a necessidade de se proteger a dignidade da pessoa humana, não sendo, portanto, a interdição da atividade medida abusiva por respeitar os pactos internacionais pelos quais a França é signatária. Neste caso clássico, a dignidade humana foi invocada, sem dúvida, como fundamento maior do respeito ao ser humano que, de forma alguma não pode ser tratado como objeto e que, o referido entendimento deve se sobrepor, no caso concreto, ao direito ao trabalho, direito fundamental por excelência.

^{viii} Vale ressaltar, que há fortes suspeitas científicas de que o coronavírus surgiu em morcegos que contaminaram humanos.



^{ix} O efeito bumerangue não é visto apenas em relação à sociedade de risco como também ínsito ao próprio direito do ambiente. Isso ocorre, porque não há que se falar em ambiente sem falar na simbiose entre direitos e deveres correlatos. Há o direito de usufruir desse bem como de todos e também o dever de preservá-lo. Embora interrelacionados, constituem-se de forma autônoma, haja vista que o dever de respeitar e defender o ambiente independe da prática do direito de qualquer sujeito sobre a natureza (ANTUNES, 2014).

^x O Estado Socioambiental apresenta outros nomes, tais como, Estado Pós-Social, Estado Constitucional Ecológico, Estado de Direito Ambiental, Estado do Ambiente e Estado de Bem-Estar Ambiental. Corroboramos o entendimento de Fensterseifer (2008), no sentido de que a expressão “Estado Socioambiental” traz consigo a ideia de que as agendas ambientais e sociais caminham de forma conjunta para se assegurar a qualidade de vida e o desenvolvimento sustentável. As outras denominações priorizam ou apenas o aspecto social ou o ecológico como se fossem temas isolados, o que não é verdade.

^{xi} No Acórdão Português do STJ, nº 00A413, Rel. Pinto Monteiro, j. 27/06/2000, o direito do ambiente é considerado como um direito negativo ao corresponder a uma abstenção por parte de terceiros e do próprio Estado de ações ambientalmente nocivas e também como um direito positivo no viés de que o Estado deve proteger o ambiente e controlar as atividades nocivas para o mesmo.

^{xii} Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, em uma discussão sobre possibilidade de desapropriação-sanção, o Ministro Celso de Mello, proc. MS 22.164, j. 30-10-1995, P, DJ de17-11-1995, *en passant*, discorreu sobre a importância do direito do ambiente no contexto da terceira dimensão dos direitos fundamentais, *verbis*: “O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.

^{xiii} Processo nº 9310/81, sentença de 21 de fevereiro de 1990. A discussão mais uma vez é tratada no caso *Hattonvs. Reino Unido* (proc. nº 36022/97), sentença de 08 de julho de 2003.

No caso *European Air Transport Sa vs. Collège d’environnement de la Région de Bruxelles-Capitale, Région de Bruxelles-Capitale* (C-120/10), o TJUE enfrentou o mesmo problema dos ruídos emitidos pelos aeroportos. Embora não explicita que a poluição sonora provoca a violação do direito humano à vida privada e familiar da CDFUE, o advogado-geral da causa, Pedro Cruz Villalon, em parecer emitido em 17 de fevereiro de 2011, apontou a mencionada relação omitida pelo TJUE. Segundo ele, a proteção do ambiente prevista no art. 37º está diretamente relacionada ao art. 7º da Carta de Direitos Fundamentais por um processo de reconhecimento constitucional da tutela ambiental, na qual participaram as tradições constitucionais dos Estados-Membros. Por fim, ao realçar a importância art. 52º, nº3, da CDFUE, para a unificação das jurisprudências dos Tribunais, arrematou que “a proteção do ambiente é um objetivo que o TEDH integrou na sua interpretação do art. 8º da CEDH, consagrando-o através do direito fundamental à reserva da vida privada e familiar e do domicílio. Mais concretamente, a jurisprudência do TEDH afirmou, em diversas ocasiões, que a poluição sonora é uma dimensão do meio ambiente, no sentido do art. 8 da CEDH”.

^{xiv} Processo nº 48939/99, sentença de 30 de novembro de 2004.

^{xv} Processo nº 67021/01, sentença de 27 de janeiro de 2009.

^{xvi} Opinião consultiva OC nº 23/17, de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República da Colômbia.



ACESSO À JUSTIÇA PELA VIA DE DIREITOS: UM DIÁLOGO COM BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

ACCESO A LA JUSTICIA MEDIANTE DERECHOS: UN DIÁLOGO CON ÉL BOAVENTURA SOUSA SANTOS

ACCESS TO JUSTICE THROUGH RIGHTS: A DIALOGUE WITH BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

PIRES, SIMONE MARIA PALHETA

Professora Adjunta da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP), doutora em Direito pela UFMG e pós-doutora pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra.

E-mail: eliasimone@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo pretende refletir sobre a visão de Boaventura de Sousa Santos a respeito do direito enquanto instrumento emancipatório e, paralelamente, sobre a ideia de acesso à justiça pela via de direitos, que objetiva fortalecer o exercício da cidadania e a participação democrática na esfera judicial. Com efeito, pretende-se lançar o olhar crítico ao sistema de justiça brasileiro, bem como analisar a efetividade do direito de acesso à justiça que perpassa por lutas emancipatórias, onde o direito é um instrumento essencial, assim como os movimentos sociais, ações, organizações e grupos cosmopolitas subalternos que usam a ordem jurídica para levarem suas lutas adiante. Desafiando a narrativa moderna que enfraqueceu o pilar da emancipação e fortaleceu o pilar da regulação, busca-se reconstruir e fortalecer uma legalidade cosmopolita e subalterna, que tenha como objetivo eliminar exclusões e opressões, sobretudo o fascismo social. Nessa lógica, defende-se que a luta pela plena cidadania está vinculada à existência de um direito emancipatório em uma sociedade pós-liberal, pós-colonial e, sobretudo, democrática.

PALAVRAS-CHAVES: acesso à justiça; direito; emancipação; cidadania; judiciário.

RESUMEN

Este artículo pretende reflexionar sobre la visión de Boaventura de Sousa Santos sobre el derecho como instrumento emancipador y, al mismo tiempo, sobre la idea de acceso a la justicia por el derecho, que pretende fortalecer el ejercicio de la ciudadanía y la participación democrática en el ámbito judicial. En efecto, pretende lanzar una mirada crítica sobre el sistema de justicia brasileño, así como analizar la aprobación de la ley de acceso a la justicia que permea las luchas emancipatorias, donde la ley es un instrumento esencial, así como los movimientos sociales, organizaciones, organizaciones y grupos cosmopolitas subalternos que utilizan el sistema legal para avanzar en sus luchas. Desafiando la narrativa moderna que enmarca el pilar de la emancipación y refuerza el pilar de la regulación, busca reconstruir y fortalecer una legalidad cosmopolita y subalterna, que pretende eliminar las exclusiones y opresiones, especialmente el socialfascismo. Lógicamente, se argumenta que la lucha por la ciudadanía plena está ligada a la existencia de un derecho emancipador en una sociedad posliberal, poscolonial y, sobre todo, democrática.

PALABRAS CLAVES: acceso a la justicia; Correcto; emancipación; ciudadanía; judicial

ABSTRACT

This article aims to reflect on Boaventura de Sousa Santos' view of law as an emancipatory instrument and, at the same time, on the idea of access to justice through rights, which aims to strengthen the exercise of citizenship and democratic participation in the judicial sphere. . Indeed, it is intended to cast a critical eye on the Brazilian justice system, as well as analyze the effectiveness of the right of access to justice that permeates emancipatory struggles where the law is an essential instrument, as well as social movements, actions, organizations and subaltern cosmopolitan groups that use the legal order to carry out their struggles. Challenging the modern narrative that weakened the pillar of emancipation and strengthened the pillar of regulation, we seek to rebuild and strengthen a cosmopolitan and subaltern legality, which aims to eliminate exclusions and oppressions, especially social fascism. In this logic, it is argued that the struggle for full citizenship is linked to the existence of an emancipatory right in a post-liberal, post-colonial and, above all, democratic society

KEYWORDS: access to justice; right; emancipation; citizens; judiciary.

INTRODUÇÃO

Boaventura de Sousa Santos em seu texto publicado em 2003, cujo título é “Poderá o direito ser emancipatório?”, nos instiga a refletir sobre a função reguladora do direito e principalmente emancipadora, e a revisitarmos a noção de igualdade em uma sociedade socialmente fascista, embora juridicamente democrática, onde pessoas e grupos são impedidos de exercer plenamente a cidadania.

Sem o exercício da plena cidadania não há acesso a direitos e, diante disso, a presente pesquisa objetiva analisar a ideia de acesso à justiça pela via de direitos (AVRITZER, MARONA, GOMES, 2014), tomando como referencial a reflexão de Boaventura de Sousa Santos sobre a função emancipadora do direito.

O acesso à justiça é um direito fundamental que quando não exercido acarreta o não reconhecimento da totalidade de todos os demais direitos (SANTOS, 1999, p. 146), e a necessidade de sua efetividade, em uma sociedade periférica e desigual, é um desafio no tempo presente.

A ausência de efetividade do acesso à justiça pode estar vinculada a concepção, que até então vem sendo pautada em paradigmas da modernidade, que reproduz a exclusão e a opressão, inviabilizando a concretização do exercício da plena cidadania. Além do mais, o tempo presente é de transição onde momentos de criação e de desconstituição, no que tange a transformações sociais, ocorrem de forma quase que instantânea (SANTOS, 2003, p. 1), o que exige um esforço hercúleo para compreensão do fenômeno.

No Brasil, o acesso à justiça somente ganhou destaque no ambiente jurídico e social a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, onde foi assentado que a lei não poderia excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direitos (art. 5o. inciso XXXV da CF/88). Ocorre que até o presente momento tal preceito constitucional ainda é um ideal a ser atingido, pois o acesso a uma ordem jurídica justa não é factível.

É notório que as estratégias para efetividade do acesso à justiça vêm sendo aperfeiçoadas, no entanto, a medida que propostas legislativas, ações do Judiciário e defesas apaixonadas de medidas pontuais são implementadas na busca de uma solução para problemática do acesso, a efetividade e a realização da plena cidadania permanecem distantes do ideal. Para Santos (2007, p.33), é necessário uma nova concepção do direito e da justiça para que o acesso mude o sistema que se pretende acessar.

A ideia de acesso à justiça pela via de direitos implica em uma condição para o exercício da cidadania e, via de consequência, para realização da democracia. No mesmo sentido, sem a concretização da plena cidadania, as condições excludentes permanecem e as desigualdades tendem a aumentar (AVRITZER, MARONA, GOMES, 2014).

A proposta analítica da presente reflexão se fundamenta no pensamento pós-colonial e pós-liberal de justiça como instrumentos de denúncia, uma vez que a modernidade pautada no liberalismo e individualismo corroborou com a prática de uma cidadania demasiadamente excludente. Nesse aspecto, as ideias propostas por Fraser (1997, 2003, 2008), irão contribuir para a compreensão das desigualdades em sociedades diversas e periféricas como as encontradas em países como o Brasil, que se encontram no sul epistemológico.

A presente pesquisa pautou-se no método descritivo-analítico, valendo-se da metodologia jurídico-sociológica, do tipo jurídico-projetivo, com uso de dados documentais, doutrinários e estudos sobre o tema. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente dialético.

O texto será dividido em três partes, fora a introdução e a conclusão. Na primeira delas será apresentada a ideia de acesso à justiça pela via de direitos e sua construção metodológica realizada através de uma cartografia por meio da qual é demonstrada a importância da implantação de políticas públicas no âmbito jurisdicional.

Na segunda parte do presente trabalho, será demonstrado que o direito pode ser instrumento de emancipação desde que não recorra ao cânone jurídico modernista (SANTOS, 2003), e sim ao direito informal e não oficial, originadas de uma ambiente não-judiciário. O que torna o direito um instrumento de emancipação são as lutas em defesa do pleno exercício da cidadania e da realização da democracia.



Na terceira parte será apresentada a ideia de um acesso à justiça pela via de direitos que se entenda como instrumento emancipatório e que reconheça a falência da concepção liberal de acesso à justiça que promove a exclusão de uma infinidade de atores e conflitos sociais do âmbito jurisdicional, além do aumento das desigualdades sociais.

O ACESSO À JUSTIÇA PELA VIA DE DIREITOS COMO INSTRUMENTO PARA A PLENA CIDADANIA

Historicamente o conceito de acesso à justiça foi construído tendo como fundamento a necessidade de aproximação do jurisdicionado ao sistema judiciário. A partir das primeiras formulações sobre o tema, percebe-se que o alcance do acesso à justiça poderia ser muito mais amplo do que se imaginava, com vista a democratização da justiça e do direito.

No Brasil, as primeiras discussões sobre esse tema se deram somente na década de 80 com a abertura política e o processo constituinte. Nesse sentido, Sousa Júnior argumenta:

No Brasil, notadamente, a partir do importante debate que se instaurou no país na conjuntura aberta com o processo constituinte de 1985-1988, a reinvenção das instituições democráticas em geral e do judiciário em particular por causa de seu papel estratégico para a mediação de conflitos sociais ganhou grande relevância e foi esse o tema que designou o próprio processo, a ponto de a Constituição que é seu fruto, ser denominada “Constituição cidadã”. (2008, p. 7).

O acesso à justiça é considerado um meta princípio por garantir a reparação de todos os demais direitos que porventura tenham sido violados ou ameaçados de violação. A expressão “acesso à justiça” deve ser entendida aqui em sentido *latusensu* pois, vai além dos limites da possibilidade de se propor uma ação perante o Judiciário e assim, obter uma decisão justa e célere, mas de possibilitar a participação do cidadão no espaço da democracia participativa.

Quando os professores Cappelletti e Bryan Garth, na década de 1970, desenvolveram o Florence Project, que visava reunir pesquisadores de várias áreas e de diversos países para estudar o acesso à justiça, foi um importante marco de estudos e proposições sobre o tema. Por meio da metáfora das três ondas, foi detectado os principais entraves para a efetividade do direito, quais sejam: A **primeira onda** diz respeito à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. A **segunda onda** refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. A **terceira onda**, denominada de “o enfoque do acesso à justiça”, detém a concepção mais ampla de acesso e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas e capacitação de estudantes e aplicadores do direito.

Denominada de quarta onda do acesso à justiça, é a análise feita por Kim Economides, que partiu da perspectiva da oferta - enquanto o *Project Florence* analisa a perspectiva da demanda - mas, ressalvando que a relação entre as perspectivas deve ser considerada (ECONOMIDES, 1999).

Economides assevera que a dificuldade de acesso dos cidadãos ao conhecimento a cerca do direito é um óbice importante que precisa ser superado. Sugere, então, que o ingresso às faculdades de Direito e as profissões jurídicas sejam facilitadas, como também deva ser assegurada a educação continuada de todos os profissionais das carreiras jurídicas.

Outras pesquisas importantes sobre o tema foram realizadas e contribuíram para um novo olhar ao direito de acesso à justiça. Entre os estudos que se destacaram nesse processo, está o de Boaventura Sousa Santos.

Boaventura de Sousa Santos é professor, catedrático e jubilado, de Economia da Universidade de Coimbra e *Distinguished Legal Scholar* da Faculdade de Direito e da Universidade de Wisconsin-Madison e *Global Legal Scholar* da Universidade de Warwick. Coordenador de inúmeros projetos no âmbito do tema de acesso à justiça, como por exemplo, o projeto denominado de “Observatório da Justiça Brasileira”, financiado pelo Ministério da Justiça do Brasil e PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

No dia 06 de junho de 2007, a convite do então Ministro da Justiça, Tarso Genro, Boaventura proferiu palestra em Brasília sobre a democratização do acesso à justiça que serviu de base para publicação do livro intitulado “Para uma revolução democrática da justiça”, por meio do qual o autor apresenta as primeiras digressões sobre a teoria crítica do



direito por ele desenvolvida.

O autor propõe uma teoria crítica que visa transgredir as fronteiras, sociais, políticas, culturais, epistemológicas e teóricas com vista a cumprir o papel emancipatório que a modernidade prometeu. Por meio de uma nova forma característica de pensar o direito, Boaventura propõe uma postura teórica, epistemológica e prática que denomina de “senso comum jurídico”.

Tal perspectiva tem em vista o desnudamento do dogmatismo e positivismo jurídico para apostar no pluralismo jurídico e em uma concepção política do direito. Ou seja, propõe repolitizar o que estava despolitizado. Outra premissa do pensamento do autor é de que direito deve ser compreendido como instrumento de emancipação e transformação social. É uma teoria insurgente e de oposição que reivindica a reinvenção do reformismo da prática política da justiça.

Por vivermos num período de rupturas e mudanças paradigmáticas, o autor inicia sua tese propondo uma desconstrução do sistema jurídico e do Judiciário, para que se inicie uma reconstrução em bases mais sólidas. Segundo o autor, para os conservadores não há nada que se reinventar, com exceção a modos sutis de mudanças para dismantelar o sistema que não resolverão problemas mais complexos (SANTOS, 2007). Afirma, nesse diapasão, que a revolução democrática da justiça terá sentido caso aumente seu espectro para alcançar a democratização do Estado e da sociedade.

O direito só terá crédito à medida que for democrático e, para isso, é necessário estar assentado em uma sociedade também democrática.

[...] a frustração sistemática das expectativas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência na crença do papel do direito na construção da democracia. (SANTOS, 2007, p. 8)

Boaventura aponta para uma demanda suprimida, que é aquela composta por cidadãos que tem consciência de seus direitos mais que se sentem impotentes diante da complexidade do sistema judicial, que por sua vez, possui uma linguagem hermética, corredores labirínticos, formalidade excessiva em todos os sentidos e, nessa busca ineficaz por justiça, tornam-se invisíveis. Boaventura alerta para o perigo da contra-revolução jurídica (SANTOS, 2007, p. 75), é o que denomina de “ativismo judicial conservador”, que visa interromper o avanço das conquistas dos movimentos sociais. Caberá, pois, ao Supremo Tribunal Federal (STF) monitorar e avançar no sentido de contribuir com as mudanças.

A ideia de que o Poder Judiciário brasileiro é, em sua essência conservador, motiva alguns setores a agirem no sentido de impedir os avanços da revolução democrática, principalmente porque é instrumento para o reconhecimento de direitos de grupos minoritários. No entanto, existe uma parcela da magistratura que integra a corrente progressista do Judiciário e que resiste às correntes mais retrogradadas, que está disposta a impedir a contra-revolução jurídica.

Na concepção de acesso à justiça proposta por Cappelletti e Garth e, posteriormente, por Kim Economides, buscou-se o acesso a algo que previamente já existia e que não muda em consequência do acesso. Boaventura propõe uma concepção de acesso à justiça que vai mais além, “o acesso irá mudar a Justiça que se tem acesso” (SANTOS, 2007, p. 25). É gestada, conseqüentemente, uma transição recíproca que será desenvolvida desde que siga na indicação dos seguintes vetores:

- Profundas reformas processuais;
- Novos mecanismos e novos protagonismos de acesso ao direito e à justiça;
- O velho e o novo pluralismo jurídico;
- Revolução na formação profissional, desde as faculdades de direito até a formação permanente;
- Novas concepções de independência judicial;
- Uma nova relação do poder judicial mais transparente com o poder político e mídia, e mais densa com os movimentos e organizações sociais;
- Uma cultura jurídica democrática e não corporativa. (SANTOS, 2007, p. 24-25).



O autor apresenta os vetores acima e deixa claro que uma mudança substancial no sistema jurídico e judicial somente ocorrerá quando todos funcionarem de forma harmônica e conjunta. O dilema do Judiciário será o de sair do isolamento e interagir com a sociedade ou permanecer corporativo e sem significado político.

Importante salientar, mais uma vez, que o acesso à justiça não deve ser entendido somente como uma maneira de alcançar um provimento judicial. Deve ser compreendido, assim, como o acesso obtido e alcançado, tanto por intermédio dos meios alternativos de solução de conflitos de interesses, quanto pela via jurisdicional e das políticas públicas, de forma tempestiva, adequada e eficiente, realizando uma ordem de valores fundamentais e essenciais que interessam a toda e qualquer pessoa. É a pacificação social com a realização do escopo da justiça. É partindo desse entendimento que surge a ideia de acesso à justiça pela via de direitos.

Uma nova visão sobre o acesso à justiça surge, partindo do que foi proposto por Boaventura, que é ideia de acesso à justiça via direitos (AVRITZER, MARONA, GOMES, 2014). Será demonstrado, no entanto, que o liberalismo, proposto na modernidade, deve ser superado por ser incompatível com o escopo da democratização do acesso.

Na pesquisa realizada denominada de “Cartografia da Justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios”, Avritzer, Marona e Gomes (2014, p. 10), nos apresentam a concepção de acesso à justiça pela via de direitos, nos seguintes termos:

“[...] o acesso à justiça via direitos tem na igualdade de acesso ao sistema judicial uma de suas mais importantes dimensões. No entanto, o acesso à justiça pela via de direitos deve ser compreendido mais amplamente. Em uma primeira dimensão, como a garantia da efetividade dos direitos, o que depende da informação acerca dos direitos, de uma socialização que permita o recurso a uma instância ou entidade à qual se reconheça legitimidade para dirimir eventual litígio, e da efetiva reparação da injustiça ou desigualdade proveniente da violação do direito. Em uma segunda dimensão, entretanto, o pleno acesso à justiça pela via dos direitos indica a possibilidade de participação na conformação do próprio direito. Trata-se, nesse caso, de perceber que o reconhecimento de identidades (individuais e coletivas) implica a própria criação de novas categorias de direito que passam, então, a ser reconhecidas pelo Judiciário.” ((AVRITZER, MARONA, GOMES, 2014, p.10)

Nesse sentido, pensar o acesso à justiça pela via dos direitos é abandonar a concepção liberal e assumir um posicionamento pós-liberal e pós-colonial, pois por meio das lentes do liberalismo seria incoerente reconhecer o acesso à justiça como política pública necessária para práxis desejada, tendo em vista que o lugar comum sempre será a sociedade periférica, característica essencial da sociedade brasileira (PIRES, 2017).

No paradigma liberal há a prevalência do contratualismo e a valorização do indivíduo como sujeito livre desvinculado do paternalismo estatal, e assim o direito limita a atuação do Estado na esfera privada, alçando como valor jurídico a igualdade formal de todos perante a lei.

Na visão liberal cabe ao legislador propor normas processuais que facilitem a realização da igualdade das partes no processo. Os obstáculos de acesso à justiça são tratados como problemas técnicos presentes no exercício do direito de ação, que pressupõem que os indivíduos partem da mesma condição de exercício desse direito.

No paradigma social a ideia é que os direitos sociais são também políticos e a igualdade formal já não é vista como suficiente para garantir tais direitos, sendo necessária a concretização da igualdade substantiva. Quanto aos entraves técnicos, deixam de ser o principal problema dando lugar a questões anteriores ao exercício do direito de ação, como por exemplo, os de natureza econômico-social. Se antes as decisões, em sua maioria, limitavam-se a declarar o direito arguido pelas partes, dentro do paradigma social o esforço interpretativo dos juízes vai além do alegado, dando lugar a um certo ativismo judicial.

Para além da visão de igualdade substancial, o desafio é conformá-la a visão de reconhecimento de diferenças, pois para qualquer projeto político que vise a ampliação e efetividade do acesso à justiça deve pressupor o caráter emancipatório do Direito. Falar em emancipação é focar nas lutas de grupos sociais excluídos que é impossível ser compreendido a partir de uma visão individualista como a fomentada pelo liberalismo.

No Brasil, após a redemocratização e a entrada em vigor da Constituição Federal/88, houve um sensível avanço quanto ao reconhecimento dos direitos sociais, e conformação de uma visão de justiça mais democrática com destaque ao elevado nível de independência do Poder Judiciário. Porém, há que se reconhecer que muitos resquícios do modelo



liberal ainda podem ser encontrados no ordenamento jurídico pós-redemocratização, bem como na estrutura judiciária.

O não reconhecimento de uma normatividade plural, a criminalização de movimentos sociais, a insistência no monopólio da jurisdição e o investimento massivo em aumento da estrutura física do Judiciário, são algumas das heranças da visão liberal de acesso à justiça que obstaculizam o acesso à justiça pela via de direitos.

É de se notar que o liberalismo moderno é incompatível com um direito emancipatório, por reproduzir estruturas de exclusão e opressão social, embora diversos indicadores apontem uma substantiva melhora na qualidade de vida de milhares de brasileiros/as (especialmente pela retirada de milhões da situação de pobreza) nos últimos vinte anos. Não se pode negar, na mesma senda, que após a entrada em vigor da CF/88 a efetivação e ampliação de direitos aumentou. O que se requer demonstrar é que sem o rompimento com padrões liberais, o acesso a direitos permanecerá estagnado e as desigualdades sociais tendem a aumentar.

Ademais, a concepção liberal de justiça por se pautar em ideais universalizantes de liberdade, justiça e igualdade, reproduz formas de inexistência e silenciamento legitimadas pela razão eurocêntrica (PIRES, 2017), o que é incompatível com a realidade das sociedades periféricas com a brasileira.

Sobre a ideia universalizante de igualdade, Franz Kafka em seu escrito “Diante da Lei”, relata a saga de um homem que passa sua vida inteira em frente a porta da Lei tentando entrar, sendo que sempre há um impedimento, uma ressalva, uma proibição momentânea, até que o homem morre. Ainda moribundo, o homem vê que o porteiro fecha a porta que estivera sempre aberta para ele durante todo o tempo. Assim também é a realidade no Brasil, existe um número gigantesco de pessoas que não conseguem acessar a “justiça” em razão de inúmeros óbices, mas formalmente a porta está “aberta” para todos.

Em razão do surgimento e desenvolvimento dos estados do bem estar social na Europa, a ideia de redistribuição (RAWLS, 1997) ganha força. Ocorre que Rawls pensou o ocidente a partir do norte epistêmico, produzindo um entrave para concretização de sua teoria em outros lócus, como em sociedades desiguais e periféricas. Aqui nesse espaço, não cabe o aprofundamento da crítica à teoria da justiça como equidade e sim, demonstrar que em sociedades, como a brasileira, não cabe a aplicação de uma visão eminentemente liberal de justiça, por conta da diversidade, da estrutura e dos atores brasileiros o que torna complexo o debate na esfera pública.

Apesar de em muitas sociedades periféricas, como a brasileira, já terem elevado os direitos fundamentais sociais, culturais a nível constitucional, o reconhecimento jurídico pleno de indivíduos e grupos ainda caminha em passos lentos, fomentado pela visão de que a igualdade universal é o bastante para que a justiça social se concretize plenamente.

A ampliação do acesso à justiça pela via de direitos é gerada, também, pelas lutas por reconhecimento e pelo “direito de ter direitos” (FRASER, 2008). Tais lutas exteriorizam as impossibilidades de um contrato social formulado sob premissas coloniais, eurocêntricas e, portanto, excludentes. Um contrato social que não oportuniza um encontro dialógico de vozes heterônimas, é autoritário e imposto. Lutas que emergiram da centralidade de sociedades periféricas, de grupos culturalmente excluídos, de comunidades vítimas da globalização universalizante e colonial, foram decisivas para um novo enfoque acerca das diferenças.

A subordinação de status, portanto, persiste na sociedade contemporânea, ainda que disfarçada. Em vez de eliminada, ela passou por uma transformação qualitativa. Com diz Fraser:

“No regime moderno, nem há uma pirâmide de corporações ou estados sociais, nem cada ator social é designado para um único ‘grupo de status’ exclusivo que defina sua posição em termos gerais. Antes, os indivíduos são nódulos de convergência para eixos de subordinação entrecruzados. Frequentemente em desvantagem em alguns eixos e simultaneamente em vantagem em outros, eles lutam pelo reconhecimento em um regime dinâmico moderno” (Fraser, 2002, p. 19).

O acesso à justiça pela via de direitos, exige do Poder Judiciário uma atuação que perpassa pela promoção de políticas públicas, que significa o conjunto de metas, ações, planos e programas que um Estado traça com o intuito de alcançar o bem estar social e a diminuição das desigualdades sociais provocadas pelo desenvolvimento socioeconômico, além do reconhecimento que a subordinação de status eleva o grau de injustiça no âmbito da justiça.

Atualmente, durante a pandemia da Covid-19, a atuação do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, no controle jurisdicional das políticas públicas foi imprescindível para que a crise sanitária não se tornasse



incontrolável e sem precedentes. Tal protagonismo do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, demonstra sua crescente inserção na arena política, diante da incapacidade de reinvenção e de “autodepuração” do sistema político tradicional.

É evidente que o Judiciário não conseguirá assumir pra si, todas as expectativas individuais e coletivas que emanam da sociedade. Existe um risco de implosão do sistema judicial. No entanto, é inegável que o Judiciário deve contribuir com o funcionamento correto da atividade pública com o intuito de fortalecer a democracia e assegurar o exercício da plena cidadania.

Um dos aspectos fundamentais para concretização do acesso à justiça pela via de direitos é o reconhecimento de que existem instâncias de resolução de conflitos fora do ambiente do Poder Judiciário. Assim como, a origem do Direito não é somente a estatal ou oficial. Esse reconhecimento não significa a dispensabilidade do Estado ou a privatização do Poder Judiciário, mas a flexibilidade do monopólio que hoje, ainda é, exclusivo deste.

PODERÁ O DIREITO SER EMANCIPATÓRIO?

A pergunta do título é importante para demonstrar que o acesso à justiça pela via de direitos só é possível a partir de um direito que se reconheça emancipatório.

O Direito, como elemento constitutivo do contrato social, tem a função de estabelecer normas que disciplinem as relações sociais, e nesse aspecto sua função reguladora é evidente. No entanto, o Direito também possui a função emancipadora que tem o objetivo de garantir a dignidade da pessoa humana.

A emancipação somente se consolidará em um ambiente social que não entenda a igualdade como meramente formal – visão construída sob a influência liberal – pois, somente quando a igualdade material, que não legitima a ideia de meritocracia, for real, o princípio da dignidade da pessoa humana terá plena vigência.

Como entender o direito como instrumento de emancipação se desde a criação do Estado, como entidade política, é por este construído? E no ocidente, ao se falarem Estado, estaremos falando do Estado liberal, logo o direito também seria, por via de consequência, liberal. Segundo Boaventura:

“O direito conservador neoliberal não faz mais do que fixar o quadro em que uma sociedade civil baseada no mercado funciona e floresce, cabendo ao poder judiciário garantir que o Estado de direito é amplamente aceite e aplicado com eficácia. Afinal, as necessidades jurídicas e judiciais do modelo de desenvolvimento assente no mercado são bastante simples: há que baixar os custos das transações, definir com clareza e defender os direitos de propriedade, fazer aplicar as obrigações contratuais, e instituir um quadro jurídico minimalista”. (SANTOS, 2003, p. 11)

Boaventura entende que a globalização neoliberal transcendeu o ocidente, avançou para todos os cantos do mundo e estabeleceu um paradigma jurídico e político onde direito e emancipação não se entrecruzam, em razão desta última ser suprimida por aquela, uma vez que defende que a sociedade “boa” já está entre nós, carecendo apenas de ser consolidada (SANTOS, 2003, p. 12).

O autor chega a conclusão que a questão do papel do direito em um mundo dominado pela globalização neoliberal, deve ser uma questão contra-hegemônica no sentido de reunir movimentos, ações e iniciativas espalhadas por todo mundo com objetivos comuns. Entende que assim, partindo desta análise, pode ser possível reinventar o potencial emancipatório do direito.

“Isso implica o radical “des-pensar” do direito – quer dizer, o re-inventar do direito para adequar-se às reivindicações normativas dos grupos sociais subalternos e dos seus movimentos, bem como das organizações que lutam por alternativas à globalização neoliberal”. (SANTOS, 2003, p. 12).



Para refletir sobre o caráter emancipatório do direito é necessário, primeiramente, refletir sobre a modernidade ocidental, o capitalismo, globalização e uma nova sociologia. A teia que existe entre tais temas é forte o suficiente para revelar o paradigma dominante da modernidade, seu enfraquecimento e causas e, a emergência de um novo paradigma que sinalize o novo senso comum e uma concepção pós-moderna do direito.

Pensar em um direito emancipatório é partir, inevitavelmente, de uma visão pós-moderna, pós-colonialista, pós-imperial e pós-liberal. O “pós” indica, logicamente, o porvir, o que está por vir. Ocorre que apesar da utilização da preposição “pós”, o sentido que se quer dar é do que já se iniciou, já rompeu, que ainda não se estabeleceu por completo, mas está em vias de sê-lo ou o que pode transformar-se, (PIRES, 2017).

A crise da modernidade na teoria crítica pós-moderna, assim denominada por seu idealizador Boaventura de Sousa Santos, é também detectada através de uma abordagem reflexiva diante de realidades visualizadas por um caleidoscópio de significações. O autor se mune de um arsenal de fundamentos epistemológicos que visam alcançar horizontes analíticos e conceituais que credibilizem sua afirmação sobre a crise e o presente tempo de transição paradigmática.

A modernidade foi marcada pela crise do pilar da regulação e o da emancipação. Para Santos (2011) o ponto principal da crise foi a absorção do pilar da emancipação pelo da regulação, fato desencadeado pelo que o autor chama de “hipercientificização da emancipação” e “hipermercadorização da regulação”. Tais pilares da modernidade são construídos em formas de conhecimento que são chamados de conhecimento-emancipação e conhecimento regulação.

O pilar da regulação está assentado em três princípios: o princípio do Estado, do mercado e da comunidade. O princípio do Estado formulado por Hobbes consiste em estabelecer um relacionamento vertical entre Estado e indivíduo. O princípio do mercado, desenvolvido por Locke e Adam Smith consiste no relacionamento horizontal entre indivíduos e parceiros no mercado. Por fim, o princípio da comunidade, fundamentado em Rousseau, consiste em direitos e deveres entre indivíduos e associações que se relacionam horizontalmente.

O pilar da emancipação, por sua vez, é formulado com base nas três lógicas de racionalidades definidas por Weber: a racionalidade estético expressiva das artes e da literatura, a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da tecnologia e a racionalidade moral-prática da ética e do direito.

Na tentativa de tornar harmoniosa a relação entre regulação e emancipação, diga-se de passagem, uma aspiração difícil de ser alcançada pelas contradições existentes nos dois pilares, o projeto de modernidade acabou por criar excessos no cumprimento das promessas, bem como déficits pelo não cumprimento de tantas outras.

O projeto da modernidade, na realidade, visava garantir a harmonia de valores sociais, como: justiça, solidariedade, liberdade entre outros. Cada espaço maximiza sua atuação, o que possibilita excessos e déficits, que foram vistos como desvios fortuitos e deficiências temporárias, mascarando seus verdadeiros reflexos. Para minimizar os efeitos dos excessos e déficits, a ciência e o direito foram chamados para gerir uma possível reconstrução do equilíbrio entre regulação e emancipação.

O pilar da emancipação foi hipercientificado quando a racionalidade cognitivo-instrumental promove a crença de que as potencialidades emancipatórias na modernidade estariam centradas na técnica e na ciência, e que nelas seriam encontradas as soluções ambiciosas e brilhantes para as grandes questões.

“A promessa da dominação da natureza e do seu uso para benefício comum da humanidade conduziu uma exploração excessiva e despreocupada dos recursos naturais, à catástrofe ecológica, à ameaça nuclear [...]. A promessa de uma paz perpétua, baseada no comércio [...]. A promessa de uma sociedade mais justa e livre, [...] nesse século morreu mais gente de fome do que em qualquer dos séculos anteriores.” (SANTOS, 2011, p. 56).

Quanto ao direito, no âmbito da racionalidade moral e prática, a questão se torna ainda mais complexa, em razão de sua total cooptação pelo Estado, no pilar da regulação.

A estatização do direito inviabilizou a emergência de ordens jurídicas locais e não oficiais, fulminando o necessário reconhecimento da diversidade de lutas, é nesse aspecto que fica visível o choque entre o princípio da igualdade e o da



diferença (identidade cultural). Tal visão ocidentalizada de direitos humanos também foi causada crise do direito moderno.

O direito somente poderá ser considerado instrumento de emancipação, na visão de Boaventura, quando for independente das instituições de Estado ou, pelo menos, for reconhecido o senso comum para sua construção. Essa é a ideia da teoria pluralista de direito, que compreende o direito como manifestação autônoma da imagem estatal, pois ele surge da expressão da população e pode ou não ser oficial.

Sobre a crítica ao monopólio do direito pelo Estado, Boaventura, apresenta uma nova concepção pluralista em sua tese de doutorado, na qual se encaixa o direito de Pasárgada – uma comunidade periferia do Rio de Janeiro, que explicita da seguinte forma:

No entanto, a análise detalhada dessas situações e sociedades revela concomitantemente a conveniência em ampliar o conceito de pluralismo jurídico, de modo a cobrir situações susceptíveis de ocorrer em sociedades, cuja homogeneidade é sempre precária porque definida em termos classistas; isto é, nas sociedades capitalistas. Nestas sociedades a homogeneidade é, em cada momento histórico, o produto concreto das lutas de classes e esconde, por isso, contradições (interclassistas, mas também intraclassistas) que não são nunca puramente econômicas e, pelo contrário, são tecidas de dimensões sociais, políticas e culturais variamente entrelaçadas. Estas contradições podem assumir diferentes expressões jurídicas, reveladoras, na sua relativa especificidade, dos diferentes modos por que se reproduz a dominação político-jurídica. Uma dessas expressões (e um desses modos) é precisamente a situação do pluralismo jurídico e tem lugar sempre que as contradições se condensam na criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais internos (SANTOS, 1988, p.76.)

O autor defende um direito cosmopolita que se reconheça como componente jurídico das lutas pela participação e pela experimentação democráticas nas políticas e regulações do Estado. O direito deve assumir seu papel de reconstrutor da tensão entre o pilar da regulação e o da emancipação.

O ACESSO À JUSTIÇA PELA VIA DE DIREITOS COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO

No primeiro capítulo foi abordado sobre a ideia de acesso à justiça pela vida de direitos e sua importância para o exercício da plena cidadania e conformação da democracia. Importa salientar que tal visão de acesso deve perpassar pela construção de um direito emancipatório que seja instrumento contra-hegemônico, caso contrário tudo permanecerá no âmbito das boas intenções.

Partindo da premissa que a abordagem do acesso à justiça pela via direitos, na perspectiva de Avritzer, Marona e Gomes (2014), envolve três aspectos fundamentais: 1) a existência de múltiplos bloqueios de naturezas diversas à concretização do acesso; 2) o entendimento de que o sistema de justiça é um sistema global e integrado, que envolve instâncias de solução e resolução de conflitos para além dos tribunais; e, 3) o impacto na vertente do acesso decorre de reformas setoriais de políticas públicas de justiça, alguns questões fundamentais devem ser consideradas conforme os itens a seguir expostos:

1. Acesso a uma ordem jurídica emancipatória

Para entendermos como uma ordem jurídica pode ser emancipatória, partimos da análise do que não é emancipatório e, nesse aspecto, passaremos a refletir sobre o que Bourdieu (1992, 2001) chamou de “campo jurídico”, designadamente no cenário brasileiro.

A teoria bourdieusiana vê o espaço social como um campo de lutas no qual os indivíduos e grupos criam estratégias para permanecerem ou conquistarem lugares ou posições sociais elevadas. Tais estratégias estão relacionadas ao tipo de capital social que cada indivíduo ou grupo possui e que determina sua influência, e quais vantagens podem adquirir para o grupo.ⁱⁱ



Num país onde o fascismo socialⁱⁱⁱ é claramente visível, e onde a segregação social se manifesta por meio dos contratos de trabalhos, pela apropriação dos bens públicos por grupos privados e pelo não exercício da plena cidadania por grande parte da população, é compreensível o entendimento que o direito ainda não é um instrumento emancipatório.

Torna-se mais complexa a ideia de um direito não emancipatório quando nos deparamos com a grave crise do Poder Judiciário brasileiro que ainda não conseguiu dar conta de eliminar os óbices para efetividade do acesso à justiça e a falta de confiança no sistema de justiça tem aumentado é o que revela Índice de Confiança na Justiça (ICJ), realizado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), em São Paulo (2021).

No âmbito do campo jurídico, as elites judiciárias se organizaram, desde o século XX, por meio de um discurso que induz à formação da competência técnica e social de se dizer o direito, ou seja, o poder de se interpretar e afirmar a visão “oficial”, “legítima” da ordem social. Atualmente, apesar do país se autodeclarar democrático de direito, somente uma pequena parcela da população tem acesso ao campo jurídico.

Sobre o tema, Marona (2003) assim se manifesta:

A formação de uma específica elite judicial, entretanto, depende da emergência de um “poder judicial”, propriamente, fundado no predomínio da expertise jurídica e relativamente autônomo em relação a outras espécies de poder político e burocrático. Mas a construção de um campo jurídico, em sua especificidade –sujeito que está daquele processo de autonomização – não se conforma, tão somente, a partir do ordenamento constitucional e das regras específicas de atuação do grupo, senão que depende das estratégias dos agentes para “instituir o monopólio de dizer o direito”. (MARONA 2003, P. 194)

A CF/88 introduziu uma verdadeira reforma do Judiciário brasileiro, mantendo, no entanto, a sua estrutura que permanece monolítica e altamente rígida e hierárquica. Paralelamente houve a ampliação dos direitos fundamentais e possibilidades do exercício da cidadania, o que aumentou consideravelmente a litigância. Generalizou-se, com isso, o constitucionalismo democrático no Brasil, pela incorporação de ideais de justiça (cuja concepção ainda segue em disputa) pelo direito público (MARONA, 2013).

Com a redemocratização do país, o potencial emancipatório do direito “parece” ter emergido com o reconhecimento da importância do Poder Judiciário como esfera de efetivação dos direitos. Ocorre, que a monopolização da solução de conflitos e falta de reconhecimento de uma legalidade não-estatal, ainda é um óbice para o caráter emancipatório do direito.

Diante desse quadro, o acesso que tem sido oferecido a população, não gera emancipação. Sem um direito emancipatório, não há justiça.

2.O direito deve ser emancipatório pra quem?

Para responder a pergunta é importante considerar que vivemos em uma sociedade socialmente fascista (SANTOS, 2011), como já dito, onde pessoas e grupos sociais inteiros não conseguem usufruir direitos e nem os aspectos fundamentais da cidadania.

Na visão de Santos (2011) o fascismo social surge quando o contrato social é cooptado pela globalização jurídica hegemônica ou neoliberal que não reconhece as lutas sociais e implementa um pseudo consenso. Assim, os excluídos do “consenso” passam a constituir o que Bauman (2013) denomina de subclasse, ou seja, um grupo de pessoas que por suas características não são incluídas em nenhuma classe, são excluídas por que não contribuem com o sistema.

“a subclasse é caracterizada por residirem em espaços territoriais distantes de onde habitam as demais classes; não possuem emprego fixo, nem posição social; possuem envolvimento com práticas criminosas, basicamente furto e outros pequenos delitos. Para Bauman (2013, p. 29) o sentido da denominação “subclasse”, é de estar fora, é de emigrados internos, imigrantes ilegais, “estranhos de dentro” e de fora, como os refugiados, “algo não diferente de um tumor cancerígeno, cujo tratamento mais sensato é a extirpação, ou pelo menos confinamento e/ou remissão orçados, induzidos e



planejados”. (PIRES, 2017, p. 141)

Pode-se pensar como grupos marginalizados ou vulnerabilizados, ainda, todos aqueles que encontram dificuldades ou obstáculos intransponíveis para gozar de seus direitos, seja perante as instituições não somente estatais e judiciais, bem como de se inserirem cultural e socialmente na coletividade.

Para Santos (2003), há três espécies de sociedade civil: a sociedade civil íntima, que é constituída pela parcela da população que goza de uma hiper inclusão e efetividade de direitos; já a segunda espécie é a sociedade civil estranha, que goza de moderada ou baixa inclusão social, tendo em vista as dificuldades que encontram para acessar seus direitos.

Por fim, Santos (2003) também sustenta a existência da sociedade civil incivil, composta por indivíduos sem qualquer tipo de inclusão. São esses dois últimos grupos teorizados por Santos que se encaixam na categoria de vulnerabilizados deste estudo.

Santos (2003, p. 9), cita quatro formas de fascismos social: 1) fascismo do Apartheid social, que organiza a cidade em zonas e estabelece que existem aquela em que os não participam do contrato social não podem ingressar; 2) fascismo da insegurança, é aquele que gera um ambiente de ausência de boas expectativas futura se presentes; 3) fascismo financeiro que está relacionado ao fascismo da insegurança. Ele permite que o capital se movimenta de forma discriminatória e excludente; 4) fascismo também chamado de territorial, é aquele que também é fundado no capital e na concentração de renda e riquezas, mas se materializa por práticas antigas denominadas de coronelismos ou caciquismos.

Para Boaventura de Sousa Santos, somente um direito separado do Estado, contra-hegemônico e cosmopolita subalterno que identifica e denuncia as formas de opressão e exclusão e promova a geração de formas viáveis de inclusão, pode se dizer emancipatório. Assim, o direito brasileiro precisa ser (des)pensado e (re)pensado.

O Direito, nesse sentido, precisa ser emancipatório para todos aqueles que necessitam de um acesso à justiça republicano; que necessitam exercer a cidadania e de uma sociedade democrática com igualdade de oportunidades.

Por outro sentido, o acesso à justiça pela via de direitos, por estar alicerçado em uma visão pós-liberal, requer que a justiça a ser alcançada seja pautada no reconhecimento das diferenças com paridade de participação, ou seja:

“O projeto do acesso à justiça via direitos, precisa ser articulado entre o universalismo igualitário e o particularismo da diferença; entre a orientação distributiva, que contemple reformas que visem à diminuição das desigualdades sociais e, ao mesmo tempo, consagre o respeito às diferenças; que não tente interpretar elementos culturais como expressões individuais, deixando de reconhecer instituições sociais “ (PIRES, 2017, p. 169).

3. CONCLUSÃO

Segundo Boaventura de Sousa Santos, a resposta para pergunta: poderá o direito ser emancipatório? Deve partir da lógica da sociologia das emergências por meio da qual se defende práticas sociais alternativas e epistemológicas que visam a emancipação social, tendo o direito um papel importante para esse desiderato.

Para aferir o potencial do direito na reinvenção da emancipação social, é necessário compreendê-lo para além do cânone jurídico modernista, ou seja, devem ser reconhecidas formas de direito não-formais e não-oficiais, uma vez que o direito oficial faz parte de um conjunto de recursos políticos mais vasto. Diante disso, é comum o direito oficial embasar práticas ilegais, bem como ser usado como instrumento para neutralizar movimentos com práticas emancipatórias.

Partindo da análise do provável potencial emancipatório do direito, nesse texto, tentou-se analisar a ideia de acesso à justiça pela via de direitos no intuito de compreender se suas categorias promovem ou não a emancipação social.

Em primeiro lugar, é importante salientar que Boaventura nos fornece uma resposta para pergunta proposta, qual seja, o direito não pode ser nem emancipatório e nem não-emancipatório, o que pode ser um ou outro são os movimentos, as organizações e os grupos cosmopolitas subalternos que recorrem à lei para levar as suas lutas por diante. No entanto,



a legalidade cosmopolita subalterna ainda está por dar seus primeiros passos, ainda se trata de um projeto e um alvo a ser alcançado.

No que diz respeito ao acesso à justiça é urgente e necessária a superação da ideia reducionista que o mesmo se resume ao direito de acesso aos órgãos do Poder Judiciário ou mesmo do acesso à uma ordem jurídica justa, ressalte-se que com base nessas visões houve um salto no exercício da cidadania do jurisdicionado brasileiro. No entanto, o acesso à justiça deve ser visto, nesse tempo, como um direito de participação mais alargado e democrático que supõe a cooperação da conformação do próprio direito, visto como ordenamento jurídico.

A ideia de um acesso à justiça pela via de direitos visa em primeiro lugar superar os óbices de natureza econômica, social, cultural e política que impedem a maioria da população brasileira de acessarem uma ordem jurídica justa. O certo é que em geral os cidadãos com menos recursos financeiros e econômicos desconhecem a ordem jurídica estatal e, assim, têm mais dificuldades em reconhecerem violações de direitos. Nesse sentido, as políticas judiciárias devem promover o conhecimento dos direitos, patrocínio judiciário e um processo democrático onde as partes sejam tratadas com igualdade de condições e, nesse aspecto, a dimensão da cidadania não pode ser menosprezada.

Contudo, as políticas de enfrentamento às barreiras de acesso ao sistema de justiça são, elas mesmas, conformadas a partir de uma determinada concepção de justiça, a qual deve poder ser revista no bojo das lutas de cidadania que são travadas na interseção entre o Estado e a sociedade civil. Ou seja, o acesso à justiça deve promover a emancipação do cidadão no sentido de exercer seu direito em igualdade de condições com indivíduos ou grupos privilegiados.

O acesso à justiça pela via de direito só terá sentido e eficácia se o direito, a qual se quer acessar, seja em alguma medida emancipatório. Apesar de Boaventura de Sousa Santos afirmar que o que pode ser emancipatório são os movimentos, as organizações e os grupos cosmopolitas subalternos, ousamos discordar em parte, pois quando as lutas pontais são vencidas e a ordem jurídica se adapta a nova realidade, a exemplo da ruptura jurídica que ocorreu com o advento da CF/88, um passo é dado em direção a emancipação e ao exercício da plena cidadania.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVRITZER Leonardo; GOMES, Lilian C. B., RUBIÃO, André; MARONA, Marjorie C. Para uma nova cartografia da justiça no Brasil. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas/UFMG, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Ed.: Zahar, 2013.

BOURDIEU, Pierra. A economia das trocas simbólicas. São Paulo, Ed. Perspectiva, 1992.

_____, Pierre. Poder, Derecho y classes sociais. Madrid: Editorial Desclée de Brouwer, 2001.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce, [etal]. (orgs). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 61-76.

FRASER, Nancy. *Scales of justice: reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2008. pp. 12-29 e 100-115

_____, Nancy. *Social Justice in the age of identity politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A political-Philosophical exchange*. Londres/Nova York: Verso, 2003. p. 07-109.

HONNETH, Alex. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad.: Luiz Repa. São Paulo. Ed.: 34, 2009.

MARONA, Marjorie Corrêa. Acesso à qual justiça? A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal. Dissertação de Mestrado: <http://ppgcp.fafich.ufmg.br/defesas/427D.PDF> acesso em 31 de agosto de 2022.

PIRES, Simone Maria Palheta. Análise sociológica da justiça itinerante fluvial. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2017.



RALWS, John. Uma teoria da justiça. Trad.: Vamireh Chacon. Brasília. Ed.: Universidade de Brasília, 1997.

SANTOS, Boaventura de S. A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência. 8 ed., São Paulo, Ed.: Cortez, 2011.

_____, Boaventura S. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. São Paulo. Ed.: Cortez, 2013.

_____, Boaventura S. Poderá o direito ser emancipatório?. Revista Critica de Ciências Sociais, 65, maio 2003: 3-76.

_____, Boaventura S. Para uma revolução democrática da justiça. 3a. Ed., Ed.:Cortez, 2007.

_____, Boaventura de S. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. 3ed., V. 4, São Paulo. Ed.: Cortez, 1999.

SOUSA JR, J. G. Por uma concepção alargada de acesso à justiça. Revista Jurídica da Presidência, v. 10, n. 90, p. 1-14, 2011. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/223>. Acesso em: 20 maio. 2022.

NOTAS

ⁱ Como título deste item do texto, uso a mesma pergunta formulada por Boaventura de Sousa Santos em seu texto publicado em maio de 2003 na Revista Crítica de Ciências Sociais, onde o autor de início assim expõe: “Depois de definido o pano de fundo histórico-político da pergunta que adopta como título, o texto começa por analisar a situação presente, debruçando-se, em seguida, sobre as condições que tornam viável uma resposta prudentemente afirmativa a essa pergunta e concluindo por uma especificação de algumas das áreas em que uma relação entre o direito e a emancipação social se afigura mais urgentemente necessária e possível (SANTOS, 2003, p.04).

ⁱⁱ Para Bourdieu os dois elementos que constituem o capital social são: (a.1) as redes de relações sociais, que permitem aos indivíduos ter acesso aos recursos dos membros do grupo ou da rede, e (a.2) a quantidade e a qualidade de recursos do grupo. O autor define o capital social como a totalidade dos recursos baseados no pertencimento a um grupo. Trata-se, portanto, daqueles recursos que têm ligação estreita com uma rede durável de relações institucionalizadas de conhecimento e reconhecimento mútuos. Mas, o volume de capital social de um agente individual depende tanto da extensão da rede de relações que ele pode efetivamente mobilizar como do volume das diferentes formas de capital (econômico, cultural ou simbólico) que é propriedade exclusiva de cada um dos agentes a quem o indivíduo está ligado. É a participação dos indivíduos nos grupos, portanto, que lhes permite apropriar-se dos benefícios materiais e simbólicos que circulam entre os membros da rede.

ⁱⁱⁱ O fascismo social é um conceito criado por Boaventura de Sousa Santos que parte da ideia de fascismo político. Caracteriza-se pela crise do contrato social, ou seja, pela ideia de que noções como as de igualdade, justiça, solidariedade e de universalidade deixam de ter valor e que a sociedade como tal não existe mas, sim, simples indivíduos e grupos sociais em prossecução dos seus interesses. A ideia de fascismo social implica sempre a dominação explícita de um grupo por outro e, contrariamente aos fascismos políticos, assenta nas dinâmicas sociais e nos tipos de sociedade existente.



STALKING: UMA NOVA FORMA DO CRIME DE PERSEGUIÇÃO HABITUAL E IMPLACÁVEL SOFRIDO PELAS MULHERES NO BRASIL

ACECHO: UNA NUEVA FORMA DE DELITO HABITUAL Y REPTIL E PERSECUCIÓN QUE SUFREN LAS MUJERES EM BRASIL

STALKING: A NEW FORM OF THE HABITUAL AND REPTILESS CRIME OF PERSUCTION SUFFERED BY WOMEN IN BRAZIL

BARBOSA, MÁRCIO MAGLIANO

Mestre em Direito e Desenvolvimento pelo Centro Universitário de João Pessoa – PPGD/UNIPÊ; Advogado

E-mail: marcio.magliano@hotmail.com

BRAGA, ROMULO RHEMO PALITOT

Doutor em Direito Penal pela Universitat de València- Espanha; Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB – PPGCJ-UFPB, e do Programa em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa - PPGD/UNIPÊ; Advogado; Presidente da Associação Nacional da Advocacia Criminal – ANACRIM-PB, e Procurador de Justiça do Superior Tribunal de Justiça Desportiva - STJD, da Confederação Brasileira de Automobilismo – CBA

E-mail: romulo.palitot@uv.es

RESUMO

O presente artigo analisa a prática de stalking como ele ocorre qual a definição do stalker e quais são suas vítimas além da motivação para sua ocorrência, com a análise do tipo penal brasileiro que o regulamenta. Além disso, será demonstrada a preocupação anterior tida com o assunto e o motivo de sua relevância, haja vista que tal prática visa o ataque psicológico e emocional dos vulneráveis, em especial as mulheres que são estaticamente os alvos principais dos perseguidores. E por fim, tratar da importância dessa alteração para o combate a violência contra a mulher e da acertada tipificação penal desta modalidade de perseguição seja no âmbito real quanto virtual. Adotou-se na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica utilizando-se de livros, artigos científicos, e legislação brasileira a respeito do tema ora estudado.

PALAVRAS-CHAVES: Stalking; Perseguição Habitual e Implacável; Crime praticado contra as mulheres.

RESUMEN

Este artículo analiza la práctica del acecho, cómo ocurre, cuál es la definición del acosador y quiénes son sus víctimas, además de la motivación para su ocurrencia, con el análisis del tipo penal brasileño que la regula. Además, se demostrará la anterior preocupación por el tema y el por qué de su relevancia, dado que esta práctica apunta al ataque psicológico y emocional de los vulnerables, en especial de las mujeres que son estáticamente los principales objetivos de los perseguidores. Y finalmente, abordar la importancia de este cambio para combatir la violencia contra las mujeres y la correcta tipificación penal de este tipo de persecución, ya sea en el ámbito real o virtual. En la investigación se adoptó la metodología referencial bibliográfica, utilizando libros, artículos científicos y la legislación brasileña sobre el tema aquí estudiado.

PALABRAS CLAVES: Acoso; Persecución habitual e implacable; Delitos cometidos contra la mujer

ABSTRACT

This article analyzes the practice of stalking, how it occurs, what is the definition of the stalker and who are its victims, in addition to the motivation for its occurrence, with the analysis of the Brazilian criminal type that regulates it. In addition, the previous concern with the subject and the reason for its relevance will be demonstrated, given that this practice aims at the psychological and emotional attack of the vulnerable, especially women who are statically the main targets of the persecutors. And finally, to address the importance of this change to combat violence against women and the correct criminal classification of this type of persecution, whether in the real or virtual scope. The bibliographic referential methodology was adopted in the research, using books, scientific articles, and Brazilian legislation on the subject studied here.

KEYWORDS: Stalking; Habitual and Relentless Persecution; Crime committed against women.

INTRODUÇÃO

Boaventura de Sousa Santos em seu texto publicado em 2003, cujo título é “Poderá o direito ser emancipatório?”, nos Com o avanço da sociedade impulsionada pelo desenvolvimento tecnológico novas formas de interação social foram criadas e antigas foram aperfeiçoadas, em especial com o surgimento das redes sociais. Essas novas formas de interação trouxe benesses, mas também, trouxe malefícios sociais que podem resultar em ilícitos civis e penais além de danos permanentes ao psicológico dos indivíduos. E uma delas é a prática de stalking, a perseguição habitual e incessante de um indivíduo (stalker) que, motivado por um desejo obsessivo, passa a perseguir a sua vítima a ponto desta não se sentir mais segura em sua rede familiar e social, já que temem o perigo que se encontra a espreita. Tal prática, conforme será abordada no decorrer deste trabalho, não é algo que já vem sendo discutido há um bom tempo seja pelo Direito que busca tutelar e repreender essa prática social nociva quanto pela própria medicina psiquiátrica e da psicologia que busca entender os motivos em que uma pessoa passa a desenvolver sentimentos obsessivos em relação a outra pessoa, a perseguindo de todas as formas possíveis, tornando-se então em um stalker e que é alvo de preocupação no mundo justamente por que as principais vítimas são as mulheres.

Como dito antes, o desenvolvimento das redes sociais, fez com essa prática de perseguição implacável se desenvolvesse e passasse a ser praticada mais cotidianamente no mundo virtual, uma vez que o perseguidor, tolhido do anonimato, elege seu alvo passando a buscar toda e qualquer informação de sua vida, seus familiares, local de trabalho, círculo de amizades, hábitos, tudo que possa satisfazer o seu desejo obsessivo.

Este artigo, busca demonstrar a origem da prática de stalking, especialmente no Brasil, com o desenvolvimento desta prática nas redes sociais denominada como cyberstalking, os motivos que fazem surgir o stalker e a dificuldade de sua conceituação tanto no direito como na própria medicina além de abordar as principais vítimas desta prática, qual seja, as mulheres e como elas podem identificar um possível stalker e quais as medidas a serem tomadas, inclusive judiciais, para preservar a sua privacidade, intimidade e de seus familiares e por fim, demonstrando que novo tipo penal brasileiro que criminalizou essa prática foi acertada e contribui para o programa de políticas públicas de proteção e preservação dos direitos das mulheres.

CONCEITO

Stalking é uma palavra de origem inglesa cuja tradução, de acordo com o dicionário de Cambridge, é perseguir e que passou a ser alvo de estudos e encarado como um problema social na década de 80 do século passado, em especial, nos Estados Unidos, que procuraram identificar um padrão de conduto precedente a crimes violentos e comportamentos intrusivos de um indivíduo em relação a outro.

Atualmente o termo é utilizado para definir o ato furtivo e ilegal de uma pessoa seguir outra repetida e indiscriminadamente e com o intuito de importuná-la ou assediá-la em razão de uma certa obsessão criada por este perseguidor.

Pois bem, tal fenômeno não é novo ou desconhecido no mundo que nos cerca, ao contrário, é cotidiano e já foi retratado diversas vezes em obras da literatura, do cinema e visto e retratado dia a dia, seja no ambiente social, de trabalho ou até mesmo familiar e tendo ganhando mais ênfase a partir do ano de 2015 quando o termo stalking passou a ser criminalizado nas legislações tanto americanas e em especial, da Europa, buscando identificá-lo como uma conduta criminalizada própria e diversa da violência doméstica.

Mas, por mais que tenha se incluindo como um crime próprio somente a partir de 2015, como dito, antes a prática de stalking já vem sendo estudada bem antes e caracterizada como uma nova forma de importunação ou perseguição tornando-se uma preocupação nos países dos continentes americano e europeu com o surgimento de uma legislação específica reconhecida como legislação anti-stalking, embora apresente diferenças substanciais quanto ao regramento e sua aplicação de um país para outro.

Diante dessa perseguição, MARAN (2012) apresenta uma definição do que vem a ser a prática obsessiva de perseguição conhecida como Stalking:



“(...) Stalking é uma forma de agressão psicológica e física direta, que visa sobrepujar a vontade da vítima, destruir a sua moral e sua capacidade de resistência por meio de um gotejamento incessante, em um contexto de crescente perseguição, insistente como os pingos que, com o passar do tempo, escavam a pedra.”

No mesmo sentido leciona MAZZOLA (2008) ao comentar sobre uma nova forma de dano social, também apresenta um conceito desta prática de perseguição contínua e incessante: “stalking é o comportamento de quem (stalker ou ‘caçador à espreita’) molesta um sujeito (vítima) por meio de atos persecutórios e/ou intimidadores de forma obsessivamente repetitiva, deixando a vítima em estado de alerta e relevante preocupação, quando não em profunda angústia.”

Tais atividades, não são definidas pelo comportamento ou pelas atividades daquele que faz a perturbação ou importunação mas, acima de tudo, da relação subjetiva e compulsiva que o perseguidor tem com sua vítima, pois comportamentos cotidianos ou dito serem normais na atualidade, tais como comentar ou curtir fotos vídeos nas redes sociais ou envio de mensagens, podem esconder um comportamento obsessivo de perseguição caracterizadora da prática de stalking.

Portanto, diante dos conceitos apresentados, pode-se concluir que a prática de stalking constitui-se como uma nova modalidade de assédio cometido, seja por homens ou mulheres, podendo se concretizar das mais diversas formas, como ameaças físicas ou verbais, de forma real ou virtual seja a vítima – objeto da perseguição – ou a seus familiares, amigos e demais pessoais de seu meio social, gerando o sentimento de medo, isolamento social e de tortura psicológica.

A PRÁTICA DE STALKING NO BRASIL

A prática de stalking não é característica do mundo ocidental cuja cultura e principalmente a indústria do entretenimento cinematográfico e fonográfico idolatra e cria-se cultos as celebridades e demais pessoas notoriamente conhecidas (influencers), em especial, as mulheres passaram a ser o alvo maior dos casos dessa nova forma de assédio que se intensificou com os surgimentos das mídias sociais.

Em muitos países ainda há uma verdadeira discussão quanto a possibilidade ou não de enquadrar o stalking em suas legislações criminais visto que algumas práticas que sejam características de stalker tais como: acessar perfil das redes sociais, curtir fotos e vídeos ou até mesmo mandar mensagens, frequentar os mesmos locais que a suposta vítima frequenta, entre outra não é considerado como um suposto assédio ou importunação que se classifique como um ilícito cível ou penal a ser combatido pois, como dito antes, é não existe um conceito totalmente definido do que vem a ser stalking e como diferenciá-los do crimes de assédio, sendo esta uma das principais dificuldades dos países da América e da Europa quanto a sua definição e criação de uma legislação penal que vise a impedir ou punir essa conduto, bem como identificar quem dela se utiliza.

Portanto percebe-se que há uma linha fronteira que podem ser consideradas como práticas de stalking com as de assédio, visto que muitas vezes elas se sobrepõe a outra sendo quase imperceptíveis de serem identificadas, tanto que uma das grandes dificuldades é como traçar o perfil psicológico daquele comete essa conduta.

Todavia, quando há um exagero dessas atividades como por exemplo, determinada pessoa frequentar cotidianamente o mesmo restaurante da pessoa que ele admira e no mesmo horário, sabendo que ela estará no ambiente, inclusive pedindo o mesmo prato toda vez que aparece, segui-la para saber o seu endereço, buscar saber quem é as pessoas que rodeiam seu círculo social ou familiar pode ensejar a ocorrência de uma determinada obsessão para com aquela pessoa e gerar uma prática de stalking.

Entretanto, como dito antes, nem sempre é fácil essa identificação pois há uma linha tênue entre a admiração e obsessão o que torna tão difícil de criar um padrão de comportamento característico dessa forma de assédio e de como puni-lo. A ponto de alguns países terem ciência dessa prática, mas que ela não seja punível criminalmente.

Tendo como exemplo os Estados Unidos da América, desde 1991, a prática de stalking é considerada como crime e o motivo se deu em razão quando no ano de 1990, no estado da Califórnia, com o chocante assinado da atriz americana Rebecca Schaeffer que desde o ano de 1989 vinha sendo perseguida por um fã obsessivo a ponto deste comparecer ao teatro em que havia uma peça em cartaz protagonizado pela artista cujo personagem era um par romântico com outro



homem e colega de cena fez com que esse fã ficasse desesperado, possesso de raiva e ciúmes chegando ao ponto de descobrir o seu endereço, tocar a campainha e a ser recebido na porta pela atriz. E como resultado esse fã tirou uma arma de um saco plástico e atirou a queima roupa, vindo a morrer no hospital de uma parada cardíaca.

E desde então, no estado da Califórnia, foi aprovada algumas leis proibindo essa prática de perseguição conhecidas como lei anti-stalking, tais como a proibição do departamento de trânsito daquele estado e de outros órgãos públicos em fornecer dados pessoais de donos de veículos e de cidadãos, em especial os famosos e celebridades, a terceiros e enquadrando essa conduta como uma forma de perseguição característica de stalking tornando-se um exemplo a ser seguido em outros estados americanos sendo atualmente, tipificado como crime em todos os 50 estados americanos.

Já no Reino Unido, desde 1997, existe o *Protection from Harassment* que prevê, de forma ampla, a proibição de qualquer tipo de perturbação alheia a privacidade e a intimidade e, no ano de 2012, tal ato de proteção sofreu alteração para incluir a prática de stalking como um crime, sendo o primeiro exemplo vivido da legislação anti-stalking na Europa.

Na Itália, em 2009, alterou o seu código penal para incluir como crime qualquer tipo ato de perseguição que pudesse resultar em violência sexual e definindo em seu âmbito interno o crime de stalking e que passou, no mesmo ano, a ser adotado como modalidade criminal em todos os países pertencentes a União Europeia.

E mais recentemente, no ano de 2015, Portugal alterou o seu código penal para incluir a prática de stalking como uma forma de perseguição e como crime contra a liberdade pessoal, previsto no artigo 154-A do Código Penal Português, além das alterações previstas nos artigos 196 e 200 de seu Código de Processo Penal que criou mecanismos processuais para proteção da vítima.

Desta forma, percebe-se a preocupação mundial com as práticas de stalking, de como defini-las e quais as medidas a serem tomadas para evitar a sua ocorrência, bem como de torná-lo um ilícito tanto civil quanto penal.

Pois bem, seguindo os exemplos da legislação anti-stalking europeia e em especial as inovações do Código Penal Português, no dia 1º de abril de 2021, entrou em vigor no nosso ordenamento jurídico a Lei 14.132/2021, que veio a acrescentar o art.147-A ao Código Penal, trazendo o novel tipo penal conhecido como stalking ou perseguição, *in verbis*:

Art.147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física e psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º. A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art.121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º. Somente se procede mediante representação.

Ademais, é preciso ressaltarmos que embora se trate de um crime novo ao Direito Penal Brasileiro, a previsão de tal crime já vinha sendo discutido anteriormente na doutrina, tal como já argumentava o saudoso jurista Damásio de Jesus:

“Não é raro que alguém, por amor ou desamor, por vingança ou inveja ou por outro motivo qualquer, passe a perseguir uma pessoa com habitualidade incansável. Repetidas cartas apaixonadas, e-mails, telegramas, bilhetes, mensagens na secretária eletrônica, recados por interposta pessoa ou por meio de rádio ou jornal tornam um inferno a vida da vítima, causando-lhe, no mínimo, perturbação emocional. A isso dá-se o nome de *stalking*.”

E ainda afirma o saudoso doutrinador penalista:



“Stalking é uma forma de violência na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos: ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou do trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados etc. O stalker, às vezes, espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que é procurada pela Polícia etc. Vai ganhando, com isso, poder psicológico sobre o sujeito passivo, como se fosse o controlador geral dos seus movimentos.”

Em análise o tipo penal em questão, percebe-se que a legislação brasileira tratou o stalking como um crime de mera conduta que não admite tentativa e requer, um elemento essencial para sua caracterização, qual seja, a habitualidade. Isto é, a conduta de perseguir seja reiterada e continua.

Outrossim, foi escolhido que o bem jurídico tutelado seria a liberdade individual e que poderá ser praticado por qualquer pessoa inexistindo qualidade especial para o autor ou para vítima deste crime inexistindo forma culposa, mas, com a presença de causas específicas de aumento de pena além do seu concurso material com o crime de violência.

Entretanto, a legislação brasileira ao criminalizar a prática de stalking veio a revogar a contravenção penal de molestamento previsto no antigo artigo 65:

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Agora, a legislação brasileira atual considera a prática de stalking não mais como uma contravenção penal, mas, de acordo com a evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa do tema.

Todavia, o Código Penal Brasileiro passou a prever para o delito a pena base de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos além da multa, ou seja, definiu a prática de stalking como uma infração de menor potencial ofensivo cujo processamento e julgamento ocorrerá sob o rito dos juizados especiais criminais, podendo admitir como institutos de solução a transação penal, a composição civil de danos ou até, o *sursi processual* desde que cumprida as exigências estabelecidas na lei penal e as exigências determinadas pelo magistrado quando de seu julgamento.

De certo, o reconhecimento da conduta criminosa pela legislação brasileira é louvável pois demonstra a sua preocupação com o tema e que está em consonância com os objetivos traçados pela legislação anti-stalking americana e europeia.

Mas por outro lado, ao definir uma pena tão branda ao novel tipo penal, a ponto da mesma poder ser processada e julgada por um rito mais simplificado a qual se traduz toda a exegese que permeia o microsistema dos juizados especiais, não nos parece ser a decisão mais acertada, visto os crescentes casos desta prática além da mesma, diante do enfoque mundial, de tal conduta servir de prelúdio para prática preparatória para ocorrência de crimes mais graves, tais como o homicídio.

O STALKER E SUA DIFÍCIL DEFINIÇÃO

Nesse diapasão, uma vez definido o conceito de stalking é preciso conceituar o seu autor (stalker), assim como as práticas cotidianas que podem ser qualificadas como perturbação constante característica do stalking.



Sendo assim, entende-se por Stalker é uma expressão da origem inglesa cuja tradução para língua portuguesa é de perseguidor, uma pessoa que nutrida por um sentimento obsessivo, paixão platônica, ciúme doentio ou qualquer outro tipo de sentimento que extrapole a admiração e que passa a perseguir habitualmente a sua vítima, de forma direta ou indireta, física ou virtual, infligindo ameaças a seus familiares e amigos ou, pessoas próximas de seu convívio social e com isso gerando danos psicológicos a vítima que poderá desenvolver quadro depressivo, síndrome do pânico, isolamento social e, em casos mais extremos, ao cometimento de suicídio.

Ademais, em muitos casos, o stalker é uma pessoa conhecida da vítima, podendo ser um ex-companheiro, colega de trabalho, vizinho, familiar, amigo e etc. Como também poderá ser uma pessoa desconhecida, mas que desenvolveu um amor platônico pela vítima, admiração ou alguma obsessão, caso a vítima seja ela uma pessoa comum, seja ela uma pessoa conhecida socialmente ou até mesmo uma celebridade.

Por exemplo, o stalker poderá ser uma pessoa que não aceita o fim de um relacionamento e passa a ligar reiteradamente para vítima seu ex-companheiro ou companheira e passa a segui-la de sua casa ou trabalho, comparece a eventos onde a vítima esteja sem ser chamado e se utiliza dos mais diversos artifícios para intimidar e impedir que essa venha a se relacionar amorosamente com outra pessoa.

Nas palavras de Costa, Fontes e Hoffman(2021):

“[...] não deixa dúvidas de que o crime demanda habitualidade, [...] um único ato de importunação não tem o condão de configurar o delito, [...]. A repetição não precisa necessariamente se dar pelo mesmo meio executório. A lei penal não estabeleceu uma quantidade mínima de atos, bastando que não seja único. Nesse sentido, mais do que o número mínimo de ações persecutórias (se 2 ou 3), o importante é sua intensidade [...]. Para a configuração do crime de *stalking* é preciso, portanto, a presença do binômio, quantidade e intensidade.”

Outrossim, urge ser ressaltado que não há nem há na psicologia e nem na psiquiatria, uma definição exata do que faz uma pessoa se tornar um stalker, ou seja, não há uma predisposição biológica ou qualquer tipo de gatilho psicológico ou emocional específico para que homens e mulheres desenvolvam um comportamento obsessivo como este.

Ademais, devido a essa impossibilidade de identificação do porquê do surgimento deste tipo de comportamento, o stalker não é considerado como uma patologia, pois por inexistir uma definição exata do que vem a ser o stalker, isto também impossibilita o desenvolvimento de um comportamento padrão que seja característico de stalker, como é no caso, para o de psicopatia, onde a própria literatura médica identifica traços comportamentais característicos dessa patologia.

Nesse sentido Micoli(2012) afirma:

“é uma tarefa difícil conseguir enquadrar o stalker científica e nosso graficamente, traçando característica, examinando sua personalidade e seus modos de agir e de pensar. O stalker, continua Micoli, é um indivíduo que não conseguiu elaborar a rejeição, o abandono e a separação. Pode ser um indivíduo que, na vida, não tenha conseguido assimilar um luto. Ou, ainda, libertar-se de uma experiência traumática. Quando percebe que está perdendo a pessoa amada, o stalker começa a praticar atos com o intuito de controlar quem não o quer mais, a fim de que a decisão de abandono e distanciamento seja revertida.”

Logo, como dito antes, não há qualquer predisposição genética para o surgimento e desenvolvimento do comportamento de stalker, mas influências do meio (fenótipos) que podem contribuir para sua ocorrência, tais como: a perda de um ente muito querido, ambientes familiares desestruturados, casos de abuso infantil por familiares ou terceiros, *bullying*, sentimento de insegurança, baixa autoestima, rejeição entre outros.

Ademais, a própria dificuldade que o perseguidor tem em como lidar com seus sentimentos, tais como o amor, pode gerar um comportamento obsessivo. Isto porque quando tal sentimento não é interpretado de forma em que haja correspondência ou admiração, poderá resultar em sentimento de posse e essa aceção gera ao desenvolvimento de



um comportamento obsessivo justamente pela distorção deste sentimento pelo perseguidor para então destruir psicologicamente a vítima, conforme foi afirmado pela autora supracitada:

“É um amor que, para o próprio stalker, demanda um gasto de energia que cansa moral e fisicamente; é um amor alienante, baseados em sentimentos de inadequação, carência, vergonha e insegurança. [...]. E há um pensamento físico e mecanismos psicológicos que deixam em evidência que aquilo que ele vive deve ser experienciado pela própria vítima; ansiedade, agitação, autodesvalorização, medo, insegurança, amor, preocupação e tensão contínua. [...] O stalker procura destruir psicologicamente a vítima, pois tem a convicção que ele também foi psicologicamente destruído por ela; por esse motivo, os stalker se sentem vítimas de suas próprias vítimas.”

Isto é, com a prática de perseguição continuada, o stalker, motivado por um desejo de vingança, busca destruir a vítima tanto psicologicamente e fisicamente a ponto de achar que se não poderá tê-la ninguém poderá.

Por fim, urge ser ressaltado que a prática de stalker, estatisticamente, é mais comuns aos homens que, em grande maioria dos casos, passa a perseguir suas vítimas – mulheres – quando há um término de um relacionamento não desejado por este ou até mesmo um amor não correspondido, o que faz desenvolver esse comportamento obsessivo de perseguição.

Para tanto, mais uma vez afirma Mazzola(2008):

“O principal autor do stalking é do sexo masculino, geralmente adulto, apesar de que não faltam casos em que o crime é cometido por adolescentes. Foi visto, então, como muitos stalkers estavam desempregados ou subempregados no momento do fato, já que a estratégia de perseguição requer uma grande quantidade de tempo. O stalker geralmente já perseguiu alguém, tem nível de instrução médio e não tem precedente criminal ou psiquiátrico. Todavia, em muitos casos, já tem um passado (de personalidade, familiar ou clínico) problemático, sendo mais comum o distúrbio de personalidade narcisista ou borderline.”

A INTERVENÇÃO PSICOLÓGICA NECESSÁRIA AO STALKER

Diante de tudo que dissemos acima, chega-se a conclusão de que o stalking é uma forma de violência emocional e que ocasiona um terrorismo psicológico a vítima, posto que esta não tem ideia de que a perseguição do stalker cessará ou se este comportamento voltará a se repetir. E que pode ser desenvolvido tanto por pessoas do gênero masculino quanto do feminino.

Nessa toada, a vítima passa a desenvolver o que os psicólogos chamam de “sentimentos de violação” que se concretiza com uma profunda perda de controle sobre a sua própria vida, gerando e cultivando sentimentos de ansiedade e desconfiança generalizada em relação aos outros quanto a si próprio.

Ademais, é preciso buscar uma forma de tratar o stalker quando este é identificado e quais os motivos que o levaram ao desenvolvimento deste comportamento obsessivo.

Em estudos psicológicos realizados a fim de descobrir o porquê do stalker adotar esse comportamento, Mackenzie & James (2011) afirmam que é comum que o stalker desenvolva perturbações mentais como comportamento delirante paranoide, bipolaridade, esquizofrenia e em casos mais elevados sinais de depressão, pois foi-se notado uma característica em comum para prática deste comportamento.

Birch & Ireland (2018) ao comentarem sobre a psicologia do stalker informa que este possui um denominador comum, qual seja, estes exibem déficit de controle de suas emoções, em especial, da raiva, inabilidade social, dificuldades de raciocínio, altos níveis de insegurança em relação a população em geral e que foram denominadores comuns dos estudos daqueles que foram reconhecidos como stalkers.



Logo, os estudos concluíram que aquele que desenvolve o comportamento de stalker acredita que tem o direito de realizar os seus próprios desejos a qualquer tempo e que a sua vítima lhe deve tempo e atenção.

Porém, quando isso lhe é negado ou ignorado, o comportamento obsessivo se estremece podendo, o que antes o que era considerado apenas uma importunação, se transformar em necessidade de controle da vítima, com acessos temporários de fúria e raiva do perseguidor, pois a vítima que antes era alvo de admiração ou idolatria se torna alvo de fúria e frustração podendo desencadear reações mais violentas.

Sendo assim, ao logo dos anos, Mullen (1999) realizou uma classificação psicológica onde foram identificados algumas tipologias relacionadas ao comportamento do stalker e que foram classificadas em cinco categorias: 1) o rejeitado; 2) o que procura intimidade; 3) pretendente incompetente; 4) o ressentido e; 5) o predador.

De forma breve, os estudos concluíram que o stalker rejeitado é aquele que não aceita o fim do relacionamento e começa a perseguir a vítima na tentativa de obter uma reconciliação sendo considerado o tipo mais comum.

O stalker dito ser o que procura intimidade, esse desenvolve o comportamento de perseguição na tentativa de criar uma conexão ou relação qualquer com a sua vítima, diferentemente do stalker pretendente incompetente que seria aquele cortejador inadequado onde suas inabilidades sociais fazem com que desenvolva comportamento obsessivo na esperança de concretizar um encontro sexual com a sua vítima.

Já o ressentido, é aquele que tem seu comportamento obsessivo guiado pelo sentimento de ressentimento, de raiva para com a vítima e busca de todas as formas prejudicá-las, é aquele que nutre uma adoração negativa pela vítima utilizando o medo desta para com stalker como uma de suas principais armas.

E por fim, o stalker predador, sendo este um dos tipos mais raros, é aquele que apresenta um comportamento de perseguição mais agressivo e que se caracteriza não só pela constante vigilância ou de infligir sensação de insegurança ou medo a vítima, mas de importunação a todos aqueles que convivem em seu meio social, isto é, este stalker demonstra traços de psicopatia a ponto de fazer ameaças e agressões sejam físicas ou psicológicas a ponto de a vítima ter a sua autoestima dilacerada assim como a sua capacidade preparatória e sendo este comportamento preparatório para eventual agressão sexual que em sua psicose, funciona como um tipo de punição a vítima por não ter lhe dado atenção necessária que julga ter, sendo este um dos casos mais extremos de comportamento de perseguição adotados por um stalker e um dos mais raros.

No mais, de todos os comportamento psicológicos característicos do stalker, Stand e McEwan (2012) identificaram que o seu desenvolvimento, em dados estáticos, é mais propício e comum de ocorrerem entre pessoas do gênero masculino, em especial aqueles que desenvolveram uma relação anterior e muitas vezes íntima nutrida pela vítima, que segundo os próprios autores as maiores denúncias e queixas desta forma de importunação tiveram como alvo maior as mulheres que mantinham ou mantiveram qualquer tipo de relacionamento íntimo ou sentimental com o perseguidor, sendo uma das principais motivos da importunação e da perseguição a não aceitação do ex-parceiro do término do relacionamento.

AS PRINCIPAIS VÍTIMAS DO DELITO: AS MULHERES

Diante de tudo que foi dito acima, verifica-se que o comportamento do stalker deriva de uma obsessão muitas vezes associada ao sentimento de rejeição da vítima para com ele e que em muito dos casos o desenvolvimento de tal comportamento está atrelado ao meio social ou familiar em que o perseguidor convive ou se desenvolveu para desencadear esse tipo de comportamento obsessivo a sua vítima.

No mais, conforme estudos realizados para identificar os motivos do surgimento deste comportamento de perseguição, foi constatado que na maioria dos casos, os homens são os principais agentes deste crime, ou seja, o stalker do tipo rejeitado ou ressentido.

Enquanto as principais vítimas são justamente as mulheres que lhes rejeitaram ou que ele desenvolveu sentimentos de amor ou admiração obsessivos que não foram correspondidos ou que não aceitaram o término da relação.

Some-se a isso, que quando tal prática foi tipificada como crime na legislação brasileira justamente pela dificuldade de conceituação do stalker e de que a importunação habitual ou perseguição poderá ocorrer a qualquer pessoa independentemente do gênero, este foi descrito como um tipo penal aberto sem qualquer característica subjetiva específica ou especial para sua ocorrência.



Outrossim, estatisticamente, as mulheres passaram a ser as maiores vítimas desse tipo penal, em especial, quando do rompimento de um relacionamento amoroso não aceito pelo seu ex-parceiro que acaba se tornando num stalker e perseguindo-a continuamente e resultando em violência seja física ou psicológica.

Por essa razão, o stalking acaba sendo tratado como uma das formas de violência contra as mulheres e com implicações existentes na Lei Maria da Penha que se trata de um ordenamento de viés protetivo as mulheres seja por qualquer tipo de violência.

Hirigoyen (2006) afirma que o “Assédio por Intrusão” ou “Stalking”, trata-se de um alerta para a possibilidade de casos de feminicídio a qual se tornou uma hipótese qualificada de crime de homicídio em nosso ordenamento jurídico:

“a violência e a opressão se acentuam nesse momento e podem perdurar por muito tempo, depois de separados. O homem se recusa a deixar livre sua ex – companheira, como se ela fosse propriedade sua. Não consegue aceitar sua ausência, e a vigia, segue-a na rua, assedia-a por telefone, espera-a à saída do trabalho. Muitas vezes acontece de a mulher ter de mudar de local de moradia. É como se a agressividade e a violência que haviam se mantido contidas durante a relação agora tivessem livre curso”.

E ainda, autora supracitada afirma que o stalking dada a uma grande variedade de condutas que abrange poderá ensejar a responsabilização civil de suas vítimas, seja por danos morais e materiais, quanto penais. Isto porque o perseguidor ou melhor, o stalker, nem sempre se limita a perturbar sua vítima, mas em muitos casos, toma atitudes mais graves que podem configurar desde uma ameaça a concretização de crimes mais graves, tais como: violação a honra e a imagem da mulher, estupro ou até mesmo chegar ao ponto de cometer um crime de homicídio

Note-se ainda que em alguns casos, dadas as circunstâncias de tempo, lugar, forma de execução desta espécie delitativa, poderá configurar-se uma hipótese de crime continuado onde a intenção do stalker é de utilizar essa prática como uma preparação de outros crimes de mesma gravidade ou não e assim, gerando uma progressão criminosa pois aos poucos poderá se tornar mais agressiva e invasiva.

A autora destaca ainda que a prática de stalking é extremamente nociva não só a sua liberdade, privacidade ou intimidade, mas acima de tudo, a própria vida da mulher, posto que muitos dos stalker em sua habitual e incessante importunação as ameaçam de morte o que poderá resultar em um homicídio.

E justamente por isso, é preciso que as mulheres fiquem atentas a determinados comportamentos que podem ser qualificadas como de stalking, bem como de buscar ajuda e proteção das autoridades policiais ou judiciárias a fim de que não só a sua intimidade ou privacidade sejam resguardada, mas acima de tudo, a sua própria vida que pode estar potencialmente em risco.

Mas o mais importante é que a vítima não deve tentar resolver o problema por conta própria pois, como dito antes, poderá estar colocando a própria integridade física ou a sua própria vida em risco.

Sendo assim atitudes como: telefonemas, envio de mensagens e e-mails constantes e de forma insistente; tentativas de invasão de contas virtuais, reclamações em condomínios, rondas na residência e no local de trabalho da vítima, frequentar os mesmos lugares e nos mesmos horários em que a mulher costuma aparecer e ainda a perseguição presencial podem ser consideradas práticas típicas de stalking.

Dessa forma, uma vez constatadas quaisquer uma dessas atitudes, a vítima deve coletar todas as provas da suposta perseguição, por exemplo: tirar e guardar *prints* de mensagens, *e-mails*, gravar ligações, objetos que vierem a ser enviados; bloqueie o contato de suas redes sociais e o denuncie as plataformas; e em caso de perseguição, contate familiares ou amigos próximos, tente fotografá-lo, e ao final, comunicar tudo as autoridades.

Esses meios de provas são elementos cruciais a comprovação da conduta criminosa e principalmente da identificação do stalker, até mesmo para que seja requerido judicialmente a concessão de medidas protetivas dos direitos da vítima podendo tais medidas a serem aplicadas as análogas as medidas protetivas de urgência do artigos 22, II, III, VI e VII, 23, I e 24, I da Lei Maria da Penha que é uma legislação de relevância na proteção dos direitos das mulheres e em especial de abusos e violências físicas, moral e psicológica a elas sofridas, conforme descrição das medidas abaixo:



Art.22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proteção de determinadas condutas, entre as quais:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
- b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
- c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação;

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

Por exemplo poderão ser adotadas as seguintes medidas protetivas de urgência: proibição de aproximação da vítima e de seus familiares mantendo-se uma distância mínima; proibição de contato com a vítima e seus familiares por qualquer meio de comunicação; exclusão de perfil do stalker das redes sociais a qual a vítima faça parte; proibição de frequentar locais que fazem parte da rotina da vítima, bem como das proximidades de sua residência ou trabalho, além de obrigatoriedade de acompanhamento psicológico, entre outras.

Logo, são inúmeras as medidas preventivas de proteção a serem concedidas judicialmente para resguardar a intimidade e a privacidade da vítima previstas na legislação brasileira e capazes de conter as investidas do stalker.

CYBERSTALKING

Embora tenha se conhecimento dos atos de perseguição habitual que caracterizam o ilícito de stalking, tal crime também vem ocorrendo e com grande frequência no mundo virtual em razão do desenvolvimento das redes sociais e dos avanços tecnológicos que muitas vezes dificultam a identificação e rastreamento dos stalkers são fatores que dificultam o combate ao crime de stalking.

Dessa forma, os estudiosos do fenômeno já se debruçam sobre uma nova modalidade de stalking, qual seja, o cyberstalking passando a perseguição contínua e habitual ocorrendo no meio virtual, por meio de invasões de perfis, ameaças através de e-mails ou mensagens sejam e chats no aplicativos de mensagens das próprias redes sociais, criação de perfis anônimos para espionar a vítima dentre outras práticas.

Meloy (1998) ao analisar o psicológico do stalking afirma que a tecnologia possibilitou a capacidade de obtenção e troca de informação a nível global e de forma instantânea permitindo que os usuários dessa nova tecnologia tivessem acesso a informação nunca antes vista.



Porém, este mesmo avanço também trouxe malefícios pois as práticas ilícitas e demais crimes que antes somente ocorriam no mundo físico ganharam nova roupagem, novos contornos e passaram a serem evidenciados no mundo virtual como é o caso do stalking no mundo virtual, agora conhecido como cyberstalking, justamente porque o perseguidor, ora stalker, valendo-se da segurança do anonimato passa a perseguir a suas vítimas de forma ainda mais incessante e com eficiência pois cada dia mais as pessoas são mais dependentes da tecnologia e passam a maior parte de seus dias conectadas.

Logo, de acordo com BOLCIJ pode-se conceituar o *cyberstalking* como:

“um conjunto de comportamentos em que um indivíduo, grupo de indivíduos ou organização usem de informação e tecnologia de comunicação para assediar outro indivíduo, grupo de indivíduos ou organização. Tal comportamento pode incluir, mas não está limitado a envio de ameaças e falsas acusações, usurpação de identidade, furto de dados, danos a dados ou equipamentos, monitoramentos informáticos, solicitação de favores sexuais a menores ou qualquer outro tipo de agressão”.

A forma de perseguição é realizada através do uso da tecnologia, mas comumente pelo envio de mensagens insistentes nas redes sociais, e-mails indesejados de desconhecido, formas de rastreamento e monitoramento da vítima, invasão de seus dispositivos eletrônicos, criação de perfis falsos em sites de relacionamentos ou em sites indevidos com o intuito de prejudicar a imagem da vítima entre outros meios que se aperfeiçoam cada vez mais, graças aos constantes avanços tecnológicos em especial da comunicação da informação

Logo, percebe-se que este tipo de perseguição além de não tem limites, visto que não só a vítima pode ser prejudicada com esta ação mas também as pessoas ao seu redor, principalmente os seus familiares.

Entretanto, mesmo que o cyberstalking seja mais comum do que o stalking propriamente dito, ainda assim, é uma conduta de difícil identificação, posto que muitas práticas nocivas são práticas na internet podem ser confundidas entre si, muitas delas em razão da própria aperfeiçoamento que esses meios se realizam, em razão do surgimento de novas práticas eletrônicas ilícitas, sendo um dos casos de maior confusão do cyberstalking a prática de trolling, que é uma nova prática de importunação e assédio praticada na internet e que pode ser confundida em alguns casos, com a realização de uma conduta de stalking.

O trolling é um fenômeno novo e que foi pouco estudado e ainda não identificado pela legislação brasileira o que lhe traz um ineditismo em nosso ordenamento jurídico, mas consiste em ser uma prática virtual nociva consistente em enviar mensagens inoportunas ou anônimas a outras pessoas que podem ser contínuas ou não e podendo ou não configurar a prática de stalking.

Entretanto, tanto o direito norte-americano como o europeu já diagnosticaram a incidência dessa prática e buscam em seus ordenamentos jurídicos fazer uma distinção desta com a do cyberstalking, tanto que ela ainda não é considerado uma conduta ilícita sujeita a sanção, mas uma prática virtual abusiva, um mecanismo virtual utilizado para o potencial cometimento de crimes.

Ireland, Birch & Ireland (2018), afirmam que o cyberstalking, vai mais além, diferenciando-o da prática trolling e que com ela não deve ser confundido:

“o cyberstalking não pode e nem deve ser confundido com o trolling. O trolling, consiste no envio de mensagens anônimas, maliciosas, abusivas, depreciativas ou ameaçadoras com recurso a meios eletrônicos, geralmente por uma pessoa que não é conhecida do perpetrador e cujo objetivo é geralmente limitado a exorcizar a raiva ou à obtenção de uma sessão de poder sobre o alvo, provocando-lhe dor emocional. As ameaças de trolling por estranhos, embora prejudiciais ao destinatário, parecem até agora improváveis de levar qualquer forma de violência no “mundo real”, com a pessoa obter satisfação limitando as suas atividades ao formato online. Desta forma, tanto o cyberstalking como o trolling partilham a facilidade da execução, podendo as mensagens on line ser enviadas em segundos e com pouca reflexão.”



Dessa forma, percebe-se que o *cyberstalking* tornou-se um fenômeno em crescimento e principalmente pelos seguintes fatores: a) as informações pessoais das vítimas estão expostas nas redes sociais ou na internet por elas próprias e que acabam facilitando o trabalho do stalker já que com poucos cliques obtém todos os dados de seus alvos; b) obtenção de conversas com amigos e de marcações e postagens feitas nas redes sociais pelas vítimas (check-in), fotos e vídeos compartilhados e resposta dos (marcações) facilita o stalker em obter informações de locais onde a vítima frequenta quem são as pessoas a elas próxima e assim traçar um plano de quando poderá assediá-la sem a presença de pessoas que possam impedir a sua investida e, c) acabam conhecendo a rotina e os hábitos de suas vítimas; Todas essas informações disponibilizadas pela vítima acabam por facilitar as ações de stalking.

Ademais, mesmo que só ocorra no mundo virtual os seus efeitos são sentidos no mundo físico pois permite toda uma devassidão da vida privada e da intimidade da vítima que se torna um refém eterno do stalker já que este obtém todas as informações necessárias da vítima que poderá ser coagida ou chantageada pelo stalker tornando-se esse crime como um meio para realização de crimes muito mais graves seja no ambiente virtual ou físico.

Portanto o *cyberstalking*, tornou-se uma perseguição implacável, anônima e destruidora de vidas criando-se um verdadeiro “inferno na terra” das vítimas quando estão com suas informações nas mãos de stalker com habilidades de hackeamento e peritos em obtenção de dados que acabam por dificultar ou impossibilitar a sua descoberta ou investigação pelas autoridades que, em muitos casos, não estão devidamente estruturados para combater essa prática criminosa.

E, em razão dessa obsessão e da segurança do anonimato das redes sociais, o stalker além de coletar informações sobre o seu alvo, tais como fotos, vídeos, locais, armazenando essas informações a ponto de poder utilizá-las num futuro próximo para a prática de outros crimes, tais como: sequestro, estupro, ameaça e, até mesmo, homicídio.

Sendo, portanto, alvo de grande preocupação das autoridades policiais, judiciárias e das pessoas em geral que a cada dia mais, se sentem inseguras quanto ao trato de seus dados nas redes sociais, visto que a ausência de proteção acabam por resultar em uma sensação de insegurança coletiva, mesmo tendo a proteção de seus dados sido alçada a patamar constitucional, com o reconhecimento de ser um direito fundamental a sua proteção conforme Emenda Constitucional 115/2022 que acrescentou o inciso LXXIX, no artigo 5º da Constituição vigente.

Assim sendo, a legislação brasileira ao tipificar a perseguição habitual (stalking) como um tipo penal demonstrou-se uma nova modalidade de conter a sanha persecutória dos perseguidores, buscando a interdisciplinaridade com outros normativos legais, criando uma interligação com a Lei Maria da Penha, favorecendo a criação do microsistema de proteção dos direitos das mulheres, quando as vítimas dessa perseguição pode macionar as autoridades judiciais utilizar-se de institutos próprios desse normativo especial para requerer a imposição de medidas protetivas para resguardar a sua privacidade e intimidade e com isso também impedir que crimes mais graves ou violentos aconteçam.

Por esta razão essa legislação é muito bem-vinda e extremamente necessária pois regulamenta e prevê punição para uma conduta cada dia mais frequente, principalmente nos meios digitais. Inclusive tendo um caráter pedagógico informando a sociedade sobre a existência dessa prática e com a previsão de uma punição quando tal conduta passa a ser identificada.

E assim, demonstrando que a perseguição ou importunação incessante e indevida as mulheres motivada por sentimentos de vingança e intenções ameaçadoras ou difamatórias terá reprimenda, mesmo para aqueles que se acham protegidos pelo anonimato demonstrando o acerto do novo tipo penal brasileiro ora tipificado.

CONCLUSÃO

Com a conclusão deste trabalho, buscamos demonstrar que embora seja um novo tipo penal na legislação brasileira, o stalking já era discutido doutrinariamente pelo Direito Penal e alvo de preocupação mundial ensejando a edição atos normativos tanto no direito americano e no europeu que se comprometeram a criar uma legislação anti-stalking que tiveram como objetivo inicial a edição de atos normativos buscando em um primeiro momento, a reparação dos ilícitos civis ocasionados pela perseguição incessante e habitual a vítima pelo perseguidor e mais recentemente com a consequente edição de lei penal tipificando a prática de stalking seja na forma física ou virtual como crime, uma vez que na atualidade esse crime vem se proliferado de forma constante e com nova roupagem junto a internet e as redes sociais, criando-se assim, uma nova modalidade de perseguição: o *cyberstalking* e que não deve ser confundido com outras práticas virtuais ilícitas que possam gerar uma importunação como é o caso do trolling.



Buscamos demonstrar também que não existe um consenso doutrinário tanto no direito quanto na medicina para classificar o perseguidor (stalker), uma vez que este não possui nenhuma influência genética análoga a psicopatia que desenvolva esse tipo de comportamento, mas que as influências do meio em que o perseguidor foi criado ou onde convive podem gerar o desenvolvimento desse comportamento obsessivo que necessita de intervenção psicológica já existindo uma classificação relacionadas a este tipo de comportamento sendo os mais comuns aquele que não aceita o fim de um relacionamento ou aquele que busca criar uma conexão com a vítima seja ela de cunho afetivo ou sexual e quando não correspondido passa a buscar formas de prejudicar a vítima de todas as formas, pois não conseguem lidar com a rejeição e necessitam de intervenção psicológica para que possa desenvolver um comportamento social comum e aceitável.

Salientamos também, que este crime é mais comum de ser cometido por pessoas do sexo masculino sendo este o maior número de stalker identificados e que elegem como suas principais vítimas as mulheres a qual desenvolvem um comportamento obsessivo e paranóico, em especial, aquelas que foram suas ex-companheiras, conhecidas, amigas e até colegas de trabalho, a perseguindo em todos os ambientes que estejam, podendo essa obsessão evoluir para uma conduta mais grave e que poderá resultar na prática de crimes de maior gravidade ou repulsa social em nossa sociedade e previstos no ordenamento penal brasileiro, tais como o estupro, feminicídio e demais crimes de violência práticas contra as mulheres.

Por fim, informamos que no direito penal brasileiro, com a criminalização da prática de stalker, a vítima for do sexo feminino poderá ocorrer uma interpretação analógica com as medidas judiciais e protetivas da Lei Maria da Penha para impedir os avanços incessantes e habituais do perseguidor com a preservação dos direitos fundamentais da intimidade, privacidade e da propriedade das mulheres e sendo uma inovação legislativa oportuna a proteção do gênero feminino e sendo um verdadeiro acerto do novo tipo penal que sem dúvida só tem acrescentar e a somar as políticas públicas de proteção e de preservação dos direitos das mulheres mesmo para aqueles que, supostamente protegidos pelo anonimato, buscam importuná-las de forma habitual nos meios digitais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOLCIJ, Paul. *Cyberstalking: harassment in the internet age and how to protect your family*. Westport, USA: Praeger Publishers, 2004.

BOTTIGLIERI, Bruno. *Stalking: a responsabilidade civil e penal daqueles que perseguem obsessivamente*. São Paulo: Artesam, p.1. 2018

BUDD T. & MATTISON, J. *The Extent and Nature os Stalking: Findings from the 1998 British Crime Survey*. London: Home Office Research, Development and Statistics Directonate. 2000.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Art.147-A. incluído pela Lei nº 14.132/2021. Brasília. Senado Federal, acesso em 25 de fevereiro de 2021.

_____. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de Outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Brasília. Senado Federal, acesso em 25 de fevereiro de 2021.

_____. Lei 13.340, de 7 de Agosto de 2006. Cria Mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art.226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as mulheres – Lei Maria da Penha. Brasília. Senado Federal. acesso em 27 de Fevereiro de 2021.

CAVEZZA, C. & MCEWAN, T.E. Cyberstalking versus off-line stalking in forensic sample. *Psychology, Crime e Law*, 10, 955-970. 2014.

COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique. Stalking: o crime de perseguição ameaçadora. *ConJur*. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policia-stalking-crime-perseguiacao-ameaçadora#:~:text=Consiste%20em%20forma%20de%20viol%C3%Aancia,%C3%A0%20integridade%20psicol%C3%B3gica%20e%20emocional>

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual do direito penal**: parte especial, arts 121 a 361. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.



- FLORES, C. A tutela Penal do Stalking. Porto Alegre. Elegancia Juris. 2014.
- GRANGEIA, H & MATOS, M. Riscos associados ao stalking: violência, persistência e reincidência. *Psiquiatria, Psicologia & Justiça*, vol.1, 30-48.
- HIRIGOYEN, Marie – France. A violência no casal. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- IRELAND, J., BIRCH, P. & IRELAND, C.A. The Routledge Internacional Handbook of Human Agression: Current Issues and Perpectives. New York: Routledge. 2018.
- JESUS, Damásio E. de. Stalking. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1655, 12 jan. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10846>. Acesso em: 1 abr. 2021.
- LOWNEY, K. & BEST, J. Stalking Strangers and Lovers: changing media typifications of new crime problem. In J. Best (ed.), *Images of Issues: Typifying Contemporary Social Problems*. New York, Aldine de Gruyter. 1995.
- MACKENZIE, R. & JAMES, D. Management and Treatment of stalkers: problems, opinions and solutions. *Behavioral Sciences and the Law*, 29, P.220-239. 2011.
- MACKENZIE, R. MULLEN, P., MCEWAN, T., JAMES, D. & OGLOFF, J. Stalkers and intelligence: implications for treatment. *Journal of Forensic Psychiatry and Psychologic*, 21, 6 ed.,P. 852-872. 2010.
- _____. Parental bonding and adult attachment Styles in diferent types of stalker. *Journal of Forensic Psychiatry and Psychologic*, 53, 2008, P. 1443-1449.
- MARAM, Daniela Acquadro. *Stalking: Un tentativo di definizione*. TURIM: UTET Università, 2012.
- MAZZOLA, Marcello Adriano. *IL Novo Danni*. Padova. Dott: Antonio Milani. 2008.
- MCEWAN, T., DAFFERN, M., MACKENZIE, R., OGLOFF, J. & MULLEN, P. Risk factos for stalking violence, persistence and recurrence. *Journal of Forensic Psychiatry and Psychologic*, 28, P.38-56. 2017.
- MELOY, J.R. *The Psychology of stalking*. San Diego: Elsevier Science. 1998.
- MICOLI, Alessia. *Il fenômeno dello stalking*. Milão: Giuffrè, 2012.
- MULLEN, P., PATHÉ, M. & PURCELL, R. *Stalkers and their victims*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MULLEN, P., PATHÉ, M., PURCELL, R & STUART, G. Study Stalker. *American Journal of Psichiatria*, 156, P.1244-1249.
- PATHÉ, M. & MULLEN, P. The Impact of stalkers on their victims. *British Journal of Psychiatry*, 170, P. 12-17.
- PURCELL, R., PATHÉ, M. & MULLEN, P. When do repected intrusions become stalking? *Journal of Forensic Psychiatry and Psychology*, 15, 571 – 583.
- TJADEN, P. & THOENNES, N. *Stalking in American: Findings from Natural Violence Against Women Survey*, 1998, Washington DC: US Department of Justice.
- WHITE, S., PENNY, C., CHRISTOPHERSON, S., REISS, D. & PETCH, E. The Stalking of Psychiatrist. *Internacional Journal of Forensic Mental Health*, 10, 2011, P. 254-260.



LA VIDA: RETROSPECTIVA DE SU ORIGEN, EVOLUCIÓN Y DESARROLLO COMO DERECHO FUNDAMENTALⁱ

A VIDA: UMA RETROSPECTIVA DE SUA ORIGEM, EVOLUÇÃO E DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

LIFE: A RETROSPECTIVE OF ITS ORIGIN, EVOLUTION AND DEVELOPMENT AS A FUNDAMENTAL RIGHT

DÍAZ, OMAR HUERTAS

Profesor Dr. Dr. en Derecho y Ciencias de la Educación; Dr. H.C., profesor e Investigador Senior en Derecho Penal de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. ORCID: 0000-0002-8012-2387.

E-mail: ohuertasd@unal.edu.co

RAMÍREZ, MILDRE YURANI HERNÁNDEZ

Doctoranda en Derecho de la Universidad Libre, Magíster en Justicia Constitucional de la Universidad de Guanajuato, México y Abogada de la Universidad Industrial de Santander UIS. Docente investigadora en la Escuelade derecho y gobierno del PolitécnicoGrancolombiano SedeBogotá. Docente en la Maestría en Paz, Desarrollo y Ciudadanía de UNIMINUTO. ORCID: [0000-0001-6672-4536](https://orcid.org/0000-0001-6672-4536)

E-mail: myhernandez@poligran.edu.co, mildre.hernandez.r@uniminuto.edu.co

BARRETO, ALAN ANTONIO ALMERALLA

Maestro en Derecho Universidad Autónoma del Estado de Morelos. ORCID: 0000-0002-7859-3075

E-mail: a.almeralla.09@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo resultado de investigación analiza el concepto del derecho a la vida dentro de un marco normativo a nivel nacional e internacional; observando lo que se entiende en primer lugar sobre la noción de vida y sus conexión con diversos conceptos conexos en materia jurídica, al igual que los diversos escenarios de estos derechos conexos a la vida en el marco de los derechos humanos adheridos a la Constitución Política de 1991 a través del artículo 93º sobre el bloque de constitucionalidad. Esto con el fin de identificar la ontología del derecho a la vida en el marco colombiano e internacional.

PALABRAS-CLAVES: Derecho a la vida; Derechos del individuo; Derechos fundamentales, Bloque de constitucionalidad

RESUMO

Este artigo, resultado de pesquisa, analisa o conceito de direito à vida dentro de um marco regulatório em nível nacional e internacional; observando o que se entende em primeiro lugar sobre a noção de vida e sua conexão com diversos conceitos correlatos em matéria jurídica, bem como os diversos cenários desses direitos relacionados à vida no marco dos direitos humanos aderidos à Constituição Política de 1991 por meio de artigo 93 sobre o bloco de constitucionalidade. Isso com o objetivo de identificar a ontologia do direito à vida no marco colombiano e internacional.

PALAVRAS CHAVES: Direito À Vida; Direitos do Indivíduo; Direitos Fundamentais, Bloqueio Constitucional

ABSTRACT

This article, the result of research, analyzes the concept of the right to life within a normative framework at the national and international level; Observing what is understood in the first place about the notion of life and its connection with various related concepts in legal matters, as well as the various scenarios of these rights related to life in the framework of human rights adhered to the Political Constitution of 1991 through article 93 on the constitutional block. This in order to identify the ontology of the right to life in the Colombian and international framework.

KEYWORDS: Right to life; Rights of the individual; Fundamental rights, Constitutional block.

INTRODUCCIÓN

Dentro del marco de la legislación a nivel nacional e internacional, los derechos naturales del hombre derivados de su estricta existencia, se han visto en la necesidad de ser regulados dentro del sistema normativo de los derechos humanos para llegar a constituirse dentro de los derechos fundamentales en Colombia (Noguera, 2015). Estos derechos naturales determinan la necesidad de los individuos de su propia existencia; así, la vida, la libertad y la dignidad humana son los puntos centrales en el movimiento de los derechos naturales y luego positivos, por lo que se infieren derechos como: vida digna, mínimo vital, libertad de pensamiento, libertad de consciencia, libertad de cátedra; donde la dignidad humana es la base sólida de estos derechos (Chueca, 2015). Es así como se observa que los diversos marcos normativos deben regular estos derechos en un sistema de garantías jurídicas; no obstante, no se puede hablar de libertad o dignidad sin la existencia del concepto de vida.

La vida, como base de la existencia humana en su sentido orgánico, dinámico y volitivo, llega a constituir la existencia en un sentido plural, como sistema de agrupación para la preservación de la especie, como instinto (C. BERNARD, 1875); esta involucra la asociación y posteriormente la instalación de las instituciones jurídicas y políticas para su protección. Se infiere que la necesidad de preservarse genera los medios. De ahí que la vida aparezca en todo sistema normativo desde los campos nacionales e internacionales; empero, el constante devenir histórico ha demostrado el actuar humano como diversos medios de aniquilación en una lucha de poder y conquista. Es entonces donde se encuentra los concepto de vida y muerte, antagónicos, en la misma existencia de la humanidad. Las guerras continuas, las grandes masacres, en síntesis el atentado contra la vida, identifican la necesidad de las instituciones jurídico-políticas. (Walzer, 2001)

Bajo lo previo, se entiende que la vida es un derecho natural que ha de ser protegido del mismo hombre; las instituciones jurídico-políticas a nivel nacional e internacional poseen sus parámetros de amparo y ello desde el campo de los derechos humanos. Ahora bien, queda observar como se ha desarrollado la evolución del mismo y sus aspectos conceptuales desde el marco nacional en Colombia e internacional de las altas cortes de derechos humanos, así como su desarrollo de normativo y doctrinal, con el fin de delimitar y esclarecer el concepto de vida como derecho y sus alcances y límites en el interior del marco de los demás derechos del ser humano.

1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE VIDA

La vida se puede entender como un sentido orgánico, visto desde el campo biológico, que se suma a todo el proceso de evolutivo de la genética, indica el instante de la concepción y el desarrollo del feto dentro del vientre materno hasta el nacimiento del individuo (C. BERNARD, 1875). Este sistema orgánico identifica la vida conexión a la salud como derechos íntegros de la existencia del hombre. Asimismo existe la vida como el campo de desarrollo del individuo en medio del sistema colectivo en el cual se encuentra; si bien en la psicología se observa que este campo identifica parte dentro del desarrollo de su personalidad (Dirks, 1973). Se entiende la vida como fenómeno natural desde la biología y como fenómeno social desde la sociología. No obstante, su estudio se devuelve hacia los campos amplios de la filosofía en Grecia, situándolo en el filósofo (Aristóteles, 1973) que llega a considerar que:

[...] entre los cuerpos naturales los hay que tienen vida y los hay que no la tienen; y solemos llamar vida a la autoalimentación, al crecimiento y al envejecimiento. De donde resulta que todo cuerpo natural que participa de la vida es entidad, pero entidad en el sentido de entidad compuesta. Y puesto que se trata de un cuerpo de tal tipo -a saber, que tiene vida- no es posible que el cuerpo sea el alma; y es que el cuerpo no es de las cosas que se dicen de un sujeto, antes al contrario, realiza la función de sujeto y materia. Luego el alma es necesariamente entidad en cuanto forma específica de un cuerpo natural que en potencia tiene vida (p. 168).

El autor hace alusión sobre algunos aspectos de importancia para el concepto de vida: (a) alimentación, crecimiento y vejez, estos se identifican con el campo orgánico; (b) cuerpo: la res extensa que ubica un lugar en el espacio, por el cual se puede identificar al individuo y (c) alma: el sentido ontológico que identifica la consciencia desde el sentido griego.



Este término que se ubica en el sistema biológico (orgánico) es un espacio para los seres vivientes en totalidad; pero la identificación de a+b genera una diferenciación, a saber: el cuerpo como recipiente del alma, pero inseparables, no al término platónico de separación y razonabilidad, sino al término de que el alma (psique) determina la materia (cuerpo) (Aristóteles, 1973). Esto identifica dos factores el sentido fisiológico y el psicológico. Estas dos llegan a delimitar la vida en la existencia humana; habrá que identificar la vida humana con la natural, en donde la segunda ubica todos los seres orgánicos.

Ahora bien, el término de vida, a la vez identifica su antónimo por lo cual, continuando el sentido orgánico-aristotélico: la muerte llega a ser parte esencial dentro del concepto, como límite de la vida (Aristóteles, 1973). Esto hace que se observe los alcances con otros medios de vida, creados desde el imaginario, para la postura de mejores o peores formas de vida; por lo cual el sentido orgánico se expande a uno teleológico. Este aspecto del *telos* dentro de la vida también identifica los medios para acceder en el plano terrenal a unas mejores condiciones sociales de la vida (Aristóteles, 1973). Por lo cual también se encuentra la vida como aspecto de estudio en la sociología, economía, política y derecho (tema a tratar más adelante). La vida, posee, por el momento su sentido orgánico y su sentido psíquico; por lo cual se entiende que la serie de movimientos voluntarios identifican una vida; postulando una aclaración de (Ferrater Mora, 2001):

[...] llamamos <vivir> a lo que posee por sí mismo movimiento o sus correspondientes operaciones. [...] Vida es lo que puede moverse por sí mismo, es decir, la substancia a la que conviene, según la naturaleza, moverse a sí misma. [...] la vida orgánica es concebida a menudo como la vida entendida "en acto segundo" a diferencia de la actividad del alma, que es vida entendida en "acto primero" (p. 3690).

La postura de Santo Tomás, de la mano aristotélica, indica el movimiento del alma en el interior del cuerpo y de allí la identificación de la consciencia de estar vivo (Mora, 2001); esta postura aristotélico-tomista se mantuvo durante todo el periodo de la edad media y no es sino con el surgimiento del renacimiento que fue cambiando a través del sistema mecánico de Descartes: la separación a través de la duda metódica entre el pensamiento y la extensión; este punto indica que la vida se reduce a un proceso mecanicista últimamente. (Descartes, 1995), llega a describir que:

[...] no concebimos ningún cuerpo sino como divisible, mientras que el espíritu, o el alma del hombre, no se puede concebir sino como indivisible: porque, en efecto, no podemos concebir la mitad de ningún alma, como podemos hacerlo del más pequeño de los cuerpos; de manera que sus naturalezas no son reconocidas únicamente como diversas, sino hasta 'Como contrarias de cierta manera [...] el cuerpo, tomado en general, es una sustancia, y por esto tampoco perece; pero que el cuerpo humano, en tanto que difiere de los otros cuerpos, no está formado y compuesto sino de una cierta configuración de miembros y de otros accidentes semejantes; mientras que el alma humana, por el contrario, no está compuesta así de accidentes algunos, sino que es una pura sustancia (p. 162).

La indivisibilidad del alma en Descartes identifica, al igual que los criterios aristotélico-tomistas, la consciencia, el espíritu, la psique y es el motor del cuerpo, medio de la res extensa; si bien la vida se identifica dentro del movimiento mecanicista del cuerpo (orgánico) y la consciencia del mismo movimiento (psique) que identifica los criterios racionales de la matemática (Descartes, 1995). Esta imagen de los movimientos lleva a entender la vida en un concepto mecánico; el concepto vida mecánica se puede resumir en los siguientes aspectos: "(a) el conjunto viviente es una suma de sus partes; (b) el órgano es representable en forma de instrumento fabricado con lo inerte; (c) los procesos de crecimiento y desarrollo se reducen a tendencias de conservación; (d) el organismo corporal no es un sustentáculo de fenómenos vitales, sino que la vida es una propiedad de las materias y fuerzas que componen el organismo" (Ferrater Mora, 2001). Pese a la gran extensión entre los conceptos orgánicos, la vida se entiende a todo ser animado y por ende se sustenta bajo la teoría mecanicista.

Desde la teoría empirista se puede destacar lo descrito por Locke, quien es citado por (Godoy, 2006) sobre el "Estado de naturaleza que llega a generar un gobierno total y por lo tanto genera obligaciones, puesto que la enseñanza de la ley se fundamenta en los principios de igualdad y libertad y limita la vida en la otredad"; (Kant, 2012), con sus lineamientos morales desde crítica de la razón pura práctica considera la fuente de todo esto en la dignidad humana y dice al respecto que "la medición del hombre es a través de la dignidad", lo cual incluye mirar al mismo como fin y no



como medio; así el derecho a la vida, se incluye desde el concepto de libertad y dignidad humana según las posturas de Locke y Kant.

Es así que la vida humana, pese a centrarse y sustentarse en los aspectos mecánicos del movimiento, se ubica en el espíritu entendido como psique o consciencia; la existencia determinada por valores éticos y morales para la convivencia. La vida humana se sintetiza, según Scheler, en un campo psíquico, vital y espiritual (Mora, 2001). Esta característica única hace el concepto de vida no sea el orgánico sino que este sea componente biológico, pero sin llegar a esclarecer el sentido amplio; por un lado la psique involucra que las relaciones de los individuos se marquen en la consciencia de uno sólo e inverso (Dirks, 1973); el sentido espiritual encierra un orden moral, ético, religioso y estrictamente emocional. Conceptos como amor u odio son un claro ejemplo de lo escrito. Entonces la vida no se encierra a un sentido orgánico sino que es, por principio, existencia que se deriva en medio de la otredad, lo cual implica las diversas relaciones sociales: política, derecho y economía.

Al igual que el sentido orgánico, las relaciones que se presentan en los campos de la sociología y que serán de estudio aquí, inician con un principio natural: conservación de la especie. La vida humana, para poder mantener el equilibrio deseado necesita de las agrupaciones y esta, según la teoría contractualista, es la base del Estado; si bien los términos y razones de cada autor dentro de la teoría contractual son similares y diversos en otros aspectos, todos establecen el fundamento del Estado o la sociedad civil por el Contrato social. Para (T. Hobbes, 1993) el inicio del Estado (Leviatán) está en el estado natural de guerra, donde los seres humanos no tienen obligaciones y no hay respeto hacia la vida; dice el filósofo:

De todo ello queda de manifiesto que mientras los hombres viven sin ser controlados por un poder común que los mantenga atemorizados a todos, están en esa condición llamada guerra, guerra de cada hombre contra cada hombre. Pues la GUERRA no consiste solamente en batallas o en el acto de luchar, sino en un período en el que la voluntad de confrontación violenta es suficientemente declarada. (T. Hobbes, 1993, pág. 93).

Esto indica que el Estado natural de guerra exige, como bien lo estipula Hobbes, un poder común que controle a los hombres; esta manifestación de la voluntad de los hombres a la creación de un poder que controle a los mismos, involucra la pérdida de una parte de su libertad con el fin de celebrar un contrato que ceda el manejo al Leviatán (T. Hobbes, 1993). Por lo cual las instituciones jurídico-políticas nacen como un medio para la protección colectiva de derechos naturales, entre los cuales se encuentra la vida. Se habla del deber de respetar la vida y por ende del derecho de la misma. Como se observa al determinar relaciones entre las instituciones jurídico-políticas y el concepto de vida, se habla de las regulaciones, en materia jurídica, para evitar el aniquilamiento y surge como derecho legítimamente natural. Al determinar, verbigracia, las demás teorías contractuales, se observa que (Montesquieu, 1998): “la paz como primera ley, sumado a la ley de alimentación que haría el acercamiento, tercera ley y de ahí la atracción sexual, cuarta ley, y el deseo de vivir en sociedad, quinta ley, constituyen la base de la sociedad”. Esto determina la vida como derecho natural. Continuando con el marco comparativo, se puede exponer lo dicho por (J.J. Rousseau, 1996):

Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibimos en cuerpo cada miembro se considera como parte indivisible del todo [...] este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe, por este mismo acto, su unidad y su yo común, su vida y voluntad (p. 22).

Estas diferencias entre hombre feliz y libre, hombre de guerra y hombre de paz, sólo muestran algunas vicisitudes con respecto al origen contractual y el estado natural del hombre, pero convergen en la idea de protección de los derechos naturales como la vida y la libertad por parte de las instituciones del Estado. Esta protección involucra el poder legislativo, económico y político; es menester entender, en primer lugar que el mantenimiento de la vida orgánica es un deber del Estado una vez se confirma el contrato social; el cumplimiento de este deber se concentra en la distribución eficaz de las instituciones por medio del control social y esto identifica la política como medio para ejecutar tal acción. No obstante, el tipo de poder político puede implicar variaciones sobre los medios de ejercer el control social: así, una sociedad monarca, indica el gobierno de todo el territorio está centrado en una sola persona, así como toda protección de derechos está sustentada de forma arbitraria; la sociedad democrática, al estar sostenida sobre el poder del pueblo,



garantiza una mayor eficiencia sobre la protección de los derechos, pero para ellos debe haber una distribución del poder: ejecutivo, legislativo y judicial (Montesquieu, 1998). Estos factores determinan los medios de poder ejercer la protección de derechos.

En Colombia, la Constitución de 1991, en su art. 1º, manifiesta el Estado democrático y este será el tipo de sociedad a estudiar sobre la protección del derecho a la vida. Para (Montesquieu, 1998): la democracia indica un poder en el pueblo, poder que se manifiesta a través del voto; a su vez indica, como se vio, una división de los poderes por parte del Estado que indiquen el manejo del Estado en tanto representación y control soberano sobre las instituciones que se deben manejar a través de diversos personajes que rigen como ministros dentro de una parte de las instituciones (poder ejecutivo); a su vez, debe haber un cuerpo colegiado dedicado a la expedición de las leyes que servirán como parámetros del control social (poder legislativo) y por último, quien efectúe que lo escrito en las leyes sea cumplido (poder judicial). Estas instituciones deben ser elegidas por el pueblo para su representación. (Montesquieu, 1998), llegó a declarar que:

Las leyes que establecen el derecho al voto son, pues, fundamentales en este gobierno. La reglamentación de cómo, por quién y sobre qué deben ser emitidos los votos, es tan importante saber en una monarquía quien es el monarca [...] Es esencial determinar el número de ciudadanos que deben formar las asambleas. De otro modo no se sabría cuándo habla el pueblo o sólo una parte de él. El pueblo que detenta el poder soberano debe hacer por sí mismo todo aquello que no pueda hacer bien debe hacerlo por medio de sus ministros. Sus ministros no le pertenecen sino es el quien los nombra; es, pues, máxima fundamental de este Gobierno que el pueblo nombre a sus ministros, es decir, a sus magistrados. [...] el pueblo es admirable cuando realiza la elección de aquellos a quienes debe confiar parte de su autoridad [...]. (p. 12).

La democracia indica una representación por parte del sistema gubernativo del poder del pueblo que se organiza a través del voto popular; ahora bien, el sustento de la vida humana, una vez observado los diversos sentidos desde el campo orgánico, espiritual y emocional, a través de la política democrática, es los medios por los cuales existe una forma estructural de sostenimiento de estos principios como garantes del contrato social. La política es el medio por el cual se pueden ejecutar y exigir los derechos (Montesquieu, 1998). De ello que el sistema del Estado colombiano, democrático, indica la tridivisión de poderes y con ello los medios para garantizar el derecho natural a la vida lo cual direcciona de forma directa a la economía. Encontramos, en principio la relación del concepto de vida en el marco de los derechos y su garantía en medio del sistema político; para construir la trilogía que da el soporte del concepto de vida de forma momentánea en la investigación abordada aquí.

Economía y política representan una relación de estudio con bastante amplitud; en primer orden existe una difusión de instituciones que permiten el movimiento político, las cuales están sujetas al sistema legislativo. Ambas actividades son netamente humanas, pero con una diferencia: el destino o fin de sí mismas. Por un lado, la política tiene un sentido teleológico de administrar la sociedad civil y la economía la producción de valores de utilidad. La economía en tanto sistema productivo de valores aterriza su producción-utilitaria en los bienes y servicios, estos se determinan a través de un sistema económico-político que se mueve dentro de un mercado; el estudio de los recursos (renovables y no renovables) para la creación de capital y la producción, distribución y consumo de bienes y servicios con el sentido de satisfacer las necesidades. Este mercado, para poder hablar de producción, se integra en las relaciones de trabajo y funciona para el ejercicio del mínimo vital (satisfacción de necesidades). El funcionamiento de las relaciones de trabajo es a la vez un medio para generar economía (en el sistema capitalista). Encontramos de esta forma que el derecho a la vida se sostiene por el trabajo, el cual debe ser regulado desde el derecho y las diversas instituciones jurídico-políticas (C. Marx, 1987).

Entonces la vida en su sentido orgánico-emocional requiere de un desarrollo dentro del Estado para mantenerse; el sostenimiento de la vida desde el campo económico indica el trabajo como medio por el cual se accede al saciamiento de las necesidades básicas; una necesidad básica es aquella que se desprende de la vida: alimentación, salud, libertad, dignidad, trabajo, etc. Estas bases llegan a expandir el concepto de vida, alejándole del concepto mecanicista cartesiano. Si se observa el campo emocional a su vez indica las relaciones entre los mismos individuos que conlleva el derecho a tener una familia. Por lo tanto, el concepto de vida acobija todos los términos que se han observado hasta este momento, es decir, sus derechos conexos que garantizan un estado óptimo de la palabra.

Empero, según Figueroa (2008) una primera concepción del derecho a la vida implica la posibilidad de no morir como lo establece y esta debe excluirse del estudio constitucional y jurídico, pues el hecho de no seguir viviendo es una situación por la que todas las formas de vida pasan, la vida es un estado fisiológico transitorio, que impide la



inmortalidad, razones por las que no se puede afirmar de forma absoluta que se trate de un derecho en cabeza del Estado, pues en algunas situaciones el derecho no se cumple pero no puede tratarse como una vulneración imputable a dicho Estado, como por ejemplo el curso común de una enfermedad. Por lo que se entiende el derecho a la vida, como el derecho a vivir y otra en el que el derecho a la vida se refiere a la imposibilidad de quitar la vida de forma arbitraria (Figuroa, 2008) esta última se ubica en el ámbito de lo jurídico. A esta crítica, se suma la diferencia existente entre la vida y el derecho a la vida. El derecho a la vida, es la realidad fenoménica de existencia y el derecho a la vida, se refiere al conjunto de condiciones que permiten la posibilidad de vivir material y espiritualmente de forma digna (Mora, 2001).

Otra postura que se puede encontrar en este sentido, es la expuesta por Thomson (1971), en la que se esboza que:

el derecho a la vida se refiere a tres acepciones, a saber: la primera como un derecho que implica obligaciones tanto negativas como positivas, es decir, negativa obligaciones de no hacer, como no privar arbitrariamente de la vida, y positiva, obligación de hacer, como es dar lo mínimo indispensable para sobrevivir. La segunda acepción, de visión restringida que sostiene que el derecho a la vida no se trata de recibir mínimas condiciones, que por el contrario supone el derecho a que nadie atente contra la vida del otro. La tercera, afirma que el derecho a la vida admite excepciones frente a la abstención de privación, como puede ser legítima defensa, o pena de muerte (Thomson, 1971).

También, se puede encontrar el desarrollo de una relación entre el derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud, relación expuesta por Germán Urzúa Valenzuela (Citado en Zuñiga, 2011) quien afirma, siguiendo los postulados de Hübner, que “el derecho a la vida no es solamente el conjunto de condiciones para la existencia de tipo laboral, económico, sino que establece una relevancia del derecho a la salud que permite la protección y conservación de la vida”, relación que ha sido rechazada por Figuroa (2008). Asimismo, Zuñiga (2011) considera que “desde una visión de derechos humanos, el derecho a la vida es un derecho prioritario que no admite, supresión, o excusas de tipo económico o político para ello, que obliga al reconocimiento, garantía y respeto de quien posee dicha titularidad”.

Por su parte, (Rawls, 1997) sostiene en su Derecho de Gentes que los derechos humanos son absolutos, ello significa que no son objeto de algún tipo de negociación, ni pueden ser desplazados por ciertas consideraciones, esto corresponde a derechos tales como a la vida. (Dworkin, 1993) en su Dominio de la vida afirma que decir que los individuos tienen derechos supone darles reconocimiento aun cuando la mayoría o el gobierno piensen, incluso con buenas razones, que el beneficio social agregativo sería mayor de no existir tales derechos (1989). Razones que llevan a Zuñiga (2011) a establecer que “el derecho a la vida incluye e incorpora necesariamente algún ámbito o esfera de protección del derecho a la protección de la salud que significa, para asegurar prestaciones mínimas de las cuales depende directamente la vida de las personas, y que esa esfera de protección es absoluta en el sentido de que no admite pretextos de orden patrimonial” (Zuñiga, 2011). Una vez abordadas las relaciones intrínsecas entre la vida como derecho y sus vínculos en otros campos, queda observar cómo se ha manejado esto Colombia y cuáles son las garantías de este derecho de acuerdo con el Estado social de derecho.

2. LA VIDA EN EL MARCO DEL ESTADO COLOMBIANO

2.1. El derecho a la vida en los tratados internacionales

En el marco normativo internacional el derecho a la vida se ha reconocido progresivamente como consecuencia de los acontecimientos históricos que han llegado a trascender la existencia de la humanidad; las diversas tragedias como fundamentos innegables para el reconocimiento de los derechos. Por ejemplo, el holocausto nazi fue uno de los sucesos que ayudó a la creación de una norma internacional que incluyera a todo ser humano sin distinciones de sexo, raza, etnia, opinión política o filosófica. Se incluye, por lo tanto, en un marco de igualdad de derechos y hace parte de los derechos humanos, los cuales llegan a identificar, en un primer plano, la construcción a lo largo de la historia de los mismos, conllevando a la codificación de los derechos naturales o inherentes de la raza humana.

Los derechos humanos se determinan por las condiciones de todo ser humano, desde el principio de la igualdad, con las cuales estos se puedan desplegar en las vivencias dignas e igualitarias; así, según (Bustamante, s.f.), citando a Huertas Díaz (2007): “Sin lugar a dudas el Derecho a la Vida ocupa un lugar especial en la nómina de los derechos fundamentales de la persona. Aunque la doctrina afirma que todos los Derechos Humanos tienen igual valor, a la hora de examinar



casos concretos de violaciones de este derecho, los órganos internacionales competentes no dudan en destacar el carácter especial del Derecho a la Vida”; la característica de derechos iguales en un campo axiológico que se describe llegan a describir los derechos humanos como no ponderables, pero, ello depende de la situación fáctica y no de valores inherentes y, como se vio, cada legislación puede regular e interpretar algunos criterios de los derechos humanos (aborto y eutanasia) por el peso relacional muy escaso dentro de los hechos.

En el marco del desarrollo histórico, se sitúa el inicio de los derechos humanos en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, producto de la Revolución francesa de 1789 y con ella, el primer principio gradual: la igualdad. Este primer derecho humano, junto con la libertad, fue el primero en ser reconocido en Colombia a través de la traducción que hizo Antonio Nariño en la época de la Nueva Granada. Ya posterior a la finalización de la segunda guerra mundial correspondió la creación de instituciones que estuviesen encargadas de proteger, velar, regular y normativizar lo relacionado con los derechos humanos; en el año de 1948, con la Declaración universal de los derechos humanos, la cual en su art. 3º llega a reconocer que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (ONU, S.F)ⁱⁱ.

Colombia ha ratificado un total de veintitrés (23) tratados que forman parte de los sistemas normativos para la protección de los derechos humanosⁱⁱⁱ, de los cuales se puede observar que lo relacionado con la vida tanto en el orden nacional como en el orden internacional se guarda una estrecha relación conceptual; los tratados se observan como la protección a grupos vulnerables y de mayor afectación (la mujer, el niño, personas en condiciones especiales), así como tratados para la prevención de tratos crueles e inhumanos (Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) entre otros. La finalidad del reconocimiento de los derechos humanos es prevenir todo trato inhumano o que atente contra derechos naturales, es decir, inherentes a la raza humana, a través de un sistema enunciativo de derechos.

Como se ha descrito el concepto de vida dentro de los diversos tratados de derechos humanos que se han ratificado en Colombia se puede destacar lo reconocido en el art. 4º de la (ley 16, 1972), por la cual se adopta la Convención Americana de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Al contraponerlo con el art. 3º de la Declaración universal de derechos humanos reconocen ambos la vida como aspecto de protección. La finalidad de cada tratado o convenio ratificado en Colombia es la protección de los derechos de los asociados.

Si bien lo establecido por los diversos tratados internacionales es la garantía de los derechos humanos, la responsabilidad se encuentra en los Estados que hacen parte de los mismos, por haberse inscrito; por lo cual deben en primer lugar atentar contra los mismos y en segundo lugar castigar a quienes lleguen a vulnerar los derechos humanos (Rodrigues, 2001). Por lo cual es imperativo para los Estados la protección sobre el derecho a la vida a través de “la adopción de medidas con el fin de eliminar la desnutrición, epidemias y penas de muerte” (Bustamante, s.f.).

Si bien el concepto de vida se entiende en su primer sentido de forma orgánica por la simple existencia del individuo en tanto ser que respira, a través del sistema jurídico-internacional y nacional, se deriva del sistema normativo la inviolabilidad de la vida justificado desde el principio filosófico de dignidad humana; con esto, el órgano internacional se centra en reprimir al Estado para no vulnerar el derecho a la vida al igual que otros derechos fundamentales (Chueca, 2015). El derecho internacional público, para los Estados parte de los tratados internacionales, se encarga de sancionar al país que incurra en la violación de los mismos por la aplicabilidad del bloque convencional. Esa es la principal razón que evita que Colombia llegue a legalizar las penas crueles contra sus presos, pues a través de esto se llegaría a una violación de lo pactado en el tratado internacional. Todo ello basado en el principio de dignidad humana. Eso es lo que expresa (Rodrigues, 2001) al decir:

[E]l derecho a la vida, que debe ser interpretado como el derecho a la inviolabilidad de la misma, tiene su fundamento o justificación racional en el principio de la dignidad³¹. El sentido primordial de este derecho es el de impedir que el Estado, de manera arbitraria, arrebate la vida a cualquier persona o legalice o autorice la muerte de esta de forma arbitraria; se trata, por lo tanto de una obligación de no hacer en cabeza del Estado. Este concepto –tradicional– ha evolucionado, pues la tendencia actual es la de incluir la obligación positiva, rescatando el principio de la dignidad humana como parte del derecho a la vida (p. 82).



Lo visto de forma relacional, da lugar a indicar que la vida, desde un ámbito internacional, implica la protección a cargo del Estado bajo las condiciones de libertad, dignidad e igualdad. Así la vida se encierra en esos aspectos como bases para seguir el Estado en la no alteración sobre este derecho, lo cual llega a implicar que no le afecte en tanto libertad una pena sin juicio previo o condena por razones penales internas al Estado; en segundo lugar, estas arbitrariedades sobre la libertad no pueden llegar a vulnerar el derecho a la igualdad de trato y de armas en un proceso penal, y por último, el trato con el procesado y condenado no puede, por su condición, ser cruel ni durante el proceso o el pago de la condena; esta última se orienta al principio penal de la teoría finalista de la resocialización del reo (Mancuello, 2017).

Así, según (Mancuello, 2017) “el derecho a la vida, en el campo internacional llega a desplazarse hacia los sentidos del derecho penal, en lo respectivo de la humanización de la pena, que llega a instaurarse con la aceptación de los principios de igualdad y dignidad humana que exigía una pena más humana con el fin de tratar a los reos no como anormales sino como personas”; pues, como indica (Mancuello, 2017): “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un artífice fundamental en la implantación de nuevos modelos penales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el ámbito universal (ONU), y la Declaración Americana de los Derechos Humanos en el ámbito regional (OEA) sentaron las bases de la humanización del derecho, un derecho penal más humano y menos corporal”.

En el marco de un derecho a la libertad, como conexo directo del derecho a la vida, se enmarca esta relación humanista del sistema de derecho penal que se adopta en Colombia con el sistema penal acusatorio de la ley 906 del 2004; en efecto este sistema de garantías y rebajas de carácter punitivo se asemeja a un modelo humanista a través de lo relacionado con los preacuerdos y negociaciones entre el procesado y la Fiscalía General de la Nación, esto en tanto permite una rebaja en el quantum punitivo. Sumado, al principio de resocialización fines de la sanción penal una vez se haya generado el delito.

Continuando, el marco internacional también se une la salud como derecho humano, pues la garantía de los derechos humanos en relación con la protección del hombre indica la aplicación por parte de los Estados que se encuentran integrados al tratado de medios para la asistencia médica, nutricional que lleguen a gestionar una vida sana, de esta forma la (OMS, 2017) indica que el derecho a la salud exige un conjunto de criterios socioeconómicos para su desarrollo, entre los cuales se destaca: la disponibilidad de servicios de salud, condiciones de trabajo seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El goce del derecho a la salud está estrechamente relacionado con el de otros derechos humanos tales como los derechos a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la no discriminación, el acceso a la información y la participación.

A su vez, llega a indicar el derecho a la salud se entiende en libertad y derecho:

- Entre las **libertades** se incluye el derecho de las personas de controlar su salud y su cuerpo (por ejemplo, derechos sexuales y reproductivos) sin injerencias (por ejemplo, torturas y tratamientos y experimentos médicos no consensuados).
- Los **derechos** incluyen el derecho de acceso a un sistema de protección de la salud que ofrezca a todas las personas las mismas oportunidades de disfrutar del grado máximo de salud que se pueda alcanzar (OMS, 2017).

Esta relación entre la vida y la salud, enmarcadas en un campo internacional como dos derechos humanos, con sus diversas diferencias y acercamientos, conllevan a una relación inexorable que se relacionó en el apartado anterior; a su vez, se puede indicar que no es sino hasta el año 2008 que Colombia cumple con la obligación de reconocer a la salud como un derecho, pues su estadía en el campo de servicio público a cargo del Estado genera que lo centre en una lejanía notable desde la creación de la Constitución de 1991. Ahora se entiende que la vida y la salud como derechos conexos de carácter humano, fundamental y constitucional, con protecciones garantistas en el campo supranacional.

Dentro de los derechos humanos, según las regulaciones por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se encuentran los derechos de los trabajadores, por los cuales se genera una nivelación entre la relación de empleador y trabajador; estos derechos como lo son el de organizarse como sindicato, el derecho a la huelga y otros tantos, están inmersos dentro de ambas legislaciones (Ricardo del Barco, 2012); por un lado el sistema de horario de cuarenta y ocho horas (48 hrs) fue establecido por la OIT y en la vinculación que tiene Colombia con los tratados de los trabajadores, según el art. 53º parr. 4º, de la Constitución Política, “todos los tratados internacionales sobre el derecho del trabajador hacen parte de la Constitución”. Además el art. 6º del Pacto Internacional De Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que: “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el



derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho” (ONU, 1966).

Continuando con lo expuesto, se cita el artículo 25 de la Declaración universal de los derechos humanos: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (ONU, S.F).^{iv}

Lo cual identifica la obligación del Estado para garantizar el acceso a la alimentación, desde el marco de los derechos humanos se entiende como un acceso permanente y libre, directo o indirecto (dinero) a una alimentación cuantitativa y cualitativa que se adapte a una sistema suficiente y corresponda a las tradiciones morales, culturales y sociales de cada población y debe garantizar un desarrollo físico y psíquico de los individuos; es decir que: “todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene accesos físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla” y especifica que no debe interpretarse restrictivamente a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos” (Clara Jusidman-Rapoport, 2013, pág. 588).

Estas relaciones en el marco internacional llegan a develar que la vida y su garantía jurídica de inviolabilidad está centrada en el desarrollo próspero del individuo que le facilita el acceso a una adecuada alimentación. En Colombia este acceso es de los dos medios; (a) directo cuando el Estado otorga la alimentación a terceros que por sus condiciones no pueden conseguirla a través de sus propios medios y algunos casos de la primera infancia por los derechos de los niños, este es el caso de los privados de la libertad que, bajo el principio de dignidad humana, debe tener un acceso a la alimentación garantizado por parte del Estado; (b) indirecto cuando se trata de terceros que buscan el alimento a través del trabajo, donde el Estado debe garantizar que esas condiciones laborales esten en conformidad con lo descrito por la OIT.

2.2 Regulación Colombiana frente al derecho a la vida

Con la entrada en vigor de la Constitución de Colombia en 1991, su aspecto normativo, político y económico, se destacó por sus relaciones intrínsecas con los derechos humanos; la adaptación de las diversas categorías de derechos que se promovieron por grandes revoluciones a nivel mundial (revolución francesa, revolución Bolchevique, segunda guerra mundial) y que conllevaron al reconocimiento de derechos (los derechos del ciudadano y el hombre, los derechos de los trabajadores y los derechos del medio ambiente) con el fin de garantizar su vida determinaron su ontología (Defensoría del Pueblo, 2018). La Constitución de 1991 reconoce los derechos de primera, segunda y tercera generación como enunciados básicos de lo que pueden ser diversos escenarios constitucionales. Ya desde el preámbulo de la carta política se establece como finalidad del nuevo sistema constitucional “asegurar la vida de sus integrantes”^v (Constitución Política 1991, 2018).

Seguidamente el término vida se encuentra enunciado dentro del artículo 2º (fines esenciales del Estado); art. 11º (derecho a la vida); art. 44º (derechos fundamentales de los niños); art. 64º (deber del Estado para garantizar la vida del campesinado); art. 95º (deber de los ciudadanos); art. 334º (deber económico del Estado para la calidad de vida de los habitantes); art. 366º (deber del Estado el bienestar y mejoramiento de las necesidades de salud, educación, medio ambiente y agua potable). Como se observa, con excepción del art. 11º, la vida se identifica con componentes básicos que se esclarecieron en las necesidades del ser humano sobre el concepto de vida. Todos estos enunciados se convierten en la base para una creación de diversos escenarios constitucionales que representan un conjunto de garantías sobre el derecho a la vida; una vez expuestos estos escenarios, corresponde a la Corte Constitucional el análisis de cada situación jurídica particular para la creación y desarrollo del concepto de vida.

Según el jurista Diego López Medina en su libro el Derecho de los jueces: “un escenario constitucional es el patrón fáctico típico en que la Corte ha especificado, mediante subreglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto” (p. 148). Esto identifica las diversas relaciones que tiene un derecho en el campo de las situaciones particulares; a decir: cada situación con la que se puede identificar el derecho en mención; según el art. 11º constitucional se establece el derecho a la vida como inviolable y de acuerdo al art. 93º de la carta política sobre el bloque constitucional se deriva que los tratados de derechos humanos están inmersos dentro del marco jurídico colombiano. Ahora bien, se pueden relacionar los siguientes escenarios constitucionales para el derecho abstracto a la vida^{vi}:



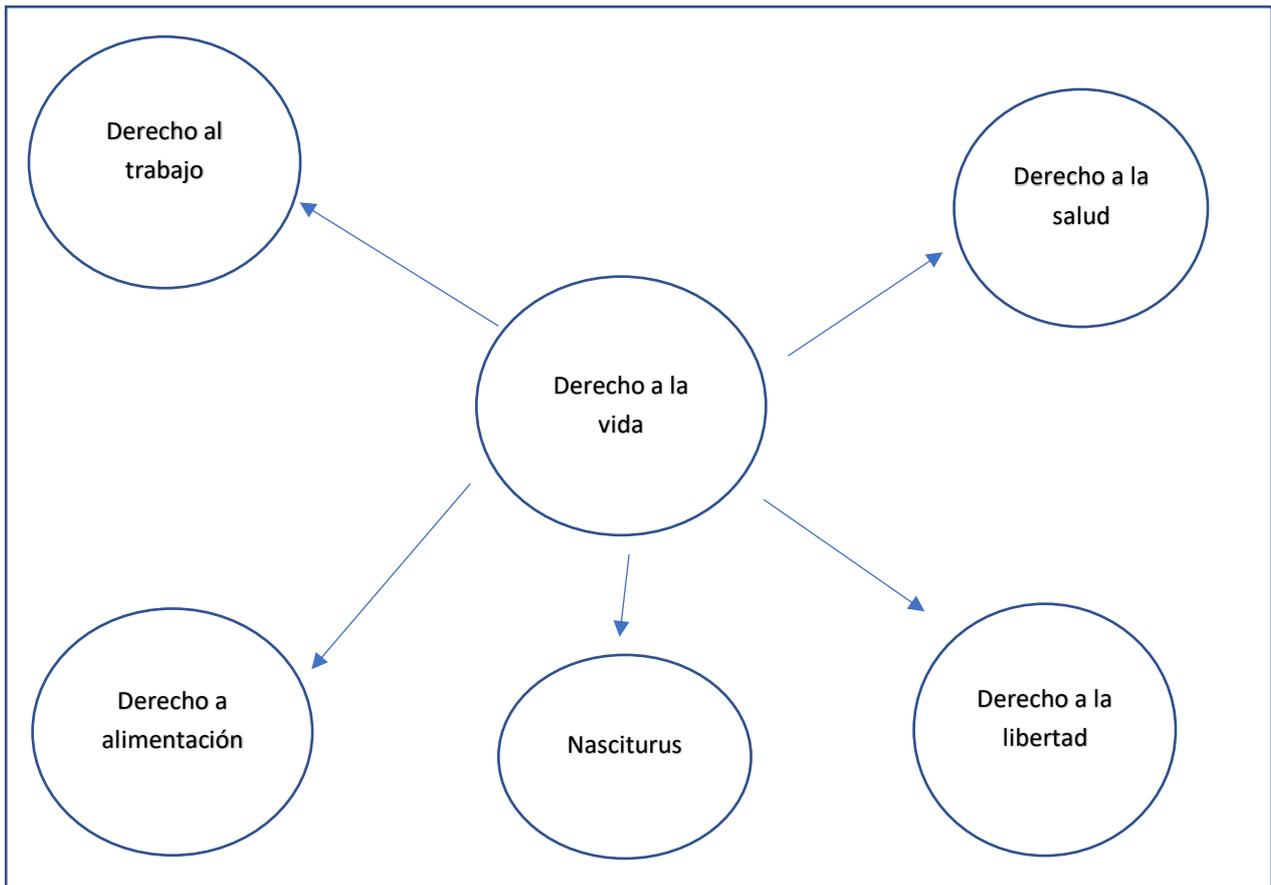


FIGURA 1

En relación a cada uno de estos escenarios abiertos conexos al derecho a la vida la Corte Constitucional se fue pronunciado paulatinamente y aterrizó de igual forma los alcances y límites de este derecho conexo; así, en relación al escenario constitucional de la vida que se ha denominado dentro del marco de los derechos del no nacido, se relacionan también el derecho a la vida y a la libertad en el caso del aborto; si bien el desarrollo de este derecho se ve enmarcado desde el año de 1994 con la sentencia C-133 del 17 de marzo por variedad de demandas de inconstitucionalidad frente a los derechos mencionados, la posición de la Corte Constitucional ha variado. Por ejemplo, la Corte Constitucional, sala plena (17 de marzo de 1994) sentencia C-133 [M.P. Antonio Barrera Carbonell], se concretó en la “penalización por parte del Estado frente aquellos casos en los cuales exista dolo para la comisión arbitraria de quitarle la vida al no nacido, siendo para el mismo Estado una obligación por el reconocimiento constitucional de los derechos del niño y la inviolabilidad de la vida”. Mientras que una posición más actual de la Corte Constitucional, sala plena (22 de junio del 2016) sentencia C-327 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado] menciona que:

Los precedentes constitucionales establecen que la vida, como valor, tiene una protección proporcional frente al alcance y contenido de los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de las mujeres. También, es importante advertir que en principio el valor de la vida y el ejercicio de estos derechos no se encuentran en colisión salvo cuando se trata del ejercicio del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, en estos casos, la Corte ha señalado con precisión que el derecho a la vida, en la medida en que está en cabeza de una persona humana, merece una protección reforzada que, sin ser absoluta, permita que se superen los obstáculos que impiden una protección efectiva, real e integral de otros derechos. De la misma manera, permite concluir que el derecho a la vida no es absoluto y también admite ponderación cuando se encuentra en conflicto con otros derechos o valores como en el caso del derecho a morir dignamente.

Estas diferencias tangenciales de los criterios de la Corte Constitucional con relación al derecho de la vida del no nacido indica que la protección al mismo no puede ser de carácter absoluto, ya que pueden darse casos en los que prime el derecho de la vida de la madre o los derechos de la misma por razones de dignidad; a su vez, la Corte Constitucional, sala plena (10 de mayo del 2006) sentencia C-355 [M.P. Jaime Araujo Rentería & M.P. Clara Inés Vargas Hernández] llega a establecer la mediación a ello, establece una ponderación con respecto a los derechos de la mujer en caso de embarazo y su protección por encima del nasciturus, así, las siguientes condiciones aprueban lo relacionado con el aborto de forma legal: “(a) peligro en vida o salud de la madre; (b) por acceso carnal o acto sexual sin consentimiento; y (c) malformación del feto”. Estas ponderaciones sobre los derechos de la vida generan el límite entre los mismos individuos. De ahí que la vida en su escenario constitucional del nasciturus indique el límite de los relacionados por razones de dignidad.

Asimismo, la Corte Constitucional se ha pronunciado y creado un precedente judicial con relación a los otros escenarios constitucionales que se relacionan entre sí; de forma seguida se entiende que el derecho a la alimentación no es el derecho de percibir alimentos desde una obligación civil entre parientes, sino que se establece dentro de un derecho de carácter fundamental y humano de toda persona; este indica el derecho a alimentarse en condiciones de dignidad; el Estado como primero a ser llamado en esta responsabilidad debe garantizar las condiciones de alimentación en casos de inmediatez y gradualidad, ayudando por lo tanto a evitar las desnutriciones que constituyen un problema de salud pública; esto según la Corte Constitucional, sala primera de revisión (10 de julio del 2018) sentencia T-268 [M.P. Carlos Bernal Pulido]. Esta alimentación pasa a ser un deber primordial, verbigracia, sobre las personas privadas de la libertad; a su vez el Estado debe garantizar los recursos para acceder a una alimentación adecuada para los asociados. Esto lo declara la Corte Constitucional en la sentencia citada, al decir

“[...] el derecho a la alimentación de las personas privadas de la libertad, en tanto es una violación al derecho al mínimo vital. Ninguna persona puede vivir sin alimentarse, y no se puede conservar la salud ni la integridad, si la alimentación no es adecuada y suficiente”

Esta violación al mínimo vital^{vii} establece una analogía directa con el derecho a la vida; empero, pese a la regulación por parte de la Corte Constitucional sobre el derecho a la alimentación, se puede detallar que este mismo tiene relaciones directas con aspectos subjetivos por estar inmerso dentro de la obligación del trabajo, en tanto este medio surte los accesos a una alimentación adecuada y, por otro lado, existen aspectos exógenos dentro del carácter subjetivo que impiden el desarrollo de los individuos a construir, como obligación, su propia alimentación; los incapaces absolutos, pese a estar dentro de la protección y responsabilidad de terceros, indican este tipo de acceso, que limita el desarrollo idóneo del derecho a la alimentación; esto no indica que el Estado pueda cubrir todos los gastos relacionados a este derecho fundamental sino que una intersubjetividad y reciprocidad en las obligaciones. Por un lado, el aspecto económico-social indica el deber del Estado.

Empero, si se entiende el contenido económico del derecho a la vida, no desde el campo del trabajo sino del punto de vista de responsabilidad del Estado, se cae en un error bastante notable, a saber: el Estado como garante del derecho a la vida indica la sustentación de la misma en todas sus fases; es así como afirma (Requena López, 2009) que: “El derecho a vivir en condiciones correspondientes con el nivel de vida económico de un país, no forma parte del derecho a la vida. Si eso fuese así, sería imposible delimitar su contenido, de modo que el mismo, con excepción de la existencia física, sería un brindis al sol” (p. 318). Este punto que aleja la economía del derecho a la vida no indica lo mismo con relación al trabajo como conexo al derecho a la vida; en efecto los previos escenarios constitucionales identifican de manera parcial que el derecho a la vida está integrado por unas garantías desde la concepción (siempre y cuando no se hallé dentro de las causales para poder acceder al aborto de forma legal), traspasando los terrenos de un mínimo vital de garantía estatal y por ende del trabajo como obligación para subsistir y garantía para sobrevivir.

El art. 25º de la Constitución de Colombia de 1991 abre dos vertientes sobre el concepto del trabajo; en primer lugar, lo ubica dentro del marco de los derechos y, contrario sensu, el segundo llega a situarlo dentro de las obligaciones de las personas; esta dicotomía indica por un lado la garantía del Estado para mantener el concepto de vida y su respectivo desarrollo al interior del derecho y por otro la obligación de sobrevivir de cada ciudadano. Lo cual manifiesta una reciprocidad Estado-persona. Así es como la Corte Constitucional, sala segunda de revisión, (19 de noviembre de 1998) sentencia T-694 [M.P. Antonio Barrera Carbonell] indicó:



[...] el derecho a la vida no solamente se desconoce cuándo se pone a su titular al borde de la muerte, sino cuando se le obliga a sufrir una situación incómoda y, desde todo punto de vista, contraria al principio de dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Constitución. Este principio tiene un claro e inmediato desarrollo en el artículo 25 del mismo estatuto que consagra un derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, es decir, a una labor que no implique cargas que vayan más allá de cuanto puede soportar quien las desempeña y que, por dicha razón, hagan indigna su existencia. (Subrayado fuera de contexto)

Estas diversas condiciones del trabajador frente al desarrollo de su vida laboral se persuaden desde el principio de Dignidad humana^{viii} como verbo rector en la ubicación del plano del trabajo en tanto derecho con el derecho a la vida; este sustento de la Corte Constitucional también se apoya en varios derechos fundamentales del trabajador, de los cuales se puede observar “la libertad de escoger ocupación u oficio” (art. 26º) y “la construcción de sindicatos para la protección de los derechos de los trabajadores” (art. 39º). Así es como se garantiza el derecho al trabajo en condiciones justas y dignas; sumado a lo previo se entiende el derecho al trabajo en conexión al derecho a la vida desde los accesos que otorga el primero para sostener el segundo y constituir, a base de salario, el mínimo vital.

El art. 49º de la Constitución Política de 1991 declara a la salud como un servicio público que está en manos del Estado; en un estudio realizado por la defensoría del pueblo sobre la demasía de tutelas desde los años de 1999 hasta 2003, según la Defensoría del Pueblo “de las cuales un 25.7% de ellas son sobre la salud como derecho fundamental o en conexidad con algún derecho de primera generación”. Durante este periodo, las tutelas sobre el derecho a la salud fueron 145.360 establecidas por exámenes paraclínicos, cirugías, tratamientos, medicamentos, prótesis, citas médicas, procedimientos, etc. todas vinculando las EPS (Defensoría del Pueblo, 2014). Este estudio demuestra el crecimiento abrupto de la problemática sanitaria en Colombia.

Previamente a la Ley 100 de 1993 sobre la seguridad social, la salud comienza a jugar un papel de importancia frente los derechos civiles y políticos; una conexidad entre la salud y la vida (*perse fundamental*) se deslumbra en el año de 1992 con la T-406 y T-484. La Corte señaló dos bloques sobre la salud: (a) un derecho de carácter asistencial en manos del Estado para su cumplimiento, siendo este un servicio público y (b) como Derecho económico, social y cultural en conexidad con los Derechos Fundamentales., así la Corte Constitucional, sala de revisión de Tutelas, (11 de agosto de 1992) sentencia T-484 [M.P. Simón Rodríguez Rodríguez & M.P. Jaime Sanín Greffenstein] expresa:

El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida

Consecuentemente, en el año de 1993, la Corte Constitucional, sala novena (28 de octubre de 1993) sentencia T-494 [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa] establece que: “la salud y la integridad física no se pueden desligar de la vida humana, puesto que hablar del derecho a la vida es tratar con los derechos de salud e integridad física”; ello empieza a orientar el servicio público hacia el derecho fundamental; posteriormente la Corte Constitucional, sala séptima de revisión, (12 de mayo de 1995) sentencia T-207 [M.P. Alejandro Martínez Caballero] señaló que solo se puede vincular la salud con un derecho fundamental siempre que se compruebe que el segundo está en riesgo o sea afectado, ya que la acción de tutela no puede entrar sino está en riesgo el mínimo vital. La misma posición la mantiene la Corte Constitucional, sala plena (6 de marzo de 1997) sentencia SU-111 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz] cuando expresa que solo habrá conexidad entre la salud y la vida *cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de las personas [...] dando así el carácter de Derecho fundamental a la salud cuando haya una vulneración al mínimo vital que debe resguardar el Estado. No obstante, al ser calificada la sentencia anterior como SU (Sentencia de Unificación jurisprudencial) la Corte volvió a retomar la línea anterior sobre la salud y manifestó mediante la sala plena (25 de septiembre de 1997) sentencia SU-480 [M.P. Alejandro Martínez Caballero] que:*



“El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos, se repite, como derechos fundamentales si está de por medio la vida de quien solicita la tutela”

]La salud empieza a verse reconocida como un derecho fundamental, si la vida está afectada, al igual que la integridad personal o la dignidad humana; caracterizados dentro de los derechos de primera generación nacidos de la revolución francés y establecidos dentro de los derechos del hombre y del ciudadano; estos puntos fueron un soporte para que la vida y la salud se unieran cada vez más. Así, se unificaron a esta línea jurisprudencial las sentencias.

La salud empieza a verse establecida como un derecho fundamental, si ve afectada la vida, la integridad personal y la dignidad humana, características de los derechos de primera generación. Sobre estas bases se vincularon las sentencias (T-328, 1998), (T-177, 1999), (T-027, 1999), entre otras. Entre los años de 2000 hasta el 2004, la línea mantuvo el mismo parámetro. Ya desde la (T-652, 2006), comienza verse una desligadura de la salud como servicio público para convertirse en un derecho fundamental derivado del derecho a la vida, al establecer que: [...] *en algunos casos y por algunos aspectos, el derecho a la salud es un derecho fundamental en sí mismo*. También en la (T-1176, 2008) el derecho a la salud cobre más carácter de derecho fundamental, afirmando que:

“[...] el carácter fundamental del derecho a la salud no puede depender de una alegada relación de conexidad con otros derechos fundamentales pues dicha exigencia trae consigo dos proposiciones que suscitan serios reparos: (i) en primer lugar, por esta vía se niega la naturaleza *ius fundamental* del derecho a la salud, en la medida en que se demanda la acreditación de un vínculo con un derecho del cual sí se pueda predicar efectivamente tal carácter; (ii) en segundo término, como ha sido señalado en esta providencia, en cierta medida tal requisito es un contrasentido dado que una vulneración de un derecho fundamental-cualquiera sea éste- en todos los casos trae consigo la alteración de otras garantías, por lo que en estos eventos siempre se presenta una relación de conexidad”.

Ya con la sentencia (T-760, 2008) la Corte genera el desenlace total entre la salud como un servicio a cargo del Estado de índole imperativo y lo ubica dentro de los derechos fundamentales; esta sentencia hito reconoce la salud como “[...] un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo”. Y concreta la protección del derecho a la salud, categorizándole dentro del *ius fundamental* de la Constitución Política y junto a ello el bloque de constitucionalidad. A su vez basado en tres razones ontológicas del derecho a la salud que describe la misma Corte: “(a) su relación con la vida, la integridad personal y la dignidad humana; (b) el reconocimiento de la naturaleza fundamental en contextos tutelables de sujeto en especial protección y (c) afirmación general de su fundamentabilidad como derecho a un ámbito básico de constitucionalidad y bloque constitucional” (T-760, 2008). Una vez pronunciada la Corte se expide el acto legislativo número 2º del 2009 y por el cual se crea la ley estatutaria de salud 1751 del 2015; la cual dice en su art. 5º: “El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud” (Ley 1751, 2015).

Ahora, se puede establecer que la relación con la vida y la salud es innegable y que por esta razón la corte constitucional mediante sus diversos fallos fue direccionando la misma hacia un derecho de carácter fundamental; el péndulo entre el servicio público obligatorio para el Estado de 1992, las modificaciones al sistema de salud de la Ley 100 de 1993 y el cambio hacia salud como derecho fundamental del 2008 y su aterrizaje en la ley estatutaria de 2015 muestran los cambios constantes y necesarios por parte de la Corte Constitucional para regular el tema. Por el momento, el acercamiento desde los escenarios constitucionales a través de la metodología del jurista Diego López Medina aplicada sobre el derecho la vida nos dan una definición de: El derecho a la vida son las garantías jurídicas por parte del Estado para que el desarrollo del individuo sea prospero en salud, bajo los principios de dignidad humana e integridad personal; esta garantía se realiza desde el instante de la concepción (siempre que no se halle dentro de las causales de aborto de la sentencia C-355/06 y debe garantizar una alimentación adecuada y el alcance a la misma que se realiza a través del derecho al trabajo para sostener el mínimo vital.

Sólo falta llevar el análisis a un derecho fundamental que esta conexo a la vida y se enlaza a través del principio de dignidad humana: la libertad. Este derecho fundamental llega abrir, en sí mismo, varios escenarios constitucionales y



por ende su estudio es más amplio que la vida en el sistema jurídico, pero este tema no es de análisis en esta investigación por lo cual no se puntualizará en su ontología. Al igual que la vida, la libertad es un derecho primordial para el desarrollo de la existencia del individuo; así se entiende por libertad la autodeterminación del sujeto, es decir la voluntad, de igual forma el sistema de elección que únicamente puede poseer el ser humano y su criterio llega a centrarse en libertad personal, pública, política, social, acción, palabra, idea y moral. De ahí que la privación de la libertad sea la mayor condena para el ser humano, pues le arrancarían parte de su humanidad (Mora, 2001).

Si bien estos términos enunciados sobre los diversos tipos de libertad se encuentran en las relaciones constitucionales con otros derechos: derecho al voto, derecho a elegir profesión; derecho a libertad de cátedra; derecho al libre desarrollo de la personalidad; etc. Se puede entender que una vida sin libertad carece de esencia. La relación entre vida y libertad llega, incluso a tomar el caso de la muerte, cuando se habla del caso de la eutanasia para personas con enfermedades terminales. Entonces se encuentra una relación entre salud, libertad y dignidad. Una ponderación de estos dos derechos (vida y libertad) llega a ser tan amplia que su estudio por situaciones fácticas determina su centralidad (eutanasia, suicidio, aborto, etc.). Por lo cual se entiende que la libertad llega formar parte importante dentro del desarrollo normativo.

Como se ha observado, el caso del aborto involucra limitaciones bajo la sentencia C-355/06 y se ven los derechos de libertad y vida en un encuentro conflictivo bastante notable, por un lado está el derecho a la vida como garantía constitucional y estatal para el no nacido, y por el otro lado, el desarrollo de la libre personalidad de la mujer; en el caso de la eutanasia, como una muerte digna a elección del paciente, la Corte Constitucional, sala plena (20 de mayo de 1997) sentencia C-239 [M.P. Carlos Gaviria Díaz] llegó a establecer que:

El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. [...] El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta, sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. (Subrayado fuera de texto).

Como se puede evidenciar, la dignidad humana es la base para ponderar estos dos derechos fundamentales. Ahora bien, las relaciones con el aborto ya fueron reguladas y analizadas previamente. Se puede concluir que el derecho a la vida y la libertad se integran en la configuración de vida digna para el desarrollo de la personalidad con los límites de la otredad y los alcances de la eutanasia. Así completando el concepto de vida en el Estado colombiano se puede decir que es: “la garantía estatal en el marco normativo dentro del desarrollo libre del individuo, siendo un desarrollo prospero desde el marco de la salud bajo el principio de dignidad humana como ponderador entre las diversas relaciones, la garantía se realiza desde el instante de la concepción y bajo dos excepciones: (a) aborto legal y (b) eutanasia, con alcances de trabajo para garantizar el mínimo vital.

Como se ha observado, el derecho a la vida dentro del marco colombiano identifica las relaciones exteriores sobre los derechos humanos, el art. 93º de la Constitución Política identifica una apertura sobre lo relacionado con el estudio hasta ahora descrito y corresponde desde este instante generar un panorama sobre lo dicho en el campo internacional sobre el derecho a la vida. Finalmente, el derecho a la vida dentro del marco colombiano identificó cinco escenarios constitucionales para entender su desarrollo, escenarios que se expandieron a derechos humanos al analizar el campo internacional pero que no perdieron su conexidad con el derecho a la vida dentro del marco colombiano sino que llegaron a sustentar dentro del sistema internacional lo relacionado con los mismos: la vida como sistema mecanicista-emocional u orgánico-emocional se mantiene a través de los principios de igualdad, libertad y dignidad humana como bases iniciales del derecho a la vida; posteriormente se entiende que para el desarrollo eficaz de la vida como derecho debe estar garantizada desde la concepción hasta la muerte, esto con un sistema de salud optimo, una alimentación idónea que se consigue a través del trabajo.

Esta debe ser garantizada para mantener una vida sana, a través de medios medicos y se entiende como derecho, bajo la garantía vista y como libertad, desde la cual las personas ejercen un control sobre su propia salud. Esta garantía en



Colombia sólo se llega a observar, en un sistema enunciativo, con la ley 1751/2015, después de haberse pronunciado la Corte Constitucional de manera tan cambiaria como se mostró en el cuadro.

El trabajo constituye un deber y un derecho, como lo demuestra el artículo 25º de la Constitución Política de 1991; el primero en tanto este permite acceder a la alimentación que es a la vez un derecho que debe ser garante del Estado; debe; empero, el Estado, bajo el principio de dignidad humana, debe garantizar el acceso a la alimentación de las personas privadas de la libertad conforme a la humanización de la sanción penal, como se observó con la sentencia T-881 del 2002. Así el desarrollo del derecho a la vida en Colombia identifica estos componentes analizados previamente para que no se trascienda a una esfera de vulnerar el concepto del mínimo vital como garantía constitucional, estatal e internacional.

3. CONCLUSIÓN

El análisis a la investigación sobre el derecho a la vida evidenció sus relaciones con otros derechos de jerarquía similar al mismo y que se soportan para poder existir dentro del marco jurídico: la libertad, la dignidad humana y la vida están relacionados entre sí de forma estricta. Pero a su vez también se mantienen de forma separada. Así, en primer lugar, la investigación evidenció la vida como un conjunto orgánico y móvil, según el sistema mecánico de Descartes, pero se expandió a criterios vitales conforme se iba analizando el tema, esto en razones establecidas por el campo psicológico de Dirks y el filosófico de Aristóteles. Donde se definió la vida como un sistema orgánico y emocional. Además de ello la necesaria protección de la vida hace surgir el derecho a la vida en un marco nacional e internacional.

Es así como, la vida en el campo internacional está regulada por los derechos humanos reconocidos mundialmente desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se regula en varios países a través de la ratificación de la misma. En Colombia, con el artículo 93º de la Constitución Política de 1991 se reconoce los Derechos Humanos como parte del sistema normativo interior, ratificados 23º tratados internacionales sobre el tema. Así, la Corte Constitucional fue regulando sus derechos conexos a través de diversos fallos y sentencias de constitucionalidad y tutela, sobre derechos como mínimo vital, libertad, dignidad humana, aborto, eutanasia, donde se veía el encuentro entre estos con la vida de forma positiva cuando la apoyaban para construir el derecho a la vida y negativa cuando se hallaban en choque con el derecho a la vida. Es así como se entiende que la vida se integra por estos mismos derechos.

4. REFERENCIAS

Aristóteles. (1973). *Tratado del alma*. Madrid: Gredos.

Bustamante, S. E. (s.f.). La vida como derecho fundamental de las personas. *Ambito jurídico*.

C. BERNARD. (1875). Definición de la vida. *REVISTA EDKOPEA*. —Í-20 DE JUNIO DE 1875, 621-633.

C. Marx. (1987). *El capital*. Madrid: Aguilar.

C-133, Expediente D-386 (Corte Constitucional 17 de marzo de 1994).

C-239, Referencia: Expediente D-1490 (Corte Constitucional 20 de mayo de 1997).

C-327, Referencia: expediente D-11058 (Corte Constitucional 22 de junio de 2016).

C-355, Referencia: expedientes D- 6122, 6123 y 6124 (Corte Constitucional 10 de mayo de 2006).

Chueca, R. (2015). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Clara Jusidman-Rapoport, L. e. (2013). El derecho a la alimentación como derecho humano. *Salud pública Méx*, 583-591.

Constitución Política 1991. (30 de mayo de 2018). *Alcaldía mayor de bogotá*. Obtenido de Alcaldía Mayor de Bogotá: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

constitucional, c. (1992). *T-484*. Bogota: corte constitucional.



- constitucional, C. (1993). *T-494*. Bogota: corte constitucional.
- constitucional, C. (1997). *SU-111*. Bogota : corte constitucional.
- constitucional, C. (1997). *SU-480*. Bogota: corte constitucional.
- constitucional, c. (2006). *T-652*. Bogota: corte constitucional.
- constitucional, C. (2008). *T-1176*. Bogota: corte constitucional.
- Constitucional, C. (28 de julio de 2018). *Corte Constitucional*. Obtenido de Corte Constitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/TRATADOS.php>
- Defensoría del Pueblo. (4 de octubre de 2014). *Defensoria del pueblo*. Obtenido de defensoria del pueblo: <http://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/291/Informe-defensorial-sobre-la-Tutela-y-el-Derecho-a-la-Salud-Informe-defensorial-Salud-Derechos-Humanos.htm>
- Defensoria del Pueblo. (29 de Julio de 2018). *Defensoria del Pueblo*. Obtenido de Defensoria del Pueblo: <http://www.defensoria.gob.bo/archivos/modulo3.PDF>
- Descartes, R. (1995). *MEDITACIONES METAFÍSICAS SEGUIDAS DE LAS OBJECIONES Y RESPUESTAS*. Madrid: Gredos.
- Dirks, H. (1973). *La psicología descubre al Hombre*. Barcelona: Circulo de lectores.
- Dworkin, R. (1993). *El dominio de la vida (una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual)*. Barcelona: Ariel.
- Ferrater Mora, J. (2001). *Diccionario de filosofía*. Barcelona: Ariel S.A.
- Godoy, J. J. (2006). El derecho a la vida y la constitución. *Revista Chilena de Derecho*, 509-527.
- Hobbes, T. (1993). *El Leviatan*. Barcelona: Altaya.
- J.J. Rousseau. (1996). *El contrato social*. Bogotá D.C: Panamericana.
- Kant, I. (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza editorial.
- ley 16, Diario Oficial 33.780 (Congreso de la República 5 de febrero de 1972).
- Ley 1751, Diario Oficial No. 49427 (Congreso de la República 16 de febrero de 2015).
- Mancuello, S. D. (2017). La humanización del Derecho Penal: el Instituto de la Suspensión a prueba de la Ejecución de la Condena en el Sistema Penal paraguayo. *Revista Jurídica Universidad Americana Vol. 5 Numero*.
- Medina, D. L. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Montesquieu. (1998). *El espíritu de las leyes*. madrid: Tecnos.
- Mora, F. (2001). Diccionario de filosofía. En F. Mora, *Diccionario de filosofía (tomo IV)*. Barcelona: Ariel.
- Nexos. (5 de marzo de 2010). *Nexos*. Obtenido de Nexos: <https://www.nexos.com.mx/?p=13654>
- Noguera, R. (2015). *Introducción general al Derecho*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- OMS. (27 de diciembre de 2017). *Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>
- ONU. (16 de diciembre de 1966). *Organización de Naciones Unidas*. Obtenido de Organización de Naciones Unidas: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- ONU. (S.F). *ONU*. Obtenido de ONU: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Platón. (1871). *Filebo*. Madrid: Obras completas, edición de Patricio de Azcárate, tomo 3.
- Rawls, J. (1997). *Derecho de Gentes*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Requena López, T. (2009). SOBRE EL «DERECHO A LA VIDA». *ReDCE*. , 283-342.



- Ricardo del Barco. (2012). El derecho a la vida. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 124-139.
- Rodriguez, R. C. (2001). EL NUEVO CONCEPTO DEL DERECHO A LA VIDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Jueces para la democracia*, 74-112.
- SU-111, Referencia: Expediente T-107601 (Corte Constitucional 6 de marzo de 1997).
- SU-480, Referencia: Expedientes T-119714, T-120933, T-124414, T-123145, T-120042, T-123132, T-122891 (Corte Constitucional 25 de septiembre de 1997).
- T. Hobbes. (1993). *El Leviatán*. Madrid: Alataya.
- T-027, Referencia: Expediente T-181489 (Corte Constitucional 25 de enero de 1999).
- T-1176, Referencia: expediente T-1.990.833 (Corte Constitucional 2 de diciembre de 2008).
- T-177, Referencia: Expediente T-183610 (Corte Constitucional 18 de marzo de 1999).
- T-199, T- 5.310.874 y T-5.301.697 (acumulados). (Corte Constitucional 16 de Abril de 2016).
- T-207, REF: EXPEDIENTE T-54994 (Corte Constitucional 12 de mayo de 1995).
- T-268, Referencia.: Expediente T-5.887.973 (Corte Constitucional 28 de abril de 2017).
- T-328, Referencia: Expediente T- 154570. (Corte Constitucional 3 de julio de 1998).
- T-484, REF. Expediente No. 2130 (Corte Constitucional 11 de agosto de 1992).
- T-494, Ref.: Expediente T-16663 (Corte Constitucional 28 de octubre de 1993).
- T-652, Referencia: expediente T-1309725 | (Corte Constitucional 9 de agosto de 2006).
- T-694, Referencia: Expediente T 177863. (Corte Constitucional 19 de noviembre de 1998).
- T-760, Referencia: expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, (Corte Constitucional 31 de julio de 2008).
- Walzer, M. (2001). *Guerras justas e injustas*. Barcelona: Paidós.

NOTAS

ⁱ Artículo de investigación realizado en el “Grupo de Investigación Red Internacional en Política Criminal Sistémica Extrema Ratio UNAL” reconocido y clasificado en A1 MINCIENCIAS 2021 en colaboración con el Politécnico Grancolombiano, Universidad Autónoma del Estado de Morelos y UNIMINUTO.

ⁱⁱ Encontrado en: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

ⁱⁱⁱ Acuerdo sobre la asistencia a la niñez. Ley 468 de 1998

Carta de las Naciones Unidas

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ley 16 de 1972

Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura

Convención Interamericana sobre concensión de los derechos políticos a la mujer

Convención Interamericana sobre derechos civiles de la mujer

Convención Interamericana sobre restitucion de menores

Convención Interamericana sobre trafico internacional de menores. Ley 470 de 1998

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad

Convención sobre la obtencion de alimentos en el extranjero. Ley 471 de 1998

Convención sobre los derechos del niño

Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra

Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra

Convenio Internacional para la protección de obtenciones vegetales. Ley 243 de 1995



Declaracion de los derechos del retrasado mental

Declaracion de los derechos del niño

Declaracion sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Declaracion Universal de los Derechos Humanos

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos

Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (Constitucional, 2018)

^{iv} (subrayado fuera de texto).

^v Encontrado en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

^{vi} Cada uno de estos escenarios constitucionales que se derivan del derecho a la vida a su vez se convierte en derechos abstractos que constituyen tema de analisis jurisprudencial por el cual se pronunciara la Corte Constitucional; de esa forma se acerca más al derecho en sí.

^{vii} Según la Corte Constitucional, sala sexta de revisión (26 de abril del 2016) sentencia T-199 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio], el mínimo vital es: *un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna.*

^{viii} Según la Corte Constitucional, sala séptima de revisión, (17 de octubre del 2002) sentencia T-881 [M.P. Eduardo Montealegre Lynett], dice: *La dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).*



ANÁLISE ACERCA DO USO DE NON-FUNGIBLE TOKENS (NFTs) PARA FINS DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO MERCADO DE ARTES

ANÁLISIS ACERCA DEL USO DE NON-FUNGIBLE TOKENS (NFTS) PARA FINES DEL BLANQUEO DE CAPITALS EN EL MERCADO DE ARTES

ANALYSIS ON THE USE OF NON-FUNGIBLE TOKENS (NFTs) FOR MONEY LAUNDERING PURPOSES IN THE ART MARKET

BRAGA, ROMULO RHEMO PALITOT

Doutor em Direito Penal pela Universitat de València- Espanha; Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB – PPGCJ-UFPB, e do Programa em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa - PPGD/UNIPÊ; Advogado; Presidente da Associação Nacional da Advocacia Criminal – ANACRIM-PB, e Procurador de Justiça do Superior Tribunal de Justiça Desportiva - STJD, da Confederação Brasileira de Automobilismo – CBA

E-mail: romulo.palitot@uv.es

MAGALHÃES, RICARDO HENRIQUE LOMBARDI

Advogado graduado pelo Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Digital e Compliance pelo Instituto Damásio.

E-mail: ricardohlm@gmail.com

RESUMO

O uso de criptoativos para fins de lavagem de dinheiro se tornou uma preocupação recorrente nos anos recentes. Deste modo, o surgimento dos NFTs – *Non-Fungible Tokens*, especialmente para fins de registro e comercialização de obras de arte digitais através da *blockchain* é uma preocupação decorrente. Se objetiva compreender se o uso do NFTs no mercado artístico pode facilitar a prática do crime de lavagem de dinheiro, bem como os agentes criminosos podem efetuar as práticas criminosas utilizando tal ferramenta enquanto forma de lastrear a autenticidade de obras digitais, bem como adapta-la para fins da prática de lavagem com obras tradicionais, através de uma pesquisa explicativa. Se utilizou o método hipotético-dedutivo, testando a hipótese que o uso de NFTs facilita a prática do crime de lavagem de dinheiro no mercado de obras de arte, através do procedimento técnico bibliográfico. Ao final, se concluiu que o mercado artístico amparado em NFTs pode facilitar a prática delictiva em análise, tendo a hipótese sido comprovada em todos os testes. Ademais, se percebeu como os agentes criminais podem enfatizar o uso de tal ferramenta, especialmente na segunda e na terceira fases do crime de lavagem.

PALAVRAS-CHAVES: *Non-Fungible Tokens. Blockchain. Lavagem de Dinheiro. Bens Digitais. Mercado de Arte*

RESUMEN

El uso de criptoactivos para finalidad del blanqueo de capitales ha se tornado una preocupación constante en los recientes años. De este modo, el surgimiento de las NFT's – *Non-Fungible Tokens*, especialmente para fines del registro y comercialización de obras de arte digitales a través de *blockchain* es una preocupación recurrente. Se objetiva comprender si el uso de NFT's en el mercado artístico puede facilitar a la práctica del delito de blanqueo de capitales, así como a los agentes criminosos pueden efectuar las prácticas delictuosas utilizando de las herramientas como forma de hacer lastre a la autenticidad de las obras digitales, así como adaptarla para fines de la práctica del blanqueo de capitales con obras tradicionales, a través de una investigación explicativa. Se ha utilizado el método hipotético-deductivo, testando a la hipótesis que el uso de NFT's facilita a la práctica del delito de blanqueo de capitales en el mercado de obras de artes, a través del procedimiento técnico-biográfico. Al fin y al cabo, se concluyó que el mercado artístico amparado en NFT's puede facilitar a la práctica delictiva en análisis, y la hipótesis ha sido comprobada en todos los testes. Además, se ha percibido como los agentes criminales puedes enfatizar el uso de la mencionada herramienta, especialmente en la segunda y tercera fases del delito de blanqueo de capitales

PALABRAS CLAVES: *Non-Fungible Tokens. Blockchain. Blanqueo de Capitales. Bienes Digitales. Mercado del Arte.*

ABSTRACT

The use of crypto assets for money laundering crime become a recurrent concern in recent years. On this way, the emergence of Non-Fungible Tokens, specially for registering and commerce of digital art using the blockchain is an arising concern. The search's objective is to comprehend if the NFT use at artistic market could make the practice of money laundering easier, and how criminal agents could practice this crime using this tool as an ballast for the authenticity of digital art, and adapt this tool to the same crime with traditional art, through an explanatory research. The hypothetical-deductive method is used, testing the hypothesis that the use of NFTs facilitates the practice of money laundering in the art market, through the bibliographic technical procedure. In the end, it was concluded that the artistic market supported by NFTs can facilitate the criminal practice under analysis, and the hypothesis was proven in all tests. Furthermore, it was comprehended how criminal agents can emphasize the use of such a tool, especially in the second and third phases of the laundering crime.

KEYWORDS: Non-Fungible Tokens. Blockchain. Money Laundering. Digital Assets. Art Market.



INTRODUÇÃO

É sabido que transações pecuniárias criptográficas, através das criptomoedas e do modelo de *blockchain*, ganharam substancial popularidade em âmbito global. Ademais, recentemente, surgiu também a possibilidade de transações de bens não fungíveis, únicos e indivisíveis, através de certificados criptográficos, que ficaram conhecidos como *Non-Fungible Tokens*, ou pela sigla “NFT”.

Para se compreender a dimensão de tal fenômeno, basta comparar a escala global de vendas, que passou de 235 mil dólares (dos EUA) em fevereiro de 2020 para 200 milhões de dólares em março do ano seguinte.

Por outro lado, não se pode perder de vista que o mercado de artes é um meio bastante utilizado para a prática do crime de lavagem de dinheiro, de modo que se faz necessária uma análise acerca da possibilidade que o avanço do uso de NFTs no âmbito do mercado artístico possa ser uma nova porta de entrada para aqueles que pretendam ingressar em tal mercado para cometer tal espécie de crime.

Ressalta-se que o uso de criptomoedas para fins de lavagem de dinheiro já se mostra uma realidade, a par de diversos estudos que foram produzidos sobre o assunto. Tal fator justifica o presente trabalho, que visa aferir se é possível a prática da lavagem de dinheiro através do uso de NFTs (objetivo principal), e como seria o *modus operandi* de tal prática delitiva através da mencionada ferramenta (objetivo secundário). Se busca formular uma pesquisa explicativa, através da identificação dos fatores que possam contribuir com o fenômeno a ser estudado.

Será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, visando testar a seguinte hipótese: “o uso de NFTs facilita a prática do crime de lavagem de dinheiro no mercado de obras de arte”. Ademais, quanto à abordagem de natureza metodológica, se busca formular uma pesquisa qualitativa, com ênfase no exame da natureza e no possível alcance da questão em análise. Quanto ao procedimento técnico adotado, a presente pesquisa possui natureza bibliográfica, com análise de obras sobre o tema ou sobre questões correlacionadas.

No primeiro capítulo, se estudará os elementos fundamentais pertinentes para compreensão do tema, como o uso de “criptoativos” para fins de lavagem de dinheiro, o surgimento de um mercado de obras de arte através do uso de NFTs e a lavagem de dinheiro mesmo no consolidado e tradicional mercado de obra de artes.

No segundo capítulo, a hipótese acima exposta será testada, através da confrontação desta com situações práticas, plausíveis e prováveis.

NOÇÕES FUNDAMENTAIS PARA COMPREENSÃO DO TEMA

Primeiramente, se faz necessário a compreensão que a Sociedade Informacional, em que vivemos, representa um novo formato de organização econômica, social e política, recorrendo ao uso intensivo da tecnologia da informação para atividades de coleta, produção, processamento e armazenamento de dados informacionais (VIEIRA, 2007, p. 156).

Uma característica fundamental de tal sociedade é a sua lógica de estruturas em redes (CASTELLS, 1999, p. 65), o que torna possível o desenvolvimento de uma linguagem digital comum, na qual a informação é gerada, armazenada, processada e transmitida (CASTELLS, 1999, p. 68).

Pode-se compreender a Internet não como sendo um lugar, nem um serviço, mas sim um canal de comunicação, uma rede que permitiria a conexão entre computadores – e, conseqüentemente, entre pessoas (BRAGA; LUNA, 2018, p. 272).

Ademais, se verifica que, uma vez que se compreenda que tal Sociedade se encontraria imersa “em um grande paradigma virtual”, pode-se concluir que passam a ser incorporadas, ao meio digital, diversas projeções do ser-humano. E, com o passar dos anos, estarão depositados na rede inúmeras informações que constituirão verdadeiros patrimônios digitais (LACERDA, 2017, p. 57).

Atualmente, uma das faces mais visíveis da informação digital enquanto patrimônio é representada pelas chamadas criptomoedas, notadamente a Bitcoin, que é a mais popular de todas (BRAGA; LUNA, 2018, p. 278).



As criptomoedas são armazenadas em carteiras digitais, a partir das quais são acessíveis através de quaisquer dispositivos que podem operar tal tecnologia, concretizando pagamentos em meio digital e sem intermediários (BRAGA; LUNA, 2018, p. 278). Uma característica importante a se compreender é que as transações com criptomoedas são registradas em *ledgers*, de forma pública e transparente (BRAGA; LUNA, 2018, p. 278).

É possível afirmar que as criptomoedas não existem na realidade, mas possuem existência presumida (BRAGA; LUNA, 2018, p. 278). Ademais, em que pese haver um registro público de todas as transações dentro da *blockchain*, apenas as identificações das carteiras digitais são visíveis, de modo que as identidades das partes envolvidas ficam preservadas (BRAGA; LUNA, 2018, p. 278).

Outro ponto que merece relevância é que as criptomoedas não possuem limitação territorial, não podem ser confiscadas, nem congeladas. Ademais, não possuem limites de transações, nem pré-requisitos para uso (BRAGA; LUNA, 2018, p. 278).

Diante do quadro ora exposto, se percebe que há elevado potencial para uso das criptomoedas e dos criptoativos para fins de lavagem de dinheiro.

2.1 O USO DE CRIPTOMOEADAS E CRIPTOATIVOS PARA A LAVAGEM DE DINHEIRO

Atualmente, na legislação brasileira, a lavagem de dinheiro está tipificada como a prática de disfarçar a origem ilícita dos ativos provenientes de crimes, visando lhes dar uma aparência legítima, de criar “uma área de legalidade em torno do objeto inicial do crime” (SILVEIRA, 2020, p. 9).

Existe uma preocupação acerca da possibilidade de que a lavagem de dinheiro assuma um certo destaque no âmbito da questão das criptomoedas, tendo tal crime assumido, inclusive, um caráter mais sensível dentro do trilema penal econômico, uma vez que são diversas as possibilidades de se adquirir criptoativos através de dinheiro ou de ativos provenientes de fontes ilícitas (SILVEIRA, 2020, p. 10).

A bem da verdade, criptomoedas podem se tornar uma tecnologia revolucionária, junto com a *Dark Web*, no sentido de “abrir a caixa de pandora do processo de lavagem de dinheiro”, uma vez que é extremamente difícil de traçar a origem dos criptoativos, especialmente no âmbito da *Dark Web*, onde a anonimidade se torna algo comum (BRAGA; LUNA, 2018, p. 279).

Ademais, a lavagem de capitais pode ser feita através de criptomoedas em seu formato original ou através da transferência de somas entre países distintos, por meios digitais, de forma indetectável, com elevado grau de convertibilidade em moedas tradicionais de qualquer nação (BRAGA; LUNA, 2018, p. 280).

Por outro lado, é crescente a aceitação de criptomoedas em contextos cotidianos, o que dificulta a atuação das autoridades fiscalizadoras, uma vez que eliminam a necessidade de conversão dos criptoativos nas moedas tradicionais, que são o elo mais frágil dos esquemas de lavagem de dinheiro (BRAGA; LUNA, 2018, pp. 280-281), vez que possuem um grau mais elevado de rastreabilidade.

Não se pode perder de vista que a aceitação das criptomoedas, especialmente da Bitcoin, é crescente, ainda que a aceitação destas esteja atrelada ao mundo virtual (BRAGA; LUNA, 2018, p. 281).

Por outro lado, a conversão das somas derivadas de práticas criminosas em criptomoedas torna virtualmente impossível a comprovação de práticas de lavagem de dinheiro, o que fomenta a impunidade decorrente de tais crimes (BRAGA; LUNA, 2018, p. 281).

Outro ponto que merece ênfase, a par das características basilares dos criptoativos, é que qualquer tentativa de regulação somente encontrará efetividade se houver cooperação internacional, vez que as criptomoedas desconhecem fronteiras. É de se imaginar, no entanto, que, mesmo se alcançando uma cooperação internacional de longo prazo, é possível que a sua concretização se mostre inefetiva diante do grau elevado de autonomia que as criptomoedas terão, uma vez que é crescente a integração das criptomoedas no cotidiano, a par do fato que a tecnologia que permite seu amplo uso já é uma realidade: os smartphones amplamente utilizados na atualidade (BRAGA; LUNA, 2018, p. 281).

Portanto, é imperioso concluir que a lavagem de dinheiro através de meios digitais criptográficos não se limita às criptomoedas propriamente ditas, podendo ser ampliadas para outros criptoativos, inclusive aqueles infungíveis.



2.2 OS NON-FUNGIBLES TOKENS (NFTs) E SEU USO NO MERCADO DE ARTE

Nos tempos recentes, os meios criptográficos de transações através do modelo de *blockchain*, que já haviam sido popularizados pelas famosas criptomoedas, proporcionaram uma verdadeira revolução no mercado global das artes, através do desenvolvimento do que se denominou “criptoarte”, obras digitais acompanhadas de certificados criptográficos, conhecidos como NFTs (VALERA; VALDÉS, VINÃS, 2021, p. 4).

Para se ter uma melhor ideia da dimensão que tal mercado vem alcançando, as vendas passaram de 235 mil dólares (EUA) em fevereiro de 2020 para 200 milhões em março de 2021 (VALERA et al., 2021, p. 4).

Em que pese, a princípio, os criptoativos terem se limitado ao modelo de criptomoedas, fungíveis, houve o desenvolvimento posterior da mencionada tecnologia dos NFTs, ou *Non-Fungible Tokens*, que se pode traduzir como certificados não fungíveis (VALERA et al., 2021, p. 4), cuja característica marcante, que os diferencia das criptomoedas, é a não fungibilidade.

Pode-se traduzir o conceito de bem fungível como aquele que pode ser substituído por outro “da mesma espécie, qualidade e quantidade” (BRASIL, 2002, art. 85). Logo, de modo contrário, os bens não fungíveis são aqueles únicos, que apresentam peculiaridades que os tornam insubstituíveis por outros, ainda que semelhantes.

A ideia por trás do NFT é tornar os bens digitais únicos, de modo que a sua propriedade somente possa ser exercida por uma pessoa. Utilizando-se NFT, é possível que seu criador prove a propriedade de um ativo digital, como imagens, artes, vídeos. E mais: seu criador poderia receber royalties a cada vez que o NFT seja objeto de alguma transação (WANG; LI; WANG, CHEN, 2021, p. 2).

É preciso levar em conta que, uma vez que a informação inserida na Internet seja “capaz de gerar repercussões econômicas imediatas, há que se entender que ela será um bem tecnodigital patrimonial” (LACERDA, 2017, p. 74).

Deste modo, pode-se entender que o NFT seria uma tecnologia que permite o fomento do comércio de bens digitais, uma vez que possibilita a existência de um histórico completo de transações, grande liquidez e interoperabilidade, o que tornaria o NFT um meio de grande potencial para fins de proteção de propriedade intelectual (WANG et al., 2021, p. 2).

Outro ponto que merece ênfase é que o NFT não fica limitado a obras de arte, podendo ser utilizado para o mercado de jogos e de eventos virtuais, bem como para os ambientes de realidade virtual alternativa: o NFT pode ser utilizado para comércio de ativos ou de propriedades em tais contextos virtuais (WANG et al., 2021, pp. 10-12).

Ademais, as cifras alusivas ao uso de NFTs são consideravelmente grandes, tendo sido reportado que o volume médio de transações de 24 horas ultrapassou os quatro bilhões de dólares (EUA), ainda que corresponda apenas a 1,3% do mercado total de criptoativos e de criptomoedas. É preciso ressaltar também a evolução na escala de uso dos NFTs, de modo que entre dezembro de 2020 e fevereiro de 2021 houve um salto considerável: a venda de NFTs passou de 12 milhões para 340 milhões em apenas dois meses (WANG et al., 2021, p. 2).

Não se pode perder de vista, no entanto, que o uso de NFT está em um estágio embrionário, possuindo um enorme potencial de impacto nos mercados descentralizados e para oportunidades futuras de negócios. Por outro lado, se percebe que há um fenômeno de “hype” em torno da ideia de NFT, de modo muitos produtos são vendidos com preços elevados (WANG et al., 2021, p. 3).

Dois elementos importantes para a compreensão do NFT são a ideia de *blockchain* e o conceito de contrato inteligente, conhecido pela nomenclatura em língua inglesa como “*smart contract*”, como um meio de acelerar, verificar e executar uma negociação digital (WANG et al., 2021, p. 4).

De forma bastante simplificada, pode-se compreender a *blockchain* como uma cadeia de dados entrelaçados, na qual cada bloco de informações é unido ao anterior através de um código informático criptográfico, definido como criptograma (VALERA et al., 2021, p. 4). Para fins das já conhecidas criptomoedas, pode-se dizer que a *blockchain* constitui algo similar a um livro de registro, nos quais as informações alusivas às transações são registradas, bem como os saldos das contas de cada um dos usuários (BRAGA; LUNA, 2018, p. 278). Transcreve-se, por oportuno, características fundamentais da *blockchain*, que é a distribuição de sua rede:



Com a arquitetura de blockchain, o banco de dados não está centralizado. O banco de dados está distribuído entre os integrantes da rede. Todos detêm uma cópia atualizada deste banco de dados, ou seja, de toda a informação daquela determinada rede. Então, se o protocolo computacional viabiliza que todos os integrantes da rede tenham acesso à versão mais atualizada das informações, ou do banco de dados daquela rede, não há a necessidade de um terceiro de confiança das partes (trusted third party) para assegurar qual é a informação correta e mais atualizada (TRINDADE; VIEIRA, 2020, p. 876).

Tais autores complementam que a rede distribuída permitiria, a título de exemplo, que um determinado meio de pagamento seja operacional sem que seja necessário um comando central (TRINDADE; VIEIRA, 2020, p. 876).

Baseados na sistemática da *blockchain*, os *smart contracts* permitem que partes que não se conhecem a participarem, de forma descentralizada, de transações confiáveis, mesmo sem o intermédio de um terceiro que ambas considerem confiável (WANG et al., 2021, p. 4).

Tal espécie de contrato, que é indissociável do arquivo certificado que as partes transacionaram, ficando ambos registrados na *blockchain*, de modo a proteger a transação. Imperioso perceber que isso pode ser feito de forma automatizada (VALERA et al., 2021, pp. 3-4).

A bem da verdade, o elevado grau de autonomia é um dos elementos principais dos *smart contracts*, de modo que estes podem executar ações pré-definidas quando são acionados por transações na *blockchain*, onde os termos e condições ficam armazenadas com elevado grau de transparência, uma vez que todos os participantes podem validar as informações fundamentais (ANTE, 2021, p. 2).

Sob o ponto de vista do mercado de artes, os *smart contracts* permitem a automatização de processos, tornando possível a análise dos elementos relacionados com as obras em si e as transações efetuadas que estejam relacionadas, bem como que seja possível a análise dos objetos digitais e da interação do público (VALERA et al., 2021, p. 4).

Ademais, cada NFT representa uma cadeia única de dados que se associam a um determinado item, indivisível, que não é intercambiável, o que se traduz na possibilidade de transformação de obras de arte digitais que, a princípio, seriam multiplicáveis e de difícil controle, em produtos de natureza única e rastreável (VALERA et al., 2021, p. 4).

E, conforme já exposto, tal evolução tecnológica permite que os criadores das artes comercializadas com o uso de tais técnicas recebam valores quando estas forem revendidas (WANG et al., 2021, p. 2).

Outro ponto importante para compreensão do tema é a ideia de “tokenização”, através da qual os contratos inteligentes criam *containers* digitais que podem mapear valores, no contexto da *blockchain*, de forma transparente, bem como de maneira descentralizada (ANTE, 2021, p. 2).

Como o termo *Non-Fungible Token* sugere, é possível compreender que os NFTs são um formato especial de tokens fundados na ideia de *blockchain*, uma vez que representam um valor único que não pode ser trocado por um token diferente (ANTE, 2021, p. 2).

É preciso mencionar, por outro lado, que os *tokens* não fungíveis são compreendidos pelo protocolo conhecido como ERC-721 (VALERA et al., 2021, p. 4), que se diferencia justamente da já mencionada não-fungibilidade, diferenciando-se do padrão, mais antigo, de ERC-20, fungíveis, nos quais cada token é idêntico ao anterior em termos de valor e de espécie (WANG et al., 2021, p. 6).

Voltando ao mercado artístico, percebeu-se que o uso de NFTs permite que obras sejam, simultaneamente, visualizadas por inúmeras pessoas, mas que sua propriedade seja conservada por um único indivíduo (ou instituição), de forma similar ao que acontece nos museus, onde o acesso a obra é compartilhado a todos que visitam o local sem que seja comprometida a propriedade exclusiva sobre aquele trabalho artístico (ANTE, 2021, p. 2).

Tal fator revolucionou o mercado de obras de artes em meio digital, possuindo algumas vantagens sobre o seu equivalente físico, uma vez que as artes digitais demandam menos gastos a título de transporte e de armazenamento (VALERA et al., 2021, p. 5).

Por outro lado, as obras digitais também produzem novos desafios, especialmente aqueles relacionados com inerente obsolescência de softwares e de hardwares. Todavia, surgem meios de contornar tais dificuldades, como a emulação



ou a migração, no caso do hardware, e a adoção de uma documentação inicial com maior rigor para o software (VALERA et al., 2021, p. 5).

Portanto, se percebe que o uso de NFTs proporciona uma revolução no meio artístico no âmbito digital, especialmente para os artistas, que passam a ter uma forma efetiva de proteção da propriedade intelectual que produzem, uma vez que o NFT possibilita a individualização das obras, bem como pelo ganho de valores a cada vez que são revendidas, a par de funcionalidade que os *smart contracts* permitem.

Ademais, os NFTs possibilitam a redução de custos com armazenamento e com a guarda das obras de arte em meio digital, o que pode fomentar o mercado da arte em si. A possibilidade de controle acerca da autoria, da unicidade, da procedência e da autenticidade das peças através de tal tecnologia se mostra uma solução bastante viável para as preocupações daqueles que adquirem obras digitais, possibilitando uma estabilização dos valores econômicos (VALERA et al., 2018, p. 5) e, conseqüentemente, do mercado de uma forma geral.

A confiança do mercado artístico no uso dos NFTs também pode ser percebida através da escala pecuniária que as transações envolvendo obras digitais atingiram, sendo um exemplo notório a venda de uma obra virtual do “criptoartista” Bepple por cifra superior a 69 milhões de dólares dos Estados Unidos em 11 de março de 2021 (ANTE, 2021, pp. 1-2).

Logo, é notório o potencial do uso de NFTs para o desenvolvimento do mercado artístico. Por outro lado, a prática de lavagem de dinheiro através de tal mercado é um desafio que deve ser levado em conta, conforme se demonstrará no próximo subitem.

2.3 A LAVAGEM DE DINHEIRO ATRAVÉS DE OBRAS DE ARTE

A constante evolução do chamado crime organizado é um fenômeno da atualidade, através de verdadeiras instituições criminosas, com estrutura e administrações similares às empresas e cada vez mais avançadas em termos tecnológicos, sendo marcante um *modus operandi* inovador e surpreendente no que se refere a obtenção de ganhos, o que se torna um desafio ao Estado e seus meios de repressão (DEODATO; BRAGA, 2013, p. 199, apud CÂMARA NETO, 2019, pp. 62-63).

De certo modo, o mercado das artes possui características que acabam por fomentar práticas de delitos, como, por exemplo, a facilidade no transporte – que, no caso das obras de arte tradicionais, pode ocorrer pelo despacho de um tubo (CÂMARA NETO, 2019, p. 63).

Outra característica que merece ênfase, a título de evidenciar como o mercado de artes é um meio propício para fins de práticas de lavagem de dinheiro, decorre justamente da não regulamentação do mercado artístico: não se faz necessária uma autorização prévia para negociar com arte, o que pode ocasionar um menor grau de formalidade e, conseqüentemente, ensejar um possível espaço para atuação de criminosos (CÂMARA NETO, 2019, p. 63).

FRANCA FILHO (2019, apud CÂMARA NETO, 2019, p. 30) explica que o escândalo que ficou conhecido como *Panamá Papers* tornou evidente a conectividade entre o mercado de artes, a ocultação de ativos, a lavagem de dinheiro e o comércio internacional, de modo que, mesmo diante da existência de bons instrumentos para evitar a lavagem de dinheiro com obras de arte em certos ramos do Direito, ainda existiriam lacunas no tocante a atuação estatal e na aplicação de mecanismos jurídicos de coerção considerados como tradicionais. Ressalta-se, por oportuno, que no caso dos *Panamá Papers* os agentes utilizaram contas *offshore*, o que evidencia a inequívoca possibilidade de uso de mecanismos mais modernos, como é o caso das carteiras digitais de *criptoativos*.

Um exemplo de caso famoso de lavagem de capitais através do mercado artístico foi a prisão, em Nova Iorque, de Shirley D. Sack e Arnold K. Katze, que tentavam vender pinturas, supostamente de autoria de Amedeo Modigliani e de Edgar Degas, para um agente disfarçado de traficante de entorpecentes ilícitos. No caso, se objetivava a lavagem de 4,1 milhões de dólares (CÂMARA NETO, 2019, p. 77).

No plano nacional, Paulo Maluf, conhecido político, teria se aproveitado de contratação de construtoras para obras de canalização de córrego em São Paulo para obtenção de vantagens indevidas. Para lavar, uma parte dos valores recebidos foi utilizada para aquisição de obras, dentre outras, de Cândido Portinari e de Henri Labasque, cada uma delas por cem mil dólares (CÂMARA NETO, 2019, p. 78).



Outro caso de relevância nacional foi o do Banco Santos, tendo Edemar Cid Ferreira sido condenado por, entre outros motivos, gestão fraudulenta da instituição e lavagem de dinheiro, tendo sido apreendidas obras de arte que haviam sido compradas através de valores auferidos através da prática de crimes enquanto atuava como gestor de tal banco. No acervo, havia quadros, esculturas e fotografias, bem como peças arqueológicas e etnográficas, antiguidades dos séculos a XIV e IX a.C., e até mesmo literatura de cordel. Ao todo, a coleção compreendia mais de 12 mil peças, o que evidencia o potencial do uso de obras de arte para fins de prática de lavagem de valores auferidos com práticas delitivas (CÂMARA NETO, 2019, p. 79).

Para evitar o uso do mercado de artes para fins de lavagem de valores, CÂMARA NETO (2019, pp. 92-93) aponta a necessidade de se adotar e aperfeiçoar os instrumentos de fiscalização, através de uma legislação mais ágil e flexível, sendo alguns órgãos essenciais como o Conselho Internacional de Museus – ICOM. Para o autor, políticas adotadas por autoridades administrativas, como o Banco Central, a CVM, a SUSEP, a SPC (Secretaria de Previdência Complementar), podem efetivar as medidas de fiscalização, sendo necessária a atuação dos órgãos elencados em conjunto com o COAF, que supervisionaria os ramos não abrangidos pelos órgãos específicos (CÂMARA NETO, 2019, p. 93).

Um bom exemplo de como efetuar o combate à lavagem de dinheiro é o caso da *Christie's*, empresa do ramo que possui condições específicas de venda, como a análise prévia da obra a ser leiloada. Ademais, tal casa de leilões pode recusar ou admitir, ainda que de forma sigilosa, participantes ou ofertas, sendo exigido registro prévio dos compradores, com identificação e assinatura de documento, e com possível exigência posterior de referências bancárias. Após a compra de uma obra, o adquirente fica obrigado a fornecer seu nome e endereço, bem como os dados bancários para fins de pagamento, com um prazo pré-estabelecido, de modo que a efetiva transferência de propriedade somente ocorre após pagamento integral. Ademais, poderá haver cancelamento da venda se não comprovada a origem lícita dos recursos, evitando que o mercado de artes seja utilizado para lavagem de capitais (CÂMARA NETO, 2019, p. 95).

Diante do exposto nesse subtópico, compreende-se que existe uma inequívoca possibilidade de uso do mercado tradicional de obras de artes para fins de lavagem de dinheiro, bem como a possibilidade de adoção de algumas técnicas para evitar tais práticas.

TESTES DA HIPÓTESE APRESENTADA

Uma vez compreendidos os elementos fundamentais para a temática abordada no presente artigo, passa-se a avaliar a hipótese apresentada na Introdução, que “o uso de NFTs facilita a prática do crime de lavagem de dinheiro no mercado de obras de arte”:

3.1 DA POSSIBILIDADE DE USO DOS NFTs PARA FINS DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO MERCADO DE OBRAS DE ARTE ELETRÔNICAS

Não se pode perder de vista que as já famosas criptomoedas já se provaram ferramentas bastante adequadas para tal espécie de ilícitos criminais, (BRAGA; LUNA, 2018, p. 279). Logo, é possível ponderar que o eventual uso de NFTs para lavagem de dinheiro utilizaria, a princípio, técnicas parecidas com aquelas utilizadas para os mesmos fins através das conhecidas criptomoedas:

Embora as transações efetuadas sejam, em sua totalidade, registradas de forma pública, apenas a “chave” das carteiras fica visível, de modo que a verdadeira identidade daqueles que transacionam não recebe a mesma privacidade (BRAGA; LUNA, 2018, 278).

Ademais, nada obsta que uma mesma pessoa possa gerar inúmeras chaves públicas, mudando o endereço dos criptoativos sem que se perca o controle sobre suas carteiras. Além de ser possível o uso de chaves de terceiros, ou de agentes financeiros, é possível também a prática de *mixing-services*, de modo a diminuir a rastreabilidade das transações no âmbito da *blockchain*, criando camada(s) a mais para encobrimento (ASSIS, 2020, p. 12).

Portanto, se verifica que não existem obstáculos para que sejam utilizados certificados do tipo NFT para fins de lavagem de dinheiro com obras de arte, especialmente através da troca de criptomoedas por tais bens digitais, e vice-versa. A



bem da verdade, o mercado de artes digitais com uso de NFTs é um campo fértil na segunda fase do crime de lavagem de dinheiro, conhecida como de ocultação.

Ademais, os NFTs podem ser um meio utilizado por agentes criminosos para a terceira fase, conhecida como sendo a da integração do ativo no sistema econômico e financeiro de forma que as autoridades não possam rastreá-los (BRAGA, 2013, p. 31). Pode-se optar por um caminho mais tradicional, como a venda das obras de arte adquiridas com recursos de origem ilícita através de moedas tradicionais em curso, do mesmo modo que já é feito com criptomoedas (ASSIS, 2020, p. 13), de modo que os agentes de lavagem de capitais possam, ao final, possuir recursos em moedas reconhecidas pelos países.

Não se pode perder de vista a escala global que tais práticas potencialmente possuem, podendo-se optar pela troca dos frutos da lavagem de dinheiro por divisas de países com legislações mais brandas, ou ainda por bens em outros países, do mesmo modo que se faz com Bitcoins e outros criptoativos (ASSIS, 2020, p. 13).

Os agentes criminosos podem optar, também, por um modelo mais digital de lavagem, preferindo por não obterem, ao final do processo, um bem material ou uma divisa estatal: pode-se optar pela conservação de bens digitais utilizando o NFT como lastro de autenticidade no âmbito da *blockchain*.

Embora tal modelo pareça, a princípio, mais arriscado, em decorrência do estágio inicial que o uso de NFTs se encontra, não se pode perder de vista que o mercado de artes com maior grau de formalidade já vem adotando a prática de uso de NFTs como ferramenta comercialização de obras, tendo em vista que a mencionada *Christie's* foi responsável pela aludida venda de obra do artista Beeple pelo valor de 69.346.250,00 dólares dos Estados Unidos (CHRISTIE'S, 2021).

A medida que o grau de aceitação das obras digitais amparadas em NFTs ganhe maior popularidade no mercado, bem como um grau mais elevado de aceitação social, tal modelo tende a ganhar espaço, sendo possível cogitar que venha a prevalecer em algum momento. É preciso levar em conta que os NFTs são facilmente negociáveis no âmbito da Blockchain (VOGLINO, 2021), o que pode aumentar a liquidez de tais operações, facilitando a atuação dos agentes criminosos envolvidos.

Imperioso destacar que outros autores já visitaram a possibilidade de uso de NFTs para fins de lavagem de capitais, como Jordanoska (2021, p. 716), que aduziu que grupos criminosos poderiam criar NFTs de forma anônima ou através de pseudônimos, registrando-os e comprando-os de si próprios.

Não se pode perder de vista que mercados emergentes constituem terrenos férteis para atividades ilícitas como a lavagem de capitais, bem como que os mercados de NFTs dependem de tecnologias que já são utilizadas para criptomoedas e que já são utilizados para atividades ilícitas (PELECHRINIS; LIU; KRISHNAMURTHY; BABAY, 2022).

Por outro lado, ainda que não seja possível confirmar se a lavagem de dinheiro efetivamente está efetivamente ocorrendo ou não, é sabido que as comunidades de NFTs estão repletas de *phishing* e golpes (SHARMA; ZHOU; HUANG; WANG, 2022).

3.2 A POSSIBILIDADE DE USO DOS NFTs PARA FINS DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO MERCADO DE OBRAS DE ARTE TRADICIONAIS

Em que pese os NFTs terem sido desenvolvidos para bens digitais, não se pode perder de vista que eles não estão restritos a tais bens, de modo que o processo de tokenização encontra possibilidades no universo artístico tradicional.

Para ilustrar a migração de obras tradicionais para o modelo NFT, recentemente, um coletivo de artistas dos Estados Unidos queimou, literalmente, uma obra de arte de Pablo Picasso, intitulada de “Fumeur V”, feita em 1964, visando converter uma obra física em uma obra virtual na *blockchain* através da tokenização (FOLHA DE SÃO PAULO, 2021).

Ainda sobre o projeto “The Burned Picasso”, a pintura permaneceu nos restos do papel, inclusive a assinatura do pintor, de modo que foram confeccionados dois NFTs distintos e a pessoa que os adquirir receberá também os restos da obra (FOLHA DE SÃO PAULO, 2021).

Em que pese a polêmica que envolve o fato acima descrito, ele demonstra que é possível que obras físicas tradicionais também sejam certificadas via NFT – podendo-se, logicamente, se dispensar a destruição do original.



Diferentemente das obras digitais, cuja grau de replicabilidade tende ao infinito e torna impossível o controle de cópias (VALERA et al., 2021, p. 4), as obras físicas possuem, por si só, características únicas, de modo que suas cópias e réplicas não possuem os mesmos valores que as originais.

Todavia, não se pode perder de vista que os NFTs se assemelham muito mais a certificados de autenticidade ou algo equivalente às escrituras públicas no modelo da *blockchain*:

Os NFTs são tokens que **representam ativos digitais ou físicos**. Ao adquirir um NFT, **você adquire o registro de propriedade do ativo**. Funciona de modo **semelhante à escritura de uma casa**. Nesse caso, o NFT seria a escritura e não o ativo em si. A posse do NFT diz às outras pessoas que você possui algo e ninguém mais pode reivindicá-lo. Ao contrário das escrituras e títulos, os NFTs podem representar praticamente qualquer coisa. Desde que seja um item exclusivo sobre o qual você pode fazer uma reivindicação legítima. No momento, eles são principalmente obras de arte digital ou cartões comerciais. (VOGLINO, 2021)

Diante do exposto, se percebe que os NFTs podem ser utilizados como meio de comprovar a propriedade de uma obra de arte que exista no mundo físico, fora do meio online.

Ademais, uma vez que os NFTs são característicos do modelo de *blockchain*, da mesma forma que as já famosas criptomoedas, nada obsta que os agentes criminosos que efetuarem lavagem de dinheiro através de criptomoedas venham a utilizá-las para adquirir obras de artes, ainda que físicas, através do NFT – podendo preferir tais bens sobre as obras de arte digitais, uma vez que possuem um mercado mais consolidado e os valores podem oscilar menos.

Segundo JORDANOSKA (2021), tipologias tradicionais de lavagem de dinheiro podem encontrar espaço no âmbito do NFT. Para a autora, NFTs podem ser comercializados por grupos criminosos através de terceiros, ou ainda através de empresas de fachada.

Logo, se conclui que o NFT, enquanto meio probatório de propriedade de bens de qualquer natureza, tem elevado potencial de uso para fins de lavagem de dinheiro, especialmente na terceira fase, da integração formal de ativos ao sistema econômico com aparência de origem lícita (SILVEIRA, 2020, p. 10).

CONCLUSÕES

A par de tudo que foi exposto no presente artigo, se verificou que o NFT é uma tecnologia inovadora que, embora possua elevado potencial para fomento do mercado legítimo e lícito de obras de artes, especialmente em meio digital, também possui grande capacidade de atrair a prática de agentes mal-intencionados, que buscam tal modelo mercadológico como meio para lavagem de capitais.

A hipótese foi aprovada em ambos os testes, de modo que ficou evidenciado que os agentes criminosos podem procurar o modelo de NFTs como forma de lavar dinheiro com obras de arte digitais, especialmente transacionando com criptomoedas, bem como podem utilizar tais ferramenta para comprovação de propriedade de obras de arte tradicionais adquiridas através dos frutos da prática de tal crime.

Ademais, restou evidenciado que é possível e viável o uso do NFTs como um meio de facilitar a lavagem de dinheiro no âmbito do mercado de obras de arte, também restou evidenciado as prováveis formas de atuação dos agentes criminosos, que certamente utilizarão o mercado artístico lastreado em NFTs na segunda e na terceira fases do crime de lavagem.

Desde modo, é preocupante o uso dessa nova tecnologia, o que pode atrair um certo grau de desconfiança acerca da procedência das obras de arte com certificados NFT, representando um desafio para tal mercado, ainda que haja elevado potencial de uso lícito da ferramenta.



REFERÊNCIAS

- ANTE, Lennart. Non-fungible token (NFT) markets on the Ethereum blockchain: temporal development, cointegration and interrelations. *Ssrn Electronic Journal*, [S.L.], p. 1, ago. 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3904683. Acesso em: 01 set. 2021.
- ASSIS, Amanda Paparoto. CRIPTOMOEDAS E DIREITO PENAL ECONÔMICO: uma análise à luz do crime de lavagem de dinheiro. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, [S.L.], v. 3, p. 65-82, jul. 2020.
- BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. *Lavagem de Dinheiro: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. 152 p. Revista e Atualizada.
- BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 ago. 2021.
- CÂMARA NETO, Hamilton Calazans. DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS AO DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE ARTE FRENTE AO FENÔMENO DA LAVAGEM DE DINHEIRO. 2019. 123 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito e Desenvolvimento, Centro Univeristário de João Pessoa - Unipê, João Pessoa, 2019.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Tradução: Roneide Venancio Majer, com a colaboração de Klaus Brandini Gerhardt.
- CHRISTIE'S. Beeple's opus: created over 5,000 days by the groundbreaking artist, this monumental collage was the first purely digital artwork (nft) ever offered at christie's. Created over 5,000 days by the groundbreaking artist, this monumental collage was the first purely digital artwork (NFT) ever offered at Christie's. 2021. Disponível em: <https://www.christies.com/features/Monumental-collage-by-Beeple-is-first-purely-digital-artwork-NFT->. Acesso em: 31 ago. 2021.
- IFIP INTERNATIONAL SUMMER SCHOOL ON THE FUTURE OF IDENTITY IN THE INFORMATION SOCIETY, 2007, Boston. *Privacy and Identity:: The Future of Identity in the Information Society*. Boston: Springer, 2007. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-0-387-79026-8_7#citeas. Acesso em: 08 fev. 2022.
- JORDANOSKA, Aleksandra. The exciting world of NFTs: a consideration of regulatory and financial crime risks. *Butterworths Journal Of International Banking And Financial Law*, London, v. 10, p. 716-716, 01 nov. 2021. Disponível em: [https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/publications/the-exciting-world-of-nfts-a-consideration-of-regulatory-and-financial-crime-risks\(b8812970-3df9-47bd-8771-2190ae60655b\).html](https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/publications/the-exciting-world-of-nfts-a-consideration-of-regulatory-and-financial-crime-risks(b8812970-3df9-47bd-8771-2190ae60655b).html). Acesso em: 18 maio 2022.
- LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens Digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais*. Iduatuba: Foco, 2017. 248 p.
- PELECHRINIS, Konstantinos; LIU, Xin; KRISHNAMURTHY, Prashant; BABAY, Amy. Spotting Anomalous Trades in NFT Markets: the case of nba topshot. *Arxiv*, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-14, fev. 2022. *Arxiv*. <http://dx.doi.org/10.48550/ARXIV.2202.04013>. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/2202.04013>. Acesso em: 18 maio 2022.
- SHARMA, Tanusree; ZHOU, Zhixuan; HUANG, Yun; WANG, Yang. "It's A Blessing and A Curse": unpacking creators' practices with non-fungible tokens (nfts) and their communities. *Arxiv*, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-25, jan. 2022. *Arxiv*. <http://dx.doi.org/10.48550/ARXIV.2201.13233>. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/2201.13233>. Acesso em: 18 maio 2022.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "CRIPTOCRIME": ,.: considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, [s. l.], v. 1, p. 79-100, jan. 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/rdpec-1-renato-de-mello.pdf>. Acesso em: 01 set. 2021.
- TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Criptoativos: Conceito, Classificação, Regulação Jurídica no Brasil e Ponderações a Partir do Prisma. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 6, n. 6, p. 867-928, 2020.
- VALERA, Salomé Cuesta et al. Salomé Cuesta Valera: salvador muñoz viñas. *Artnodes: Revista de Arte, Ciencia e Tecnología*, Barcelona, v. 28, p. 21-28, jul. 2021.



VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007. 297 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Estado e Sociedade, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/3358>. Acesso em: 30 ago. 2021.

VOGLINO, Eduardo. O Que São NFTs e Como Funcionam os Tokens Não Fungíveis. 2021. The Capital Advisor. Disponível em: <https://comoinvestir.thecap.com.br/o-que-sao-nfts-e-como-funcionam-os-tokens-nao-fungiveis-nft/>. Acesso em: 01 set. 2021.

WANG, Qin; LI, Rujia; WANG, Qi; CHEN, Shiping. Non-Fungible Token (NFT): overview, evaluation, opportunities and challenges. [S.L.]: Arxiv, 2021. 20 p. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2105.07447>. Acesso em: 01 set. 2021.



SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NO COMBATE À LAVAGEM DE CAPITAIS E O DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS

SERVICIOS EXTRAJUDICIALES EN LA LUCHA CONTRA EL LAVADO DE CAPITAL Y EL DESARROLLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DERECHOS HUMANOS

EXTRA-JUDICIAL SERVICES IN THE FIGHT AGAINST CAPITAL LAUNDERING AND THE DEVELOPMENT OF PUBLIC POLICIES ON HUMAN RIGHTS

BRAGA, ROMULO RHEMO PALITOT

Doutor em Direito Penal pela Universitat de València- Espanha; Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB – PPGCJ-UFPB, e do Programa em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa - PPGD/UNIPÊ; Advogado; Presidente da Associação Nacional da Advocacia Criminal – ANACRIM-PB, e Procurador de Justiça do Superior Tribunal de Justiça Desportiva - STJD, da Confederação Brasileira de Automobilismo – CBA

E-mail: romulo.palipot@uv.es

MACIEL, THIAGO MOTA

Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2015). Tem especialização em Direito Notarial e Registral e em Direito Público com pesquisa em Soluções Extrajudiciais de Conflitos, Filosofia e Direitos Humanos. Discente do curso de Licenciatura em Computação da Universidade Federal Rural de Pernambuco.

E-mail: thiago-mota-maciel@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho apresenta parte dos resultados de uma pesquisa de mestrado em andamento no Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ com o objetivo de discutir a importância dos serviços extrajudiciais no combate à lavagem de dinheiro, tendo em vista que são instituições constitucionais que muito têm a contribuir ao cenário das Políticas Públicas de Direitos Humanos em toda a República Federativa do Brasil. Neste estudo, serão abordadas as atribuições constitucionais dos serviços extrajudiciais, também denominados Cartórios, do Conselho Nacional de Justiça e dos entes públicos de combate à lavagem de dinheiro no Brasil e os importantes mecanismos legislativos de combate às desigualdades socioeconômicas. A investigação será realizada a partir da análise bibliográfica, legislativa e de casos específicos promovidos pelos instrumentos legislativos de políticas públicas no combate à lavagem de dinheiro. Inicialmente, serão feitos esclarecimentos sobre as atribuições constitucionais e a atuação dos serviços extrajudiciais. Em seguida, serão abordadas as políticas públicas em conjunto com a Administração Pública no âmbito do combate ao crime de lavagem de dinheiro e em seguida a exemplificação de que as contribuições e ações dos entes públicos e privados, em conjunto, podem materializar a efetivação dos Direitos Humanos em todo o Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: Serviços Extrajudiciais, Políticas Públicas, Lavagem de Dinheiro, Desenvolvimento, Direitos Humanos

RESUMEN

Este trabajo presenta parte de los resultados de una investigación de maestría en curso en el Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ con el objetivo de discutir la importancia de los servicios extrajudiciales en la lucha contra el lavado de dinero, considerando que son instituciones constitucionales que tienen mucho que aportar al escenario de las Políticas Públicas de Derechos Humanos en toda la República Federativa de Brasil. En el presente estudio, se abordarán las atribuciones constitucionales de los servicios extrajudiciales, también llamados Notarios, del Consejo Nacional de Justicia y entidades públicas para combatir el lavado de dinero en Brasil y los importantes mecanismos legislativos para combatir las desigualdades socioeconómicas. La investigación se realizará a partir del análisis bibliográfico, legislativo y de casos concretos promovidos por los instrumentos legislativos de políticas públicas en la lucha contra el lavado de activos. Inicialmente, se realizarán aclaraciones sobre las atribuciones constitucionales y la realización de servicios extrajudiciales. Luego, se abordarán las políticas públicas en conjunto con la Administración Pública en el marco del combate al delito de lavado de activos y luego la ejemplificación de que los aportes y acciones de las entidades públicas y privadas, en conjunto, pueden materializar la realización de los Derechos Humanos en todo Brasil.

PALABRAS CLAVES: Servicios Extrajudiciales, Políticas Públicas, Lavado de Activos, Desarrollo, Derechos Humanos.

ABSTRACT

This work presents part of the results of a master's investigation in progress at the Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ with the objective of discussing the importance of extrajudicial services in the fight against money laundering, considering that they are constitutional institutions that have much to contribute to the scenario of Public Policies on Human Rights throughout the Federative Republic of Brazil. In this study, we will address the constitutional attributions of extrajudicial services, also called Notaries, the National Council of Justice and public entities to combat money laundering in Brazil and the important legislative mechanisms to combat socioeconomic inequalities. The investigation will be carried out based on a bibliographic and legislative analysis and on concrete cases promoted by the legislative instruments of public policies in the fight against the laundering of assets. Initially, clarifications will be made on the constitutional attributions and the realization of extrajudicial services. In addition, public policies will be addressed jointly with the Public Administration in the framework of the fight against the crime of laundering assets and the implementation of which the contributions and actions of public and private entities, together, can materialize the realization of Human Rights throughout Brazil.

KEYWORDS: Extrajudicial Services, Public Policies, Money Laundering, Development, Human Rights.



INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea possui uma quantidade infinita de sistemas que são autônomos, mas mantêm conexões estruturais entre si, estabelecendo uma rede de comunicações por meio da linguagem. As evoluções tecnológicas proporcionam transformações no que tange às relações interpessoais no mundo. O desenvolvimento da quarta revolução industrial aumentou a necessidade de refletir acerca dos aspectos históricos, sociais, jurídicos e econômicos relacionados às consequências e transformações nos subsistemas sociais.

O desenvolvimento do mundo digital é, portanto, um fenômeno que proporcionou a quebra de fronteiras nacionais, realizando uma globalização das comunicações, transformando os setores de produção mundiais e incidindo diretamente em questões jurídicas, econômicas, sociais e políticas; inclusive na aplicação de Políticas Públicas relativas aos Direitos Humanos.

Entretanto, as novas tecnologias propiciam novas formas históricas de cooperação institucional, mas também, infelizmente, de atuação da criminalidade, sobretudo por ausência de regulação estatal sobre a fiscalização de movimentações suspeitas e novas formas de pagamento as quais movimentam bilhões anualmente. Estima-se que uma parte dessas movimentações financeiras sejam provenientes de atividades ilícitas, em virtude da não detecção da origem das operações envolvendo lavagem de capitais.

A HISTORICIDADE DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Historicamente, cabe destacar que a classificação precípua dos direitos humanos designados pelas “gerações” de direitos tem sido alvo de incontáveis críticas, as quais evidenciam a não correspondência entre tais “gerações de direito” e o processo histórico de efetivação e materialização dos direitos humanos. Diametralmente, percebe-se que a concepção das gerações de direitos tem provocado certa desordem conceitual no tocante às características diferenciadoras dos direitos humanos. A crítica mais categórica realizada ao sistema geracional de direitos diz respeito à possibilidade de interpretação das gerações de direitos induzirem a perspectiva equivocada de sucessão, onde percebe-se que uma categoria de direitos suplanta outra que se encerra.

Entretanto, a realidade histórica evidencia diferentemente, em sentido complementar, para a coexistência do nascimento de inúmeros diplomas normativos pertinentes a direitos humanos de uma ou outra natureza. Cabe destacar que no aspecto nacional, por exemplo, a consagração nas Constituições dos direitos sociais, considerados de segunda geração, ocorreu posteriormente à dos direitos civis e políticos, considerados direitos humanos de primeira geração, enquanto que no âmbito internacional o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, propiciou a elaboração de diversas convenções regulamentando os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos no plano externo.

Não obstante, cabe ainda ressaltar, conforme afirma Carlos Weis, que o intuito da nomenclatura “gerações” de direitos humanos é uma tentativa de proporcionar de forma mais compreensível a noção da historicidade dos direitos humanos, ou seja, de elucidar de forma sintética que o surgimento dos direitos humanos obedeceu às injunções histórico-políticas, cujas características marcaram os direitos nascidos naquele momento. Ademais, segundo Weis, quando a aplicação da metáfora geracional surge com a intenção de ser facilitadora do entendimento sobre o tema, pela utilização de uma terminologia ou palavra para sintetizar o ensinamento, pode-se verificar que a figura empregada não dispensa a elucidação sobre a gênese dos direitos humanos, logo percebe-se a inaplicabilidade, haja vista que não cumpre com a função histórica a qual estava destinada.

Ainda de acordo com o doutrinador Carlos Weis, o emprego popularizado, sem as devidas ressalvas, da expressão geracional termina por carregar para os direitos humanos aspectos os quais são inerentes às gerações em sua acepção semântica original, extraídos das Ciências da Natureza, os quais não se confundem com os acontecimentos de gênese e concretização histórica dos direitos humanos, provocando ocorrências de ambiguidade.

Portanto, realizado o devido destaque para a questão da historicidade que ultrapassa a dubiedade literal do vocábulo “geracional” resta demonstrada a complexidade presente na impropriedade do uso sem a devida cautela da



terminologia, tendo em vista a confrontação com as características fundamentais dos direitos humanos contemporâneos, em especial a indivisibilidade e interdependência, as quais refutam a perspectiva fragmentada e hierarquizada das gerações de direitos humanos.

SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E A LAVAGEM DE CAPITALS

Será destacado neste artigo a importância para a concretização dos direitos humanos e que são extremamente necessárias políticas públicas para combater esta prática delitativa, porque constitui importante mecanismo para redução das desigualdades socioeconômicas, por conseguinte destaca-se o papel das serventias extrajudiciais inseridas na Carta Magna da República Federativa do Brasil de 1988ⁱ com assento no artigo 236 o qual promulga que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público após aprovação em Concurso Público de provas e títulos.

Não obstante, no parágrafo primeiro do referido artigo 236, vem disciplinar com relevante destaque constitucional: a forma de ingresso na atividade, as regulações das atribuições das atividades notariais e registrais, a responsabilização civil e criminal dos notários e registradores e igualmente a forma de fiscalização exercida pelo Poder Judiciário; tudo objeto de matéria infraconstitucional regulado pelas Leis 8.935/94ⁱⁱ e 9.492/97ⁱⁱⁱ.

Entretanto, percebe-se que a necessidade de lei específica por exigência constitucional e a promulgação das respectivas legislações demandam bastante tempo para análise legislativa pelos parlamentares com as referidas criações de projetos de leis e debates das propostas pelos membros do Poder Legislativo. Com enfoque específico às matérias notariais e registrais, percebe-se que os projetos de leis podem durar alguns anos desde a criação do projeto para análise legislativa até a ulterior aprovação e promulgação em Lei.

Relevante destacar sobre este ponto, haja vista que muitas vezes as políticas públicas demandam atuação de maneira urgente e emergencial tendo em vista que as situações podem perder o objeto jurídico, caso não sejam adotados posicionamentos de modo mais célere possível para consecução dos objetivos de relevância social para beneficiar a coletividade.

Por tais razões, dentro dos ditames constitucionais, o Conselho Nacional de Justiça, órgão integrante do Poder Judiciário, conforme inteligência do Artigo 92, I-A, inserido pela Emenda Constitucional 45, no ano de 2004^{iv}, na Constituição Federal de 1988, detém competência constitucional para exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e fica autorizado para disciplinar a atividade correcional e disciplinar relativamente às serventias extrajudiciais notariais e de registro no Brasil.

De tal modo, com o surgimento da regulação das atividades extrajudiciais pelo Conselho Nacional de Justiça a partir de Resoluções editadas pelo Plenário do Conselho para regulamentar as atividades extrajudiciais, foi nitidamente proporcionada celeridade no âmbito legislativo; um fato que gerou conclusões legislativas e relevante destacar que gerou ainda algumas incertezas quanto à atribuição legiferante inovadora do órgão componente do Poder Judiciário, haja vista que nitidamente em algumas Resoluções e Provimentos existe entendimento que ultrapassa a mera regulação da atribuições legais, exercendo atribuição inovadora; competência exclusiva do Poder Legislativo.

Torna-se necessário, entretanto, realizar análise aprofundada das soluções propostas pelo Conselho Nacional de Justiça em cooperação com o Sistema de Controle de Atividades Financeiras - SISCOAF quanto a regulação estatal sobre as obrigações legais envolvendo as serventias extrajudiciais e a contradição quanto a atribuição de legislar sobre registros públicos ser de competência privativa da União por força do Artigo 22 da Constituição Federal, contudo devido à ausência legislativa foi devidamente regulada pelo Provimento 88 no ano de 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça^v como forma de instrumentalizar a atuação dos Tabeliães e Registradores como agentes de investigação perfunctória, e no caso prático, um instrumento interdisciplinar preventivo da lavagem de capitais com adoção de melhores mecanismos protetivos aos negócios jurídicos realizado nos serviços extrajudiciais do Brasil.

Não obstante, em razão do princípio da hierarquia das leis, as normas não podem modificar ou inovar a lei e tampouco ter por objeto a atividade notarial, isto é, matéria afeta ao direito notarial, ao direito civil ou questões de direito privado, que são de competência de lei federal por força da Constituição (art. 236, § 1, e art. 22, I).

Contudo, superada esta questão quanto a divergência doutrinária sobre a competência do Conselho Nacional de Justiça quanto a inovação, conforme leciona Leonardo Brandelli na Obra Teoria geral do direito notarial (2011)^{vi}, cabe destacar



que muitos avanços são promovidos pelas atribuições sendo muito significativa para o presente estudo o Provimento 88 emitido no ano de 2019 o qual inclui notários e registradores entre os “agentes colaboradores da fiscalização na prevenção aos crimes de lavagem de dinheiro e ao combate ao financiamento do terrorismo.

Em 2019, com o surgimento do referido Provimento 88, instrumento infralegal, muito foi discutido no âmbito da doutrina notarial e registral sobre a questão da insegurança dos usuários e a capacidade de utilização desses dados sobre movimentações financeiras que fossem reputadas como suspeitas pelos Oficiais de Registro e Tabeliães, para o combate à lavagem de capitais. Apesar que com a devida utilização de instrumentos legais em combate à criminalidade financeira fica constatada que pode evitar expressivos prejuízos que chegam a cifras de Bilhões de reais, pelos entes públicos de todo o Brasil.

Conforme Loureiro (2021, p. 112)^{vii}, aduz que os Judiciários estaduais representam os Entes Delegantes dos serviços notariais e de registro, logo detém a responsabilidade pela realização dos concursos públicos, pela outorga das delegações e pela correição, de modo que compete atribuir e estabelecer regramentos para organização dos serviços notariais e de registro. Não obstante, o Conselho Nacional de Justiça, órgão censor do Poder Judiciário, compete relevantíssima atribuição de aperfeiçoar e organizar o sistema notarial e registral, com o intuito de editar normas para harmonizar as diferentes regras estabelecidas pelos órgãos estaduais, as quais hodiernamente podem ser divergentes e provocam insegurança no sistema dos registros públicos nacional.

Cabe exemplificar, após a criação do Provimento das atribuições fiscalizatórias, as serventias extrajudiciais a partir do surgimento do Provimento 88/2019 pelo Conselho Nacional de Justiça detém atribuições obrigatórias para comunicar movimentações suspeitas de lavagem de capitais à Unidade Financeira de Inteligência por intermédio do Sistema de Controle de Atividades Financeiras – SISCOAF, conforme o artigo 6º do Provimento 88.

A regulamentação da competência, normalmente, vem disposta nos Códigos de Normas Extrajudiciais de parte dos Estados da Federação, ou seja, o regime jurídico das atribuições e com as formas de procedimentos a serem adotados pelos Oficiais de Registro e Tabeliães é determinado pelos Tribunais de Justiça Estaduais sendo estas normas compiladas, hodiernamente, em legislação única denominada Código de Normas Extrajudicial.

A título de exemplificação acrescento a inteligência do artigo 62, do referido Código de Normas Extrajudicial do Estado do Paraná^{viii} no qual visa a impugnação do valor atribuído ao bem imóvel por parte dos notários e registradores, caso constatem em escrituras públicas, contratos ou outros títulos, valores discrepantes da realidade e que demonstrem indícios do delito de lavagem de capitais, sendo o fundamento para a impugnação a comunicação do valor venal atribuído pela municipalidade; ficando constatado aqui a efetivação da cooperação das entidades para o melhor funcionamento da arrecadação tributária, por conseguinte, desenvolvimento e consecução de Políticas Públicas de Direitos Humanos.

DESENVOLVIMENTO PROMOVIDO PELAS SERVENTIAS

Ademais disso, sob a perspectiva do ramo do direito público, especialmente com enfoque no direito administrativo, os Oficiais Registradores e Tabeliães são considerados servidores públicos lato sensu, em razão de exercerem atividade de caráter público após regular aprovação em Concurso Público, entretanto, continuam exercendo a atividade sob o regime do direito privado, inclusive são considerados como particulares em colaboração com a Administração Pública, fazendo jus a concessão, após a devida aprovação em Concurso Público, outorga de delegação de serventia notarial e registral.

Inclusive, aprofundando no ramo do direito público, com fundamento no Código Tributário Nacional (CTN) os Tabeliães e Registradores são fiscais da arrecadação tributária, sendo relevante destacar que o artigo 134, do CTN, inclui os Tabeliães e Registradores como responsáveis nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte sendo responsáveis de forma subsidiária com o contribuinte nos atos em que intervirem ou pelas omissões que causarem.

Não obstante, a melhor doutrina de Luiz Guilherme Loureiro na obra Registros Públicos - Teoria e Prática (Loureiro, 2021) evidencia que a Constituição Federal exige Lei específica para tratar sobre atribuições e responsabilidades dos Oficiais e Registradores sendo esta relevantíssima função essencial para a arrecadação dos entes públicos da responsabilidade tributária regulada pela Lei Federal 9.492 de 1997, portanto, com fundamento no artigo 38 do referido diploma legislativo, a Lei que regula os Protestos, somente haverá responsabilização civil dos oficiais registradores e tabeliães em casos de culpa ou dolo, pelos prejuízos que causarem, inclusive os referentes à arrecadação tributária,



assegurado o direito de regresso contra os efetivos contribuintes, o que os torna encarregados de fiscalizar o ingresso de receitas para consecução de Políticas Públicas sociais.

Aprofundando nos instrumentos para a consecução de políticas públicas fica evidente que se trata a fiscalização arrecadatória dos tributos municipais de uma espécie de garantia da política pública redistributiva de renda a qual permite o aumento das receitas dos cofres públicos dos entes da Administração Pública os quais podem investir em benefício da população a qual é beneficiada pela atividade dos cartórios como instrumentos essenciais para garantir a segurança jurídica das relações. Inclusive com a cominação das penalidades de responsabilidade tributária e, igualmente, atentos na prevenção dos crimes envolvendo lavagem de capitais, torna-se indispensável o devido reconhecimento para a importância atividade extrajudicial notarial e registral.

Imprescindível elucidar que o termo política pública redistributiva trata dos impostos sobre as manifestações de riqueza praticadas pelos contribuintes, inclusive nos entes municipais torna-se imprescindível destacar que o fato gerador de deter no patrimônio propriedade territorial urbana é tributada com o IPTU, imposto de competência da municipalidade onde está situado o imóvel o qual, inclusive é o valor a ser tomado por referência pelos Oficiais Registradores e Tabeliães na fiscalização de valores atinentes aos imóveis negociados e quitação dos referidos tributos, sendo imprescindível a cooperação entre essas instituições jurídicas.

Ademais disso, cabe destacar que pelos ensinamentos da Teoria dos Sistemas^{ix} pelo princípio da conexão estrutural que promove o contato entre os subsistemas, sendo neste caso específico os contratos ou a escrituras públicas do subsistema social do direito no subsistema da economia pode realizar interferências positivas na sociedade em curto prazo porque vão incentivar condutas éticas por partes dos contribuintes os quais serão compilados com seus dever cívicos de prestação tributária devida, porque sabem da fiscalização que as serventias extrajudiciais estão aptas a realizar e cientes da existência de penalidades pelo descumprimento dos deveres legais.

Não obstante, além dos tributos previamente mencionados não se pode olvidar do imposto de transmissão de bens e valores imobiliários (ITBI) também de competência do ente municipal o qual deve ser mencionado a arrecadação e devida quitação no título a ser praticado pelo Tabelião para que seja possível o registro imobiliário pelo Registrador de Imóveis o qual verificará o cumprimento de requisitos do título conforme indicados pela Lei 6.015 de 1973, Lei de Registros Públicos a qual versa sobre os procedimentos de registro em âmbito nacional.

Com assento na Constituição Federal de 1988, a definição do fato gerador do imposto ITBI é: a transmissão “inter vivos” a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição, conforme artigo 156, II da Carta Magna, com a devida ressalva de que os atos só serão tributados desde que o negócio jurídico seja praticado entre duas partes vivas para que não exista conflito com a regra do ITCMD que é, claramente, de competência estadual, sendo a arrecadação tributária devidamente fiscalizada pelas Serventias Extrajudiciais - Cartórios de Notas e de Registros.

TRIBUTAÇÃO NÃO VINCULADA E SISTEMA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste ponto do presente estudo cabe destacar a importância da função arrecadatória dos impostos para a consecução das Políticas Públicas de Direitos Humanos e a relevância das atribuições fiscalizatória e arrecadatória prestadas pelas serventias extrajudiciais por Oficiais Registradores e Tabeliães de Notas que são profissionais do direito dotados de fé pública, conforme preconiza o artigo 3º da Lei 8.935 de 1994, Estatuto dos Notários e Registradores.

Ademais disso, a característica da não vinculação da espécie tributária dos impostos é ponto elementar que favorece ao fomento de Políticas Públicas de Direitos Humanos, tendo em vista que os impostos previamente mencionados, IPTU, ITBI e ISS, são as maiores fontes arrecadatórias de receitas públicas para os Municípios do Brasil e por conseguinte servem como fonte de custeio para a consecução dos orçamentos governamentais.

Ademais, quanto a revisão de literatura sobre as políticas públicas e direito público deve-se salientar que em virtude dos avanços das atividades tecnológicas, hodiernamente, haverá novidades com novos avanços podendo ser adotadas novas formas de fiscalização tributária e, igualmente, regramentos protetivos para os contribuintes e sistemas fazendários municipais para que promovam as Políticas Públicas de Direitos Humanos com o acréscimo da arrecadação gerado no combate à lavagem de capitais.



Em relação a metodologia, é imprescindível destacar a utilização do método da abordagem sistêmica proposto em virtude do estudo contar com a construção de um pensamento sistematizado por meio da evolução gradual legislativa e da interdisciplinaridade do subsistema jurídico com o subsistema social das políticas públicas a fim de produzir um acoplamento estrutural o qual permita a evolução comparativa do direito público com base na evolução social provocado pelos referenciais das políticas públicas dando-se principal relevância aos entes municipais e as serventias extrajudiciais como agentes de cooperação para incentivo e desenvolvimento dos Direitos Humanos.

Portanto, a teoria dos sistemas objetiva, por meio das aberturas cognitivas, a redução das complexidades sociais pela aplicação do método de abordagem sistêmica o qual resolve a contingência social pela especialização funcional buscada nos referenciais teóricos interdisciplinares das ciências humanas e naturais. Por tais razões, essencial a interconexão entre os referenciais dos subsistemas jurídicos e das políticas públicas sociais; todas pautadas pelos valores inerentes à Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, diante dos fundamentos aduzidos, fica evidente a essencial importância da atuação das serventias extrajudiciais notariais e de registro como instituições jurídicas no importante papel incentivador das Políticas Públicas de Direitos Humanos, tendo em vista os mecanismos de fiscalização do cumprimento de obrigações arrecadatórias dos tributos exercendo papel fundamental de sobremaneira importância no sistema arrecadatório e controle informacional de redistribuição de receitas públicas para redução de desigualdades.

Cumprido o objetivo geral do presente artigo de analisar as contribuições das serventias extrajudiciais para promover as Políticas Públicas através do cumprimento de medidas fiscalizatórias para garantir a devida arrecadação de receitas públicas através do importante papel de fiscalização jurídica dos atos praticados nos Ofícios de Notas e de Registro evitando e combatendo as implicações negativas dos crimes de lavagem de capitais.

Ademais disso sobremaneira presente interdisciplinaridade do direito com a complexidade das Políticas Públicas de Direitos Humanos, torna-se evidente que a academia precisa fomentar a abordagem da questão do desenvolvimento social no Brasil, notadamente através do estímulo das instituições e suas conexões com fim a consecução com as Políticas Públicas decorrentes do aspecto dirigente^x da Constituição Federal de 1988, estabelecendo programas de ações a ser concretizados pelos poderes públicos sob regime jurídico regulatório descentralizado, interdisciplinar e conectado nacionalmente para assegurar proteção ao sistema tributário, conforme as garantias constitucionais, prevendo direitos e deveres aos contribuintes e gestores dos orçamentos em cooperação com os representantes do ordenamento jurídicos competentes nacionais com as finalidades precípuas de promover a melhor consecução das Políticas Públicas e, por conseguinte, o desenvolvimento dos Direitos Humanos em todo o Brasil.

Não obstante, verifica-se a possibilidade de vislumbrar a legitimidade pelo procedimento célere pela edição do Provimento 88/2019 pelo Conselho Nacional de Justiça que inovou no ordenamento jurídico como forma de construção normativa com as contribuições práticas da Unidade de Inteligência Financeira (UIF) do Sistema de Controle de Atividades Financeiras - SISCOAF - o qual tem atentado para as transações nos mercados imobiliários municipais e os atos praticados pelo público em geral sob a fiscalização das serventias extrajudiciais que ocorram de forma irregular ou levantem algumas suspeitas; caracterizando hipóteses de crimes de lavagem de capitais previstos na Lei 9.613 de 1998^{xi} ou até mesmo para financiamento do terrorismo.

Nesta lógica, este artigo propicia o questionamento da ausência de regulação das Criptomoedas no Brasil, com enfoque crítico ante a elevada potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado, qual seja o sistema financeiro nacional, visto que a lacuna legislativa proporciona insegurança e condições efetivas da prática de crimes cibernéticos com enfoque na lavagem de capitais oriundas de atividades criminosas com subterfúgio do anonimato proveniente das operações financeiras criptomoedas.

Ademais, diante da revisão de leitura^{xii}, propõe ainda apresentar hipótese de reestruturação do sistema de penas para o direito penal econômico com a intermediação de um sistema alternativo que represente: prevenção, reparação e repressão, haja vista que o direito penal econômico não se confunde com o direito penal clássico, porque necessariamente deve concretizar uma mudança de paradigma, ir além da aplicação de pena privativa de liberdade, com a concepção de mecanismos inovadores de proteção aos bens jurídicos tutelados pela dogmática penal; por meio da construção de um ordenamento jurídico comunitário.



No tocante a justificativa do artigo desenvolvido, é possível perceber que a humanidade vive grandes avanços tecnológicos, mas há que se analisar, criticamente, os problemas decorrentes da globalização. Tendo em vista que a tecnologia torna possível a atuação criminosa de modo global, criminalidade supera barreiras geográficas, políticas e sociais podendo seu exercício se dar de incontáveis formas e em locais diversos.

Por todo o exposto, o presente trabalho enfatiza a necessidade de políticas públicas que promovam segurança social no âmbito e efetividade às políticas públicas através da cooperação dos estudos do direito penal econômico, tendo como fundamento essencial a iniciativa legislativa na criação de um regime jurídico operacional que previna e preveja punições para os violadores do bem jurídico tutelado do sistema financeiro nacional por conta da expansão da criminalidade financeira. Tendo em vista que esta lacuna normativa foi preenchida de modo administrativo pelo CNJ. O presente artigo visa contribuir para a consolidação dos conhecimentos e da necessidade da proteção do bem jurídico tutelado da ordem econômica financeira com assento na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Portanto, a revisão da literatura para o referido artigo está situada na conexão do universo do direito público com o direito penal econômico e suas implicações no subsistema social da políticas públicas sendo relevantíssimo frisar que os métodos de análise dos procedimentos científico e histórico, comparativo e funcionalista tem intuito de analisar qual o melhor e mais apropriado regime jurídico para assegurar o objetivo de evitar a propagação de delitos de lavagem de capitais^{xiii} proporcionando maior segurança ao sistema econômico financeiro e de políticas públicas regulando bem-estar social; tudo conforme os ditames constitucionais.

Não obstante, o universo da pesquisa, por ser amplo, está delimitado na conexão do direito penal econômico e suas implicações na consecução de políticas públicas e desenvolvimento dos Direitos Humanos no âmbito nacional. A sequência dos temas com análises das obras de direito penal econômico com enfoque nas repercussões das políticas públicas municipais propõe a mudança de paradigma da aplicação de penas, pautando-se na prevenção, conforme abordado pelo presente estudo.

Por todas as razões expostas acima, urge destacar a justificativa da relevância do tema para debate pela comunidade acadêmica fomentando inovações que as comunicações entre as instituições constituídas podem proporcionar para mudanças dos subsistemas sociais, ainda que a humanidade viva grandes avanços tecnológicos, há que se analisar, criticamente, os problemas decorrentes da globalização. Dentre esses problemas está a criminalidade financeira a qual afeta diretamente na consecução das Políticas Públicas dos entes federados.

Por último, torna-se imprescindível que sejam regulamentadas formalmente políticas públicas pelo Poder Legislativo para que, com celeridade, possam garantir os direitos referentes aos ditames tratados neste presente estudo, através da aprovação de políticas públicas que regulamentem o ordenamento jurídico de forma interdisciplinar prevendo modalidades coibidoras de práticas criminosas; tais como: a devida fiscalização dos negócios jurídicos sobre os quais recaiam suspeitas de atividades ilícitas em transações financeiras envolvendo lavagem de capitais^{xiv}, importante mecanismo de combater desigualdades socioeconômicas, as quais promovam a efetivação material de políticas públicas que permitam o desenvolvimento dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Lavagem de dinheiro – Fenomenologia, Bem Jurídico Protegido e Aspectos Penais Relevantes**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. DEODATO, Felipe Augusto Forte Negreiros. **Análise do delito de lavagem de dinheiro desde uma abordagem sobre o sujeito ativo da infração penal prévia como autor, coautor ou partícipe**. PARAHYBA JUDICIÁRIA, v XI, p. 393-411, 2018.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 474p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil internet**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2022

_____. **Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de Dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022



_____. **Lei 5.172 - Código Tributário Nacional.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2022

_____. **Lei 6.015 - Lei dos Registros Públicos.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2022

_____. **Lei 8.935 - Estatuto dos Notários e Registradores.** Estatuto dos Notários e Registradores. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios) Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2022

_____. **Lei 9.492 - Lei do Protesto.** Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2022

_____. **Lei 9.613 - Lei da lavagem de capitais.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2022

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian T. e GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça **Provimento 88/ 2019** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>**Provimento-n-88**>. Acesso em: 22 jun. 2022

CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Confisco Penal**; alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos, IBCCrim, São Paulo, 2006 (Monografias, 37).

LILLEY, Peter, **Lavagem de Dinheiro** – Negócios ilícitos transformados em atividades legais, Editora Futura, São Paulo, 2001.

LÓSSIO, Claudio Joel Brito; SILVA, Luciano Nascimento; TREMEL, Rosangela (Organizadores) **Cibernética jurídica**: estudo sobre o direito digital. Campina Grande: EDUEPB, 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos (Teoria e Prática)**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021. 1504p.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Col. Comunicação. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora da UnB, 1980

_____. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016

_____. **Sistemas Sociais. Esboço de Uma Teoria Geral**. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

PARANÁ. Código de Normas Extrajudicial do Estado do Paraná. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/codigo-de-normas-foro-extrajudicial>> Acesso em 22 jul. 2022.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro** – 2ª ed – São Paulo: Saraiva, 2015.

SERRANO, Francisco Perujo. **Pesquisar no labirinto**: a tese, um desafio possível. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2011. 157p.

SILVA, Luciano Nascimento e MELO BANDEIRA, Gonçalo Sopas de (Coordenadores). **Lavagem de Dinheiro e Injusto Penal: Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Luciano Nascimento. **Teoria do direito penal econômico e fundamentos constitucionais da ciência criminal secundária**. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial** São Paulo: Edipro, 2019.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. v. 1. 148p .



NOTAS

-
- ⁱⁱ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.
- ⁱⁱ BRASIL. Lei 8.935 - Estatuto dos Notários e Registradores. Estatuto dos Notários e Registradores. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.
- ⁱⁱⁱ BRASIL. Lei 9.492 - Lei do Protesto. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências.
- ^{iv} BRASIL. Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de Dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.
- ^v CNJ, Conselho Nacional de Justiça - Provimento 88/ 2019 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>Provimento-n-88>. Acesso em: 22 jun. 2022
- ^{vi} BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial.
- ^{vii} LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos.
- ^{viii} PARANÁ. Código de Normas Extrajudicial do Estado do Paraná Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/codigo-de-normas-foro-extrajudicial>>
- ^{ix} LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais. Esboço de Uma Teoria Geral.
- ^x SILVA, Luciano Nascimento. Teoria do direito penal econômico e fundamentos constitucionais da ciência criminal secundária.
- ^{xi} BRASIL. Lei 9.613 de 1998: dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2022.
- ^{xii} SILVA, Luciano Nascimento e MELO BANDEIRA, Gonçalo Sopas de (Coordenadores). Lavagem de Dinheiro e Injusto Penal: Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira
- ^{xiii} BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Lavagem de dinheiro – Fenomenologia, Bem Jurídico Protegido e Aspectos Penais Relevantes.
- ^{xiv} BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. DEODATO, Felipe Augusto Forte Negreiros. Análise do delito de lavagem de dinheiro desde uma abordagem sobre o sujeito ativo da infração penal prévia como autor, coautor ou partícipe.



SÉCURITÉ SOCIALE, TRAVAIL ET OCCUPATION EN AMAZONIE: NOTES SUR LE PROCESSUS AGRICOLE DU PARÁ AU 19ÈME SIÈCLE

SEGURANÇA SOCIAL, TRABALHO E A OCUPAÇÃO DA AMAZÔNIA: APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO AGRÍCOLA DO PARÁ NO SÉCULO XIX

SOCIAL SECURITY, WORK AND OCCUPATION IN THE AMAZON: NOTES ON THE AGRICULTURAL PROCESS OF PARÁ IN THE 19TH CENTURY

PEREIRA, FRANCISCO WILTON DE OLIVEIRA

Étudiant en histoire à l'Université Fédérale d'Amapá au Campus Binational d'Oiapoque
E-mail: colibriap@hotmail.com

SILVA JÚNIOR, DINALDO BARBOSA DA

Professeur à l'Université Fédérale de Campina Grande et à l'Université Fédérale de Amapá. <https://orcid.org/0000-0003-0909-0703>
E-mail: dinaldo@unifap.br

NUNES, FRANCIVALDO ALVES

Professeur à l'Université Fédérale de Pará. <https://orcid.org/0000-0002-2750-0625>
E-mail: fan@ufpa.br

SILVA, UÉDIO ROBDS LEITE DA

Professeur à l'Université Fédérale de Amapá. <https://orcid.org/0000-0003-3104-2556>
E-mail: uedioleite@gmail.com

RÉSUMÉ

Cet article fait une brève analyse de l'historiographie sur les événements de l'histoire agricole du Pará, avec comme perspective temporelle la seconde moitié de l'Empire brésilien, cherchant à récupérer les différents aspects attribués au monde de l'agriculture, dans le cadre de la mise en œuvre des centres de colonisation agricole du Pará du 19ème siècle, chercher à dialoguer avec les résultats et les perceptions promus par une vaste production académique et bibliographique.

MOTS-CLÉS: Agriculture Paraense, Noyaux Coloniaux, 19ème Siècle.

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise sucinta da historiografia acerca de eventos da História Agrícola Paraense, tendo como recorte temporal a segunda metade do Império Brasileiro, buscando recuperar os diversos aspectos atribuídos ao mundo da agricultura, no contexto de implantação dos núcleos de colonização agrícola do Pará Oitocentista, procurando dialogar com os resultados e percepções promovidas por vasta produção acadêmica e bibliográfica

PALABRAS CLAVES: Agricultura Paraense, Núcleos Coloniais, Século XIX

ABSTRACT

The present work makes a brief analysis of historiography about events of the Pará's Agricultural History, having as a perspective temporal the second half of the Brazilian Empire, seeking to recover the various aspects attributed to the world of agriculture, in the context of implementation of the centers of agricultural colonization of Pará Oitocentista, seeking to dialogue with the results and perceptions promoted by vast academic and bibliographic production.

KEYWORDS: Agriculture Of Pará, Colonial Nucleus, 19th Century.

INTRODUCTION

Dans la seconde moitié du 19^{ème} siècle, la région amazonienne a connu un ensemble de profondes transformations socio-économiques et culturelles. Il y avait eu plusieurs changements dans le scénario social de la région, en grande partie en raison du flux migratoire qui s'est produit dans la région et des recherches incessantes pour mettre en œuvre un certain idéal de "progrès" vers le nord de la colonie. La province du Pará était un riche scénario des transformations découlant de ce voyage au tournant du siècle, étant aussi un environnement qui représente les chocs culturels et sociaux qui ont dans l'immigration leur origine.

Venant d'autres régions du Brésil, ainsi que d'autres pays, les immigrants arrivant dans la province du Pará se sont installés, presque pour la plupart, dans le noyau urbain de Belém, cherchant un hébergement dans des auberges subventionnées par l'État ou des hôtels populaires, comme le notent Nery et França (2014).

Les auteurs soulignent que le flux s'est déroulé dans cette dynamique : certains immigrants restent à Belém, survivant de l'approvisionnement et de l'agence de leurs services, tandis que d'autres ont été dirigés vers les noyaux coloniaux agricoles, répartis dans tout l'intérieur de la province. (NERY; FRANÇA, 2014).

Ces colonies agricoles répondaient à l'objectif de comptabiliser l'approvisionnement de la capitale, ainsi que d'étendre le domaine territorial de la colonie impériale dans cette région à faible densité de population. Pour rendre compte de ce projet, le gouvernement brésilien a cherché à stimuler l'occupation de la région amazonienne à travers ces centres agricoles coloniaux, afin de répondre à ce que les administrateurs de l'empire prévoient d'abondance économique pour la région.

L'un des moyens d'effectuer ce domaine serait l'agriculture, qui est largement stimulée dans les localités amazoniennes de la province du Pará, et c'est ce processus agricole du Pará qui constitue l'objet d'étude de cette recherche. Dans le but de retracer une brève analyse des approches historiographiques de la seconde moitié du 19^{ème} siècle, faite sur les noyaux coloniaux agricoles comme instrument de sécurité sociale, une tentative de développement régional et de renforcement de l'occupation de la région.

À cette fin, nous avons cherché à aborder, dans le premier thème, les noyaux coloniaux agricoles brésiliens de la seconde moitié du 19^{ème} siècle et les récits historiques formulés à leur sujet, ainsi que la façon dont ceux-ci ont été représentés et quelles ont été les pratiques agricoles adoptées par eux, et comment le Pará du 19^{ème} siècle a vécu ce phénomène économique et social.

Dans le deuxième thème, l'approche portait sur la façon dont les discours des administrateurs impériaux de l'époque stimulaient les immigrants, qui apportaient des techniques agricoles dans la région du Pará, différentes de celles adoptées par les localités où les projets des centres agricoles coloniaux étaient mis en œuvre.

C'est dans le dernier thème, cependant, que le décalage entre les discours de prospérité et d'abondance se distingue, à travers les techniques exogènes de l'agriculture mises en œuvre dans la région et son contraire, représenté par l'extractivisme séculaire réalisé par les communautés traditionnelles de la province du Pará. C'est dans ce sujet que sont ponctuées les tensions entre le projet de "progrès" pour la région et la logique de la vie amazonienne.

Avec ce chemin défini, on peut voir que l'histoire agricole du Pará est riche de son déroulement dans les différentes périodes historiques, permettant d'entrevoir les tensions socioculturelles de la région, comme on le verra ci-dessous.

1 LES NOYAUX COLONIAUX AGRICOLES BRÉSILIENS DE LA SECONDE MOITIÉ DU 19^{ÈME} SIÈCLE ET LES RÉCITS HISTORIQUES

Cette étude comprend des analyses historiques sur la province du Pará au XIX^e siècle, en mettant l'accent sur le scénario agricole du Pará dans la seconde moitié du 19^{ème} siècle, En particulier en ce qui concerne les noyaux agricoles tels que la colonisation et la sécurité sociale:



Le gouvernement de la province du Pará a incité l'arrivée d'immigrants européens à se consacrer à l'agriculture. Pour cela, la colonie de Benevides a été installée le 13 juin 1875, qui comptait 87 français, 35 italiens, 33 espagnols, 11 allemands, 5 belges, 3 anglais, 2 suisses, 2 argentins et 1 américain. (...).ⁱ

Les constructions historiographiques qui ont thématiqué les premières expériences des noyaux de colonisation agricole brésilienne du 19^{ème} siècle, selon Nunes (2008), analysé l'émergence des noyaux agricoles et leurs confluences avec l'émergence du travail libre face à l'abolition de l'esclavage:

Une partie de l'historiographie, principalement du sud-est, a présenté des noyaux coloniaux et des expériences de travail libre en association avec la crise des esclaves (...) en Amazonie, les approches qui valorisaient les expériences d'implantation de colonies agricoles comme conséquence du développement de la production extractive de caoutchouc se sont distinguées (...) (NUNES, 2008, p. 16).

Les récits sur les noyaux agricoles du 18^{ème} siècle, consolidés par l'historiographie brésilienne, ont établi ces espaces comme des lieux d'expérimentation des pratiques culturelles par l'insertion d'immigrants étrangers et de colons nationaux. En raison d'un contrat signé entre le gouvernement de l'État du Pará et le citoyen italien Mario Cataruzza, la colonie Anita Garibaldi a été créée, située sur la route qui relie Castanhal à Curuçá. L'objectif serait de planter des céréales, de la canne à sucre, du café et du cotonⁱⁱ.

L'enthousiasme avec lequel le discours a été utilisé pour défendre l'immigration européenne a imprégné la fin de l'Empire Brésilien, dans les dernières décennies du 19^{ème} siècle. Dans la province du Pará, l'utilisation d'une population étrangère aurait été justifiée par les autorités administratives du Pará pour une certaine confiance que les colons européens s'adapteraient aux techniques de production agricole, acquises sur le sol national, aux spécificités climatiques et géographiques du monde rural amazonien.

Comme l'a souligné Nunes (2017), "les questions liées aux formes d'utilisation des terres en Amazonie occupent une place privilégiée dans les études historiques" (NUNES, 2017, p. 81). Les significations acquises par l'agriculture au Pará, à partir du milieu du 19^{ème} siècle, sur la recherche visant à comprendre ce processus historique. La présente étude dialogue avec des auteurs qui ont problématisé le thème des représentations sur l'agriculture du 18^e siècle. Il vise, pour ainsi dire, un bref aperçu des discussions et débats publics, des propositions et des projets impliquant le contexte des questions agricoles dans la province du Pará.

Les analyses historiographiques faites par Santos (1980) et Weinstein (1993) approchent, en analysant le contexte de consolidation des noyaux coloniaux agricoles du Pará, de la période historique désormais privilégiée. Les deux auteurs ont souligné le contexte politique de l'encouragement de la culture agricole dans la province du Pará, en raison de l'environnement économiquement favorable, observé avec l'exploitation de l'activité extractive de la production de latex, et la commercialisation conséquente du caoutchouc sur le marché international.

En ce qui concerne les projets de colonisation agricole, financés par la puissance impériale et administrés par le pouvoir provincial, Santos (1980) a présenté au 18^{ème} siècle ses considérations, corrélant le moment de structuration de ces noyaux agricoles avec l'intensification de l'activité de production gomiferousⁱⁱⁱ:

Préoccupés par le soi-disant 'abandon de l'agriculture' et conscients de la nécessité de mettre en place des centres agricoles bien structurés avec des colons liés à la terre, les dirigeants ont commencé à attacher une grande importance au problème de l'immigration depuis le milieu du 19^{ème} siècle. Il y a eu la colonisation dirigée par le gouvernement et par des individus à des fins agricoles; Les immigrants, face à l'échec des colonies, sont allés à la gomme. (SANTOS, 1980, p. 87).

Le travail de Roberto Santos a souvent été utilisé comme référence pour plusieurs études historiques du Pará du 18^{ème} siècle. Ce travail avait donc présenté la perception que la création de centres coloniaux agricoles au XIX^e, par les administrateurs de la province du Pará, face à une prétendue indisponibilité de main-d'œuvre régionale sur le terrain, montrerait l'incitation à l'insertion de "travailleurs ruraux" européens, dans le cadre des programmes de réforme de



l'agriculture, en vue d'améliorer les techniques culturales. C'est à partir de ce mouvement qu'il y a aussi un flux migratoire de colons se déplaçant vers les cannes à caoutchouc, ce qui renforce, dans les terres de la province du Pará, un impact également sur le flux des activités de culture agricole.

Les travaux produits par Batista (2004) ont soulevé des réflexions pertinentes, qui permettraient d'élargir les approches sur cette période historique. Selon son observation, la chercheuse montre que des interprétations nouvelles et cohérentes pourraient être associées à ce qui avait déjà été érigé par l'historiographie, sur l'histoire agricole du Pará. L'auteur cherche à ne pas adopter la caractérisation traditionnelle de l'économie amazonienne:

(...) Comme s'il était basé sur la collecte de genres forestiers, pour sa commercialisation ultérieure sur le marché étranger, ce qui aurait signifié qu'une 'agriculture organisée' n'avait pas été mise en œuvre dans la région" (BATISTA, 2004, p. 37).

La réalité qui aurait été évidente dans la province de Pará, dans laquelle, depuis la fin de la première moitié du 19^{ème} siècle, il y aurait déjà une "préoccupation croissante des autorités concernant l'expérience des populations de l'intérieur de la province" (NUNES, 2016, p. 118), signifierait la mise en œuvre de projets de colonisation agricole parrainés par le gouvernement impérial brésilien, à partir des années 1870.

Dans le sillage des auteurs qui ont proposé d'étudier les éléments historiques pertinents des noyaux agricoles du Pará impérial, Penteado (1967) a suggéré que les ressources rhétoriques utilisées par les autorités publiques — présidents de la province et parlementaires provinciaux — chercheraient à justifier le choix des lieux d'installation des noyaux agricoles, en utilisant les conditions naturelles de la région de Bragantina (région nord-est de la province du Pará), ce qui serait idéal — dans la perception de ces agents politiques, comme le souligne l'auteur —, et cette perception était liée à ce que l'on considérait alors comme le climat et le sol propices à la culture, éléments qui permettraient, toujours selon l'approche de Penteado (1967), un environnement de confiance exacerbé dans les activités agricoles.

C'est dans cet aspect que nous trouvons un support pour esquisser, dans le sujet suivant, une image plus large de la façon dont la culture agricole du Pará a été structurée, à partir d'un discours qui reflétait les idéaux de la fin du XIX^e siècle et toutes ses transformations socio-économiques. C'est un aspect important, car il nous permet de visualiser plus clairement comment le discours du 19^{ème} siècle a symboliquement renforcé la perception de la prospérité de la région amazonienne au cours de cette période.

2 L'AGRICULTURE ET SES DISCOURS DU 18^{ÈME} SIÈCLE

Parmi les auteurs mentionnés dans cet article, les approches faites par Franciane Gama Lacerda et Francivaldo Alves Nunes, compte tenu de l'historiographie consolidée, concernant les récits sur le monde rural du Paraná au 18^{ème} siècle ont été considérées comme opportunes, compte tenu de l'historiographie consolidée, en ce qui concerne les récits sur le monde rural du 19^{ème} siècle.

Dans la province du Pará, à partir du milieu du 19^{ème} siècle, les débats publics sur l'idée de prospérité économique que l'agriculture permettrait à la société du Pará étaient récurrents, en vue de la commercialisation des produits agricoles, qui avait dans le port de Belém un point de diffusion de la production agraire vers d'autres provinces de l'Empire Brésilien et au-delà.

Comme Nunes (2008) l'a observé, selon cette notion d'abondance de la province du Pará et de ses pratiques agricoles, elle est devenue justifiable, car l'engagement des présidents successifs de la province du Pará, en ce qui concerne les questions liées à l'agriculture, "l'objectif est, avec la création de zones agricoles, d'exercer l'exploitation des ressources forestières mises à disposition sur les terres de la région". (NUNES, 2008, p. 28).

Pour élaborer une rhétorique qui idéalisait les terres du Pará comme un lieu de richesse et de prospérité, il était opportun pour la période de grande activité extractive dans les colonies agricoles du Pará. Pour expliquer le renforcement de ce symbole, à partir de la seconde moitié du 19^{ème} siècle, comme le souligne Lopes (2002), les discours des présidents qui ont géré la province du Pará ont commencé à mettre l'accent sur les idéaux étendus de progrès de l'économie locale.



À cette fin, ont proposé les présidents provinciaux, il était nécessaire de rétablir une dynamique commerciale qui fonctionnerait en reliant les différentes villes de la région. En tant que méthode d'organisation de ce flux, la proposition d'alignement du marché intérieur a été placée en même temps que l'installation de sociétés commerciales et maritimes, afin que ces activités liées aux processus commerciaux et agricoles puissent être menées de manière dynamique.

L'assimilation des valeurs sur les techniques culturelles appropriées, également selon Nunes (2008), voire qualifiées de "modernes", concernait la dissociation des pratiques culturelles héritées de l'élément humain indigène et du colon national. Ici présentent les idéaux de "civilité", dus aux conceptions inhérentes à l'utilisation rationnelle du travail agricole, combinées aux améliorations scientifiques observées au cours du XIXe siècle.

Le statut "civilisateur" que l'agriculture aurait acquis, compte tenu des idéaux politiques de la société du Pará du 19ème siècle, a fait l'objet d'une analyse par Nunes. (2016):

(...) Il évoque une pensée de la morale et de la défense du travail comme un instrument capable de débarrasser les populations de la pauvreté et du paupérisme. Dans ces nouvelles positions, la défense de nouvelles habitudes serait fondamentale pour les meilleures conditions de vie de ces populations. (NUNES, 2016, p. 115).

L'agriculture, en ce sens, aurait acquis l'aspect d'activité imprégné des attributs qui fourniraient, en plus du développement matériel de la province du Pará, le sens d'une activité productive disciplinée, possédant les éléments d'idéalisation, de la part de cette société, découlant de perceptions qui avaient pour référence les sociétés européennes.

Outre cet aspect disciplinaire lié à l'activité agricole, un autre facteur à mentionner serait, depuis la seconde moitié du 19ème siècle, dans la circulation d'un idéal propositionnel, vers la "reformulation" des pratiques agricoles dans les terres de la province du Pará et l'association conséquente de ces idéaux avec les conceptions de "prospérité économique" et de "modernité". Ce débat était très présent parmi les auteurs qui ont problématisé ce thème, tels que Cruz (1963), Penteado (1967), Lacerda et Vieira (2015). Selon Nunes (2016):

La défense des habitudes civilisées et leur matérialisation par de nouvelles perceptions du travail et l'utilisation de techniques productives modernes seraient les éléments nécessaires de l'approche du Brésil envers les nations civilisées. Face à cette question, qui reposait sur le processus d'adoption de nouvelles habitudes, il appartiendrait à l'État, en tant que principale institution promouvant la modernisation du pays, de créer des stratégies pour sa propagation, en n'utilisant plus seulement des instruments caractérisés par l'usage de la force et de la coercition, (...) mais aussi dans l'utilisation d'un discours convaincant qui serait basé sur la défense de la civilisation et de la civilisation du pays. (NUNES, 2016, p. 116).

Cette perception du renouvellement des pratiques agricoles au 18ème siècle Pará a renforcé, dans le monde productif agricole, l'amélioration de l'agriculture comme principal capital à utiliser pour assurer le développement économique de la Province du Pará, tout à fait caractéristique des discours de ses administrateurs. En outre, l'idée de "modernité" présente dans cette société a apporté avec elle des perceptions spécifiques, du monde européen, sur le statut des pratiques portant les "valeurs de la civilisation", par opposition à tout ce qui signifiait "archaïque" ou "rudimentaire".

L'agriculture a été couverte d'un aspect "moralisateur" et "civilisateur", en tant qu'activité capable de créer l'habitude saine du travail et, par conséquent, l'ordre public; assurer l'occupation régulière de la terre, car elle a permis l'émergence de propriétaires et pas seulement d'extractivistes; au-delà de ce qui (...) produirait un ordre humain dans ce qui était considéré comme un monde naturel désorganisé, dans la mesure où les terres forestières étaient occupées par des plantations". (NUNES, 2011).

Les valeurs attribuées aux pratiques agricoles acquises jusqu'à présent par les populations autochtones et les migrants nationaux, qui sont observées dans les déclarations des autorités publiques du Pará, indiqueraient donc dans leurs



discours l'impulsion à de nouvelles expériences agricoles, pratiquées sur le sol européen, dans les dernières décennies du 19^{ème} siècle.

Bien qu'écrivant sur les débuts du Para républicain, les observations de Lacerda et Vieira (2015) peuvent suggérer que les perceptions alors présentes, indiquaient la confiance dans les avantages de la modernité que l'agriculture pourrait avoir des répercussions. En ce sens, les auteurs ont souligné:

Face à ces aspirations à la modernité, l'idée que la culture développée au Pará était 'très tardive' a pris de l'ampleur dans le discours des pouvoirs publics, ou 'stationnaire à l'époque coloniale'. Un tel problème pour les autorités du Pará ne serait résolu qu'avec l'enseignement agricole, qui, avec des bases scientifiques, préparerait l'agriculteur habitué à la 'réprimande de routine', à une production à partir de méthodes modernes. (LACERDA; VIEIRA, 2015, p. 163).

Les discours des autorités provinciales du Pará, tout au long de la période de coupure (seconde moitié du 19^{ème} siècle), en ce qui concerne la fertilité attribuée aux terres de la région de Bragantina, ont conduit à croire que les projets agricoles qui seraient mis en œuvre dans cette région du Pará - depuis 1875 - ils répondraient au développement économique et social de la province, et ce discours, souvent accompagné d'une perspective qui liait le dépassement des 'stades stagnants' du monde agricole du Pará, à l'introduction de techniques productives perçues comme porteuses de la capacité d'élargir les 'vocations' naturelles de la géographie du Pará.

Selon Penteadó (1967), il aurait été un effort politique autour de l'idée d'une « terre prometteuse » et destinée à être une « grange » de produits agricoles, pour approvisionner non seulement la capitale Belém et ses régions, ainsi que d'autres coins de l'Empire brésilien. En étudiant les expériences colonisatrices du milieu du XIX^e siècle, Penteadó (1967) a identifié des aspects qui auraient contribué à l'établissement d'images convaincantes, par les autorités politiques provinciales, vers une idéalisation des conditions naturelles de la région nord-est du Pará.

Lacerda (2015) est un auteur qui a travaillé sur la question de l'intersection du thème migratoire national/étranger, avec le contexte de la mise en œuvre des centres de colonisation agricole du Pará de la période impériale. Entre autres explications, l'auteur mentionné ci-dessus a souligné le caractère réformiste qui aurait guidé les autorités administratives du Pará, dans les dernières décennies du 19^{ème} siècle, en ce qui concerne l'introduction au Brésil de nouvelles pratiques de culture agricole. Compte tenu d'un certain enthousiasme suscité par l'idée de l'agriculture, en tant qu'activité motrice de l'activité commerciale de la province du Pará, les administrateurs du Pará ont incorporé dans le "nouveau monde prospère" amazonien la conviction que les immigrants européens revitaliseraient les pratiques agricoles, ainsi que contribuer à l'introduction de nouvelles semences et de nouveaux outils / pratiques de culture, tels que l'utilisation de machines plus modernes, de techniques de culture - telles que l'utilisation de charrue, et d'autres instruments qui facilitent et rationalisent la productivité des terres —, afin que les terres agricoles puissent être maintenues avec une population de colons, formée par une partie d'étrangers, s'étendant territorialement et évoluant dans l'amélioration de ses techniques et technologies agraires, comme l'observent del Priore et Venâncio (2006).

En ce qui concerne l'arrivée d'immigrants étrangers, Santos (2016) souligne que:

Le succès de l'occupation des noyaux coloniaux dépendait de l'image qui s'était construite dans le Pará et l'Amazonie dans son ensemble. Ces fronts de colonisation devaient, selon les objectifs de l'administration provinciale, constituer des immigrants et non, ou seulement pas seulement avec des colons nationaux. Les attirer dépendait non seulement de l'action des agents d'immigration ou des consulats, mais aussi d'une diffusion intense qui explorerait positivement le sol, le climat, la forêt, les produits agricoles et tous les aspects économiques et sociaux d'une manière qui susciterait l'intérêt des Européens à s'embarquer pour le Pará. (SANTOS, 2016, p. 62).

Ainsi, les attentes créées autour de l'immigration étrangère et de la publicité effectuée en Europe pour promouvoir la province du Pará, ont encouragé, comme l'auteur le réfléchit plus haut, une récolte prometteuse du Pará, de l'insertion d'immigrants européens, qui auraient employé sur les terres amazoniennes les techniques de culture les plus avancées acquises jusqu'à présent dans leurs pays d'origine. L'image de la casquette comme instrument d'amélioration technique



potentielle a stimulé l'ambiance de cette époque, dans laquelle l'agriculture portait le symbolisme d'une ère de modernité^{iv}.

Nunes (2008) a démontré la prédilection, de la part des autorités administratives, pour l'utilisation des colons européens, dans les terres du Pará, n'aurait pas trouvé dans la réalité quotidienne de la culture de la terre les résultats souhaités par les dirigeants politiques. "L'expérience des immigrants dans ce domaine, cependant, démontrerait qu'en pratique, ces idées se heurtaient à une série d'obstacles et à de nombreuses difficultés pour les colons." (NUNES, 2008, p. 60).

Une telle position avec laquelle les autorités publiques du Pará ont compris que le destin économique réussi aurait lieu, auquel la Province du Pará serait destinée, il montrerait une perception quelque peu éloignée de la réalité quotidienne, selon Nunes (2008), même avec toute la fertilité et l'abondance "prodigieuses" que ces terres étaient somptueuses.

Cet écart entre les attentes du flux migratoire des immigrants de différentes nationalités, composant l'environnement colique de la province du Pará et la réalité amazonienne - qui contient une longue liste d'éléments socioculturels uniques et complexes —, a été responsable d'un impact social dans la région qui a interféré directement dans le modèle d'extractivisme de la région, générant également des affrontements entre différents groupes sociaux, provoquant également des développements dans le scénario agraire de la province, comme discuté dans le sujet suivant.

3 EXTRACTIVISME, AFFRONTEMENTS ET AGRICULTURE

Du point de vue des politiciens et des autorités de la province du Pará, la présence imposante de végétation arborée serait un attribut de la fertilité que ces terres seraient aménagées et justifierait l'implantation de colonies agricoles, en utilisant plus que les temps d'un discours, dans lequel l'impulsion a prévalu la substitution des espèces forestières par des cultures agricoles régulières et commercialisables, en vue de l'approvisionnement de la ville de Belém et du développement économique de la province du Pará.

Dans ce contexte, il y avait une notion de "progrès", dans le contexte de la production rurale, dans laquelle les pratiques extractives de collecte des produits forestiers étaient perçues comme un obstacle, un obstacle au plein développement des activités agricoles de la société du Pará du 19^{ème} siècle. "L'interprétation était que les modes de production ne créaient pas les conditions nécessaires à la pleine utilisation de la terre" (NUNES, 2014, p. 3).

Dans les dernières décennies du 19^{ème} siècle, d'innombrables conflits de perspectives concernant les prétendus progrès du modèle agricole ont émergé parmi les hommes publics, les intellectuels et les hommes "alphabétisés", qui a reconnu comme un aspect incontestable de cette société l'idée qu'il y aurait dans la province du Pará une sorte de recul quant au stade de l'agriculture qui y était pratiqué jusqu'alors. Ainsi comme indiqué Nunes (2014), sur la base de conceptions diffusées dans cette société, qui percevait l'agriculture du Pará comme contre-productive, dans un contexte identifié par les agents publics:

En raison du retard de l'agriculture dans la région et qui a conditionné une fragilité de l'économie du Pará. Cette fragilité s'expliquait donc que la plupart des produits vendus provenaient de l'extraction, une activité considérée comme irrégulière et qui soumettait les hommes aux conditions imposées par la nature. (NUNES, 2014, p. 4).

Comme on peut observer, à la suite de la note de Nunes (2014), il y aurait une dichotomie dans la société du Pará, depuis de la seconde moitié du 19^e siècle, entre la production agricole et les processus traditionnels de collecte de divers produits forestiers. Selon Nunes (2014, p. 5), "à mesure que les produits extractifs ont acquis une plus grande importance dans l'agenda d'exportation (...) Il est devenu de plus en plus courant dans les rapports présidentiels de se plaindre de l'abandon de l'agriculture".

À cet égard, Batista (2004) conteste "les auteurs qui suggèrent la prédominance des activités extractives en Amazonie, maintenant depuis l'époque coloniale, maintenant au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle" (Batista, 2004, p. 43). L'auteur a montré que les activités agricoles régulières auraient vécu parallèlement aux pratiques de collecte ou d'extraction, sans qu'une activité puisse se chevaucher avec l'autre ou que l'une d'elles occupe une place hégémonique.



Selon Nunes (2014), l'agriculture en tant qu'entreprise organisée, rationnelle et systématique a été considérée par plusieurs administrateurs de la province du Pará "d'un point de vue ufaniste des gestionnaires locaux, favoriserait le développement dans toutes les régions de la province" (NUNES, 2014, p. 6).

Le contexte agricole du Pará, tout au long du 19^e siècle, reflétait des processus de culture des terres remontant à la période coloniale et qui étaient étroitement liés à l'utilisation "traditionnelle" de l'agriculture, pratiquée par l'élément indigène et les populations rurales. Ainsi, les autorités politiques du Pará qui ont exercé le pouvoir dans les dernières décennies du 19^e siècle, selon Nunes (2011), ont reconnu le:

La nécessité de lutter contre l'agriculture extensive, enrobée de pratiques considérées comme sauvages, c'est-à-dire l'agriculture basée sur l'abattage des forêts, la combustion des champs et résultant de l'adoption d'expériences de culture des peuples autochtones. (NUNES, 2011, p. 104).

La perception des divers secteurs sociaux du Pará reposait sur une corrélation appropriée entre une prétendue "crise" ou un "abandon" de l'agriculture ; et d'autre part, l'avancée des activités de collecte, en raison du contexte de l'enthousiasme pour les produits forestiers, dans le contexte de ce que l'on appelle "l'économie du caoutchouc"^v.

Le latex a été responsable d'une année de l'économie dans les provinces du nord du Brésil Impérial. Gomes note (2018) que l'un des premiers naturalistes à faire des observations sur le caoutchouc était le français La Condamine, *impressionado com as qualidades do látex obtido na Amazonie*. C'est ce naturaliste qui a été l'un des premiers responsables d'attirer le regard de l'Europe sur le latex de la région nord du Brésil. Gomes (2018) souligne le fait que l'appréciation du latex a entraîné un processus d'immigration intense dans la région, provoquant une explosion économique également pour les provinces, telles que le Pará. Et bien que l'activité d'extraction du latex ait fourni un moment de "faust" et de croissance des "revenus publics" dans le Pará du 19^e siècle, cette activité a été quelque peu interprétée comme inappropriée avec ce qui était alors considéré comme un "progrès durable", compte tenu de la relation de dépendance avec l'évolution du marché étranger des capitaux et des fluctuations résultant de ces relations économiques.

au même titre que l'activité d'extraction du latex et la production de caoutchouc, les pratiques d'extraction/plantation de certaines denrées alimentaires, comme le cacao, ont également fait l'objet de vives critiques de la part des administrateurs de la province du Pará, depuis la fin des années 1860. Selon Nunes (2014):

La culture du cacao est également identifiée comme une plantation primitive, car il n'y avait pas de plantations régulières, dépendant des 'forces de la nature' pour distribuer ces plantes le long des zones forestières. Ce mode de culture n'a pas provoqué l'abattage de la forêt, et les cacaoyers ont été plantés au milieu des arbres, presque au hasard, une situation qui a été condamnée par l'administration provinciale. (NUNES, 2014, p. 8).

D'après Nunes (2014), les objections aux pratiques extractives seraient devenues – de la part des administrateurs de la province du Pará – plus cohérentes à la fin des années 1860 et dans la décennie suivante. Même avec toute la force économique découlant des exportations de la production de latex (essentiellement l'activité de collecte, n'étant pas nécessaire une culture régulière), le débat actuel s'est approprié des éléments susceptibles de renforcer les arguments contre l'extractivisme alors pratiqué. Il a été déposé, pour ainsi dire, une plus grande confiance de la part des administrateurs de la province du Pará dans les activités agricoles organisées, considérant que "les résultats positifs de la commercialisation des genres découlant de l'extractivisme ont apporté une certaine instabilité" (NUNES, 2014, p. 14).

Ainsi, les gains économiques tirés de l'exportation et de la commercialisation des produits collectés dans la flore du Pará ont été interprétés comme porteurs d'une plus grande "volatilité", ces activités sont identifiées comme des pratiques "rudimentaires", non conformes aux attitudes et pratiques de travail idéalisées par ceux qui ont gouverné la province ou qui ont rédigé ses lois.

Analysant la question comme une tension existante entre l'agriculture et l'extractivisme, présente dans la société du Pará 19^e siècle et corroborée par ses administrateurs et ses politiciens, Nunes (2014) a observé que:



Les expériences d'utilisation de l'agriculture dans les propriétés de l'intérieur du Pará auraient montré que la culture constituait une base plus solide pour le développement économique de la province, et devait donc faire l'objet de l'attention des administrateurs. (NUNES, 2014, p. 15).

Nunes (2014) a observé que les administrateurs de la province du Pará avaient une perception commune que les pratiques agricoles qui existaient alors, reflétant les pratiques autochtones de collecte et de culture, n'offrirait pas tout le potentiel que ces terres pourraient démontrer. Comme on le voit, cependant, ces tentatives de mettre en œuvre une logique de culture et de marché essentiellement colonial se sont heurtées à des résistances à l'égard des procédures ancestrales de gestion des terres et de ses richesses.

En raison de désaccords sur la manière dont les activités agricoles de la province du Pará devraient être menées, des conflits ont été créés entre les discours formulés par les administrateurs provinciaux et la réalité posée par la culture extractive de la région, ce qui indique également que cette partie du pays a toujours été dans un état constant de tension entre les cultures envahissantes et les dynamiques de vie locales.

CONSIDÉRATIONS FINALES

La présente étude visait à présenter les positions de l'historiographie en ce qui concerne la lecture des événements liés à l'histoire agricole du Pará, en optant pour la coupe temporelle, dans les sens larges que le thème de l'agriculture a acquis dans la société du Pará, dans la seconde moitié du XIXe siècle.

L'objectif de cette enquête était une recherche succincte d'analyse de la compréhension, sur la façon dont l'activité agricole a été perçue pendant la période d'implantation des noyaux coloniaux agricoles. Par conséquent, une lecture concise visait des références telles que Batista (2004) qui auraient apprécié l'ingéniosité et la prépondérance économique de divers genres agricoles pour la province du Pará (dans la coupure de presse historique ici établie), bien que la chercheur se soit positionné contrairement au traitement donné par l'historiographie spécialisée, par rapport aux questions liées à la chaîne de production du caoutchouc, considérant que les études qui ont été ajoutées, sur les processus historiques liés au caoutchouc, présenteraient des limites, compte tenu d'une historicité plus large.

Sur la base des recherches promues par Francivaldo Alves Nunes et Franciane Gama Lacerda, par exemple, les résultats historiographiques apportés par les deux auteurs permettraient de donner plus de clarté sur ce thème, maintenant pour des lecteurs spécifiques ainsi que pour le grand public, permettant une compréhension plus large de la présence de l'agriculture dans cette société amazonienne du 19ème siècle et des points de repère historiques entourant cette activité.

Ce n'était pas un prétexte de cette recherche pour couvrir la totalité des significations et des approches des auteurs analysés ici. Cependant, le rapprochement de ces historiographies avec des études historiques, digne d'études ultérieures dans d'autres instances académiques, est compris comme pertinent et significatif, compte tenu de l'évaluation ultérieure appropriée, qui manque encore des travaux des auteurs mentionnés ci-dessus. Il convient donc de considérer que la présente étude ne contient pas les répercussions et les lectures interprétatives des études abordées ici, et considérées comme des points de référence historiographiques.

En résumé, la perception des acteurs politiques du Pará, apportée par différents auteurs, concernait les méthodes agricoles utilisées par les colons et les immigrants nationaux/étrangers à la fin du XIXe siècle. Cette perception reflétait une dimension d'idéalisation de la part des autorités constituées dans la province du Pará, ne représentant pas correctement une caractérisation fiable de la façon dont ces processus historiques se sont déroulés.

En ce sens, l'attention des historiens et des chercheurs privilégiés ici a montré combien l'histoire agricole du Pará peut être la cible de différentes approches historiographiques, fournissant à ce champ d'études le contexte opportun pour des analyses théoriques cohérentes, avec lesquels l'histoire est problématisée, permettant ainsi d'ouvrir de nouvelles perspectives sur des récits considérés comme traditionnels et établis.



RÉFÉRENCES

- BATISTA, Luciana Marinho. **Bien au-delà des lieux de production d'hévéas: élites, fortunes et hiérarchies du Grand-Para (1850-1870)**. Mémoire (Master). UFRJ, 2004.
- CRUZ, Ernesto. **Histoire du Pará**. V.1. Gouvernement de l'État du Pará: 1963.
- DEL PRIORE, Mary; VENÂNCIO, Renato. **Une histoire de la vie rurale au Brésil**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.
- GOMES, Carlos Valério Aguiar. **Les cycles économiques de l'extractivisme en Amazonie aux yeux des voyageurs naturalistes**. *Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Cienc. Hum.*, Belém, v.13, n. 1, p. 129-146, jan.-abr. 2018.
- HENRIQUES, Amilson Barbosa. **L'agriculture moderne à la fin du 19ème siècle à São Paulo**. *Revue Histoire (São Paulo)* v. 30, n.2, p. 359-380, ago/dez 2011.
- HOMMA, A.; FERREIRA, A.; FREITAS, M. & FRAXE, T. (orgs.). **L'immigration japonaise en Amazonie: contribution à l'agriculture et lien avec le développement régional**. Manaus: Edua; 2011.
- HOMMA, Alfredo. **Immigration japonaise en Amazonie**. Belém: EMBRAPA, 2016.
- LACERDA, Franciane Gama. **Une 'artère nécessaire' au progrès : le chemin de fer de Bragança (Pará, 1883-1908)**. *Revue brésilienne d'Histoire et de Sciences Sociales – RBHCS*. V.10, n° 19, Jan/Jun. 2018.
- LACERDA, Franciane Gama; VIEIRA, Elis Regina Corrêa. **'La grange amazonienne': Agriculture et nature au Pará du 19ème siècle au 20ème siècle**. *Revue Topoi*, Rio de Janeiro, v.16, n. 30, p. 157-181, jan./jun. 2015.
- MATTEI, L. F.; DA SILVA, M. C. **La transition du travail esclave au travail libre au Brésil: un processus d'accumulation primitive dans une économie dépendante**. *Rebela*, v.5, n.2. mai./ago. 2015
- NERY, Vitor Sousa Cunha; FRANÇA, Maria do Perpétuo Socorro Avelino de. **L'enseignement agricole primaire dans la province du Pará dans la seconde moitié du 19ème siècle**. Réunion de recherche en éducation du Nord et du Nord-Est. Octobre, 2014, pp. 1-17.
- NUNES, Francivaldo Alves. **Droits de propriété, agriculture et contrôle social : représentations officielles sur les villages des Indiens et les colonies agricoles de l'Amazonie, décennies 1840-1880**. *Revue d'Histoire Agraire*, n° 71, p. 79-107, abril/2017.
- _____. **Parmi les autres stratégies de domination: l'État, l'agriculture et la colonisation dans l'Amazonie du 19ème siècle**. *Clio: Revue de recherche historique*. N° 34.2, 2016. Disponible à l'adresse: <http://dx.doi.org/10.22264/cliio.issn2525-5649.2016.34.2.do.06>. Accès dans 21/05/2021.
- _____. **L'agriculture en Amazonie au 19ème siècle : production rurale et interprétation des agents publics**. *Revue d'Autres Fois*, vol 11, n° 17, 2014 p. 1-17.
- _____. **Sous le signe de la culture moderne : l'État impérial et l'agriculture en Amazonie**. Thèse (Doctorat). Université Fédérale de Rio de Janeiro, p.11, 2011.
- _____. **La graine de la colonisation : une étude sur la colonie agricole Benevides (Pará, 1870-1889)**. Mémoire (Master). Université Fédérale du Pará: 2008.
- PARA. **Données statistiques et informations pour les immigrants. Publié par arrêté de l'Exm.: M. le Conseiller Tristão de Alencar de Araripe Président de la Province du Pará**. Typographie du "Quotidien Nouvelles". Pará, 1886.
- PENTEADO, Antônio Rocha. **Problèmes de colonisation et d'utilisation des terres dans la région Bragantina de l'État du Pará**. Collection Amazonie. Université Fédérale du Pará: 1967.
- QUEIROZ, Jonas Marçal de. **Artisans du Nouveau Monde prospère : colons, migrants et immigrants à São Paulo et Pará (1868-1889)**. 249f. 2005. Thèse (Doctorat en Histoire) – USP, São Paulo, 2005.
- SANTOS, Francisnaldo Sousa. **Actions colonisatrices dans un faux pas: législation, propagande et action des colons étrangers et nationaux dans les dernières années de l'Empire et le début de la République dans le Pará**. Mémoire



(Master). Institut de Philosophie et des Sciences Humaines. Programme d'Études Supérieures en Histoire. Université Fédérale du Pará, 2016.

SANTOS, Roberto. **Histoire Économique de l'Amazonie (1800-1920)**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1980.

SARGES, Nazaré. **Belém : des richesses productrices de la Belle-Époque (1870-1912)**. Deuxième édition. Belém: éditeur Paka-tatu, 2002.

WEINSTEIN, Bárbara. **Le caoutchouc en Amazonie : expansion et décomposition (1850-1920)**. São Paulo: Hucitec, 1993.

NOTAS

ⁱ Pourtant, il y a une référence sur les populations migrantes, car "l'immigration japonaise en Amazonie est née bien avant la date officielle du 18 juin 1908, avec l'arrivée du navire Kasato-Maru, dans le port de Santos, dont le centenaire a été célébré en 2008. Il est nécessaire d'approfondir la recherche dans les vieux journaux de Manaus et Belém pour prouver la présence des japonais dans la région dès la fin du 19^{ème} siècle, du Pérou et des navires de voyageurs indépendants qui accostaient dans les ports de ces villes attirés par l'opulence des richesses en caoutchouc. Le premier recensement démographique du Brésil, tenu en 1872, indiquait déjà la présence d'un japonais vivant à Manaus et, quelques années plus tard, le Diário do Grão-Pará, Belém, État du Pará, du 7 novembre 1886, annonçait la présentation d'artistes japonais aux festivités du Círio de Nazaré à Belém." Cf.: HOMMA, Alfredo. **Immigration japonaise en Amazonie**. Belém: EMBRAPA, 2016. p. 20.

ⁱⁱ HOMMA, Alfredo. **Immigration japonaise en Amazonie**. Belém: EMBRAPA, 2016. p. 20.

ⁱⁱⁱ Extraction de *l'hévéa brasiliensis* pour la production de latex (caoutchouc). Selon Maria de Nazaré Sarges (2002), « c'est avec l'invention du pneu et avec le développement extraordinaire des transports, comme le bateau à vapeur, que la production de caoutchouc va s'intensifier. La navigation à vapeur, introduite en 1853, avait une grande importance économique pour les exportations de caoutchouc et le commerce international". SARGES, Maria de Nazaré. **Belém: richesses produisant la Belle-Époque (1870-1912)**. 2^è édition. Belém: éditeur Paka-tatu, 2002.

^{iv} Dépeignant la colonisation agricole dans la région de São Paulo, à la fin du XIX^e siècle, Henriques (2011) a apporté l'environnement qui imprégnait le monde de l'agriculture avec un profond enthousiasme avec l'amélioration technique, observée à partir du milieu du XIX^e siècle: " Comme une révolution industrielle sans fin, ces hommes ont commencé à essayer d'appriivoiser la nature en utilisant une myriade d'inventions. Chaque nouvelle invention a conduit à une chaîne d'innovations qui, à leur tour, ont ouvert des perspectives et des projections sans précédent."

^v Pour une compréhension plus large du "cycle économique" de *l'hévéa brasiliensis* dans la province du Pará: Sarges (2002).

