



OBSERVAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE A PARTE GERAL DO DIREITO PRIVADO (DIREITO CIVIL) E A TRADIÇÃO DO DIREITO ROMANO

Gábor Hamza

CONSTITUCIÓN DE UNA JUSTICIA GLOBAL DENTRO DE LOS NIVELES ASEQUIBLES DE LOS ESTADOS, ENMARCADO EN ASPECTOS CULTURALES Y RELIGIOSOS

Alex Cabello Ayzama

Carol Esmeralda Ancieta Rodriguez

ENTRE MORAL, CAPITAL, LIBERDADE E EMPODERAMENTO: VARIEDADE DOS DISCURSOS SOBRE REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO

Vinicius Efraym Siqueira Lopes Soares

Felipe Araújo Castro

A APATRIDIA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA RELAÇÃO COM UM ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO LATINO-AMERICANO

Jeissiany Batista Maia

Marco Bruno Miranda Clementino

Thiago Oliveira Moreira

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA NACIONAL E INTERNACIONAL: REFLEXÕES ACERCA DA INCLUSÃO ESCOLAR

Lucas Câmara de Assis

Mônica Maria Teixeira Amorim

REVISTA JURÍDICA



REVISTA JURÍDICA DA UFRSA

Editor-Chefe

Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

Editor-Adjunto

Dr. Marcelo Lauar Leite
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores | UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil
Dra. Ana Cláudia Farranha Santana | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes | UFF | Niterói, RJ, Brasil
Dr. Cristiano Paixão | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dr. Fernando César Costa Xavier | UFRR | Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Gustavo César Machado Cabral | UFC | Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Gustavo Silveira Siqueira | UERJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Marcelo Lauar Leite | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Mário Sérgio Falcão Maia | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Samuel Rodrigues Barbosa | USP | São Paulo, SP, Brasil
Dr. Sérgio Said Staut Júnior | UFPR | Curitiba, PR, Brasil
Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu | FDUC | Coimbra, Portugal
Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia | FDUC | Coimbra, Portugal

Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFERSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semi-Árido
v. 7, n. 14, (jul./dez. 2023) – Mossoró, 2023 –

Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semi-Árido.

CDD: 340

CDU: 34

Biblioteca Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120



REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

Pareceristas desta Edição

- Dra. Ângela Aparecida da Cruz Duran | UEMS | Paranaíba, MS, Brasil
Dra. Ângela Baptista Balliana Kock | FDV | Vitória, ES, Brasil
Dra. Angélica Denise Klein | FEEVALE | Novo Hamburgo, RS, Brasil
Dra. Cintya Leocádio Dias Cunha | UNEMAT | Cáceres, MT, Brasil
Dra. Clara de Oliveira Adão | UFC | Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Daniel Estevão Ramos de Miranda | UFMS | Campo Grande, MS, Brasil
Dr. Daniel Pessoa | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Emanuel Ferreira Melo | UERN | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Fabio Garcia Leal Ferraz | UNESP | Franca, SP, Brasil
Dr. Felipe Araújo Castro | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Francisco Geraldo Matos Santos | UFPA | Belém, PA, Brasil
Dra. Jackeline Caixeta Santana | UFU | Uberlândia, MG, Brasil
Dr. Jacson Roberto Cervi | URI | Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Jéssica Hindi Ribeiro Costa | UCSAL | Salvador, BA, Brasil
Dra. Marianna Perantoni | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Rodrigo Vieira Costa | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Ulisses Levy Silvério dos Reis | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

Assessoria Técnica

- Cíntia Mariele Freire Beserra | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Felipe Medeiros Mariz | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil



NOTA EDITORIAL

Caros(as) leitores(as),

É com muito prazer que a equipe editorial apresenta a mais nova edição da Revista Jurídica da Ufersa, encerrando o ano de 2023 com 18 artigos publicados no Volume 7. Inaugurando a edição, Gábor Hamza, da Universidade “Eötvös Loránd”, de Budapeste (Hungria), permitiu a circulação da primeira tradução de seu texto para a língua portuguesa, “Observações sobre a relação entre a parte geral do direito privado (Direito Civil) e a tradição do Direito Romano”, publicado em alemão, respectivamente em 2013 e 2020. A tradução foi realizada por Frederico Paganin Gonçalves e revisada pelo prof. Dr. Alfredo de J. Flores, ambos da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Na sequência, os artigos que compõem esse número possuem ampla vinculação com um diálogo franco com os direitos humanos na atualidade. Da Bolívia e Espanha, o autor Alex Cabello Ayzama e a autora Carol Esmeralda Ancieta Rodrigues, discutem “Constitución de una Justicia Global dentro de los niveles asequibles de los Estados, enmarcado en aspectos culturales y religiosos”. Da Universidade Regional do Cariri (URCA-Ceará) e da Ufersa, Vinícius Efraym Siqueira Lopes Soares e Felipe Araújo Castro, apresentam a pesquisa “Entre moral, capital, liberdade e empoderamento: variedade dos discursos sobre regulamentação da prostituição”.

Da UFRN (Natal), Jeissiany Batista Maia, Marco Bruno Miranda Clementino e Thiago Oliveira Moreira, abordam “A apatridia no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e sua relação com um estado constitucional cooperativo latino-americano”. Encerrando esse número, Lucas Câmara de Assis (PUC-MG) e Mônica Maria Teixeira Amorim (UNIMONTES-MG), apresentam “O direito fundamental à educação de pessoas com deficiência na perspectiva nacional e internacional: reflexões acerca da inclusão escolar”.

A finalização desse volume também marca o término da atividade de assessoria técnica de Cíntia Mariele Freire Beserra, agora egressa do curso de direito da Ufersa em 2023, que muito contribuiu com o sucesso de nossas atividades internas de edição da REJUR. Desejamos à Cíntia muito sucesso na nova etapa profissional, com nossos sinceros agradecimentos. Na oportunidade, reitero meus agradecimentos ao assistente técnico, Felipe Medeiros Mariz, e ao Editor-Adjunto, Marcelo Lauer Leite, pela diagramação e apoio constante no processo editorial. Por fim, renovo também os agradecimentos aos autores e as autoras, as(os) pareceristas e as leitoras e os leitores pela parceria e confiança em nosso periódico. A equipe REJUR Ufersa deseja uma excelente leitura.

PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL

EDITOR-CHEFE | DEZEMBRO 2023



SUMÁRIO

| Fluxo contínuo |

* * * * *

OBSERVAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE A PARTE GERAL DO DIREITO PRIVADO (DIREITO CIVIL) E A TRADIÇÃO DO DIREITO ROMANO | **1-11**

DR. GÁBOR HAMZA

CONSTITUCIÓN DE UNA JUSTICIA GLOBAL DENTRO DE LOS NIVELES ASEQUIBLES DE LOS ESTADOS, ENMARCADO EN ASPECTOS CULTURALES Y RELIGIOSOS | **12-26**

ME. ALEX CABELLO AYZAMA

ME. CAROL ESMERALDA ANCIETA RODRIGUEZ

ENTRE MORAL, CAPITAL, LIBERDADE E EMPODERAMENTO: VARIEDADE DOS DISCURSOS SOBRE REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO | **27-46**

ME. VINICIUS EFRAYM SIQUEIRA LOPES SOARES

DR. FELIPE ARAÚJO CASTRO

A APATRIDIA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA RELAÇÃO COM UM ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO LATINO-AMERICANO | **47-70**

JEISSIANY BATISTA MAIA

DR. MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO

DR. THIAGO OLIVEIRA MOREIRA

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA NACIONAL E INTERNACIONAL: REFLEXÕES ACERCA DA INCLUSÃO ESCOLAR | **71-89**

LUCAS CÂMARA DE ASSIS

DRA. MÔNICA MARIA TEIXEIRA AMORIM



OBSERVAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE A PARTE GERAL DO DIREITO PRIVADO (DIREITO CIVIL) E A TRADIÇÃO DO DIREITO ROMANO

REMARKS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE GENERAL PART OF PRIVATE LAW (CIVIL LAW) AND THE TRADITION OF ROMAN LAW

GÁBOR HAMZA*

Tradução: FREDERICO PAGANIN GONÇALVES | Revisão: ALFREDO DE J. FLORES

RESUMO

O autor do presente estudo busca a origem da noção de “Parte Geral” (“Allgemeiner Teil”, em alemão) à tradição centenária do Direito Romano (Direito Civil). Aponta que a origem do termo “Parte Geral” não pode ser encontrada nas fontes do Direito Romano clássico e pós-clássico. Os mais reconhecidos representantes da Escola Pandectística alemã, i.e., Ciência jurídica pandectista, desenvolveram o conceito de “Parte Geral” dentro do processo de preparação da codificação do direito privado (civil) durante o século XIX, utilizando, porém, da tradição do Direito Romano desde antes, i.e., da ciência jurídica medieval.

Palavras-chave: Parte Geral; Direito Romano; Pandectística alemã.

ABSTRACT

The author of this study traces back the origin of the notion of “General Part” (“Allgemeiner Teil” in German) to the century’s old tradition of Roman law (Civil law). He points out that the origin of the term “General Part” cannot be found in the sources of classical and postclassical Roman law. The most renowned representatives of the German Pandectist School i.e., Pandectist Legal Science developed the concept of “General Part” during the preparation of the codification of private (civil) law during the 19th century availing themselves, however, of the Roman law tradition dating back to the previous i.e., medieval legal science.

Keywords: General Part; Roman law; German Pandectist School.

* Professor emérito de Direito Romano – Faculdade de Direito, Universidade “Eötvös Loránd” em Budapeste, Hungria. Membro da Academia Húngara de Ciência.
gabor.hamza@ajk.elte.hu

Recebido em 28-11-2023 | Aprovado em 28-11-2023¹

¹ Artigo convidado. **Nota dos tradutores:** Texto publicado originalmente em língua alemã: HAMZA, Gábor. Bemerkungen zum Verhältnis zwischen dem Allgemeinen Teil des Privatrechts (Zivilrechts) und der Tradition des



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O CONCEITO DE *NEGOTIUM*; 2 BIPARTIÇÃO DO DIREITO CIVIL: *IUS IN RE* E *IUS PERSONALE*; 3 AS RAÍZES DA “PARTE GERAL” DO DIREITO CIVIL; 4 A “PARTE GERAL” NO SISTEMA DA PANDECTÍSTICA ALEMÃ; 5 DIVISÃO DO *IUS PERSONARUM*; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS; BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA; BIBLIOGRAFIA UTILIZADA EM NOTAS DE TRADUÇÃO.

■ INTRODUÇÃO

Sobre o sistema das Pandectas, ou seja, a estrutura das Pandectas – ou dizendo ainda em outras palavras – a sistemática das Pandectas [*Pandektensystematik*], sabe-se que reconhecidamente é o resultado de um processo de desenvolvimento secular, que havia iniciado no tempo dos glosadores e que dura do início ao fim do século XIX. Após o posterior descobrimento do *ius Romanum* do *Corpus Iuris Civilis* justinianeu, ou seja, da compilação justinianeia, que é a codificação nos manuscritos do Digesto (os chamados manuscritos florentinos, *Codex Florentinus* ou *Littera Florentina*), estabelece-se ao longo do século XII um confronto científico intensivo e frutífero com as fontes do Direito Romano (*fontes iuris Romani*) no âmbito do *Studium generale* de Bologna.

O sistema científico dos glosadores e dos comentadores (também conhecidos como pós-glosadores) foi sempre aquele do sistema das Instituições [*Institutionensystem*], elaborado (“rascunhado”) ou desenvolvido por Gaio (no século II d.C.) e pelos compiladores do Imperador Justiniano (527-568), no qual primeiramente seriam discutidos o Direito das pessoas (*personae*), posteriormente o Direito das coisas (Direito patrimonial [*Vermögensrecht*] = *res*) e, por fim, o Direito das ações (Direito processual = *actiones*).

No que diz respeito ao direito processual, referimos ao fato de que não foi desenvolvido, na Antiguidade greco-romana, um termo específico técnico para o conceito de “processo” [*Prozeß*]. Na língua latina, as palavras *procedere* e *processus* tiveram um papel somente da linguagem mais comum. Essas palavras (o substantivo e o verbo) tinham um significado algo parecido a “procedimento” [*Vorgehen*]. Posteriormente, essas palavras puderam ser interpretadas no sentido de um “processo” [*Verfahrens*] e de uma “ação” [*Handlungsweise*]. Os *termini* (palavras) *actio*, *iudicium* e *lis* [*lis/lites*] também não tinham o significado de um “direito processual” [*Prozeßrechts*] no sentido técnico.

römischen Rechts. *Studia Universitatis Babeş-Bolyai, Iurisprudentia*, n. 4, p. 395-408, out.-dez. 2020. Tradução de Frederico Paganin Gonçalves (graduando em Direito, UFRGS, com período de mobilidade acadêmica na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg). Revisão por Alfredo de J. Flores (Professor Permanente do PPGDir-UFRGS). Para efeitos de adequação aos padrões editoriais da presente Revista, os tradutores incluíram os títulos “Introdução” e “Conclusão”, bem como breves títulos que não existiam no original às seções do texto já numeradas pelo autor. Foram mantidas entre colchetes expressões específicas da língua alemã para fins de uma maior fidelidade ao texto original, bem como expressões em língua latina, próprias do estilo de escrita na área. Os tradutores agradecem ao prof. Gábor Hamza pela autorização desta publicação. Ademais, comenta-se que foi consultada uma versão anterior do texto, publicada com título próximo, mas anos antes: HAMZA, Gábor. *Historische Bemerkungen zum Pandektensystem*. *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, ISSN-e 1989-1970, n. 11, p. 150-165, out. 2013.

Bartolus de Saxoferrato (1313-1357)² e Baldus de Ubaldis (1319/1327-1400), os mais conhecidos ou mais famosos comentadores (“pós-glosadores”), não reconheceram, porém, de forma mais unívoca a categoria de *res*. A perspectiva destes separa tal categoria em duas partes: *iura in re*, por um lado, e *iura ad rem*, por outro. À primeira categoria, pertencem o *dominium* e o *quasi dominium*; por sua vez, à segunda, as obrigações [*Verbindlichkeiten*] (*obligationes*). Nessa posição, deve-se referir à circunstância de que o método dos comentadores (“pós-glosadores”), orientado à prática, leva à construção de um direito processual [*Prozessrechts*] (*ius processuale*) amplo.

Os termos técnicos ou conceitos jurídicos mencionados acima serão aplicados pelo conhecido humanista Johann Apel (1486-1536) para a fundação de uma nova categorização ou sistematização. Os conceitos de direito das coisas e das obrigações são primariamente reputáveis à atividade científica. Essas duas repartições do direito patrimonial [*Vermögensrechts*] (*ius patrimoniale*) serão, porém, formadas desde a metade do século XVII, nos princípios da “ciência pandectista” [*Pandektenwissenschaft*].

1 O CONCEITO DE NEGOTIUM

O conceito de *negotium* (*negotia*), no sentido de uma “atividade negocial jurídica” [*rechtsgeschäftliche Tätigkeit*], foi utilizado pela primeira vez por Johannes Althusius (1557/1563-1638), porém ainda sem o sentido técnico de “negócio jurídico” [*Rechtsgeschäfts*]. Em Althusius, o termo técnico *negotium iuridicum* não se manifesta, nem na sua obra “*Iurisprudentia Romana, vel potius iuris Romani ars, duobus libris comprehensa et ad leges methodi Romae conformat*”, do ano de 1586 (ver também as edições tardias da obra), nem no seu trabalho “*Dicaelogicae libri tres, totum et universum ius quo utimur methodice complectentes*” (1617).

Daniel Nettelblatt (1719-1791), que frequentou as aulas de Christian Wolff em Marburg e em Halle, é o “autor” do *negotium iuridicum*, construído a partir da teoria do *facta*, entre outras, de Althusius. Vale lembrar que Johannes Althusius fala somente de “*negotia*” no sentido de “atividade negocial jurídica” [*rechtsgeschäftlichen Tätigkeit*] (“*negotia gerere*”).³

Na literatura secundária, escreve-se frequentemente – e, desde nossa perspectiva, de forma equivocada – fazendo-se atribuição, de uma forma não muito clara, em relação ao “*negotium*” de Johannes Althusius como sendo “negócio jurídico” [*Rechtsgeschäft*] em sentido técnico. A imprecisão da terminologia jurídica (*legal terminology*) inglesa ou de uso comum de língua inglesa pode desempenhar um papel aqui que não deve ser subestimado, sendo, portanto, considerável.

² Com relação ao significado da obra de Bartolus de Saxoferrato, cf. a extensa literatura secundária recente: BELLOMO, Manlio. *Geschichte eines Mannes: Bartolus von Sassoferrato und die moderne europäische Jurisprudenz*. Jahrbuch des Historischen Kollegs, München, n. 1, p. 31-44, 1995.

³ Os dois trabalhos determinantes de Daniel Nettelblatt são: “*Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis*” e “*Systema elementare universae jurisprudentiae positivae*”. Ambos os trabalhos foram publicados no ano de 1749.

Peter Stein (1926-2016) escreveu, no que se refere a Johannes Althusius, que “[o] direito se preocupa com todos os tipos de negociação entre partes, o que ele [se referindo a Johannes Althusius G.H.] chamou de *negotia*, transações”.^{4(a)}(a)

Em seu livro “*Roman Law in European History*”, Peter Stein escreveu ainda que há “uma ênfase na noção de *Rechtsgeschäft*, a qual é essencialmente o *negotium* de Althusius, isto é, qualquer expressão da vontade pela qual uma pessoa pretende produzir uma mudança em sua posição jurídica”.^{5(b)}(b)

Reconhecidamente, isso significa que *legal transaction* na terminologia jurídica inglesa (*legal terminology*) seria *Rechtsgeschäft*, apesar de alguns autores realmente utilizarem o termo técnico *juristic act*, *juridical act* ou – muito frequentemente – *legal transaction*.

A perspectiva dada a essa temática por Michel Villey (1914-1988)⁶ é interessante e, em nossa opinião, não pode ser subestimada. Também não se poderia interpretar a palavra *actio/nes* em Franciscus Connanus (1508-1551), autor do “*Commentariorium iuris civilis libri X*”, no sentido de um “negócio jurídico” [*Rechtsgeschäfts*] (*negotium juridicum*). O fato de que a *actio* em Franciscus Connanus não possa se limitar ao direito processual, não justifica de forma alguma a interpretação dessa expressão como “negócio jurídico” no sentido técnico do termo.

2 BIPARTIÇÃO DO DIREITO CIVIL: *IUS IN RE* E *IUS PERSONALE*

Heinrich Hahn (1605-1668), o notável acadêmico jurídico (*jurisconsultus*) alemão, colocou a questão quanto à categorização ou sistematização do Direito patrimonial (*ius patrimoniale*) novamente em primeiro plano, em seu livro (ou trabalho) mais conhecido, “*Dissertatio de iure rerum et iuris in re speciebus*” (Helmstedt, 1639).

Em sua opinião, há duas *partes* do Direito civil [*Zivilrechts*]; e essas são o *ius reale* e o *ius personale*; o *ius reale* se divide ainda em *ius in re* e *in ius ad rem*. Ao *ius in re* seriam atribuídos os direitos de propriedade [*Eigentum*-], de depósito [*Pfand*-], de servidões [*Servituten d.h. Dienstbarkeiten*-], de posse [*Besitz*-] e das sucessões [*Erbrecht*], e o *iura ad rem* seria identificado – como antes – com as obrigações (*Verbindlichkeiten*). Ambas as categorias foram sendo distinguidas, uma da outra e de modo estrutural, por Heinrich Hahn, sendo que os direitos das coisas têm caráter absoluto, enquanto o das obrigações (*obligationes*) têm caráter relativo.

⁴ Cf.: STEIN, Peter. The Quest for a Systematic Civil Law. Maccabean Lecture in Jurisprudence. Proceedings of the British Academy, London, 90, p. 155, 1995.

(a) Nota de tradução: no original – “Law is concerned with all kinds of dealing between parties, which he called *negotia*, transactions.”

⁵ Cf.: STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 123.

(b) Nota de tradução: no original – “Emphasis is put on the notion of *Rechtsgeschäft*, which is essentially the *negotium* of Althusius, that is, any expression of the will by which a person intends to produce a change in his legal position.”

⁶ Cf.: VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: PUF, 1968. p. 588 et seq.

3 AS RAÍZES DA “PARTE GERAL” DO DIREITO CIVIL

A Escola Histórica alemã, enquanto uma Pandectística ou ciência das Pandectas [*Pandektenwissenschaft*], construiu, desde a estrutura extraordinariamente rica da obra científica de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e Georg Friedrich Puchta (1798-1846), o chamado sistema das Pandectas [*Pandektensystem*] e sua “Parte Geral” [*Allgemeiner Teil*].

As raízes da “Parte geral” e as do Direito de família devem ser buscadas no sistema do destacado representante do Direito natural, Samuel Pufendorf (1632-1694).⁷ Após uma detalhada introdução filosófica, o autor discutiu o Direito das pessoas individuais e, após, o Direito da unidade social superior, isto é, a família; depois, o Direito dos Estados e, por fim, o Direito entre Estados – i.e. o Direito das gentes [*Völkerrecht*], ou, como se dizia em latim, *ius inter gentes*.

Em todo esse sistema, é retomada a partição em “Parte geral” [*Allgemeinen Teil*] e partes especiais a partir das ideias (a distinção *pars generalis et specialis, iurisprudentia naturalis generalis et specialis*) dos representantes do Direito natural (*ius naturale* ou *ius naturae*), como Christian Wolff (1679-1754), e também Joachim Georg Darjes (1714-1791) e Daniel Nettelbladt (1719-1791) – esses dois últimos, alunos de Christian Wolff.

Cabe mencionar também o “*System der gesamten heutigen Civilrechtgelehrtheit*” de Christoph Christian Dabelow (1768-1830), no qual o autor segue essencialmente o sistema das Pandectas para a exposição da matéria. Esse trabalho de Dabelow começa com a “Parte Geral” [*Allgemeinen Teil*].⁸

A primeira edição dessa obra foi publicada por Christoph Christian Dabelow em 1794. O “*System der gesamten heutigen Civilrechtsgelehrtheit*”, cuja segunda edição foi publicada em 1796, constituiu a edição preparatória de importante obra em três volumes de título “*Handbuch des Pandecten-Rechts in einer kritischen Revision seiner Hauptlehren*” (Halle, 1816-1818).

Nesse trabalho de larga escala, Dabelow tentou reunir todas as matérias jurídicas. Assim, pode-se encontrar no “*Handbuch des Pandecten-Rechts*” de Christoph Christian Dabelow o Direito privado e feudal [*Lehnsrechts*] (*ius feudale*), bem como direito processual [*Prozessrecht*] e Direito da Igreja [*Kirchenrecht*]. Levando essas circunstâncias em consideração, Dabelow pode – ao lado de Daniel Nettelbladt, enquanto fundador de uma “Parte Geral” – ser considerado parte essencial e “orgânica” do sistema das Pandectas.

O moderno sistema das Pandectas foi, em sua essência, compilado pela primeira vez por Gustav Hugo (1764-1844), que era professor em Göttingen. Tendo em vista que ele acaba se desviando desse sistema – ou dessa sistemática – em pontos essenciais em edições posteriores de sua obra, de fato esse sistema pode ser encontrado propriamente pela primeira vez na primeira edição da obra “*Grundriß eines gemeinen Civilrechts zum Behufe von Pandecte-Vorlesungen*”, do ano 1807, feita por Georg Arnold Heise (1778-1851).

⁷ Cf.: PHILIPSON, Coleman. Samuel Pufendorf. In: MACDONELL, Sir John; MANSON, Edward (org.). Great Jurists of the World. Boston: Little-Brown, 1914. p. 305-344. [reprint – New Jersey: The Lawbook Exchange, 1997].

⁸ Aqui devemos referir ao fato de que Christoph Christian Dabelow estava habilitado [Professur] a dar aulas em Halle a partir de 1791 (na chamada “universidade da reforma” [Reformuniversität] de Halle, que seria fundada no ano de 1694). Após a dissolução da Universität Halle, foi professor em Dorpat (hoje Tartu, na Estônia).

A “Parte Geral” do sistema das Pandectas, isto é, seu conteúdo, é sem dúvida uma criação autônoma da Pandectística alemã ou da ciência das Pandectas [*Pandektenwissenschaft*]. O Direito das pessoas e a parte sobre a defesa dos direitos se enraízam indubitavelmente no Direito Romano (*personae* e *actiones*), enquanto as partes sobre direitos subjetivos e sobre a teoria do negócio jurídico (*Rechtsgeschäftslehre*) se originam em grande parte na doutrina do Direito natural (*doctrina iuris naturae; doctrina iuris naturalis*). No sistema das Pandectas [*Pandektensystem*], o direito de família seria autônomo ou independente. O Direito de família se separa, conseqüentemente, do Direito das pessoas [*Personenrecht*] (*ius personarum*).

O Direito de família seria tratado pela primeira vez como uma “matéria jurídica autônoma” a nível legislativo no *Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR, 1794). Os fundamentos filosóficos da autonomia do Direito de família têm raízes na forma de pensar jusnaturalista de Christian Wolff, que se relaciona com os chamados “círculos concêntricos” [*konzentrischen Kreisen*].

4 A “PARTE GERAL” NO SISTEMA DA PANDECTÍSTICA ALEMÃ

Após tais precursores, o sistema das Pandectas foi trabalhado em sua totalidade por Georg Friedrich Puchta e Friedrich Carl von Savigny, que notoriamente *não* seguiram os ensinamentos de Gustav Hugo em Göttingen.

Nas “*Pandekten*” de Puchta, as matérias jurídicas são dispostas em quatro partes, já existente a Parte Geral, sendo discutidos então os direitos das coisas, as obrigações, o Direito de família e, por fim, o Direito das sucessões. Na primeira seção da Parte Geral, fala-se a respeito das “prescrições jurídicas” [*Von den Rechtsvorschriften*] (i.e. a doutrina das normas jurídicas); por sua vez, na segunda seção são discutidas as “relações jurídicas” [*Rechtsverhältnisse*], enquanto que, na terceira, a aplicação das normas jurídicas e, por fim, na quarta, os direitos de personalidade (“Os direitos da própria pessoa” [*Die Rechte an der eigenen Person*]).

Dois anos após a publicação do “*Lehrbuch der Pandekten*” (1838) de Georg Friedrich Puchta, Friedrich Carl von Savigny começa a publicar a Parte Geral de seu grandioso e pioneiro trabalho “*System des heutigen römischen Rechts*”^(c).

Nessa obra composta em oito volumes, as matérias jurídicas são expostas dentro do sistema das Pandectas e, assim, em sua estrutura (sistemática) definitiva: (a) Parte Geral [*Allgemeiner Teil*]; (b) Direito das coisas [*Sachenrecht*]; (c) Direito das obrigações [*Obligationenrecht*]; (d) Direito de família [*Familienrecht*]; e (e) Direito das sucessões [*Erbrecht*].

O direito processual já constituía, do ponto de vista da ciência das Pandectas, um ramo independente, isto é, autônomo do direito [*Rechtswweig*] (em francês: *branche du droit*; em inglês: *branch of law*)^(d).

^(c) Nota de tradução: SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Vol. I-VIII, Berlin: Veit & Comp., 1840-1849.

^(d) Nota de tradução: foi publicada recentemente tradução de outro texto do mesmo autor sobre o tema da divisão em “ramos jurídicos”, de maneira mais aprofundada. Para tal, cf.: HAMZA, Gábor. A classificação (divisio) em ‘ramos’ de sistemas jurídicos modernos (ordenamentos) e tradições do Direito Romano. Trad. de Nathalia Kosinski Rodrigues e Alfredo de J. Flores. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, v. 52, p. 03-39, ago. 2023.

5 DIVISÃO DO *IUS PERSONARUM*

O Direito das pessoas [*Personenrecht*] seria então “dividido” [*aufgeteilt*] pelo sistema das Pandectas. Nele, uma parte do *ius personarum* se encontra na Parte Geral, enquanto institutos específicos do Direito das pessoas estariam regrados pelo Direito de família. Deve ser enfatizado que a ideia de “divisão” ([*Aufteilung*] *divisio*) do Direito das pessoas já poderia ser encontrada nos trabalhos de Samuel Pufendorf (1632-1694), Christian Thomasius (1655-1728) e Joachim Georg Darjes (1714-1791).

■ CONCLUSÃO

Já foi aceito que o sistema das Pandectas foi organizado e concebido pelos romanistas, isto é, pelos representantes do Direito Romano, como também pelos diversos e importantes representantes da direção germanística da Escola Histórica do Direito. Com relação a isso, deve ser ressaltado que Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854), Georg Beseler (1809-1888) e Otto von Gierke (1841-1921) apresentaram o Direito Germânico, o *ius Germanicum* ^(e), a partir do sistema das Pandectas.

O sistema das Pandectas influenciou mais além também notórios representantes do Direito comercial, como por exemplo Heinrich Thöl (1807-1884). E o mesmo se pode perceber também em alguns dos renomados representantes do Direito Público [*öffentlichen Rechts*] (*ius publicum*), como seria, por exemplo, Paul Laband (1838-1918). Também diversos representantes do Direito Internacional (Público) (Direito das gentes [*Völkerrechts*], *ius inter gentes*) utilizaram do sistema das Pandectas para apresentar a matéria jurídica de forma sistemática.

^(e) Nota de tradução: o “Direito germânico” aqui assinalado é o Direito comum entre as nações germânicas, dentro do sentido de unidade da época, construído em oposição ao Direito Romano desde o final da Idade Média – daí a expressão no texto original em alemão “das einheimische germanische Recht”, como tradução de “ius Germanicum”. Cf., no sentido da compreensão de um Direito comum a ser estudado pelos jus-germanistas: KOSCHAKER, Paul. Europa y el Derecho Romano. Trad. José Santa Cruz Teijeiro. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, 1955. p. 224-234. Cf. também, enquanto contributo histórico para a configuração e delimitação do campo de estudo da jus-germanística: EICHHORN, Karl F. Ueber das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Berlin, v. 1, p. 124-146, 1815.

REFERÊNCIAS^(f)

BELLOMO, Manlio. Geschichte eines Mannes: Bartolus von Sassoferrato und die moderne europäische Jurisprudenz. *Jahrbuch des Historischen Kollegs*, München, n. 1, p. 31-44, 1995.

PHILIPSON, Coleman. Samuel Pufendorf. In: MACDONELL, Sir John; MANSON, Edward (org.). *Great Jurists of the World*. Boston: Little-Brown, 1914. p. 305-344 [reprint: New Jersey: The Lawbook Exchange, 1997].

STEIN, Peter. The Quest for a Systematic Civil Law. Maccabean Lecture in Jurisprudence. *Proceedings of the British Academy*, London, n. 90, p. 147-164, 1995.

STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: PUF, 1968.

BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

BERGFELD, Christoph. *Franciscus Connanus (1509-1551): Ein Systematiker des römischen Rechts*. Köln – Graz: Böhlau, 1968.

BÖHMER, Gustav. *Einführung in das bürgerliche Recht*. 2. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1965.

BOULET-SAUTEL, Marguerite. Sur la méthode de la Glose. *Annales d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, v. 2, p. 21-26, 1985.

BOULET-SAUTEL, Margarite. L'exégèse, la glose et leurs corps de référence. *Droits*, Paris, v. 24, p. 17-29, jan. 1996.

CARBASSE, Jean-Marie. *Introduction historique au droit*. Paris: PUF, 1998.

COING, Helmut. Trois formes historiques d'interprétation du droit – Glossateurs, pandectistes, École de l'exégèse. *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, v. 48, p. 531-543, juillet-décembre 1970.

COING, Helmut. Zum juristischen Prozeßbegriff. In: FABER, Karl-Georg; MEIER, Christian (org.). *Historische Prozesse*. München: Deutscher Taschenbuch-Verlag, 1978. p. 365-373.

ELEMÉR, Pólay. *A pandektisztika és hatása a magyar magánjog tudományára*. Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominata, Sectio Iuridica et Politica, Tomus XXIII, Fasc. 6. Szeged: Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara, 1976^(g).

^(f) Nota de tradução: constam nesta lista de referências somente as fontes secundárias que foram citadas; já as várias fontes bibliográficas primárias que são mencionadas pelo autor estão dentro do corpo do texto, sem maiores detalhamentos. Em vista dessa estratégia do autor, os tradutores optaram por fazer a separação da bibliografia, apresentando na sequência parte do listado do autor – que propomos que deva ser entendida como “recomendada” – mas que não está citada especificamente no texto final desta pesquisa. Por fim, está a bibliografia utilizada nas notas de tradução.

^(g) Nota de tradução: o autor identificou o título desta obra com essa tradução ao alemão – “Die Pandektistik und ihr Einfluß auf die Wissenschaft des ungarischen Privatrechts”.

ESCHBACH, Prosper-Louis-Auguste. *Introduction générale à l'étude du droit*. 3. ed. Paris: Cotillon, 1856.

ESMEIN, Adhémar. *Cours élémentaire d'histoire du droit français: à l'usage des étudiants de première année*. Paris: Recueil Sirey, 1925.

FLACH, Jacques. Les glossateurs et les bartolistas selon Cujas. *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger*, v. 7, p. 205-227, mar./abr. 1883.

FLACH, Jacques. *Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge*. Paris: L. Larose et Forcel, 1890.

FÖLDI, András; HAMZA, Gábor. *A római jog története és institúciói*. 26. ed. Budapest: Novissima Kiadó, 2022.

GAUDEMET, Jean. *Les naissances du Droit: Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 2006.

GILISSEN, John. *Introduction historique au droit civil*. Partie I: Histoire des sources du droit. Bruxelles: Université Libre de Bruxelles, 1965.

GÖNNER, Nikolas Thaddäus. *Handbuch des deutschen gemeinen Prozessrechts in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigen Gegenstände*. Bd. I. Erlangen: Palm, 1801.

GOURON, André. *Droit et coutume en France au XII et XIII siècles*. Adershot: Routledge, 1993.

GOURON, André. *Bologne: un modèle inaccessible aux juristes européens du XI^e siècle?* In: KRYNEN, Jacques. (org.) *Droit romain, jus civile et droit français*. Toulouse: Presses de l'Université Toulouse Capitole, 1999. p. 189-199.

HAMZA, Gábor. *Le développement du droit privé européen: Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne*. Budapest: Bibliotheca Iuridica, 2005.

HAMZA, Gábor. The Classification into Branches of Modern Legal Systems and Roman Law Traditions [“La clasificación en ramas de los sistemas legales modernos y tradiciones del Derecho romano”]. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 2, n. XXVII, p. 443-472, 2006.

HAMZA, Gábor. *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition*. Budapest: Botvös Universitätsverlag, 2009.

HAMZA, Gábor. *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano*. Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2013^(h).

LEHMANN, Alfons J. Nettelblatt und Dabelow als die eigentlichen Begründer eines allgemeinen Teiles. In: *Festschrift für Dr. Gerhart Maier zum 65. Geburtstag*. Karlsruhe: [s.n.]: 1994. p. 39-58.

LIPP, Martin. *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980.

MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. München: C.F. Müller, 1982.

^(h) Nota de tradução: após a publicação do texto original em alemão, foi publicada versão em espanhol da obra citada – HAMZA, Gábor. Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano. Madrid / Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2022.

- MENEZES CORDEIRO, António. Evolução juscientífica e direitos reais. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 45, p. 71-112, 1985.
- NÖRR, Knut Wolfgang. Ordo iudiciorum und ordo iudiciarius. *Studia Gratiana*, v. 11, p. 327-343, 1967.
- NÖRR, Knut Wolfgang. *Naturrecht und Zivilprozeß*: Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert. Tübingen: Mohr, 1976.
- NÖRR, Knut Wolfgang. *Iudicium est actus trium personarum*: Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa. Goldbach: Keip, 1993. p. 03-17.
- OURLIAC, Paul. *Etudes d'histoire du droit médiéval privé*. Paris: Picard, 1979.
- OURLIAC, Paul. *Histoire du droit français de l'an mil au Code civil*. Paris: A. Michel, 1985.
- RÖTTGERS, Karl. Anmerkungen zum Ursprung des juristischen Prozeßbegriffs. *Archiv für Begriffsgeschichte*, v. 29, p. 116-124, 1985.
- SCHWARZ, Andreas B. Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, v. 42, p. 578-610, 1921.
- SCHWARZ, Andreas B. *Rechtsgeschichte und Gegenwart*. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung. Hrsg. von H. Thieme und F. Wieacker. Karlsruhe: C.F. Müller Verlag, 1960. p. 01-25.
- STEIN, Peter. The Quest for a Systematic Civil Law. Maccabean Lecture in Jurisprudence. *Proceedings of the British Academy*, London, 90, p. 147-164, 1995.
- STEIN, Peter. *Römisches Recht und Europa*: Die Geschichte einer Rechtskultur. Frankfurt am Main: Fischer, 1997.
- STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- TESTU, François-Xavier. Les Glossateurs : Regards d'un civiliste. *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 279-303, abr./jun. 1993.
- VIOLLET, Paul. *Histoire du droit civil français*. Paris: L. Larose & Forcel, 1893.
- WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- WILHELM, Walter. *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*: Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958. [Frankfurter Wissenschaftliche Beiträge, v. 14].
- ZITELMANN, Ernst. Der Wert eines «allgemeinen Teils» des bürgerlichen Rechts. *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, v. 33, p. 01-32, 1906.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA EM NOTAS DE TRADUÇÃO

EICHHORN, Karl F. Ueber das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Berlin, v. 1, p. 124-146, 1815.

HAMZA, Gábor. A classificação (*divisio*) em ‘ramos’ de sistemas jurídicos modernos (ordenamentos) e tradições do Direito Romano. Trad. de Nathalia Kosinski Rodrigues e Alfredo de J. Flores. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 52, p. 03-39, ago. 2023.

HAMZA, Gábor. *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*. Madrid / Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2022.

KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Trad. José Santa Cruz Teijeiro. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, 1955. p. 224-234.



CONSTITUCIÓN DE UNA JUSTICIA GLOBAL DENTRO DE LOS NIVELES ASEQUIBLES DE LOS ESTADOS, ENMARCADO EN ASPECTOS CULTURALES Y RELIGIOSOS

CONSTITUTION OF A GLOBAL JUSTICE WITHIN THE AFFORDABLE LEVELS OF THE STATES, FRAMED IN CULTURAL AND RELIGIOUS ASPECTS

ALEX CABELLO AYZAMA* | CAROL ESMERALDA ANCIETA RODRIGUEZ**

RESUMEN

El concepto de justicia universal o global fue ganando espacio, más con el surgimiento de pandemia. Es así que el objetivo de este artículo académico es abordar la problemática asociada al concepto de justicia universal o global, centrándose en los aspectos culturales y religiosos que lo rodean. Para lograr esto, se enfoca en el análisis a partir de la comprensión de Ferrajoli sobre la constitución de la justicia global como marco teórico y metodológico. A medida que se explora este concepto, se destacarán sus limitaciones y posibilidades en diferentes regiones, dada la complejidad de definirlo debido a las diversas implicaciones políticas y culturales. De esta manera, se llega a la conclusión de que, aunque la idea de una justicia global universal puede parecer utópica y difícil de implementar sólidamente en términos de igualdad y justicia, es necesario abrir un diálogo que permita rescatar algunos de sus puntos clave en la promoción de los derechos humanos y la dignificación de la humanidad.

Palabras clave: Derecho universal; justicia universal; derechos humanos; constitucionalismo global; transconstitucionalismo.

ABSTRACT

The concept of universal or global justice has been gaining ground, particularly with the emergence of the pandemic. Thus, the objective of this academic article is to address the issues associated with the concept of universal or global justice, focusing on the cultural and religious aspects that surround it. To achieve this, it centers its analysis based on Ferrajoli's understanding of the constitution of global justice as a theoretical and methodological framework. As this concept is explored, its limitations and possibilities in different regions will be highlighted, given the complexity of defining it due to diverse political and cultural implications. In this way, the conclusion is reached that, although the idea of universal global justice may seem utopian and challenging to solidly implement in terms of equality and justice, it is necessary to open a dialogue that allows for the rescue of some of its key points in the promotion of human rights and the dignification of humanity.

Keywords: Universal law; universal justice; human rights; global constitutionalism; transconstitutionalism.

* Professor de Direito na Universidad Privada Domingo Savio, Cochabamba, Bolívia.
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, Brasil.
ayzamalex@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-0706-2293>

** Mestre em Direito Universidad de Sevilla.
esmeraldaancieta@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-6663-6595>

Recebido em 02-05-2023 | Aprovado em 10-09-2023



SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN; 1 REFLEJO HISTÓRICO; 2 JUSTICIA GLOBAL UNIVERSAL Y COSMOPOLITISMO; 3 ALCANCES REGIONALES Y CONNOTACIONES CULTURALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN SUSTANTIVA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL UNIVERSALIDAD; 4 PROBLEMAS DE EJECUCIÓN Y UTOPIA CONTEMPORÁNEA; CONCLUSIONES; REFERENCIAS.

■ INTRODUCCIÓN

Resulta compleja la tarea de encontrar una definición sobre justicia universal o global, dado que la concepción de dicha tesis es heterogénea acorde a las implicancias políticas y culturales de una determinada región, cuyas aproximaciones se efectúan acorde a los modelos occidentales implantados dentro del sistema internacional, es así que en el presente documento se pretenderá definir en primera instancia el significado de justicia global universal y su implicancia con el cosmopolitismo jurídico contemporáneo, cuya concepción se orienta a la transformación mundial en ciudadanos debido a la difícil extensión de la justicia distributiva a los habitantes de otros Estados, que en si impide concretar la “universalidad” y la constitución sustantiva de los derechos humanos (DDHH) y los derechos fundamentales.

En ese sentido, se tratará de demostrar el logro de los DDHH, pero solo a nivel regional, debido a que los contextos culturales y religiosos que permiten y han permitido una pluralidad de interpretaciones y adopción de algunos de los principios consuetudinarios del derecho internacional público (DIP), que se aprecian transversalizados – como el derecho a la vida, la libertad, etc. – y que nacen de un paradigma común y aceptado a nivel mundial. Además de reflejar que es esta misma pluralidad la que ha impedido que se concrete una justicia universal, entrando aquí en un dilema polémico, pues el forzar su constitución no iría solo en contra de un principio del DIP - como la no injerencia en asuntos internos del Estado - sino que, culturalmente representaría una pérdida de la cosmovisión y riqueza patrimonial de la humanidad, pues si se pretende aplicar un mismo sistema de justicia global, se dejaría de lado la cultura propia de cada región, es por ello que los sistemas regionales de DDHH han tenido éxito en su ejecución y no así la consagración de un justicia universal global.

De igual manera y de forma breve, se pretende hacer alusión a los problemas de implementación de la justicia global, que parte de la creación de la organización de naciones unidas (ONU) en torno a los intereses de los miembros permanentes, que se afianza al momento de consolidar instrumentos internacionales en materia de protección de DDHH – al igual que los derechos de 1ra, 2da y 3ra generación – y los problemas de la desigualdad social y brechas de desarrollo que provocan directa e indirectamente en los países y continentes en vías de desarrollo, evidenciando que no es posible poner en marcha directa la teoría de Ferrajoli, sobre la igualdad social y el cosmopolitismo, dado que el implementar una justicia de carácter universal implicaría primeramente, el lograr que todos los países del mundo reduzcan sus brechas de igualdad al mínimo, en segundo lugar, sería necesaria la modificación de todo el sistema internacional y por último se demostrara como tercer punto, la necesaria compilación de los instrumentos internacionales tomando en cuenta las matices culturales y religiosas de cada continente, que en el fondo implica un trabajo detalladísimo con cada país, que como se ve

por sí solo, representa una tarea titánica, al cual, los Estados miembros aún no están listo ni dispuestos a ejecutar.

1 REFLEJO HISTÓRICO; JUSTICIA GLOBAL UNIVERSAL Y COSMOPOLITISMO

Indudablemente la historia del hombre se ha visto rodeada por medio de un avance sustantivo de los DDHH y de la justicia misma, fruto del progreso relativo a las grandes violaciones de los derechos más básicos y fundamentales a lo largo del devenir de la historia. Si bien el derecho y la justicia tiene sus albores en la antigüedad, la terminología de “Justicia Universal” es de carácter reciente y de frecuente pronunciamiento, cuyo análisis dentro del mundo académico y en el ámbito internacional, llega hasta la concepción de sí en el siglo XX, sin embargo, tratadistas como Garraud que parte de antecedentes tan remotos como las sagradas escrituras, han efectuado un aporte al cimentar a dicha tesis, así bien, Donnedieu de Vabres sitúa sus orígenes aun a tiempos más remotos en el siglo VI; donde se plantea la universalidad del sistema propiamente como punto de partida, constituido por medio del Código Justiniano.

Si se aplica un análisis retrospectivo a la edad media cristiana, enmarcada dentro de la filosofía jurídica y por intermedio de la iglesia; se aprecia el surgimiento de concepciones relativas a la justicia universal, con una fundamentación dentro de la ética y la moral que llevan como batuta los predicamentos de la religión – como la teoría de Santo Tomás de Aquino, dentro del catolicismo - que a lo largo del tiempo va evolucionando y condensándose hasta la concepción que hoy en día se sostiene y que a la fecha no termina de cuajar en un estándar sustantivo aplicable dentro de la comunidad internacional.

Ahondar en la historia de la concepción de la justicia global universal implicaría una amplia capitulación a lo largo de la historia, cuyo punto de partida de esta hipótesis parte del análisis de su posible aplicación sustantiva y formal dentro del marco del DIP, los DDHH y las connotaciones culturales y políticas que dificultan y/o enriquezcan su ejecución práctica. Generar una única concepción de esta terminología, implica una labor complicada, debido a la pluralidad que envuelve a esta expresión y su intrínseca relación con la cultura y política propia de cada región, pues “no existe una definición de jurisdicción universal generalmente aceptada en el Derecho internacional convencional o consuetudinario...”¹, p. 44, sin embargo, las aproximaciones se efectúan acorde a los modelos occidentales que se han ido propugnando a lo largo del tiempo, como base para asentar un concepto de la justicia global universal, pero que no sea logrado, resaltando de sobremanera el gran déficit y fracaso de los derechos sociales y económicos, que a la vez genera un efecto replicador en los derechos civiles y políticos y que diversas concepciones han impedido la implantación de un modelo tradicional de justicia e igualdad. Partiendo de un punto básico, se logra comprender la justicia desde la igualdad de la teoría de Rawls que la concurrencia de ciertos

¹ Tribunal Internacional de Justicia, “Sentencia de 14 de febrero de 2002. Asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000, República Democrática del Congo c. Bélgica”, Voto disidente de la Jueza Van den Wyngaert.

requerimientos liberales incluyendo un fuerte componente de igualdad entre los ciudadanos, pero que este es un requerimiento específicamente político que se aplica a la estructura básica de un estado-nación unificado. Este componente no se aplica a las elecciones personales (no políticas), de los individuos que viven en esa sociedad, ni tampoco a las relaciones entre una sociedad y otra u entre los miembros de diferentes sociedades. La justicia igualitaria es una exigencia de la estructura política, económica y social interna del estado-nación y no puede ser extrapolada a un contexto diferente, que requiere estándares diferentes.², p. 174

Esta idea de doble transformación en el ámbito jurídico en cuanto al relacionamiento dentro de la comunidad global – actores internacionales, multinacionales – ha dado lugar a la definición diversa de justicia, porque se ha visto notablemente influenciada por las normas transnacionales de los sujetos involucrados directa o indirectamente en esta concepción, que han tenido efecto dentro de la conducta interna de los Estados y la aplicación que es conocida como globalización, que, en síntesis “...ayuda a explicar por qué —global está desplazando a —internacional tanto en la teorización explicativa como en la moral.

Este cambio terminológico refleja que están ocurriendo muchas más cosas a través de las fronteras nacionales que antes. También refleja que la distinción entre los ámbitos nacionales e internacionales se está disolviendo...”³, p. 103 Es decir, amplía su mirada a un eje descentralizado de justicia, partiendo del hecho que se logra convivir como humanidad y que parte de la filosofía jurídica como idea de la existencia de la desigualdad. Pero, esta idea no solo se enfoca como complemento de estudio la base normativa interna, sino las reformas de estas fronteras nacionales y como pierden su significado de forma dogmática al asignarle un rol tradicionalmente moral por un lado y de constitucionalismo y DDHH por otro⁴; pues el propio concepto de justicia global rompe la separación tradicional entre lo que significa las relaciones *intra - nacionales* y lo que se concibe como relaciones *inter - nacionales*, extendiendo el análisis moral dentro de todo el campo universal, cuya concepción tradicional del mundo de las relaciones internacionales, se da donde solo los Estados juegan un papel, que a lo largo resulta incompleta, dado el crecimiento exponencial de agentes (como las transnacionales y ONG’s) que cuentan con un rol importante en este plano internacional a la hora de constituir una justicia global, que van vestidos de capacidad de suscripción de acuerdo con los Estados, los cuales se enmarcan de privilegios internacionales de endeudamiento a través de sus plenipotenciarios, que en la mayoría de los contextos no cuentan con la participación ciudadana que al final termina satisfaciendo la obligación contraída por medio del endeudamiento que genera un efecto empobrecedor.

² Raws, 1971, p.103 apud Thomas, 1971.

³ POGGE, Thomas. ¿Que es la justicia global?. Revista de Economía Institucional, Bogotá, v. 10, n. 19, p. 99-104, jul./dez., 2008.

⁴ En realidad, los conceptos de soberanía continúan informado las relaciones de cohabitación y conflicto, inclusión y exclusión, que existen entre los estados y los pueblos y las personas. No obstante, ambas nociones no solo han permitido mucho de su efectividad y legitimidad como medios para proporcionar paz interna e integración política y para garantizar derechos fundamentales, sino que además están reñidas con lo que llamare el paralelismo constitucional que informa tanto la idea de *Rechstaat* como el actual entendimiento de del derecho internacional. (Ferrajoli, 1998, p. 1)

Bajo ese mismo entendimiento, “...estos privilegios son destructivos por que proporcionan incentivos poderosos para la adquisición y el ejercicio antidemocrático del poder político, lo que lleva a los golpes de Estado y las guerras civiles que son tan comunes en los países en desarrollo.”⁵, p. 104 Que advierte una notoria desventaja del orden internacional en cuanto a las responsabilidades indirectas de los agentes extranjeros sobre los propios Estados y su implicancia en la pobreza y sub desarrollo que generan desigualdad e injusticia indirectamente enmarcadas dentro de una concepción tradicional que no cuente con una adecuación moral. En cambio, dentro de un nuevo marco asociado con la Justicia Global, si es importante el impacto causal del diseño del orden institucional global, donde se aprecia el impacto directo e indirecto sobre las condiciones de vida de los seres humanos.

Por lo que la justicia es constituida como uno de los valores de carácter político más importantes, definiendo las condiciones de desarrollo de la vida dentro una determinada comunidad, que en cuanto a la filosofía política contemporánea, la justicia global nace de la percepción y la razón que surge ante los hechos de que el mundo no es justo ni igualitario, denotando una abismal diferencia entre los seres humanos y las brechas sociales que surgen a raíz de la pobreza, debido a la desigual redistribución de la riqueza, que genera que un pequeño grupo social aventajado cuente con mayor acceso a sus derechos y mayor poder adquisitivo, por ende, un menor índice de vulneración de sus derechos económicos y políticos, en cambio esta síntesis no se aplica igualitariamente para el otro porcentaje que es mayoritario y que se encuentra por debajo del estándar promedio de vida.

En esta parte, la “...teoría de la justicia que se usa para plantear cuestiones de justicia global es una versión del contractualismo Kantiano, que concibe los acuerdos globales como el resultado de un acuerdo entre personas que buscan superar el estado de naturaleza para pasar a gobernarse a sí mismos a través de la ley.”⁶, p. 59 Porque si no se logra prescindir de la desigualdad no se puede lograr una constitución global de justicia, que a cuyo efecto de la universalidad implique el acceso igualitario de todo individuo.

[...] la constitucionalización del derecho internacional tiene interés normativo sobre todo en la medida en que permita una “política interior global” orientada al logro de mayor justicia global, a la resolución de problemas ecológicos globales, etc. para el orden mundial, una estructura política heterárquica es preferible a un gobierno mundial, dado que minimiza los riesgos de una concentración excesiva de poder político (del mismo modo que, cuando de estados se trata, éstos se minimizan mediante los habituales mecanismos de división de poderes, sistema de contrapesos, estructuras federales, etc.)⁷, p. 112.

La propuesta de un nuevo orden mundial reestructurando las bases del actualmente constituido es relativamente nuevo, el aceptar la argumentación que subyace a esta pro-

⁵ POGGE, Thomas. ¿Que es la justicia global?. Revista de Economía Institucional, Bogotá, v. 10, n. 19, p. 99-104, jul./dez., 2008.

⁶ CORTÉS, Francisco. Perspectivas y límites de la justicia global y el cosmopolitismo democrático, Revista Facultad Nacional de Salud Pública, Medellín, v. 31, p. 57-64, 2013. Supl. 1.

⁷ LAFONT, Cristina. Justicia Global En Una Sociedad Mundial Pluralista, Isonomía, Cidade do México, n. 31, p. 107-135, 2009.

puesta es aceptar que el respeto al pluralismo global impone el principio de jurisdicción universal, el cual se distingue porque la razón última de la competencia que confiere a los Estados deriva de la naturaleza de los bienes jurídicos que protege⁸, p. 127. Esta transformación de justicia global, en el fondo trata de realzar la idea de que no se vive en un mundo justo, donde el compromiso distributivo igualitario, donde se propugnan la igualdad y la suficiencia como sustento de universalidad y asequibilidad de los Estados, cuya dignidad del hombre va de la mano de este precepto, que por otro lado, las obligaciones cosmopolitas del principio individual, que no van directamente de la mano de la igualdad moral entre seres humanos, con el fin de evitar la objeción de enfoque típico que se tiene de la justicia global, ya que su propuesta es ir más allá de la moral y avanzar hacia una universalización jurídica contemporánea de la justicia.

Esta concepción se orienta a la transformación mundial en ciudadanos y sus necesidades, debido a la difícil "...extensión de la justicia distributiva a los ciudadanos de otros Estados, puesto que no hay una vinculación política igualitaria (con los mismos derechos y deberes sociales y políticos) entre todos los habitantes del planeta. Pero el precio de su razonamiento es la reducción de la fuerza motivacional de su cosmopolitismo"⁹, p. 10. Aquí el principio liberal de responsabilidad resalta el encuadre del principio de igualdad que hace hincapié constante que las víctimas de la injusticia global son iguales y son embestidos con los mismos derechos, lo cual hace que resida la principal fuerza categórica del cosmopolitismo y la justicia global.

2 ALCANCES REGIONALES Y CONNOTACIONES CULTURALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN SUSTANTIVA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL UNIVERSALIDAD

Si se analiza el logro de la justicia global desde una óptica sustantiva práctica, se reconoce que se ha concretado una universalización solo en enfoques regionalistas, debido a que se emplean orientaciones culturales y religiosas para su aplicación práctica, claro reflejo de lo alegado es el ejercicio de las Comisiones y Cortes de DDHH¹⁰, además de los tratados en materia de derechos humanos, que han permitido ejercer su jurisdicción con cierta armonía, que si bien es criticada, funciona dentro de los tejos que enmarcan los acuerdos y convenios internacionales, es claro entonces que cuentan con un esquema general occidental, que han sido adecuados acorde al contexto plural para el cual se desarrollan regionalmente – por medio del uso de derecho a reserva, debido a que resultan contrarias al orden público interno de los Estados, como es el caso países de oriente medio debido a la idiosincrasia religiosa y una aplicación diferenciada del orden jurídico aplicable del Corán como norma suprema o la idea de madre tierra para las culturas andinas y amazónicas de América Latina - pero este mismo logro

⁸ DÍEZ, Elena Rodríguez. La justicia universal como herramienta contra la impunidad de los crímenes internacionales: análisis histórico y comparado con especial referencia a la situación española. 2017. 565 f. Tese (Doutorado em Direito), Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2017.

⁹ POGGE, Thomas. ¿Estamos violando los derechos humanos de los pobres del mundo?, Revista de Filosofía de la Universidad del Norte, Barranquilla, v. 2012, n. 17, p. 10-67, jul./dez. 2012.

¹⁰ Como la Comisión Interamericana de DDHH, o la Comisión Africana sobre los DDHH y de los pueblos o incluso la misma Corte Penal Internacional a nivel mundial, que también abraza el concepto de Justicia Global o "Global Justice" en inglés, para juzgar crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de agresión, cuya jurisdicción tiene un alcance universal más que regional y que unificado los criterios comunes en base a estas cuatro competencias, que se basan en el derecho consuetudinario y derechos de primera fundamentales de primera generación, este a asido el motivo por el cual su jurisdicción alcanzo un sistema global.

de ejercicio regional, es el que impide que se pueda poner en marcha las teorías de Pogge, Luño, Ferrajoli entre otros tratadistas, que han trabajado sobre la concepción de una sociedad cosmopolita contemporánea con un constitucionalismo global y una justicia universal con base a los DDHH y la igualdad social; debido a que en el campo de los DDHH “...la revolución doctrinaria, en especial a partir de la segunda guerra mundial pasa de un “iusnaturalismo acérrimo” a un iusnaturalismo sui generis, de cuño sincrético-comparatista, que es objeto de un estudio exhaustivo y detallado”¹¹, p. 1081, por lo que denota la necesidad de partir de la significativa implicación de la concepción de cultura, no solo como una idea de patrimonio o folklore de los continentes y países propiamente, sino su implicancia intrínseca en materia de DDHH y su ideal disgregado de constitución de una justicia global universal y su articulación pragmática dentro de los sistemas políticos, debido a que bajo este entendido es que se ha concretado una definición relativamente unánime sobre jurisprudencia internacional de DDHH.

Tal como señala Mikunda, cuyos parámetros de aplicación son de carácter occidental, que se enfocan dentro de un esfera de discusión política, más que jurídica¹², p. 28; donde claramente se han obviado la inclusión de una pluralidad cultural que atañe a los gobiernos, debido a que es la cultura y la religión las que definirán no solo las necesidad y objeto del sistema normativo interno, sino que la ratificación de instrumentos internacionales, por lo que no resulta raro que a lo largo de la historia hayan surgido manifestaciones de los miembros de estas organizaciones reflejando un abanico de posiciones referentes a la inobservancia y exclusión cultural y religiosa dentro de estos instrumentos y de la idea de justicia, cuyo tinte desdeña la imposición de este sistema occidental por sobre estos dos aspectos, que claro, ha representado una problemática latente hasta la fecha.

Sobre esta base, Mikunda también señala que, en la Carta de S. Francisco, marca como hito el inicio de un nuevo orden internacional, debido a que se alude un llamamiento universal de los miembros de la humanidad a trabajar en la constitución de la paz y la justicia universal;

[...] entre naciones en la democracia y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, lengua y religión. Como dicha carta habla de los derechos humanos y libertades fundamentales, pero no explica que sea exactamente lo que se entiende por tales derechos, convirtiéndolos por ello en una notoria formula polisémica y polivalente, así tampoco aclara cuales, entre todos los posibles derechos de los seres humanos son los que en todo caso deben ser especialmente protegidos, - ya es evidente de que no todos disponen o han dispuesto del mismo grado de relevancia ni de prelación en caso de colisiones [...] ¹³, p. 28

No se puede negar que la constitución de instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha logrado concretar cierto proyecto de universalidad, pero que no se ha concretado totalmente debido a la relación que occidente traza con otros países en cuanto a su participación en su elaboración y la discrepancia cultural y religiosa que tiene en

¹¹ MIKUNDA FRANCO, Emilio. Derechos Humanos como Historia y Filosofía de la Experiencia Jurídica en G. Oestreich: Simetrías y Dimensiones frente a G. Radbruch. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2008.

¹² MIKUNDA FRANCO, Emilio. Derechos Humanos y Mundo Islámico, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2003.

¹³ MIKUNDA FRANCO, Emilio. Derechos Humanos y Mundo Islámico, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2003.

tanto a las regiones (como una norma para muchos hecha por unos pocos), por lo que al ignorar estos aspectos no logra constituirse como un instrumento netamente universal y que desdeña críticas debido a que como las del Embajador Al-Barudi en 1984, aludiendo que este instrumento internacional

[...] se haya fuertemente impregnado de cultura occidental, una cultura que en bastantes puntos se halla en conflicto con otras culturas existentes en el mundo...sin embargo, vista en conjunto y pese a ciertas discrepancias culturales bien podría no oponerse a los valores de culturas occidentales...la relación de occidente fue tan sumamente egocéntrica que interpreto la llamada de atención de dicho embajador como una constatación típica de países no pertenecientes al primer mundo antes que como un llamamiento a la autorreflexión y a la consideración de los que Al-Barudi intentaba explicar era su discrepancia cultural – regional [...]¹⁴, p. 33

Lo cual representa un problema que permanece vigente y que aún es un tema criticado y cuestionado dentro de la comunidad internacional. Por lo que la idea de implantar una justicia global universal, implicaría constituir una reforma a los instrumentos internacionales, en procura de un acuerdo en común que compile los parámetros comunes que todos los sistemas regionales hayan ratificado, que en el fondo vayan orientados a resolver dificultades políticas y sociales comunes, que como fin tiene los derechos humanos, la constitución de igualdad, justicia, para todos los hombres sin distinción, y que se empareja con la idea de justicia global que plantea Pogge o Ferrajoli, debido a que para lograr este objetivo es necesario trabajar sobre las brechas de desigualdad, la injusticia, etc., que atañen a los Estados y que son los motivos por los cuales la idea de universalidad de los derechos humanos y una justicia global no se ha concretado, y que a pesar de haber concretado reformas constitucionales dentro de los ordenamientos internos de cada Estado, acoplando la corriente occidental que propugnan estos instrumentos no se logra una total idea sustantiva de los mismos, debido a que se debe comprender que para constituir “...una reforma constitucional, es necesario advertir que en las constituciones subsisten elementos jurídicos estrictamente unidos a los problemas políticos y al funcionamiento de las estructuras sociopolíticas, los cuales evolucionan y cambian en dependencia de múltiples factores.”¹⁵, p. 256, entre uno de esos factores esta tanto la cultura como la religión, porque forman parte del alma mater de un Estado y son los que atañen el funcionamiento de su sistema jurídico y como este y en qué medida se relacionaran con otros sistemas jurídicos, por tal motivo, he ahí la connotación sustantiva y objetiva de sucintos elementos.

Existen teorías individualistas universales, que en este marco, asumen que al ser el hombre sujeto de derecho por lo que el ideal de justicia debe regular la relación entre los hombres asegurando un bienestar propio e individual, donde paradójicamente la responsabilidad recae íntegramente en los Estados que asumen compromisos internacionales, procurando dentro de este entendido occidental de justicia, pero que ignora de fondo los orígenes o precursores

¹⁴ MIKUNDA FRANCO, 2003.

¹⁵ FREIXIES, Teresa. Constitucionalismo: un nuevo modelo jurídico para la sociedad global, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, n. 53, p. 409-416, 2019.

de tales transgresiones cuya idea es fuente de los DDHH como lo son la igualdad, no discriminación, fraternidad y justicia – con una necesaria consideración de aspectos culturales y religiosos de los países, por lo que no debe procurarse alcanzar este bienestar en desmedro de los derechos de otro individuo, que es un aspecto fuertemente criticado por el cosmopolitismo y las teorías de justicia global, ya que la idea de justicia y de injusticia individual debe ser comprendida como un sistema, que atañe a todos los países miembros, donde la valoración individualista de estos conceptos no permitiría ser evaluada en torno a intereses económicos o políticos para la adopción de esta idea de justicia, que no podría acoplarse dentro de la sustantiva idea de universalidad, sino en lograr los ideales de igualdad que son la base la justicia misma.

4 PROBLEMAS DE EJECUCIÓN Y UTOPIA CONTEMPORÁNEA

La idea de alcanzar una materialización efectiva de la justicia global universal dentro de una idea o planteamiento de orden institucional resulta casi utópica. Claramente la comunidad internacional a lo largo del tiempo y antes de la constitución de instrumentos formales, se regían por la costumbre que enmarca el derecho consuetudinario, y que posteriormente se formaliza plasmada en acuerdos y convenios internacionales, que se procuraron sustantivarlas sin mucho éxito, debido a un abanico de motivos que se exteriorizaran en tres puntos. Pero, es menester señalar primero, que la raíz de sucinto problema referente a la justicia global universal y la consolidación de los DDHH a nivel universal, donde el punto de partida en el momento en el que los países – mayormente occidentales – desconocen plenamente la cultura, creencias, religión, pluralismo y cosmovisión del resto de las regiones del mundo al momento de sentar un marco conceptual de justicia y DDHH, que se impone indirectamente sobre todas los países, sumando sobre ello, la constante exigencia de adopción de esta figura occidental de justicia para lograr una ilusoria universalidad global, que en el fondo, se orienta sobre una pugna de control y poder político, dado que el exigir que los países adopten a totalidad estos parámetros de justicia representaría no solo una pérdida del patrimonio cultural que cada país acuña en sí, sino que demarca una expresa violación a la democracia, la no injerencia en asuntos externo y la igualdad soberana de los estados entre otros principios del DIP y planteamiento del constitucionalismo global y el cosmopolitismo.

Por lo que el problema de ejecución debe partir de un análisis enfocado en tres direcciones primordiales; el *primer enfoque*; parte de la “*reformulación y reestructuración del sistema*” actualmente manejado dentro de la comunidad internacional y sus órganos, como de sus componentes que se han venido consolidados incluso antes de la creación de la Sociedad de Naciones (SN), antecesora de la actual ONU, que posterior a la II Guerra Mundial, en cuya asignación de roles y privilegios dentro de determinados órganos realzan la propugna precedida, claro ejemplo de ello es el Consejo de Seguridad, sobre el cual se han otorgado a los miembros permanentes el derecho a veto, esta investidura privilegiada desborda duras críticas no solo de los Estados miembros de la ONU, sino dentro de la esfera internacional, académica, política, ONG’s, entre otros. Cuyos actuares desnudan la anteposición de los intereses políticos y económicos de sus miembros permanentes y que a lo largo del tiempo se ha comprobado la incompetencia de frenar conflictos bélicos que consigo conllevan pobreza, desplazamiento masivo de migrantes, refugiados, asilados y una serie de amplias violaciones a los

DDHH, desbordada de un exceso de violencia y carencias extremas que ocasiona sobre los países en vías de desarrollo.

Esto mismo ocurre con la explotación y extracción de recursos naturales en los continentes de África y Sudamérica, donde el fomento de la inestabilidad democrática permite el afianzamiento de transnacionales cuyo fin es permitir la extracción de materia prima, minerales, piedras preciosas, etc., vulnerando todo tipo de convención y tratado internacional de DDHH, los principios de DIP, derecho consuetudinario y el desarrollo de un cosmopolitismo y constitucionalismo global, que como se advirtió, ya se asienta sobre bases excluyentes en razón a cultura y religión. Dicha situación no apunta a cambiar a menos que exista una reformulación y reestructuración del Consejo de Seguridad principalmente y en los órganos económicos de la ONU, para que su accionar permita que la impunidad como responsabilidad indirecta o *sine qua non*¹⁶ sea regulada, que aún no se puede poner en práctica debido a que al actual orden institucional global se afianza con mayor fuerza posterior a la Guerra Fría y la caída del muro de Berlín, donde el papel desempeñado por los gobernantes de los países desarrollados, en particular, los miembros del G-7, asignaron un gran peso a sus intereses económicos y a los de las élites transnacionales, poco o casi nulo es el interés por la población de sectores del mundo más vulnerable y el desarrollo igualitario de estas regiones.

A pesar que sus ciudadanos comparten una investidura de países democráticos y responsabilidad dentro del orden global occidentalizado, formando un diagnóstico moral situado en el centro de los debates sobre los paradigmas de la ética internacional o mejor direccionado al de la justicia global y cuyo análisis se extiende sobre los propios Estados, resulta paradójico que se obvien normas que fueron creadas por los mismos países que ahora las incumplen, pero existe una fuerte exigencia a cumplirlas y reconocerlas para con terceras regiones en desarrollo.

Lamentablemente, la reformulación del sistema institucional resulta una tarea titánica, al que claramente el marco de justicia global universal, se transforma en sinónimo de vicisitud de la comunidad internacional que se conoce actualmente, lo cual da pie a abordar el *Segundo Enfoque*; que se sitúa en el contexto utópico en el cual se materializa esta hipótesis, planteando su imposible o casi improbable concreción, al que, como segundo paso se orienta a lograr a *reducir las brechas de desigualdad universal*, no solo porque en sí, es el fin que persiguen los DDHH, la base de todo instrumento jurídico y la esencia de la justicia misma, como lo plantea Santo Tomás de Aquino, desde una base de justicia moral, debido a que esto permitiría propiciar las bases sociales y económicas para dignificar al hombre mismo. Pero que podría ser rechazada bajo tres razones mutuamente independientes, a las cuales Pogge, propugna. La primera, hace referencia a la manifestación de la democracia, reflejada en el consentimiento proporcionado por los gobiernos, que no necesariamente implica que sean otorgados en pleno por los ciudadanos, que a lo largo terminan asumiendo el endeudamiento y las condiciones replicadoras de pobreza "...a menos que los gobiernos en cuestión sean mínimamente representativos de los intereses de quienes gobiernan. Muchos de los gobiernos de los países pobres carecen de esa representación mínima. Y su consentimiento al sistema de tratados de la OMC o, más en general al orden institucional global actual..."¹⁷, p. 107 que cuenta

¹⁶ Este tipo de responsabilidad el daño se origina en el riesgo acrecido de una actividad humana; por ello es conocida en derecho interno como responsabilidad por riesgo. Suele también ser llamada objetiva, causal o sin culpa.

¹⁷ POGGE, Thomas. ¿Que es la justicia global?. Revista de Economía Institucional, Bogotá, v. 10, n. 19, p. 99-104, jul./dez., 2008.

con políticas aceptadas y consentidas por parte de los países pobres y menos poderosos, es este consentimiento otorgados al sistema de tratados de la Organización Mundial del Comercio (OMC) uno de los principales problemas, dado que el organismo no consideró la dureza de la asimilación de las normas asimétricas de acceso al mercado y que a lo largo termina generando un cuello de botella para el Estado suscriptor y por ende para su población que termina replicando ese círculo de pobreza que puede extenderse hasta por tres generaciones o más dependiendo el grado de endeudamiento, debido a que los estados para satisfacer el compromiso adquiridos con la organización se ve obligados a devaluar su moneda, aplicar políticas de reducción de gastos de proyectos sociales que vayan dirigidos la población más vulnerable y empobrecida, la alza en los productos básicos de la canasta familiar, entre otras medidas que asfixian a su ciudadanía.

Como segundo punto, es necesario aludir a gobiernos de carácter representativos que no puede renunciar a derechos ineludibles, debido a que el orden institucional global de justicia lleva a un inminente incumplimiento de derechos de carácter privativo de cada individuo, por lo que para la constitución de un sistema de justicia universal es necesario concretar un sistema participativo interno, para la consolidación de los derechos económico, políticos y sociales, ya que actualmente “..este orden no se puede defender apelando al consentimiento directo o indirecto de aquellos cuyos derechos inalienables son insatisfechos.”¹⁸, p. 107 Esta segunda objeción hace alusión a la responsabilidad de los gobiernos de velar por los intereses de su población, por lo que los Estados desarrollados deben aunar esfuerzos y ejecutar cualquier acción que sea posible para configurar el orden global en pro del bienestar colectivo y la justicia universal, que a su vez reduciría problemas latentes como la migración, desplazamiento de refugiados, conflictos bélicos, tasas de mortalidad, la extracción indiscriminada de recursos básicos por las transnacionales en países empobrecidos, entre otros aspectos que son punto culmine de la desigualdad a nivel internacional, que también beneficiaría indirectamente a los países occidentales – directamente europeos –generando reducción dentro de la carga de la seguridad social, humanitaria, reducción en la sobrecarga administrativa y por ende la erogación de capital delegada a esta sección.

Y finalmente, el tercero, señala que los gobierno no pueden consentir válidamente la irrenunciabilidad de los derechos, sin orden a quien lo imponga, como “...un orden institucional en el que de manera previsible y evitable se incumplen sus derechos más fundamentales.”¹⁹, p. 108 Y, que bajo esta óptica se genera el fallo de la primera objeción, que como orden global produce desigualdad social, que no puede ser escudada bajo el consentimiento de los Estados.

Esta hipótesis sienta lugar en la política internacional y las políticas públicas de los organismos globales, haciendo especial énfasis en la pobreza mundial y la desigualdad social, para la constitución de una justicia global universal que persiga un fin común, que no sea otro que “...la distribución y asignación de los derechos, los bienes y las oportunidades debe ser realizada en el mundo entero por encima de las pretensiones de soberanía de los Estados y de las pretensiones de derechos individuales adquiridos por los ciudadanos de cada Estado particular”²⁰, p. 235, pues la desigualdad social no está dada por cuestiones de suerte, sino de injusticia

¹⁸ POGGE, Thomas. ¿Que es la justicia global?. Revista de Economía Institucional, Bogotá, v. 10, n. 19, p. 99-104, jul./dez., 2008.

¹⁹ POGGE, 2008.

²⁰ CORTÉS, Francisco. Perspectivas y límites de la justicia global y el cosmopolitismo democrático, Revista Facultad Nacional de Salud Pública, Medellín, v. 31, p. 57-64, 2013. Supl. 1.

propriadamente producida en bases económicas que da lugar a la desigualdad y la formulación del concepto de justicia global universal, que puede ser alcanzada bajo la concreción del *Primer y Segundo Enfoque*, ya que sin estos simientes no se puede platear el *Tercer Enfoque*, orientado a la “*formalización de la justicia global universal*” que pretendería consolidar una constitución mundial cosmopolita, a través de compilados legales, que recojan los principios normativos acetados mundialmente, de cada instrumento jurídico en materia de DDHH y DIP, pero que dentro de sí debe aceptar la síntesis que subyace a esta propuesta, que es la admisión y el respeto al pluralismo universal, que ha sido el primer error al momento de crear la SN, ONU, tratados y convenios de carácter occidental, lo que ha generado que se impongan obstáculos drásticos a las demandas de justicia global, además, el aceptar la pluralidad dentro del sistema de justicia y jurisdicción universal, implicaría la gestión de un nuevo pacto social internacional desde la vista de los contractualistas, que emane del acuerdo de voluntades y *status quo* de esta variedad cultural y regional a nivel global, dado que es claro la primacía actual de los modelos europeos y norteamericana occidentalizados de justicia, dejando de lado aquellos elementos propios y culturales de regiones como África, Asia, Oriente Medio e incluso Latinoamérica. El lograr esta casi utópica concreción, permitiría según la propuesta de Habermas, donde las cuestiones económicas deban

[...] desconectarse de las obligaciones de justicia de la comunidad internacional e interpretarse como aspiraciones políticas que, en cuanto tales, reflejan diferentes orientaciones valorativas y, por tanto, su realización debe depender de los compromisos negociados entre los valores e intereses encontrados de los diferentes poderes transnacionales. De este modo, las ambiciones de justicia generadas al aplicar el modelo deliberativo a las funciones adscritas a la comunidad internacional en una organización mundial reformada quedan contrarrestadas drásticamente al aplicar el modelo pluralista de negociación y compromiso a las funciones adscritas a los poderes transnacionales[...]^{21, p. 111}

Que permitirían concretar este instrumento, que en si compilarían y reconocería la diversidad conceptual de la justicia de acuerdo a continentes y regiones, descartando el aire impositivo que se crea actualmente sobre los modelos de justicia, cuya jurisdicción recaiga equitativamente sobre las organizaciones ya constituidas, pero que cuya transparencia y fiscalidad sea efectuada por una comisión revisora, que represente a todos los sistemas regionales, en son de que la justicia global pueda materializarse, sustentada en teorías que a diferencia de Rawls, sustentan que es necesario traspasar fronteras a nivel internacional “...y bregar por los derechos individuales de cada habitante del planeta. Risse (2012, p.270) piensa que hay una responsabilidad colectiva a nivel global para que todos los pueblos puedan satisfacer sus necesidades básicas...”^{22, p. 93} que es más notoria cuando surgen en realce la difícil extensión que tendría la justicia global, debido a que no existen vínculos formales y normativos igualitarios aplicable para todos los países en común, cuya mira de este tercer punto está orientada

²¹ LAFONT, Cristina. Justicia Global En Una Sociedad Mundial Pluralista, Isonomía, Cidade do México, n. 31, p. 107-135, 2009.

²² BRITOS, Patricia. What does mean “global justice”?, Justicia, Barranquilla, n. 29, p. 86-98, 2016.

a discernir, ya que implica una vinculación política igualitaria, la cual es necesaria para concretar este compilado normativo, que pretende conseguir un reconocimiento por parte de los Estados.

Kant llega a su idea de un orden cosmopolita ampliando el concepto de “constitución” (el tipo de constitución que, en su día, surgió tras las revoluciones estadounidense y francesa) desde un nivel nacional a un nivel mundial. De esta manera, anticipa la idea, tan presente en la actualidad, de la constitucionalización de las relaciones internacionales. Su innovación consiste en la transformación del derecho “internacional”, como un derecho de los Estados, en un derecho “cosmopolita”, como un derecho de los individuos. Éstos ya no gozan del estatus de sujetos jurídicos simplemente por ser ciudadanos de un Estado-nación sino, además, por tratarse de miembros de una sociedad mundial políticamente constituida.²³, p. 108

Cuya idea iría orientada a asociación voluntaria de estados que seguirían siendo soberanos, que sin duda es una postura desafiante, dado el actual contexto globalizado e individualista, que no se encuentra todavía encaminada al ideal que Kant plantea, pero que bajo un esquema de constitución liberal podría llegar a clasificarse como una sociedad universal, políticamente sentada con bases de justicia global como un derecho de reconocimiento universal de igualdad, sin un gobierno propiamente, pero que en el fondo plantearía problemas de coordinación y comunicación política entre sus sistemas operativos, no siendo imposible de ejecutar, pero si constituyes una labor magna que necesitaría de un sistema estructura de coordinación eficaz, que como todo necesitaría tiempo de maduración bastante considerable. Indudablemente la idea de una justicia global resulta idealista, pero que en el fondo trata de trabajar sobre temáticas de urgente atención, sobre compromisos asumidos por los estados, en base a instrumentos internacionales vinculatorios, pero que sustantivamente no se han materializado en su totalidad, dado que el alcanzar la idea de igualdad no debe basarse solo en un enfoque de solidaridad, sino por una cuestión de justicia y responsabilidad política.

■ CONCLUSIONES

La apertura de un diálogo sobre la concepción de una justicia global universal sin dudas resulta ser un tema ambiguo, de alcance utópico, poco asequibles en la materialización sólida de pilares de igualdad y justicia, que propugna los derechos humanos, para la dignificación del hombre en pro de la concreción de sus derechos fundamentales, así bien, se ha evidenciado que uno de los logros de la justicia universal ha sido el ejercicio de los sistemas regionales de justicia y DDHH, debido a la investidura de su propia concepción de justicia, influencia por la cultura, religión y cosmovisión que la envuelven, pero que este aspecto es el mismo que evita que se consolide un sistema de justicia global universal que plantea esta corriente o incluso el cosmopolitismo propiamente.

²³ HABERMAS, Jürgen. ¿ES POSIBLE UNA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA LA SOCIEDAD MUNDIAL PLURALISTA?. Anales de La Cátedra Francisco Suárez, Alemania, v. 39, p. 107-132, 11 dez. 2005.

Finalmente, se puede concluir que la filosofía, como fuente y madre de las ciencias y de los conceptos y debates de justicia, igualdad, dignidad entre otros que envuelven tanto al cosmopolitismo como las corrientes de la justicia global, ha permitido dar un inmensurable impulso conceptual de la hipótesis planteada, debido a que permite articular el dialogo trasladado a ejes políticos, con el fin de facilitar el enmarque de un camino hacia un nuevo orden jurídico universal, pero que lamentablemente la comunidad internacional y sus miembros no estas listo a asumir, si bien existe un reconocimiento de desigualdad y proclamas de lucha contra ella, plasmada en instrumentos que reflejan una democracias quimérica, cuestionada por sus propios miembros, el partir sobre la idea de una la consolidación de esta hipótesis no solo resalta la difícil labor, sino de desdeña las deficiencias que las instituciones a nivel mundial han tenido al momento de su consolidación y la de instrumentos internacionales de DDHH y derechos fundamentales, que dejan de lado la idea de justicia, cultura y religión del resto de los continentes – que han sido cuestionadas ya en 1948, no solo por el Embajador Al-Barudi, sino por otros plenipotenciarios, países y doctrinarios que desembocan en la misma idea de exclusión – cuyo tinte occidental ha impedido que se pueda sentar las bases un acuerdo único sobre contexto referentes a este tema, y que a la vez han irradia la papel importante que tienen los países económicamente desarrollados y la implicancia directa e indirecta en al sub desarrollo del resto de los miembros de esta sociedad internacional, por lo que la idea de una justicia global universal, no pasa sino por ser un abstracto ideal, que no se podrá concretar sino se procede con una reformulación del sistema internacional, donde los intereses tanto económicos y políticos no vayan por encima de los derechos humanos individuales y colectivos, con cimientos en la igualdad y diversidad cultural y religiosa de los sistemas regionales de justicia actualmente existentes.

REFERENCIAS

- BRITOS, Patricia. What does mean “global justice”?, *Justicia*, Barranquilla, n. 29, p. 86-98, 2016.
- CORTÉS, Francisco. Perspectivas y límites de la justicia global y el cosmopolitismo democrático, *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, Medellín, v. 31, p. 57-64, 2013. Supl. 1.
- DÍEZ, Elena Rodríguez. *La justicia universal como herramienta contra la impunidad de los crímenes internacionales: análisis histórico y comparado con especial referencia a la situación española*. 2017. 565 f. Tese (Doutorado em Direito), Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2017.
- FREIXIES, Teresa. *Constitucionalismo: un nuevo modelo jurídico para la sociedad global*, *Thomson Reuters Aranzadi*, Navarra, n. 53, p. 409-416, 2019.
- HABERMAS, Jürgen. ¿ES POSIBLE UNA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA LA SOCIEDAD MUNDIAL PLURALISTA?. *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, Alemania, v. 39, p. 107-132, 11 dez. 2005.
- LAFONT, Cristina. Justicia Global En Una Sociedad Mundial Pluralista, *Isonomía*, Cidade do México, n. 31, p. 107-135, 2009.

MIKUNDA FRANCO, Emilio. *Derechos Humanos como Historia y Filosofía de la Experiencia Jurídica en G. Oestreich: Simetrías y Dimensiones frente a G. Radbruch*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2008.

MIKUNDA FRANCO, Emilio. *Derechos Humanos y Mundo Islámico*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2003.

POGGE, Thomas. ¿Estamos violando los derechos humanos de los pobres del mundo?, *Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, Barranquilla, v. 2012, n. 17, p. 10-67, jul./dez. 2012.

POGGE, Thomas. ¿Que es la justicia global?. *Revista de Economía Institucional*, Bogotá, v. 10, n. 19, p. 99-104, jul./dez., 2008.





ENTRE MORAL, CAPITAL, LIBERDADE E EMPODERAMENTO: VARIEDADE DOS DISCURSOS SOBRE REGULAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO

BETWEEN MORALITY, CAPITAL, FREEDOM AND EMPOWERMENT: VARIETY OF DISCOURSES ON THE REGULATION OF PROSTITUTION

VINICIUS EFRAYM SIQUEIRA LOPES SOARES* | FELIPE ARAÚJO CASTRO**

RESUMO

O presente artigo propõe-se a analisar as construções teóricas e as algumas práticas relacionadas à prostituição feminina. A opção se deve ao fato de entendermos que as diversas formas de prostituição manifestadas na história, via de regra, estão umbilicalmente ligadas à história das mulheres, refletindo dicotomias de gênero. Objetivamos contribuir para a compreensão dos discursos que incidem sobre a prática e na sua conseqüente regulação. Em um primeiro momento de revisão bibliográfica, nós valem os autores e autoras que se debruçaram sobre o tema para situar as diferentes compreensões sobre a prostituição, os processos de formação do estigma em torno de suas práticas, além de destacar o dúbio antagonismo das diferentes ideologias diante da prostituição. Em um segundo momento, por meio de análise documental, analisamos como os diferentes modelos jurídicos propostos têm em comum o fato de excluírem as principais agentes afetadas e interessadas: as putas. Em reação, descrevemos como as putafeministas reivindicam o resgate destas vozes femininas invisibilizadas. Como resposta, as prostitutas ativistas combatem as ideias hegemônicas que ditam a elaboração das políticas públicas sobre a prostituição, buscando situá-la no campo da cidadania, afastando-se das tradicionais concepções salvacionistas.

Palavras-chave: Prostituição; Putafeminismo; Debate Legislativo; Regulamentação da Prostituição; Movimento prostitucional.

ABSTRACT

This article proposes to analyze the theoretical constructions and practices related to female prostitution. This option is due to our understanding that the various forms of prostitution manifested in history, as a rule, are umbilically linked to women's history, reflecting gender dichotomies. We aim to contribute to the understanding of the discourses that affect the practice and its consequent regulation. Firstly, through a bibliographical review, we used authors who have looked at the subject to situate the different understandings of prostitution, the processes of stigma formation around its practices, as well as highlighting the dubious antagonism of the different ideologies towards prostitution. Secondly, through documentary analysis, we analyzed how the different legal models proposed have in common the fact that they exclude the main affected and interested agents: the putas. In response, we saw how the putafeministas claim the rescue of these invisible feminine voices. As a solution, the activist prostitutes fight against the hegemonic ideas that dictate the elaboration of public policies, seeking to position prostitution in the field of citizenship, distancing themselves from the commonly proposed salvationism.

Keywords: Prostitution; Putafeminismo; Legislative Discussion; Regulation of Prostitution; Prostitutorial Movement.

*Mestre em Direito pela UFRSA. Professor temporário na Universidade Regional do Cariri – URCA.
viniciusefraym@gmail.com | <http://lattes.cnpq.br/2842965053727200>

**Doutor em Direito pela UFMG. Professor no Curso de Direito e no PPGD da UFRSA.
felipecastro@ufersa.edu.br | <https://orcid.org/0000-0002-5503-1440>

Recebido em 09-02-2023 | Aprovado em 25-08-2023



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A PROSTITUIÇÃO NA HISTÓRIA DAS IDEIAS; 2 O DISCURSO SECULAR CONTRA A PROFISSIONALIZAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO; 3 O DISCURSO SECULAR FAVORÁVEL À PROFISSIONALIZAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Cena 01: Em 1976, um crime choca o Brasil. Ângela Maria Fernandes Diniz, socialite brasileira, é assassinada pelo companheiro Raul Fernando do Amaral Street, o "Doca Street". Para além do crime bárbaro, o caso traz um enorme destaque para a o julgamento do acusado. Nele, há um intenso debate sobre a sexualidade feminina, alicerçada em torno da utilização da tese de "legítima defesa da honra". A vida de Ângela foi esmiuçada e um dos elementos utilizados para desqualificar a vítima foi atribuir-lhe a condição de "prostituta de luxo".¹

Cena 02: Em 1978, o cantor e compositor Chico Buarque deu vida a peça de teatro musical "Ópera do Malandro". Entre as músicas do espetáculo, estava "Geni e o Zepelim", que posteriormente seria lançada em vinil. Naquela versão, Geni é apresentada - ainda que de forma não tão clara - como uma prostituta que atende aos despossuídos. Por esta atitude, é constantemente agredida pelos cidadãos². Na sequência da canção, ocorre a chegada de um zepe- lim, e seu comandante ameaça destruir a cidade se não tiver uma noite com Geni. Entretanto, a moça recusa o trato. Temendo a destruição, os cidadãos imploram que a "bendita Geni" os salve. Cedendo, ela se envolve com o comandante, que parte logo em seguida. O fim da música revela o triste destino da prostituta: mal o dia seguinte raiou, a cidade voltou a xingá-la e ameaçá-la.³

Cena 03: Em 2005, Rachel Pacheco, conhecida pelo pseudônimo Bruna Surfistinha, lança o livro "O Doce Veneno do Escorpião: O diário de uma garota de programa", derivado de um blog onde contava parte de sua história enquanto prostituta. O livro se torna sucesso editorial, vendendo mais de 250 mil cópias. Posteriormente transformado em filme, o longa-metragem arrecadaria R\$ 9 milhões de bilheteria apenas no seu segundo final de semana de exibição.⁴

¹ CRYSTUS, Mirian. Assassinato de Ângela Diniz mobilizou movimentos feministas no país. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 16 out. 2022. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/pensar/2020/10/16/interna_pensar,1195033/assassinato-de-angela-diniz-mobilizou-movimentos-feministas-no-pais.shtml. Acesso em: 09 ago. 2023.

² "Assim, o refrão da canção traz o discurso da cidade sobre Geni, que, ao contrário do narrador, emite um juízo de valor negativo sobre a prostituta, incitando inclusive que ela receba uma sanção punitiva, como é marcado pelo verbo 'jogar' no modo imperativo ('Joga pedra na Geni') e pelos verbos de ação violenta, 'apanhar' e 'cuspir'" (ARAUJO, Murillo Clementino. O tempo, o valor e a prostituta: reflexões sobre "Geni e o Zepelim" de Chico Buarque. *Estudos Semióticos*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 87-98, jul. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/esse/article/view/150525>. Acesso em: 31 jul. 2023, p. 91)

³ ARAUJO, Murillo Clementino. O tempo, o valor e a prostituta: reflexões sobre "Geni e o Zepelim" de Chico Buarque. *Estudos Semióticos*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 87-98, jul. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/esse/article/view/150525>. Acesso em: 31 jul. 2023.

⁴ G1. 'Bruna Surfistinha' atinge 1 milhão de espectadores. *G1*, São Paulo, 09 mar. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2011/03/bruna-surfistinha-atinge-1-milhao-de-espectadores.html>. Acesso em: 15 ago. 2023.

As cenas descritas acima – provenientes de esferas culturais diversas - fazem parte de um quadro maior, formado pelas relações entre as práticas prostitucionais e as sociedades nas quais estão circunscritas, imbrincadas à elementos religiosos, morais e econômicos, entre outros. Compreendida, de maneira geral, como a relação em que uma das partes prática ou disponibiliza favores sexuais, de maneira consciente e consentida, recebendo em contrapartida vantagem pecuniária, favorecimento profissional ou outra forma de benefício, a prostituição alberga práticas culturalmente enraizadas, com importantes repercussões jurídicas.^{5 6}

Diversos elementos atravessam as construções teóricas e as práticas relacionadas à prostituição, o que reflete nas formas de (des)regulação da atividade e até mesmo sobre as diversas formas de nomeação das sujeitas envolvidas nas práticas: *Profissionais do Sexo, Trabalhadoras do Sexo, Garotas de Programa, acompanhantes, meninas, quengas, prostitutas, ou, simplesmente, putas*⁷.

Elementos de ordem moral e religioso disputam espaço com intensos debates econômicos, sociais, políticos, culturais. Se pudéssemos traçar uma linha rigorosa dividindo as duas principais posições sobre a questão, de um lado teríamos os discursos que apontam a prostituição como um fator de degradação da mulher, que repercute negativamente sobre outras instituições sociais, como a família, do outro a concepção da prostituição como um instrumento legítimo e lícito de sobrevivência, que configuraria, inclusive, práticas de reafirmação da posse, por parte da mulher, de seu próprio corpo.

Mas como estes discursos se articulam ao longo dos anos na arena de debates sociais? Como eles refletem nas discussões legislativas que versam sobre a temática?

O objetivo da presente pesquisa é justamente contribuir para compreensão dos diferentes discursos que incidem sobre as práticas prostitucionais, uma vez que essas formulações condicionam desde a (in)existência até a qualidade da regulação destas práticas. Deste modo, propõe-se analisar as construções discursivas relacionadas à prostituição feminina, bem como suas repercussões contemporâneas. Para além disso, pretende-se evidenciar como essas construções teóricas reverberam nas propostas de regulamentação da profissão. Ao final, descrevemos como a voz das profissionais - demarcadas por elas mesmas como *putafeministas* - tem sido cada vez mais presente, recuperando um protagonismo que ainda lhe é retirado por concepções invisibilizantes.

Para tanto, a pesquisa se articula a partir da junção entre a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental, a primeira utilizada para a apreensão das principais construções discursivas favoráveis e contrárias a profissionalização da prostituição e segunda para análise dos

⁵ ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998.

⁶ GRAÇA, Marta; GONÇALVES, Manuela. Prostituição: Que Modelo Jurídico-Político para Portugal? *Dados*, Brasília, v. 59, n. 2, p. 449-480, abr. 2016.

⁷ Neste artigo, utilizamos o termo puta como forma de promover sua ressignificação como termo militante positivo. Gabriela Leite, uma das precursoras do movimento organizado de prostitutas no Brasil, defende o uso dos termos prostituta ou “puta” para designação geral das pessoas envolvidas nestas atividades, pois a mudança de denominação “parece [...] pedido de desculpas”. Sua defesa vai no encontro da posição de outros movimentos sociais que defendem a apropriação do substantivo pejorativo, “puta”, como utilizado pela coletividade externa ao campo, e a promoção de sua ressignificação, como termo militante positivo. Pelo mesmo motivo, as palavras “puta” e “putafeminismo” não foram traduzidas ao inglês no abstract do presente artigo. Para mais: LEITE, Gabriela. *Filha, mãe, avó e puta: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

projetos de lei que versam sobre a temática alvo, com objetivo de compreender e descrever como estes discursos se apresentam nas diversas propostas de proibição e regulamentação da profissão.

Preliminarmente, será traçado um breve histórico das percepções sociais do fenômeno no Ocidente, destacando a paradoxal convergência de sua condenação pelo discurso religioso cristão tradicional e por parte da teoria crítica marxista.

No segundo momento, veremos os principais discursos seculares que se colocam em campo de disputa, e como estes aparecem refletidos nas iniciativas legislativas que se apresentam como propostas de proibição ou regulamentação da prostituição. Como será possível perceber, mesmo o discurso secular está eivado de elementos religiosos, aproximando grupos políticos antagônicos.

Na seção final, destacar-se-á algumas das formas de pensamento e atuação das próprias profissionais, que se apresentam na arena pública como sujeitas ativas, numa rejeição dos recortes condenatórios e/ou salvacionistas que se apresentam nos discursos.

É importante frisar que, neste recorte, partimos da construção histórica da prostituição feminina sem, deste modo, diminuir a relevância dos estudos desenvolvidos sobre outras formas de prostituição. A desconsideração da prostituição praticada por homens, no entanto, não foi arbitrária. Isto porque as diversas formas de prostituição manifestadas na história, e ainda hoje, são intrinsecamente ligadas à história das mulheres, de forma que as relações dos agentes na cadeia prostitucional usualmente refletem relações desiguais de poder, baseadas na dominação de gênero: cafetão/cliente/policial *versus* prostituta. Ademais, a presente pesquisa não teve como pretensão uma captura da totalidade de discursos, o que seria virtualmente impossível.

1 A PROSTITUIÇÃO NA HISTÓRIA DAS IDEIAS

Muitas e variadas foram as percepções sociais sobre as práticas prostitucionais ao longo da história. Há evidências sólidas que a associação da atividade ao pecado e/ou reprovação moral não é um fato genealógico da atividade, i.e., inerente à prostituição desde sua emergência. Sequer é um fato estável no tempo, visto que, em determinados períodos históricos e em dados territórios, as prostitutas foram admiradas e sacralizadas, transformadas em símbolos de liberdade.⁸

Margareth Rago associa a ascensão do Cristianismo à posição de religião hegemônica no Ocidente como principal fator responsável pela promoção da condenação do sexo sem fim reprodutivo, além de estabelecer papéis domésticos às mulheres, cujos paradigma seria Maria, mãe de Jesus.⁹ Ao arquétipo da boa mulher se opunham as figuras de Eva e de Maria

⁸ ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998.

⁹ RAGO, Margareth. *Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar Brasil 1890-1930*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

Madalena, a primeira responsável pelo pecado original e a última uma prostituta, representando as mulheres que ocupavam os espaços públicos como meretrizes.¹⁰¹¹¹²

A partir deste ponto, a estigmatização como atividade depreciativa é fabricada, visto que as putas passam a ser consideradas inadequadas socialmente, para além do campo da moral, por não possuírem atributos os definidos como “admiráveis” e “normais”. A atitude de diminuir o valor dos indivíduos estigmatizados, no limite, os invisibiliza socialmente, culminando em última instância no seu tratamento como “não pessoas”.¹³ Esta imposição apriorística de atributos negativos, construída e reforçada historicamente, provoca o descrédito que repercute na diminuição drástica nas oportunidades de inserção social.

Contra o senso comum acerca da prostituição como a mais antiga das profissões, Carole Pateman discorda da interpretação que enxerga práticas prostitucionais em uma série de processos culturais que acompanharam a história da humanidade.¹⁴ Para ela, o contrato de prostituição assemelhado ao que conhecemos hoje é um fenômeno singular do capitalismo industrial-patriarcal, surgido na Grã-Bretanha, Estados Unidos e Austrália no fim do século XIX, portanto, corolário dos processos de formação da sociedade de classes.

Na sociedade capitalista pós-revolução Industrial, onde tudo pode ser comprado e vendido, inclusive a força de trabalho, a prostituição foi (e ainda é) vista como uma alternativa de sobrevivência ou mesmo um meio das trabalhadoras fabris e/ou mulheres desempregadas complementarem sua renda.

Desde uma perspectiva marxiana, toda forma de trabalho assalariado é assemelhada à prostituição, de forma que a prostituição *stricto sensu* apenas adequa-se a esse novo tipo de sociedade de classes, onde o mundo das coisas é valorizado na proporção direta da desvalorização do mundo dos homens, ao paroxismo do próprio homem tornar-se coisa. A singularidade da prostituta é ser simultaneamente trabalhadora e mercadoria.¹⁵

No seio deste emergente padrão societal há uma contradição insolúvel, que pode ser lida a partir do fenômeno da prostituição da seguinte forma: prega-se a liberdade irrestrita dos mercados, ao mesmo tempo em que a moral burguesa reprime os indivíduos, especialmente a sexualidade feminina, combatendo discursivamente a prostituição em prol da família monogâmica, porém, apenas no campo discursivo, visto que a atividade nunca é propriamente erradicada, sendo mesmo tolerada dentro desde que controlada.

Com a ascensão das lutas por igualdade de gênero, outros elementos se sobrepuseram e complexificaram os discursos acerca da prostituição. Por um lado, uma parte da luta por emancipação social das mulheres ainda encara a prostituição necessariamente como um pro-

¹⁰ COLLINS, Patricia Hill. *Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento*. São Paulo: Boitempo, 2019 [1990].

¹¹ BUENO, Winnie de Campos. *Imagens de Controle: Um conceito do pensamento de Patricia Hill Collins*. Porto Alegre: Zouk, 2020.

¹² Poderíamos associar os arquétipos femininos à noção de imagem de controle, em um sentido mais geral do que aquele trabalhado por Patricia Hill Collins. Segundo a pesquisadora Winnie Bueno, Collins articula e aprofunda a ideia de “imagens de controle como uma representação específica de gênero para pessoas negras a partir de padrões estabelecidos no interior da cultura ocidental branca eurocêntrica.

¹³ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

¹⁴ PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

¹⁵ MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004.

cesso degradante da mulher, favorecendo um posicionamento feminista abolicionista, por outro, passam a surgir e ganhar força no interior do movimento posições que defendem as práticas prostitucionais sem abdicar do feminismo, Especialmente na segunda metade do século XX, quando as diferenças de pensamento no movimento tornam-se mais amplas em termos gerais, realçando diferentes correntes do pensamento feminista¹⁶.

No Brasil, por exemplo, dá-se a organização e amadurecimento do movimento prostitucional com a redemocratização. Neste contexto, Monique Prada, ao questionar o movimento feminista abolicionista, acusa-o de não contemplar o poder de agência das trabalhadoras sexuais.¹⁷ Propõe a superação do que denomina “visão salvacionista” por meio do *Putafeminismo*, um movimento no qual a prostituta é chamada ao centro do debate público, para demandar respeito, proteção, sexo consentido e justa remuneração. Em outras palavras, a regulamentação aparece como possibilidade para sanar o silenciamento imposto às putas, que emergem das margens para ganhar voz socialmente.

Como é possível perceber, a discussão sobre o caráter da prostituição – *exploração do capital ou atividade laboral legítima, degradação moral ou expressão da liberdade da mulher* – é antiga e complexa. A ação de diversos atores sociais, envolvidos direta ou indiretamente na discussão acerca da regulamentação da prostituição, para além das próprias prostitutas, determinam as várias posições, por vezes antagônicas, que se relacionam com a temática.

Portanto, tão antigos quanto os primeiros discursos elaborados sobre a prostituição são as discussões acerca da sua legitimidade, i.e., da condição da mulher prostituta na sociedade e de sua possível caracterização enquanto profissão.

Desta forma, o tema da prostituição esteve presente no campo das disputas políticas institucionais, seguramente, pelo menos desde o século XVIII. Contrário sensu, não porque trate-se da “profissão mais antiga do mundo”, mas “por ela ser considerada uma das instituições que revela as relações de poder entre homens e mulheres e a moral sexual de cada período histórico”.¹⁸, p. 1

Discursos políticos, sociológicos, econômicos, religiosos e de cunho moral, entre outros, acabam por ser os principais motores dos embates em torno da prostituição em seus inúmeros aspectos. Muitos deles mesclam argumentos de variadas ordens, buscando firmar um entendimento robusto o suficiente para construir consensos na esfera pública, determinando os sentidos e práticas sociais sobre a prostituição.

¹⁶ Apesar de inúmeras críticas, para fins didáticos, costuma-se dividir o movimento feminista em 3 ondas, que levam em consideração suas pautas majoritárias e o contexto histórico inserido. A primeira onda, no final do século XIX, está ligada majoritariamente à reivindicação de igualdade e de direitos políticos, tais como, o direito ao voto. A segunda onda, geralmente denominada de feminismo radical, com início em meados dos anos 1950, teve como foco maior os direitos reprodutivos e as discussões sobre gênero e sexualidade, sobre como construir uma teoria base para se entender a origem da opressão feminina. Aqui, se acentuam, ainda mais, críticas à pornografia, a prostituição e ao trabalho doméstico. A 3ª onda, nos anos 1990, nasce marcada pela interseccionalidade, esta enquanto ferramenta para que mulheres atingidas por vários tipos diferentes de opressão (raça, classe, sexualidade) pudessem analisar sua condição individualmente. Tais mulheres, não se sentiam contempladas integralmente, nas pautas trazidas pelas outras ondas. A pornografia e a prostituição, passam a ser estudadas do ponto de vista da liberdade e sexualidade, não mais como violência. E diversos termos misóginos, como vadia e puta, passam por uma tentativa de ressignificação.

¹⁷ PRADA, Monique. *Putafeminista*. São Paulo: Veneta, 2019.

¹⁸ PARADIS, Clarisse Goulart. A prostituição no marxismo clássico: crítica ao capitalismo e à dupla moral burguesa. *Revista Estudos Feministas*, São Paulo, v. 26, n. 3. p. 1 – 20, set./dez. 2018.

2 O DISCURSO SECULAR CONTRA A PROFISSIONALIZAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO

Não é apenas o discurso religioso cristão que condena a prostituição, mas parte da teoria crítica marxista converge na condenação destas práticas, ainda que por motivos substancialmente distintos. Desde uma perspectiva socialista, a crítica à prostituição sempre esteve associada à crítica às instituições burguesas e ao resultado das contradições do capitalismo sobre a classe trabalhadora.¹⁹, p. 3

Clarisse Paradis, investigando socialistas utópicos, nos apresenta traços que podem parecer contraditórios. Flora Tristan, por exemplo, denuncia a naturalização da inferioridade feminina e condena ferozmente a prostituição, qualificando-a como fruto da repartição desigual de bens e dos antagonismos entre homens e mulheres, impostos pelo capitalismo. Paradoxalmente, menospreza o papel do autogoverno das prostitutas em suas vidas, retratando-as como sujeitas passíveis de serem seduzidas e enganadas. De modo semelhante, entre as feministas anarquistas do final dos oitocentos “a prostituição foi vista como símbolo da hipocrisia da sociedade puritana e das mazelas vividas pelas mulheres trabalhadoras”.²⁰, p. 3

Ainda que a prostituição não seja aprofundada nas obras conjuntas de Marx e Engels, os autores avançam no desvelamento da opressão das mulheres, interpretando-a como “produtos das formações sociais”, no qual a prostituição restava encaixada dentro da lógica do materialismo.²¹, p. 6

O tema da prostituição apenas foi abordado explicitamente na obra de Engels, em *A Origem da Família, da Propriedade e do Estado*:

quanto mais o heterismo antigo se modifica em nossa época pela produção capitalista à qual se adapta, mais se transforma em franca prostituição e mais desmoralizadora se torna a sua influência. E, na verdade, desmoraliza mais os homens do que as mulheres. A prostituição, entre as mulheres, degrada somente as infelizes que a ela se dedicam, e mesmo a estas em um grau muito menor do que se costuma acreditar. Em compensação, envilece o caráter do sexo masculino inteiro.²², p. 84

A visão de Engels, portanto, é atravessada por um raciocínio patriarcal, pois, para ele, a prostituição feminina rebaixaria especialmente os homens, uma vez que rebaixaria todo o gênero masculino, enquanto atingiria “apenas” as mulheres diretamente engajadas na atividade. Engels pressupõe ainda a separação rígida entre homens enquanto consumidores e mulheres como fornecedoras, infelizes e degradadas.

¹⁹ PARADIS, Clarisse Goulart. A prostituição no marxismo clássico: crítica ao capitalismo e à dupla moral burguesa. *Revista Estudos Feministas*, São Paulo, v. 26, n. 3. p. 1 – 20, set./dez. 2018.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

Para ele, o caráter degradado da prostituição seria uma característica da modernidade, da nova sociedade industrial, já que nas sociedades primitivas as atividades assemelhadas estavam inseridas em contexto religioso, sendo a troca em pecúnia ou favores recebidos, entregue aos templos, como oferendas às deusas do amor. Seria devido ao advento da propriedade privada que a prostituição floresceria profissionalmente entre as mulheres livres. Ainda na crítica às instituições burguesas, Engels chega a comparar prostituição e casamento como formas de aprisionamento e opressão: enquanto as prostitutas alugariam esporadicamente seus corpos, as esposas o venderiam de uma única vez. O argumento que seria posteriormente acompanhado, ainda que melhor desenvolvido, no já clássico *O contrato sexual*.²³

Em que pese suas limitações, Engels foi o primeiro a situar as razões das diferenças entre homens e mulheres fora do campo biológico.²⁴ Sob o prisma de um comunismo primitivo, de caráter matriarcal, o autor formulou uma teoria materialista das bases das desigualdades, procurando derivar a subordinação das mulheres à reprodução econômica. Por meio dessa premissa, no entanto, acaba vinculando a superação da opressão de gênero à superação da opressão de classe. Somente com a apropriação social dos meios de produção desapareceriam todas as formas de opressão: proletariado, trabalho assalariado, monogamia e prostituição. As mulheres já não precisariam se entregar por dinheiro, seja pela prostituição ou pelo casamento.

Atualmente, a análise mais acurada parece ser aquela que entende que a questão vai além das causas econômicas, isto é, a objetificação da mulher é fruto também do patriarcado e não somente do capitalismo, apesar da retroalimentação mútua de ambos, que constituem parte de um verdadeiro nó de opressões.²⁵

Carole Pateman diverge do pensamento de Engels e de Nickie Roberts, ao criticar a equiparação de uma série de práticas sociais pré-modernas como prostituição. Para a autora, o meretrício como conhecemos hoje é parte integrante do capitalismo, sendo uma das formas dos homens comprarem o acesso ao corpo da mulher, ao lado do casamento. No capitalismo há uma reivindicação masculina para que o corpo da mulher seja comprado, a prostituição é tida como direito sexual masculino.²⁶

Para a autora, a prostituição acaba sendo a concretização do exercício do direito patriarcal ao corpo da mulher. O ato sexual, propriamente dito, é a afirmação masculina de dominação; os homens enquanto senhores das prostitutas. A existência de um contrato prostitucional livre estaria comprometida, na medida em que a prostituta sempre está em desvantagem em relação ao homem, não existindo limites fáticos estabelecidos para o uso de seu corpo. Além do mais, não há meios para aferir a satisfação e efetuar cobrança do contrato.²⁷ As feministas marxistas em geral veem a prostituição como uma ameaça à sociedade operária que deve, como tal, ser eliminada no processo de emergência do comunismo.

A prostituição é equiparada ao casamento, tal qual forma de opressão e fruto da desesperança provocada pelo capital. Ainda mais, a moral burguesa se mostra dúbia no trato com as meretrizes, pois ao passo que incentiva a prostituição como resposta à exploração,

²³ PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

²⁴ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

²⁵ FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante, 2017.

²⁶ PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

²⁷ *Ibidem*.

esconde-a cruelmente. A prostituição e o trabalho doméstico devem ser abolidos, pois são formas de deserção do trabalho coletivo.²⁸

A prostituição vem a ser apenas “uma expressão específica da prostituição geral do trabalhador”, derivada da exploração do trabalho assalariado pelo capitalismo. Como consequência, as causas da prostituição seriam puramente econômicas: miséria, desemprego, crises e salários desiguais. Logo, no espectro marxista, a prostituição é encarada como fenômeno social e sequela da organização deficiente do capitalismo. A prostituta é vista como vítima da pobreza, abandono familiar, da falta de acesso à educação e de oportunidade de trabalho. Portanto, sua superação se dará quando a base do comunismo estiver fixada, suprimindo-se, por consequência, as causas que levam as mulheres a prostituírem-se²⁹³⁰

Dessa forma, a regulamentação da prostituição só atenderia a interesses do capitalismo e do patriarcado, por representar uma forma de legitimar a prática exploratória. Na verdade, estaríamos diante de um tipo de escravidão moderna, não uma forma de liberdade e empoderamento, mas da objetificação legal da mulher. Correntes do feminismo criticam ainda, a visão liberal de ver a prostituição como um comportamento individual, baseado em escolhas mercadológicas. A prostituição faria parte de um sistema, e não poderia ser dissociada das relações sociais de poder.

Nesse sentido, Andrea Dworkin chega a argumentar que a legalização da prostituição seria como “assinar um contrato para ser estuprada”, pois as prostitutas são, antes de mais nada, vítimas da opressão econômica e de gênero.³¹ O dinheiro não pode ser visto como mediador financeiro universal, capaz, inclusive, de transformar o corpo da mulher em um *commodity* vendável. Como argumento empírico, argumenta-se que nos países que regulamentaram toda a cadeia prostitucional, tais como Holanda e Alemanha, não foram verificadas melhoras nas condições de trabalho destas mulheres, mas sim um enriquecimento dos empresários do sexo, às expensas das prostitutas.

No mesmo sentido, Sandra Machado critica ferozmente o discurso da direita liberal e de parte da esquerda, autodenominada progressista, que encara a prostituição como “escolha laboral”, entendendo isto como mercantilização da vida:

Há um forte discurso patriarcal, infelizmente elaborado tanto pela direita neoliberal como pelo campo progressista (à esquerda), que estabelece a prostituição como “escolha” e que seria dever de cada nação, ou Estado, assegurar essa “opção” laboral. Ora, a oposição à regulamentação da prostituição não tem absolutamente nada a ver com a escolha das mulheres.

A oposição de boa parte dos movimentos feministas luta contra uma indústria bilionária – na verdade, a que mais cresce ano após ano – que cria tendências de violência e degradação sobre corpos femininos para atender uma demanda masculina. E,

²⁸ KOLONTAI, Alexandra. *A prostituição e as maneiras de combatê-la*. [S.l.]: Marxist, 1921. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/kollontai/1921/mes/prostituicao.htm>. Acesso em: 05 set. 2021.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ MARX, Karl. Sobre o suicídio. São Paulo: Boitempo, 2006.

³¹ DWORKIN, Andrea. Prostitution and Male Supremacy. *Michigan Journal of Gender & Law*, Lansing, v. 1, n. 1, p. 1-13, 1993.

ainda mais, com uma indústria que fomenta e perpetua um sistema patriarcal e capitalista por meio da sua própria essência de lucro.³²

A legalização também não aumentaria o controle sobre a indústria do sexo, pelo contrário, serviria de estímulo para o tráfico e a exploração sexual de crianças e adolescentes. Segundo a Coalizão Contra o Tráfico de Mulheres (CATW, na sigla em inglês) e a Plataforma Portuguesa para os Direitos das Mulheres, a profissionalização da prostituição é a responsável pelo aumento de mulheres imigrantes traficadas do Leste Europeu para a Alemanha e Países Baixos.³³ Os traficantes, patrocinadores dos custos da imigração, obrigariam as estrangeiras a se autodefinirem como trabalhadoras sexuais para adentrarem no país. Ademais, tais organizações argumentam que a descriminalização da indústria do sexo não apazigou o estigma da prostituição. A obrigatoriedade de registro é incompatível com o anonimato, que muitas mulheres envolvidas nestas práticas desejam, estimulando o trabalho na clandestinidade não regulada.

A suposta segurança dos bordéis, em comparação às ruas, frequentemente aventada como vantagens da regulamentação, tampouco se sustentaria. A violência seria inerente à relação prostitucional, já que a sua origem é o poder patriarcal desigual. Na prática, muitas mulheres passaram a sofrer abusos físicos e sexuais pelos proprietários destes estabelecimentos, cujos artifícios de proteção, seguranças e câmeras, estão a serviço apenas dos prostíbulos e não da segurança das prostitutas. As fiscalizações sobre práticas de exploração e inspeções sanitárias são raras e muitas mulheres não se sentem à vontade para denunciar.

Verifica-se que, nas experiências legislativas internacionais sobre regulamentação da prostituição, notadamente Alemanha, Países Baixos e Nova Zelândia, houve uma expansão do comércio sexual, legitimando ainda mais os homens, como controladores e usuários do serviço sexual. A regulamentação não foi acompanhada de melhoria de vida das prostitutas, as remunerações são baixas, não há limite de jornada, férias, licenças ou pensões. De forma contrária, a regulamentação teria contribuído para a manutenção da marginalização e vulnerabilização sistêmicas de mulheres.

É interessante perceber uma aproximação entre o discurso moral-conservador e as críticas estabelecidas desde uma perspectiva marxista. Ainda que os discursos se ancorem em ideologias e cosmovisões de vida distintas – a moralidade religiosa do conservadorismo de um lado e o pensamento marxistas/marxiano de outro –, ambos findam por defender a abolição da prostituição, tida como inerentemente degradante. Como esses discursos refletem nas iniciativas legislativas no Brasil?

Os Projeto de Lei nº 2169/2003, nº 377/2011, nº 7001/2013 e nº 6.127/2016 possuem conteúdo aproximados, razão pela qual serão tratados conjuntamente. O centro de gravidade destes projetos é a punição dos contratantes de serviço sexual. Portanto, em diferentes tons,

³² MACHADO, Sandra. A Quem Interessa Legalizar a Prostituição. *Correio Brasiliense/Blog da Igualdade*, Brasília, 30 abr. 2018. Disponível em: <https://blogs.correiobrasiliense.com.br/igualdade/quem-interessa-legalizar-prostituiacao/>. Acesso em: 16 set. 2021.

³³ RAYMOND, Janice. Não à Legalização da Prostituição: 10 razões para a prostituição não ser legalizada. *Coalition Against Trafficking in Women*, [S.l.], 25 mar. 2003. Disponível em <https://www.mdm.org.pt/wp-content/uploads/2017/11/N%C3%83O-%C3%80-LEGALIZA%C3%87%C3%83O-DA-PROSTITUI%C3%87%C3%83O-10-raz%C3%B5es.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

espelham-se no modelo jurídico sueco: criminalizador do usuário. Seus proponentes argumentam que a “venda do corpo” é intolerável socialmente e que a integridade física, por ser um bem indisponível, não pode ser objeto contratual remuneratório. Durante o trâmite legislativo, atribui-se constantemente imagens de controle às prostitutas: a prostituta ora como vítima, das condições sociais e dos abusos dos clientes, ora como criminosa, associada ao trabalho sexual, tráfico de drogas e exploração de crianças. Com efeito, o Deputado Marcos Rogério (PDT - RO), ao votar pela constitucionalidade do PL 377/2011, reproduz uma série de lugares comuns sobre a prostituição, tais como, a noção que todas as pessoas envolvidas na atividade têm a sua integridade física e psíquica violada, além do envolvimento em outros delitos.³⁴

Apesar do Legislativo ser idealizado como um ambiente de discussão qualificada, no qual deveria prevalecer discursos políticos sim, mas lastreados em argumentos laicos e técnicos, o que se observa em torno das práticas prostitucionais são argumentos que beiram um “populismo legislativo”. Esta dinâmica fica evidente, quando constatamos que em todas as propostas há a liderança de deputados homens ligados a grupos religiosos neoconservadores. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 377/2011 foi proposto pelo deputado e pastor da Assembleia de Deus, João Campos, enquanto o Projeto de Lei 6.127/2016 é de autoria do deputado Flavinho (PSB - SP), missionário da Comunidade Católica Canção Nova, que representa a renovação neopentecostal católica.

Observamos assim, a inserção das disputas em torno da prostituição ao contexto das “guerras culturais”,³⁵ uma disputa discursiva na qual os neoconservadores buscam defender sua visão de mundo reacionária, diante das ameaças impostas pela modernidade aos seus valores compartilhados, manifestada no parlamento nos embates que envolvem liberdade sexual, homoafetividade, eutanásia e aborto, ou a chamada “pauta moral”. Este embate em torno das chamadas pautas de costumes, entre grupos conservadores e progressistas, se fez presente no Parlamento brasileiro desde a redemocratização,³⁶ mas tem se intensificado exponencialmente na última década.³⁷

Estas propostas legislativas, que objetivam criminalizar os consumidores, refletem o idealismo punitivo de uma atuação parlamentar centrada no rigor criminal, por isso são criticadas por não se preocuparem com a elaboração de políticas públicas específicas, que garantam direitos às prostitutas.

3 O DISCURSO SECULAR FAVORÁVEL À PROFISSIONALIZAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO

Em parte, como reação às perspectivas feministas marxistas sobre a prostituição, então hegemônicas no campo progressista, emerge na década de 70 um discurso alternativo, que refuta o caráter inerentemente degradante da prostituição, representado, entre outros,

³⁴ Para o inteiro teor da manifestação do deputado Marcos Rogério, ver: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1513263&filename=Tramitacao-PL%20377/2011.

³⁵ ROCHA, João Cezar de Castro. *Guerra cultural e retórica do ódio*: crônicas de um Brasil pós-político. São Paulo: Caminhos, 2021.

³⁶ PIERUCCI, Antônio Flávio. As bases da nova direita. *Novos Estudos Cebrap*, n. 19, 1987.

³⁷ LACERDA, Marina Basso. *O novo conservadorismo brasileiro*. Porto Alegre: Zouk, 2019.

pela organização americana COYOTE (Call Off Your Tired Ethics). O discurso parte do pressuposto de que o trabalho sexual é uma atividade laboral como outra qualquer. Há um contrato prostitucional, que envolve negociação e prestação de serviços sexuais, mediados ou não por um terceiro.

A aceitação das condições impostas pelo contratante seria o traço distintivo da exploração sexual, que pressupõe sua aceitação indiscriminada, ausente nos contratos prostitucionais.³⁸ Desde uma perspectiva liberal, variados argumentos se sustentam na ideologia das liberdades individuais, partindo do reconhecimento que a prostituta voluntariamente escolhe a atividade para obter seu sustento. Dessa maneira, entendem a prostituição enquanto *prestação de serviços*, uma vez que a prostituta estabelece uma espécie de contrato informal com o cliente – por vezes até mesmo formal –, estabelecendo tipo de serviço prestado, valores e seu período de execução.

A partir desse ponto de vista, as propostas comumente apresentadas pelas vias liberais variam para a regulamentação da prostituição passam desde a intervenção estatal até a aposta no mercado sexual como pacificador da violência e exploração que sofrem a prostituta (não-regulação).³⁹ Na regulação estatal, a equiparação da prostituição a outras profissões franquearia o acesso à direitos sociais e trabalhistas por parte das prostitutas, além de fortalecer a luta por melhorias nas condições de trabalho. A regulamentação também tenderia a combater uma série de elementos que, muitas vezes, aparecem intrinsecamente ligados à prostituição, como o arbítrio dos clientes, a exploração sexual infantil, a prostituição forçada, bem como a pornografia forçada e tráfico sexual.

As feministas liberais contestam a vitimização e o que, por sua vez, chamam de “indústria do resgate”, promovida tanto pelos conservadores como pelas feministas radicais. O contrato prostitucional, por outro lado, seria baseado na autonomia da vontade, na livre escolha, no consentimento e na livre disposição dos corpos dos envolvidos. É evidente, no entanto, que toda escolha está circunscrita à condicionantes sociais, que vão desde a miserabilidade até a versatilidade de horários e os ganhos maiores que o trabalho sexual pode vir a render, o que, no entanto, não serviria para diferenciar a prostituição das demais formas de trabalho.

No capitalismo, a exploração está presente em diferentes graus em toda atividade laboral. Não há que se falar em opressão e escravidão moderna, pois a prostituição adulta seria uma decisão advinda de inclinação individual. Todo trabalho é uma relação de dominação e a prostituição se insere neste contexto como outras formas laborais, não sendo uma agressão contra a mulher ou uma aliança com o patriarcado para escapar da pobreza. Não se trata aqui de falar genericamente de empoderamento, afinal nenhum trabalho exercido em condições precárias é emancipador, porém, o que as feministas liberais se perguntam é por que não se vê o mesmo tipo de argumento em relação às mulheres que praticam outros trabalhos precários? Seria a perseguição à prostituição uma forma de manter um vigoroso exército de reserva para trabalhos precários, já que qualquer trabalho seria menos degradante?^{40 41}

³⁸ RAMALHO, Nelson. O trabalho sexual: discursos e práticas dos assistentes sociais em debate. *Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 64 – 91, dez. 2012.

³⁹ RODRIGUES, Marlene Teixeira. *Polícia e prostituição feminina em Brasília: um estudo de caso*. 2003. 369 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

⁴⁰ GRANT, Melissa Gira. *Dando uma de puta: a luta de classes das profissionais do sexo*. Tradução de Lisa Santana. São Paulo: Autonomia Literária, 2021.

⁴¹ PRADA, Monique. *Putafeminista*. São Paulo: Veneta, 2019.

Os conservadores e as feministas radicais, ao promoverem uma política salvacionista, acabam reforçando o estigma da prostituição e normalizando a violência contra quem exerce trabalho sexual, praticada pela sociedade civil e pelos agentes estatais. A vigilância, o controle e a repressão não se mostram eficazes na prevenção da exploração, tampouco na melhora das condições de vida das prostitutas. Não há atualmente no ordenamento jurídico brasileiro uma definição clara e objetiva de “exploração sexual”, o que contribui para que arbitrariedades aconteçam. A confusão entre trabalho sexual, exploração e tráfico acaba fazendo com que as prostitutas sejam as maiores vítimas de prisões e deportações arbitrárias, além de ficarem mais vulneráveis à exploração e agressões.

Quanto à segurança do contrato prostitucional, Monique Prada cita a ativista Indiana-rae Siqueira para afirmar de forma provocativa que “é mais seguro ser prostituta que esposa no Brasil de hoje.”⁴², p. 46 Os feminicídios, inclusive de prostitutas, são em grande parte realizados pelos companheiros das vítimas, fruto de manutenção de relações de confiança. Todavia, a regulamentação dos bordéis traria mais proteção contra assédios e outros tipos de coação, além de mais estabilidade financeira. Alguns países adotam a obrigatoriedade de itens de segurança, tais como botões de pânico, além de fiscalizações laborais, a fim de evitar abusos e explorações.

A afirmação de que todo trabalho sexual é uma forma de estupro também soa equivocada. Estupro consiste em uma relação sexual não consentida, violenta ou não. Qualquer forma de sexo pago envolve algum tipo de negociação e consentimento, logo, diferencia-se do estupro. A tentativa de equiparar sexo pago ao estupro parece mais uma estratégia retórica que objetiva instrumentalizar a violência real sofrida por essas mulheres, uma vez que denuncia o próprio ato da atividade prostitucional, sem diferenciá-lo dos abusos e violências.

Com efeito, as associações de prostitutas constroem reivindicações dentro da ordem social e jurídica, advogam por mudanças no tratamento da categoria, pois entendem que a ilegalidade as torna mais expostas. Há um clamor por uma série de direitos: concessões de benefícios laborais e sociais, liberdade de escolha do local de trabalho, fim da arbitrariedade policial e do controle médico compulsório, bem como a promoção de campanhas educativas para combater o estigma da atividade. Há o anseio pela legalização da prostituição com a revogação dos artigos referentes à criminalização da atividade no Código Penal Brasileiro, bem como, o reconhecimento jurídico como trabalhadora, culminando com o fim da vulnerabilidade vivenciada rotineiramente. Para Marlene Rodrigues a perspectiva das inúmeras organizações de prostitutas, ao redor do mundo, é situar a discussão da prostituição no campo da cidadania, destacando a questão da atividade se referir a direitos sexuais e trabalhistas e não a uma questão criminal/penal.⁴³

No Brasil, o movimento prostitucional toma corpo na redemocratização, tendo como marco o I Encontro de Prostitutas em 1987. As associações de prostitutas organizadas visavam, dentre outros temas, a construção de um novo espaço social da prostituta, fortalecendo sua identidade política e ampliando o diálogo. No movimento há uma recusa das propostas de “salvar” e “resgatar” estas mulheres.

⁴² *Idem.*

⁴³ RODRIGUES, Marlene Teixeira. A prostituição no Brasil contemporâneo: um trabalho como outro qualquer? *Revista Kátalysis*, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 68-76, 2009.

Com o amadurecimento desta luta desenvolveu-se o putafeminismo, propondo repensar a prostituição por meio do resgate das suas vozes, subalternizadas e invisibilizadas, quer pelos discursos feministas tradicionais, quer pelos discursos conservadores. Desde esta perspectiva, as prostitutas desejam existir sem estigma, serem ouvidas, relatar suas vivências e dilemas, assim como construir suas políticas profissionais. A meretriz é conduzida ao centro do debate e exige respeito, proteção, sexo consentido e justa remuneração. Pergunta-se: é coerente mulheres que nunca exerceram ou exercerão à prostituição, serem consideradas representantes das prostitutas?⁴⁴

As putafeministas rechaçam qualquer tentativa de vitimização, se negam ao papel de objeto de resgate e reafirmam sua capacidade de escolha e autonomia. Para elas erradicar a prostituição é uma distopia utópica, defendida pelas feministas radicas, pela Igreja e pelo Estado, e este ideal higienista reforça o estigma e preconceito para com as prostitutas. Deslegitimar a palavra das putas ressoa como estratégia de reforço do patriarcado, ao promover o silenciamento das prostitutas que desafiam a imagem da “puta imaginada”, aquela oprimida, traficada e desonesta.

O discurso construído pelas putafeministas parte de um aforisma básico: trabalho sexual é trabalho. A prostituta vende muitas coisas – fantasias, fetiches e inclusive o sexo –, presta serviços e cobra pelo seu tempo, logo, não há que falarmos em apropriação do corpo, ou partes dele, pelo cliente. O processo de negociação, anterior ao contrato, acaba envolvendo o que elas estão dispostas ou não a realizarem e o valor pecuniário correspondente. Em outro sentido, o grande incômodo parece ser o fato de uma mulher “indisciplinada” se apropriar de seu corpo e sexualidade, tornando-o fonte de subsistência.

Todas estas visões favoráveis à regulamentação também repercutem nos debates dos congressistas sobre a questão. Na verdade, as falas dos deputados são fruto de um sistema ordenado, estruturante de determinado imaginário social, que na maioria das vezes parece representar somente os interesses de grupos hegemônicos, como uma caixa de ressonância.

Entre as propostas de regulamentação da prostituição, desde a redemocratização, destacamos o Projeto de Lei 3436/1997, apresentado pelo deputado federal Wigberto Tartuce (PPB DF), o PL nº 98/2003, do deputado Fernando Gabeira (PT - RJ), o PL nº 4.244/2004, de autoria do deputado Eduardo Valverde (PT - RO) e a Lei Gabriela Leite (PL nº 4211/2012), proposta pelo deputado Jean Wyllys (PSOL - RJ). Estes projetos, inspirados em experiências comparadas, ambicionaram ampliar o acesso das putas a direitos trabalhistas e previdenciários.

Apesar da intenção de franquear mais direitos às trabalhadoras, é possível perceber em variadas oportunidades, que as alegações dos proponentes recaem no senso comum higienista, de que as meretrizes são responsáveis por várias mazelas e que a regulamentação seria um meio de discipliná-las, a fim de evitar consequências desagradáveis da própria atividade. O reforço do senso comum acontece, por exemplo, quando persiste a associação das prostitutas à propagação de infecções sexualmente transmissíveis (IST's), ressonando as experiências de controle do meretrício nas grandes cidades europeias no século XIX e a República do Manguê no Rio de Janeiro (séc. XX). Conforme Foucault (1988), tais modos de manipulação são artifícios utilizados pela moral burguesa a fim de ordenar saberes – médicos, jurídicos,

⁴⁴ PRADA, Monique. *Putafeminista*. São Paulo: Veneta, 2019.

pedagógicos, etc. – com propósito de disciplinar as sexualidades insubmissas e infecundas, desafiadoras da economia de reprodução.

Nesse sentido, o PL 3436/1997, o PL nº 98/2003 e o PL nº 4.244/2004 pecam pela simplicidade com que trataram o tema, expressa ainda no debate parlamentar sobre a questão, permeado de fundamentações genéricas e sem lastro em evidências robustas. Albuquerque (2008) critica ainda o fato de não haver inovação em relação ao acesso a novos direitos por parte das prostitutas, pois não se assegura o exercício da atividade, apenas o sagrado direito de tornar o pagamento exigível. Chama atenção também, o fato de que durante todo os trâmites dos PL's não houve registros da realização de audiências públicas com prostitutas ou suas associações, ou seja, representantes de classes privilegiadas, em sua maioria homens brancos, que nunca exerceram ou vão exercer o trabalho sexual, deliberam sobre a regulamentação da prática na ausência das suas agentes.

No impulso dos grandes eventos esportivos ocorridos no Brasil – Copa do Mundo em 2014 e Olimpíadas em 2016 – o deputado Jean Willys, então filiado ao PSOL-RJ, elaborou a proposta mais detalhista sobre a regulamentação da prostituição: o Projeto de Lei nº 4.211/2012, apelidado de “Lei Gabriela Leite”, em homenagem a ativista. O PL reúne elementos da experiência de regulação alemã e propostas dos projetos anteriormente citados, dos deputados Fernando Gabeira (PT - RJ) e Eduardo Valverde (PT - RO). O grande diferencial, no entanto, foi o amplo diálogo realizado com os movimentos sociais de trabalhadoras sexuais na construção da proposição. A proposta atua em várias frentes: torna exigível o pagamento por serviço de natureza sexual, prevê a possibilidade de se exercer a atividade de forma autônoma, em cooperativas ou em casas de prostituição, prevê aposentadoria especial e modifica vários artigos, a fim de se fazer uma necessária distinção entre prostituição e exploração sexual, seja de adultos ou de crianças e adolescentes.

O PL Gabriela Leite foi o primeiro a ser concebido em conjunto com as trabalhadoras organizadas, através da participação ativa da Rede Brasileira de Prostitutas (RBP), até então, a única instituição nacional de defesa das trabalhadoras sexuais. O processo deu protagonismo às vozes periféricas, trouxe ao centro do debate as verdadeiras sujeitas de direitos, atingidas pelas deliberações de um Congresso Nacional majoritariamente representante por grupos de elite.

O projeto inovou em variados pontos. Estabeleceu que somente maiores de idade podem ser considerados trabalhadores sexuais e demarcou importantes distinções, até então pouco claras no Código Penal, como os tipos de situações que caracterizariam a exploração sexual. Ainda segundo o texto, os estabelecimentos ou mediadores da prestação do serviço sexual poderiam reter até 50% dos valores percebidos pelos profissionais do sexo, o que fez com que alguns críticos o taxassem pejorativamente como o “PL do Cafetão”.

Prada (2019) refuta estas críticas, para defender a possibilidade de retenção, argumentando que para a realização do programa as casas investem em propagandas, segurança e conforto. Na visão da ativista, a regulamentação reforça a segurança de exercer o trabalho sexual em estabelecimentos legalizados, bem como o avanço da proposta em se reconhecer à prostituta o direito de cobrar o pagamento pelo serviço prestado, seja dos prostíbulos ou dos clientes.

Persistem ainda discussões quanto a não previsão de vínculo empregatício entre os estabelecimentos e as prostitutas. A proposta prevê somente a prestação de serviços sexuais

como profissionais autônomas ou em cooperativas. Algumas mulheres preferem a autonomia, que valoriza o seu poder de empreendedorismo e se adequa a mobilidade de domicílios, sazonalidades e movimento de clientes, enquanto outras preferem o vínculo empregatício, como modo de regularizar o que já existe na prática: a relação de subordinação entre casas de massagens e as trabalhadoras. O PL ficou aquém neste ponto, uma vez que poderia ter previsto a possibilidade de formação de vínculo empregatício entre os trabalhadores sexuais e os prostíbulos, que viria acompanhada de acesso a uma gama de direitos sociais.

Mais uma vez colocamos em xeque se as trabalhadoras sexuais, principalmente as de pequenos e médios núcleos urbanos, gostariam de constituir vínculo empregatício formal, com anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS). Nosso próprio trabalho na cidade de Iguatu sugere o contrário⁴⁵, enquanto a literatura sobre as experiências europeias demonstra que a simples regulamentação não logra superar o estigma, de forma que muitas mulheres preferem atuar sob a clandestinidade.

Salientamos que o projeto, ainda que apresentado por parlamentar de um partido de esquerda (PSOL), suscitou reações divergentes entre as diversas organizações deste campo político. Como exemplo, em meio as discussões sobre a proposta, a Central Única de Trabalhadores (CUT) – entidade historicamente ligada ao PT e ao Partido Comunista do Brasil (PC do B) – se manifestou contrariamente a regulamentação do “trabalho sexual como trabalho”. Em reação, as trabalhadoras do sexo fundaram em 2015, a Central Única de Trabalhadores Sexuais, a CUTS (PRADA, 2019).

Em tom crítico, a psicóloga e coordenadora da Sempre Viva Organização Feminista (SOF), Nalu Faria, relembra que as propostas ainda carecem de diversos elementos essenciais para a lida com a complexa situação:

[...] consideramos que há muitas políticas a serem desenvolvidas, em termos de assegurar aposentadoria universal, de incluir as mulheres prostituídas em políticas de inclusão social, de programas específicos de educação, moradia, geração de trabalho e renda. Nenhuma destas propostas figuram nos projetos de regulamentação.⁴⁶

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sintomático que Marx tenha chegado a comparar qualquer forma de trabalho assalariado no sistema capitalista como uma forma de prostituição.⁴⁷ Nessa chave de leitura, a prostituição aparece como uma das manifestações que expressa a essência do sistema, a saber, a produção do trabalho alienado. De fato, ainda que não necessariamente, a prostituição

⁴⁵ SOARES, Vinicius Efraym Siqueira Lopes. “Melhor tá aqui que matar e roubar”: discursos e tensões do processo de regulamentação da prostituição. 2023. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal Rural do Semi-árido, Programa de Pós-graduação em Direito, Mossoró - RN, 2023.

⁴⁶ FÁRIA, Nalu. A quem serve a regulamentação da prostituição? *Fundação Heinrich Böll*, Brasília, 10 maio 2014. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/2014/05/10/quem-serve-regulamentacao-da-prostituicao>. Acesso em 16 set. 2021.

⁴⁷ MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004.

é muitas vezes a única fonte de renda de mulheres marginalizadas, uma vez que parte significativa das sujeitas envolvidas nestas práticas não é detentora de muito mais de que sua própria força de trabalho. Porém, qualquer forma de trabalho envolve dominação, em maior ou menor grau, de forma que o problema reside na precarização destas relações. Nesse sentido, é enganosa a sugestão de empoderamento ou emancipação por meio de qualquer trabalho precarizado; o que não se aplica apenas para ao trabalho prostitucional.

É intrigante perceber como as discussões estabelecidas sobre a vida das prostitutas e sobre a regulamentação desta profissão refletem, em grande parte, um persistente senso comum de marginalização, ora religioso, ora secular, as vezes médico e científico, outras vezes fruto da melhor racionalidade econômica, mas sempre estigmatizando as prostitutas, encaixando-as no parâmetro da anormalidade e/ou isolando-as socialmente. E o que isso significa? Segundo Capela, significa que o trato social à prostituta determina que sua vontade “ou é destituída de capacidade plena por ela ser vítima de um sistema opressor; ou é ilícita porque ela comete um ato condenável; ou deve ser escondida por se tratar de um mal social necessário.”⁴⁸, p. 237

Nesse lugar de invisibilização, a prostituição resiste e se reinventa há séculos e não há indícios de que se caminha para sua extinção. De forma contrária, verificamos que a tecnologia aumentou as possibilidades de trabalho sexual, tais como os sítios de conteúdo privado e a exibição performática remunerada.

É perceptível a incidências dos marcadores sociais sobre as práticas prostitucionais, tais como classe social e etnia, que cerceiam sobremaneira as escolhas destas mulheres. No entanto, sempre parece haver espaço para a escolha individual, por menor que seja, sempre há uma alternativa, ainda que dentro do universo de trabalhos precarizados. O que deveria ser condenado é a escandalosa desigualdade social vigente no país, que leva homens e mulheres e se submeterem a condições precárias de trabalho.

A prostituição fora desse contexto de exploração não é em essência um estupro, essa equivalência finda por ocultar as violências reais que existem nos espaços de prostituição, que devem ser combatidas, como em qualquer outro ambiente de trabalho. Há na relação prestação de serviço consentido, com ou sem ânimo, que por vezes sequer envolve o sexo.⁴⁹ Além do mais, há uma negociação pré-contratual, onde estabelece-se o que vem a ser oferecido e prestado.

Os modelos de regulação vigentes findam por promover uma dupla punição às prostitutas, primeiro na sua tentativa de criminalização da atividade, o que dificulta ou mesmo as impede de exercer seu trabalho de forma segura, segundo ao não proporcionarem os mesmos direitos garantidos à outras atividades laborais.

Há ainda a questão da incidência dos dispositivos estatais de disciplinamento sobre os corpos destas mulheres, seja por meio de detenções policiais arbitrárias, enquadramentos nos

⁴⁸ CAPELA, Gustavo Moreira. *O direito à prostituição: aspectos de cidadania*. 2013. 252 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

⁴⁹ GRANT, Melissa Gira. *Dando uma de puta: a luta de classes das profissionais do sexo*. Tradução de Lisa Santana. São Paulo: Autonomia Literária, 2021.

saberes médicos e higienistas oficiais ou até nas tentativas de confinar às suas práticas à territórios periféricos. Ao não definir com clareza o que seria exploração sexual, o Estado acaba alargando o espectro de possibilidades de arbitrariedade.

Diante desta problemática, as associações de prostitutas organizadas, espalhadas por todo o Brasil, constroem reivindicações dentro da ordem estabelecida. De modo generalizado, as putas buscam situar a discussão sobre prostituição no campo da cidadania, retirando-o da esfera policial. Isto se daria sobretudo por meio da legalização da prostituição, com a revogação dos artigos referentes à criminalização da atividade, bem como, da extensão de uma série de direitos laborais e sociais comuns às outras categorias de trabalhadoras.

Através da prostituição dos saberes proposta pelo putafeminismo, elas buscam combater argumentações hegemônicas que ditam a formação das políticas públicas sobre as atividades prostitucionais. Como consequência deste emaranhado de pretensões, as putafeministas lutam para protagonizarem o debate, como sujeitas políticas. Ao superarem as imagens de controle a que estão submetidas, as putas resistem a qualquer tentativa de vitimização ou resgate, legitimando sua voz e existência.

Por ser multifacetado e complexo, não se pode enquadrar o universo do trabalho sexual dentro de uma mesma redoma de necessidades. Para atender de maneira satisfatória todas as diferentes perspectivas, é imprescindível que as políticas públicas da área sejam construídas em diálogo com o meretrício. Fazer com que isto aconteça verdadeiramente é o grande desafio e condição de possibilidade para que a regulamentação possa atender às cârências das principais interessadas: as putas.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Murillo Clementino. O tempo, o valor e a prostituta: reflexões sobre “Geni e o Zepelim” de Chico Buarque. *Estudos Semióticos*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 87-98, jul. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/esse/article/view/150525>. Acesso em: 31 jul. 2023.

BUENO, Winnie de Campos. *Imagens de Controle: Um conceito do pensamento de Patricia Hill Collins*. Porto Alegre: Zouk, 2020.

CAPELA, Gustavo Moreira. *O direito à prostituição: aspectos de cidadania*. 2013. 252 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

COLLINS, Patricia Hill. *Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento*. São Paulo: Boitempo, 2019 [1990].

CRYSTUS, Mirian. Assassinato de Ângela Diniz mobilizou movimentos feministas no país. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 16 out. 2022. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/pensar/2020/10/16/interna_pensar,1195033/assassinato-de-angela-diniz-mobilizou-movimentos-feministas-no-pais.shtml. Acesso em: 09 ago. 2023.

DWORKIN, Andrea. Prostitution and Male Supremacy. *Michigan Journal of Gender & Law*, Lansing, v. 1, n. 1, p. 1-13, 1993.



- ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.
- FARIA, Nalu. A quem serve a regulamentação da prostituição? *Fundação Heinrich Böll*, Brasília, 10 maio 2014. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/2014/05/10/quem-serve-regulamentacao-da-prostituicao>. Acesso em 16 set. 2021.
- FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante, 2017.
- G1. 'Bruna Surfistinha' atinge 1 milhão de espectadores. *G1*, São Paulo, 09 mar. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2011/03/bruna-surfistinha-atinge-1-milhao-de-espectadores.html>. Acesso em: 15 ago. 2023.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- GRAÇA, Marta; GONÇALVES, Manuela. Prostituição: Que Modelo Jurídico-Político para Portugal? *Dados*, Brasília, v. 59, n. 2, p. 449-480, abr. 2016.
- GRANT, Melissa Gira. *Dando uma de puta: a luta de classes das profissionais do sexo*. Tradução de Lisa Santana. São Paulo: Autonomia Literária, 2021.
- KOLONTAI, Alexandra. *A prostituição e as maneiras de combatê-la*. [S.l.]: Marxist, 1921. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/kollontai/1921/mes/prostituicao.htm>. Acesso em: 05 set. 2021.
- LEITE, Gabriela. *Filha, mãe, avó e puta: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- MACHADO, Sandra. A Quem Interessa Legalizar a Prostituição. *Correio Brasiliense/Blog da Igualdade*, Brasília, 30 abr. 2018. Disponível em: <https://blogs.correiobraziliense.com.br/igualdade/quem-interessa-legalizar-prostituicao/>. Acesso em: 16 set. 2021.
- MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- MARX, Karl. *Sobre o suicídio*. São Paulo: Boitempo, 2006.
- PARADIS, Clarisse Goulart. A prostituição no marxismo clássico: crítica ao capitalismo e à dupla moral burguesa. *Revista Estudos Feministas*, São Paulo, v. 26, n. 3. p. 1 – 20, set./dez. 2018.
- PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. São Paulo: Paz e Terra, 1993.
- PRADA, Monique. *Putafeminista*. São Paulo: Veneta, 2019.
- RAGO, Margareth. *Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar Brasil 1890-1930*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.
- RAMALHO, Nelson. O trabalho sexual: discursos e práticas dos assistentes sociais em debate. *Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 64 – 91, dez. 2012.
- RAYMOND, Janice. Não à Legalização da Prostituição: 10 razões para a prostituição não ser legalizada. *Coalition Against Trafficking in Women*, [S.l.], 25 mar. 2003. Disponível em

<https://www.mdm.org.pt/wp-content/uploads/2017/11/N%C3%83O-%C3%80-LEGA-LIZA%C3%87%C3%83O-DA-PROSTITUI%C3%87%C3%83O-10-raz%C3%B5es.pdf>. Acesso em 30 ago. 2021.

ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998.

SOARES, Vinicius Efraym Siqueira Lopes. "*Melhor tá aqui que matar e roubar*": discursos e tensões do processo de regulamentação da prostituição. 2023. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal Rural do Semi-árido, Programa de Pós-graduação em Direito, Mossoró - RN, 2023.





A APATRIDIA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA RELAÇÃO COM UM ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO LATINO-AMERICANO

STATELESSNESS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ITS RELATION WITH A LATIN AMERICAN COOPERATIVE CONSTITUTIONAL STATE

JEISSIANY BATISTA MAIA* | MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO** | THIAGO OLIVEIRA MOREIRA***

RESUMO

O artigo apresentou considerações sobre o fenômeno da apatridia a partir da análise do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos no desenvolvimento do tema nacionalidade e proteção dos apátridas. Tal análise partiu da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na aplicação e interpretação da Convenção Americana, como mecanismos atuantes para a construção de Estado Constitucional Cooperativo latino-americano. A pesquisa buscou evidenciar que o panorama jurídico relativo à nacionalidade e enfrentamento da apatridia no sistema interamericano corroboram com a teoria do Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle. Para tanto, o estudo baseou-se em uma análise qualitativa e jurisprudencial dos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, da compreensão doutrinária acerca do desenvolvimento da teoria do Estado Constitucional Cooperativo e documental acerca das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos relativas à proteção dos apátridas. O estudo demonstrou criticamente que, apesar do conjunto normativo relativo ao direito à nacionalidade e à adesão das convenções e tratados internacionais, influenciadas pela compreensão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema direcionarem os Estados para um Constitucionalismo Cooperativo, a ausência de abertura interna nos países e ideias rígidas de soberania impedem esse desenvolvimento e prejudicam a garantia do direito à nacionalidade.

Palavras-chave: Apátrida; Direitos Humanos; Constitucionalismo Cooperativo.

ABSTRACT

The article presents considerations on the phenomenon of statelessness based on the analysis of the Inter-American System for the Protection of Human Rights in the development of the theme of nationality and the protection of stateless persons. This analysis starts from the performance of the Inter-American Court of Human Rights in the application and interpretation of the American Convention, as active mechanisms for the construction of a Latin American Cooperative Constitutional State. The research seeks to show that the legal panorama regarding nationality and the confrontation of statelessness in the inter-American system corroborate Peter Häberle's theory of the Cooperative Constitutional State. Therefore, the study was based on a qualitative and jurisprudential analysis of the cases judged by the Inter-American Court of Human Rights, the doctrinal understanding about the development of the theory of the Cooperative Constitutional State and documents about the norms of International Human Rights Law related to the protection of the stateless. The study will critically demonstrate that, despite the normative set regarding the right to nationality and adherence to international conventions and treaties, influenced by the understanding of the Inter-American Court of Human Rights on the subject, directing States towards a Cooperative Constitutionalism, the lack of internal openness in countries and rigid ideas of sovereignty, impede this development and undermine the guarantee of the right to nationality.

Keywords: Stateless; Human rights; Cooperative Constitutionalism.

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
maiajeissiany@gmail.com

** Juiz Federal e Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Mestre e Doutor em Direito, com formação em inovação e liderança pela Harvard Kennedy School.
marcobrunomiranda@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-5091-4108>

*** Professor Adjunto IV da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU).
Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal.
thiago.moreira@ufrn.br | <https://orcid.org/0000-0001-6010-976X>

Recebido em 03-05-2023 | Aprovado em 07-10-2023



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 NACIONALIDADE E APATRIDIA NOS REGIMES INTERNACIONAL E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS; 2 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NOS CASOS DE APATRIDIA E SUA INFLUÊNCIA NA EFETIVIDADE DOS INSTRUMENTOS LEGAIS; 3 O DIREITO À NACIONALIDADE COMO ELEMENTO PARA A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO; 4 A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA RELAÇÃO COM O CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O direito à nacionalidade se encontra no rol dos Direitos Humanos, inserido nos principais instrumentos internacionais de proteção e garantia da dignidade humana. Sua previsão consta tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), além de ser objeto de salvaguarda em outros tratados e convenções internacionais, conforme se discutirá na pesquisa.

A nacionalidade é indispensável para o exercício de outros direitos e necessita ser reconhecida pelo Estado, incorporando-se na dimensão dos seus poderes. Por sua vez, os critérios utilizados para outorga de nacionalidade podem conferir um caráter excludente no reconhecimento desse direito, desencadeando situações de pessoas que não possuem nacionalidade, os apátridas.

Nesse cenário, surge a seguinte problemática: em que medida o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos busca enfrentar a apatridia através da aplicação dos principais padrões interamericanos sobre o direito à nacionalidade, e como a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na aplicação e interpretação da Convenção Americana se relaciona com a teoria do Estado Constitucional Cooperativo?

A teoria do Estado Constitucional Cooperativo foi desenvolvida pelo jurista alemão Peter Häberle, e propõe que os Estados, uma vez inseridos em um modelo cooperativo universal, não atuam como um fim em si mesmos. Ao contrário, cada mecanismo do Estado Constitucional serve como modelo para os demais e propicia um comprometimento internacional com os direitos humanos. E nesse aspecto, o uso dessa teoria na presente pesquisa corrobora com a compreensão da prevenção e erradicação da apatridia no sistema interamericano.

O artigo parte da hipótese de que as discussões em torno do tema nacionalidade e apatridia, no contexto das normas interamericanas, constroem um cenário de predominância das ideias de constitucionalismo cooperativo, e que as decisões enfrentadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos reforçam a formação de um Estado Constitucional Cooperativo latino-americano.

Para tanto, alguns objetivos serão traçados tais como: estabelecer um breve panorama das normas internacionais e interamericanas que versem sobre nacionalidade e apatridia e sua relação com os Direitos Humanos, analisar os casos envolvendo apátridas tratados pela

Corte Interamericana de Direitos Humanos e seu papel para a concretização das normas relativas ao tema. Além disso, irá se verificar como a atribuição da nacionalidade pelos Estados se relaciona com a teoria do Estado Constitucional Cooperativo e como ela se torna um elemento para sua construção. Por fim, buscar-se-á entender como os instrumentos e medidas adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos se relacionam com a teoria do constitucionalismo cooperativo.

A metodologia consiste em um modelo de pesquisa teórico, uma vez que partirá de uma análise técnica documental dos dispositivos normativos internacionais e do exame jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dessa forma, foi realizada busca nos sites oficiais da mencionada Corte¹, e em documentos oficiais disponibilizados no site do Supremo Tribunal Federal.

Propõe-se uma revisão literária nos temas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Interamericano dos Direitos Humanos, direito à nacionalidade e apatridia, com especificidade na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954), na Convenção para Reduzir os Casos de Apatridia (1961), na Declaração Americana sobre Direitos Humanos (1948) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

Para tanto, será utilizado o método de pesquisa dedutivo, que parte do estudo de conceitos gerais e fatos já firmados sobre o direito à nacionalidade, apatridia e à tutela estatal dos direitos humanos e fundamentais, para chegar-se a uma conclusão sobre o tema em discussão. A abordagem será qualitativa por se verificar a necessidade de ordenar relações causais explicativas do fenômeno. E com base nos objetivos, a pesquisa será exploratória e descritiva, em virtude da flexibilidade nas considerações dos fatos estudados e da busca pela identificação dos fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos.

A pesquisa se justifica por tratar de um tema atual e relevante diante do surgimento de casos envolvendo apatridia no cenário internacional, pois, de acordo com o Alto-comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, cerca de 10 milhões de pessoas vivem como apátridas, situação que se agravou com a pandemia do COVID-19². Além disso, o tema versa sobre um direito humano essencial para a tutela dos indivíduos, que é a nacionalidade. O artigo propõe também o debate sobre a ideia de Estado Constitucional Cooperativo no âmbito da América Latina, com o intuito de ajudar na perene construção de ferramentas que permitam a salvaguarda de direitos humanos no contexto do referido território.

Com base nisso, será possível aferir se, sob o enfoque das normas de proteção interamericana da nacionalidade e da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível falar na construção de um Estado Constitucional Cooperativo latino-americano a partir do enfrentamento da apatridia, com base nos princípios e na ótica de um constitucionalismo cooperativo.

¹ A pesquisa foi feita através do buscador do site oficial da Corte Interamericana de Direitos Humanos (<https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/busqueda>) na data de 10 setembro de 2022, obedecendo os seguintes critérios de busca: temas relevantes, reparações e casos contenciosos. Utilizou-se a expressão apátridas e apatridia pelo período temporal de 2023 a 2014.

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. *Plano de Ação Global para Erradicar a Apatridia 2014-2024*. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/textis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5d1a02b24>. Acesso em: 01 abr. 2023.

1 NACIONALIDADE E APATRIDIA NOS REGIMES INTERNACIONAL E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) afirma que o direito à nacionalidade é universal. Segundo prevê o artigo 15 do citado documento, todo ser humano tem direito a uma nacionalidade e ninguém pode ser arbitrariamente privado dela³.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) garante o direito genérico a uma nacionalidade, e outros tratados internacionais reconhecem a nacionalidade como um direito humano de toda pessoa, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1969), que estabelece que todo Estado deve garantir o direito à nacionalidade, sem distinção de raça, cor, origem nacional ou étnica, além da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979)⁴ e da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)⁵, que tutelam a aquisição e garantia da nacionalidade como direito de todos.

Nacionalidade se constitui no cenário internacional como um vínculo legal, que permite que existam direitos e deveres recíprocos entre o sujeito e o Estado. Nesse sentido, Del'Olmo afirma que a conexão entre a pessoa e o Estado, emanada a partir da nacionalidade, não se extingue, ainda que o nacional não esteja presente fisicamente no espaço geográfico do país⁶, p. 91. Essa circunstância favorece o sujeito, pois significa que ele merecerá e receberá proteção estatal em decorrência da sua nacionalidade e do vínculo jurídico-político, social e moral que decorrem dela.

Além da referida proteção estatal, a nacionalidade possibilita que os indivíduos tenham “direitos a ter direitos”. Apesar da contradição que a expressão possa causar, o exercício dos direitos humanos demanda que sejam cumpridos determinados critérios para sua garantia, e entre esses critérios a nacionalidade permite que o sujeito receba uma visibilidade estatal para gozar dos direitos que lhe são inerentes⁷, e que perpassa pela sua condição de ser humano. A condição humana de ser detentor de direitos decorre da pluralidade existencial de cada pessoa, e também da singularidade que cada sujeito possui ao ser único no mundo⁸, p. 8.

Por essa razão, o direito à nacionalidade é tido como direito humano mais básico e primário, pois somente com a garantia dele há a certeza de que os demais direitos humanos serão protegidos.

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 05 dez. 2022.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10233.htm. Acesso em: 05 dez 2022.

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Direitos das Crianças*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-dacrianca#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos,Foi%20ratificado%20por%20196%20pa%C3%ADses>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁶ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Privado*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁷ Apesar da nacionalidade ser fator condicionante para o exercício de alguns direitos, é importante mencionar que os direitos humanos e os reconhecidos como *jus cogens*, como o direito a não ser torturado ou escravizado, o direito a não discriminação e a autodeterminação, são premissas que devem ser garantidas a todos, independentemente de serem apátridas ou não. Para melhor compreensão: WET, Erika de. *Jus cogens and obligations erga omne*. In: SHELTON, Dinah (org.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University, 2015, p. 541.

⁸ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

Para além do que dispõe o sistema internacional de direitos humanos acerca da nacionalidade, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos também reserva inúmeros outros instrumentos de garantia e proteção do referido direito. Tal como se observa no artigo 20 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) ao prever que toda pessoa detém o direito à nacionalidade, e que ninguém deve ser dele privado arbitrariamente, e no 20.2, que determina que a nacionalidade do Estado será atribuída a pessoa em cujo território houver nascido, se não dispôr de outra⁹.

Nota-se que a redação da Convenção é mais ampla que o disposto no artigo 15 da Declaração Universal de Direitos Humanos, abrangendo aspectos relativos ao território e a privação do direito à nacionalidade. O artigo 27 da CADH determina ainda que a nacionalidade é um direito inderrogável¹⁰, concretizando todo o arcabouço legal que tutela o direito à nacionalidade como direito humano universal.

Cabe ainda mencionar que, no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, as manifestações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) assumem o papel de proteção dos direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e integram esse sistema protetivo. E, no tocante ao direito à nacionalidade, a Opinião Consultiva 4/84, no parágrafo 32, elenca o posicionamento da Corte sobre a proteção internacional e o caráter de direito humano universal que os Estados devem conceder à nacionalidade:

32. La nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos¹¹.

A Opinião Consultiva 4/84 possui o histórico de ser um documento emitido pela Corte IDH para verificação de compatibilidade da lei nacional com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Isso porque em 1983 a referida Corte recebeu da Costa Rica uma solicitação de Opinião Consultiva relativa a propostas de emendas constitucionais naquele país que modificariam as normas relativas à naturalização e as tornavam mais rígidas, especialmente as que se referiam à aquisição de nacionalidade costa-riquenha¹².

⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969*. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva Oc-4/84 Del 19 De Enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em: 05 dez. 2022.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva sobre propuestas de emendas a los dispositivos constitucionales que regem a la naturalización en Costa Rica, Opinión nº 4/84. Parecer de 19 de janeiro de 1984*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em: 14 abr. 2023.

No mérito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos elencou como argumento a doutrina clássica de imposição da discricionariedade estatal nos assuntos relacionados à atribuição de nacionalidade aos indivíduos, porém fixou um contraponto ao afirmar que a discricionariedade estatal é limitada por assuntos relacionados à proteção dos direitos humanos, o que obriga à relativização da jurisdição estatal em relação às legislações internacionais¹³. Isso demonstra uma mudança de paradigma nas teorias clássicas do direito internacional que tendem a se uniformizar às normas relativas à proteção dos Direitos Humanos.

O Direito Internacional se desenvolve com o intuito de evitar que haja pessoas sem nacionalidade nenhuma, apesar disso, a existência de sujeitos apátridas continua sendo uma realidade.

Em virtude das violações de direitos humanos dessas pessoas, a sociedade internacional reconheceu a vulnerabilidade desse grupo e a necessidade de protegê-lo. Por meio de tutela específica dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos passou-se a elaborar convenções internacionais para garantia dos direitos dos apátridas¹⁴.

O primeiro documento efetivo relativo ao direito dos apátridas foi a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954¹⁵, p. 198-199. Uma das maiores relevâncias da convenção foi a de estabelecer o conceito para o termo apatridia, e fixar juridicamente sua condição, definindo o apátrida como sendo “toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional”¹⁶.

O objetivo da Convenção de 1954 foi definir para os Estados um padrão a ser conferido no tratamento dos apátridas, que não implica na necessidade de se igualar ao tratamento conferido aos nacionais, mas não pode ser inferior ao tratamento dado aos estrangeiros legalmente presentes no território¹⁷.

Como forma de suporte para a proteção conferida pela Convenção de 1954, e com o intuito de implementar medidas a serem tomadas pelos Estados para reduzir o número de apátridas, foi elaborada a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961, sendo o único instrumento universal que prevê medidas detalhadas e concretas para assegurar uma resposta adequada e justa à ameaça da apatridia¹⁸.

¹³ CORRÊA, Paloma Morais. Corte interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 262-279, 2013.

¹⁴ MOREIRA, Thiago Oliveira. A Judicialização da Apatridia no Brasil: uma análise do caso Andrimana Buyoya Habizimana. In: MENEZES, Wagner. *Direito Internacional em Expansão*. v. XVI. Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 531 – 551.

¹⁵ MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Concretização dos Direitos Humanos dos Migrantes pela Jurisdição Brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas Para Os Refugiados. *Protegendo os direitos dos apátridas: convenção da ONU de 1954 sobre o Estatuto dos apátridas*. Genebra: UNHCR, 2011. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fd737eb2>. Acesso em: 07 dez. 2022.

¹⁷ WAAS, Laura van. *Apatridia*. In: ARAÚJO, Diana; BOTEAGA, Túlia; CAVALCANTI, Leonardo; THONATI, Tânia (org.). *Dicionário Crítico de Migrações Internacionais*. Brasília: Universidade de Brasília, 2017.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Prevenção e Redução da Apatridia: Convenção da ONU de 1961 para reduzir os casos de apatridia*. Genebra, 2010. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fd737242>. Acesso em: 07 dez. 2022.

A Convenção de 1961 atua impedindo que os Estados tomem decisões que possam ensejar a apatridia, trata da renúncia à nacionalidade, regula a condição dos indivíduos que se encontram em situações de sucessão ou transferência de territórios, evitando que, em virtude desse fato, venham a se tornarem apátridas.

Há ainda um importante documento regional da América Latina e Caribe, inicialmente relativo aos refugiados, mas que foi ampliado para proteger também os apátridas intitulado Declaração de Cartagena, que foi firmado na Colômbia em 1984 e revisitado em 2010, no Brasil, para incluir os casos de apatridia, tendo como principal objetivo utilizar a cooperação jurídica para fortalecer a proteção internacional de refugiados e apátridas, assegurar direitos humanos e erradicar a apatridia até 2024¹⁹.

A evolução dos tratados permitiu uma ampla proteção dos direitos humanos, de modo que, como pontua Chickera e Whiteman “*el derecho de todos los seres humanos, incluyendo a las personas apátridas, de no sufrir en todos los aspectos de su vida está protegido en todos los principales tratados de derechos humanos regionales e internacionales.*”²⁰

Contudo, nenhum desses documentos apontam para sinalizar um dever dos Estados de atribuir nacionalidade a qualquer pessoa^{21, p. 423}. Apesar do amplo arcabouço normativo internacional que garante o direito à nacionalidade e protege o direito dos apátridas, é necessário verificar como esses instrumentos operam seus efeitos no sistema interamericano, e se é possível caminhar para uma harmonização do direito à nacionalidade como parte da construção de um Estado Constitucional Cooperativo latino-americano.

2 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NOS CASOS DE APATRIDIA E SUA INFLUÊNCIA NA EFETIVIDADE DOS INSTRUMENTOS LEGAIS

Conforme já mencionado no tópico anterior, apátrida é o indivíduo que não possui pátria, no sentido estrito do termo, e que, portanto, não possui um vínculo de nacionalidade com qualquer Estado, pois falta a ele o elemento de conexão formal, isso porque, cabe aos Estados definir as regras de nacionalidade e os critérios de sua atribuição. Desse modo, por uma questão alheia a sua vontade, o sujeito passa a vivenciar uma situação que impõe sérias restrições jurídicas frente a qualquer Estado^{22, p. 325}.

Segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM), os apátridas deixam de exercer os direitos decorrentes da nacionalidade, tais como a proteção diplomática do Estado,

¹⁹ JUBILUT, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Brasília, v. 22, n. 43, p. 11-33, dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880004302>. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?pid=S1980-85852014000200002&script=sci_arttext. Acesso em: 11 nov. 2022.

²⁰ CHICKERA, Amal de; WHITEMAN, Joanna. Discriminación y la seguridad humana de las personas apátridas. *Revista Migraciones Forzadas*, Oxford, n. 46, p. 56-60, jun. 2014. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/38001/1/RMF_46_26.pdf. Acesso em: 17 nov. 2022.

²¹ ARLETTAZ, Fernando. La nacionalidad en el derecho internacional americano. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Cidade do México, v. 15, n. 1, p. 413-447, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.amdi.2014.09.008>. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/494>. Acesso em: 10 dez. 2022.

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

o direito à permanência e residência no Estado e direito de regresso²³. Além disso, a ausência de nacionalidade impede que o apátrida possua documentação e com isso ele fica impedido de acessar direitos básicos de todo ser humano, como saúde, educação e moradia.

A falta de proteção estatal e de acesso a direitos e garantias fundamentais corrobora para que os apátridas sejam frequentemente marginalizados e considerados inexistentes, de modo que, existe uma insegurança e invisibilidade em meio aos sistemas jurídicos, sejam eles universais ou locais.

A ausência de uma nacionalidade impede que o indivíduo receba tratamento igual ao conferido aos estrangeiros no Estado em que esteja situado e, mesmo sendo reconhecido o direito à nacionalidade como um direito humano, o fato de permanecer sem nacionalidade é inadmissível. Apesar de o Direito Internacional conferir a definição de nacionalidade²⁴, p. 14-15, isso não é suficiente para resolver casos práticos relativos a sua ausência.

Nas Américas, a partir das discussões sobre apatridia na comemoração dos 30 anos da Convenção de Cartagena, houve, por parte dos governos latino-americanos, a busca por atuar coletivamente com medidas e mudanças nas práticas administrativas e legislativas, objetivando cumprir com as obrigações internacionais e se adequarem com o que estabelece o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Dentro desse cenário não é suficiente que os países latino-americanos apenas incorporem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e os demais tratados de direitos humanos aos seus sistemas jurídicos. Como parte de um sistema de proteção de direitos humanos é importante que haja uma vinculação desses países às determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos regulamenta o funcionamento da Corte IDH e determina que “os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”²⁵. Apesar deste dispositivo não proporcionar à Corte IDH um caráter supranacional, toda a estrutura que regulamenta o Sistema Interamericano foi criada mediante medidas de cordialidade e cooperação entre os Estados, que assumem o dever de respeitar e executar as sentenças proferidas de boa-fé, no momento em que aceitam integrar o sistema.

As sentenças da Corte IDH possuem natureza jurídica internacional, sendo, portanto, sentenças internacionais, e se caracterizam por serem proferidas por organismos jurisdicionais internacionais. Ou seja, elas não emanam de um Estado e, por essa razão, não estão subordinadas a uma soberania específica. Porém, tornam-se obrigatórias para os Estados que decidiram se submeter à jurisdição do organismo internacional que as proferiu²⁶.

²³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Glossário sobre Migrações*. Genebra: OIM, 2009. Disponível em: <<https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2022.

²⁴ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Nacionalidade: aquisição, perda e reaquisição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

²⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969*. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

²⁶ CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./fev./mar. 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf. Acesso em: 12 nov. 2022.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde a sua criação, tem elaborado um conjunto jurisprudencial de grande relevância para os Estados do continente americano. As sentenças e as opiniões consultivas, além das medidas provisórias e dos relatórios sobre cumprimento de sentenças que profere, perfazem um corpo jurisprudencial amplo, capaz de ser aplicado em outros casos com similitude aos que geraram suas interpretações.

No que diz respeito aos casos de apatridia levados à Corte IDH desponta como marco jurisprudencial o caso das meninas Yean e Bosico Vs República Dominicana. Nesse caso, as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, são filhas de mães de nacionalidade dominicana e seus pais são haitianos, de modo que, seus registros civis lhe foram negados em 1997, quando foram solicitados, mesmo tendo elas nascido em território dominicano. Além disso, a negativa de registro das crianças contrariava a própria Constituição Dominicana, que estabelece o critério *jus soli* para aquisição da nacionalidade²⁷.

Como forma de resolução da situação foram feitas inúmeras tentativas de conciliação amistosa entre as partes e a República Dominicana, porém o país sempre alegava que não houve esgotamento dos recursos internos, e que a negativa dos documentos de registro de nascimento das crianças não decorria de práticas discriminatórias e arbitrarias, mas da ausência do cumprimento de formalidades legítimas que não eram atendidas por seus representantes legais²⁸, p. 233.

As meninas permaneceram em situação de apatridia até 2001, privadas do direito à nacionalidade, do direito a frequentar a escola e em situação de extrema vulnerabilidade. Em virtude de tais violações, a Corte IDH em 2005 proferiu em sede de julgamento o reconhecimento da violação da Convenção Americana de Direitos Humanos pela República Dominicana, por negar a expedição dos registros de nascimento das crianças. Destaca-se as violações dos artigos 19 sobre os direitos da criança, do artigo 20 acerca do direito à nacionalidade e o 24, que estabelece a igualdade perante a lei²⁹.

Acerca do direito à nacionalidade e apatridia, objeto da presente pesquisa, a Corte IDH interpretou o artigo 20 e o 24 em conjunto com o previsto na Constituição da República Dominicana³⁰, que, conforme outrora mencionado, prevê a aplicação do critério *jus soli* para aquisição de nacionalidade, sendo esse o critério que se mostra mais eficaz na prevenção da apatridia.

A Corte IDH sustentou que a violação à nacionalidade e dos direitos da criança acarretou a lesão aos direitos da personalidade jurídica, ao nome e à igualdade perante a lei. E ponderou que, de acordo com seu parecer consultivo OC-18/03, que trata da Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados, o Estado tem a obrigação de garantir o princípio da

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 08 de setembro de 2005. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_130_por.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2022.

²⁸ SOUSA, Mônica Teresa Costa. Violação de direitos de grupos vulneráveis a partir do Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: FILHO, Francisco Camargo Alves Lopes; MOREIRA, Thiago Oliveira; GURGEL, Yara Maria Pereira (org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*. Natal: Polimatia, 2022, p. 233-240.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 08 de setembro de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_130_por.pdf. Acesso em: 14 nov. 2022.

³⁰ REPÚBLICA DOMINICANA. *Constitución Política de República Dominicana*. Disponível em: https://sit-teal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/do_3061_1.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

igualdade perante a lei e da não discriminação, seja em razão de estadia regular ou irregular, nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa, pois trata-se de um princípio fundamental³¹.

Ademais, a Corte considerou ainda que o status migratório de uma pessoa não pode servir como condição para a concessão da nacionalidade por parte do Estado, uma vez que sua qualidade migratória não pode se constituir em uma justificativa para privá-la do direito à nacionalidade e do exercício de seus direitos; que o status migratório dos pais não se transmite a seus filhos; e que, a condição do nascimento no território do Estado é a única a ser demonstrada para a aquisição da nacionalidade, no que se refere a pessoas que não teriam direito a outra³². Tais fundamentos se constituem na razão da decisão da Corte, sem os quais o entendimento teria sido diferente.

No âmbito da América Latina, a República Dominicana é o país que mais possui apátridas, e não se preocupou em ratificar a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, tampouco a Convenção para a Redução dos Casos de Apátrida de 1961.

Vivendo sem documentação, sem nacionalidade e sem proteção estatal, as crianças Yean e Bosico, nascidas em solo dominicano, enfrentaram dificuldades para obter documentação e situações de vulnerabilidade e discriminação³³.

A Corte IDH, além de reconhecer a violação dos artigos acima mencionados, reconheceu também violação de direito ao reconhecimento da personalidade jurídica e direito ao nome, previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A sentença condenou a República Dominicana a publicar no Diário Oficial e em jornal de grande circulação os pontos resolutivos da sentença, realizar um ato público reconhecendo a responsabilidade internacional, pedir desculpas às vítimas, adotar medidas legislativas e administrativas para regulamentar o procedimento e os requisitos necessários para adquirir a nacionalidade dominicana, mediante o registro tardio de nascimento e o dever de pagar indenização por dano material às meninas Yean e Bosico no valor de US\$ 8.000,00 a cada, além das custas e gastos aos representantes das mesmas³⁴, p. 239-240.

Além dessa condenação, merece destaque a jurisprudência da Corte IDH de 2014, referente ao caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas expulsas Vs. República Dominicana, que julgou a detenção arbitrária e expulsão sumária de haitianos e dominicanos de ascendência haitiana, bem como, os impedimentos enfrentados por pessoas nascidas no território dominicano para obtenção de nacionalidade.

Na sentença, a Corte IDH declarou a responsabilidade do Estado dominicano pelas violações dos direitos humanos de 23 pessoas relativas a práticas discriminatórias, expulsões

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 08 de setembro de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_130_por.pdf. Acesso em: 14 nov. 2022.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 08 de setembro de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_130_por.pdf. Acesso em: 14 nov. 2022.

³³ MORAES, Thaís Guedes Alcoforado de. "O Haiti não é aqui": a apátrida na República Dominicana. In: GEDIEL, Jose Antonio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (org.). *Refúgio e hospitalidade*. Curitiba: Kairós, 2016, p. 139-164.

³⁴ SOUSA, Mônica Teresa Costa. Violação de direitos de grupos vulneráveis a partir do Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: FILHO, Francisco Camargo Alves Lopes; MOREIRA, Thiago Oliveira; GURGEL, Yara Maria Pereira (org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*. Natal: Polimatia, 2022, p. 233-240.

em massa, políticas de desnacionalização e o descumprimento do dever de prevenir a apatridia. Afirmou ainda que a República Dominicana violou vários artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos tais como, o direito ao nome, à integridade pessoal, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à nacionalidade, à identidade e à igualdade perante a lei³⁵.

Em 2013, o Tribunal Constitucional dominicano decidiu revogar, com efeitos retroativos, a nacionalidade dominicana adquirida desde 1929 por milhares de cidadãos e cidadãs, sendo a maioria de ascendência haitiana. A sentença baseou a nacionalidade dominicana em critérios históricos, linguísticos, raciais e geopolíticos, legitimando a discriminação entre povos dentro da sociedade dominicana³⁶.

A Corte considerou o argumento do Estado Dominicano de que a inclusão destes requisitos para a aquisição da nacionalidade por *ius soli* não é discriminatória *per se*. No entanto, enfatizou que a competência dos Estados para regular as normas relativas à nacionalidade era limitada pelos princípios de direitos humanos, que implicava, não só, no respeito à igualdade e não discriminação, mas também, no cumprimento do dever de evitar e prevenir a apatridia. Afirmou ainda que, independentemente dos termos legais e de sua interpretação, e como já havia sido decidido no caso *Yean e Bosico vs. República Dominicana*, os Estados devem adotar medidas pautadas na razoabilidade e no respeito aos direitos e obrigações estabelecidos na CADH, e que no caso concreto deveria ser observado um marco temporal razoável que considerasse o vínculo daquelas pessoas com o País³⁷.

A Corte IDH questionou o fundamento utilizado pelo Tribunal Constitucional da República Dominicana, que havia possibilitado a conversão em apátridas cerca de 200 mil pessoas nascidas no país a partir de 1929, principalmente filhos de haitianos, declarando taxativamente que a decisão do Tribunal Constitucional, e qualquer lei nesse sentido, não deveria ser aplicada.

Porém, o governo da República Dominicana emitiu nota oficial informando que, em virtude das interpretações divergentes feitas pela Corte, a decisão não seria cumprida pois afrontava a soberania e o poder estatal de definir internamente suas normas, bem como, os critérios de nacionalidade³⁸.

Apesar da não ratificação da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961, a República Dominicana é parte

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana: exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 28 ago. 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/edc3cfd3cdfbb8cb73bdf425abfb85c9.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

³⁶ ROSAS GUEVARA, Erika. Milhares de apátridas: a vergonha da República Dominicana. *Anistia Internacional*, [S.l.]. Disponível em: <https://anistia.org.br/milhares-deapatridas-vergonha-da-republica-dominicana/>. Acesso em: 23 nov. 2022.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana: exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 28 ago. 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/edc3cfd3cdfbb8cb73bdf425abfb85c9.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

³⁸ DIÁRIO LIBRE. El Gobierno Dominicano Rechaza la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diário Libre*, Santo Domingo, 24 out. 2014. Disponível em: <https://www.diariolibre.com/actualidad/el-gobierno-rechaza-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-de-los-derechos-humanos-MFDL851951>. Acesso em: 29 nov. 2022.

integrante do Sistema Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos, por força da adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Convenção estabelece no seu artigo 2º que os Estados se comprometem a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos direito e liberdades ali previstos.

Desse modo, além de se comprometer com as normas previstas na CADH, os Estados também assumem o dever de reconhecer a competência e cumprir com as determinações da Corte IDH, que integra do Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos, assumindo um compromisso que transcende os limites do poder soberano interno³⁹, p. 102.

A República Dominicana alegou ainda que a situação dos descendentes de pai ou mãe haitianos em situação irregular não configurava apatridia, uma vez que, poderiam obter a nacionalidade haitiana pelo *jus sanguinis*, conforme estabelecido na Constituição do Haiti. No entanto, a Corte Interamericana considerou que não bastava a simples declaração estatal, era fundamental apresentar material probatório, requisito que deixou de ser cumprido pelo Estado⁴⁰.

De maneira mais objetiva, a Corte IDH entendeu que no caso das Pessoas Haitianas e Dominicanas expulsas vs, República Dominicana, o Estado dominicano não possuía a certeza de que as crianças nascidas em seu território iriam obter a nacionalidade haitiana por *jus sanguinis*. Com isso, caberia ao referido Estado, em cujo território nasceram as crianças, garantir a concessão de nacionalidade para evitar a apatridia, observando o disposto no artigo 20.2 da CADH⁴¹.

Embora o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos não possua normatização expressa sobre a apatridia, a garantia do direito à nacionalidade constante nos principais instrumentos declaratório e convencional corroboram para evitar o problema e promover sua erradicação quando detectado⁴², p. 67.

É possível compreender que a jurisprudência da Corte IDH cumpre um papel fundamental na promoção dos direitos humanos. Consta-se um grau altíssimo de relevância na proteção e garantia da dignidade humana, na defesa dos indivíduos frente aos estados nacionais e como instrumento de prevenção ao retrocesso no sistema de garantias internacionais.

Através de suas sentenças e da calcificação das mesmas como jurisprudência no cenário latino-americano, é possível verificar o grau de efetividade dos instrumentos legais sobre proteção dos apátridas e redução da apatridia. A análise de tais casos e da atuação da Corte IDH permitiu verificar a aplicabilidade das convenções e os pontos mais firmes e mais fracos

³⁹ CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana: exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 28 ago. 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/edc3cfd3cdfbb8cb73bdf425abbf85c9.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969*. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

⁴² REIS, Ulisses Levy Silvério dos. *O Brasil e o Combate à Apatridia no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. 2016. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

de sua efetividade. Tais fatores são condicionantes para a compreensão do constitucionalismo cooperativo no âmbito da América Latina.

3 O DIREITO À NACIONALIDADE COMO ELEMENTO PARA A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO

O conceito em torno da nacionalidade remete a um dos pilares formadores do Estado⁴³, p. 221, o povo, que possui um vínculo político e jurídico com ele. Tal vínculo é constituído a partir da atribuição da nacionalidade, que decorre do nascimento ou não.

Importante mencionar que nacionalidade e cidadania não são sinônimos, uma vez que a cidadania é caracterizada pela capacidade para exercer direitos políticos, ou seja, votar e ser votado e, como consequência disso, ocupar cargos públicos, cujo requisito é estar em pleno gozo dos direitos políticos. A nacionalidade, por outro lado, é um direito fundamental que precede a cidadania⁴⁴, p. 87.

A nacionalidade originária ou primária decorre do nascimento e do critério adotado pelo país. Nesses casos ela se origina dos critérios *ius soli*, que considera o local do nascimento e o *ius sanguinis*, quando é decorrente da descendência⁴⁵, p. 666.

O critério do *jus sanguinis* leva em consideração a filiação, e possui critérios muito específicos, que podem dificultar a atribuição da nacionalidade. Além disso, esse critério está fortemente relacionado a países que receberam um grande fluxo emigratório, como os europeus⁴⁶, p. 397, e comumente é utilizado para reforçar ideais de um único povo ligado pelo sangue e, em tal medida, distante dos demais, reforçando conceitos de discriminação e xenofobia⁴⁷, p. 26-27.

Ao contrário do *jus sanguinis*, o *jus soli* é majoritariamente adotado por Estados que tiveram grande contingente imigratório, como é o caso dos países americanos, formados pela colonização de imigrantes⁴⁸, p. 396.

Além da aquisição da nacionalidade automática por meio do nascimento, ela também pode ser adquirida mediante a junção da vontade do indivíduo com a do Estado. Nesses casos ela será derivada ou secundária, obtida após o nascimento e de forma voluntária, seja porque o indivíduo tem direito a outra nacionalidade, em razão do conflito dos critérios de aquisição, ou porque foram cumpridos os requisitos legais que lhe permitem adquirir a nova nacionalidade⁴⁹, p. 933.

⁴³ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁴ MARTINS, Rui Décio. Nacionalidade e cidadania: duas dimensões de direitos fundamentais. In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae. *Cidadania: o novo conceito jurídico e sua relação com os direitos fundamentais, individuais e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁶ GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁷ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. 3 ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2010.

⁴⁸ GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁹ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O Estado soberano considera a nacionalidade o princípio que separa os nacionais dos estrangeiros, e, em virtude dessa soberania, cada Estado possui autonomia para definir os critérios a serem utilizados para determinar quem serão seus nacionais e legislar sobre regras relativas à nacionalidade. Essa permissão decorre do princípio da atribuição estatal da nacionalidade^{50, p. 149}. Tal princípio pode ocasionar um conflito negativo de aquisição de nacionalidade, que permite que uma pessoa não possua uma nacionalidade primária, sendo, portanto, apátrida.

O que se verifica atualmente é o conflito entre as legislações, que abre lacunas nas questões acerca da nacionalidade. Além disso, as normas criadas para a aquisição de nacionalidade variam de Estado para Estado no tocante à especificidade e aos requisitos, o que acentua as causas de apatridia pelo mundo.

Nesse ponto, compete mencionar que a teoria do Constitucionalismo Cooperativo de Peter Häberle dispõe que os Estados passam por problemas idênticos, e que a solução para eles viria através do diálogo. Essa ajuda de um Estado para com o outro, trata tanto de questões internacionais, quanto de situações que envolvem os cidadãos estrangeiros^{51, p. 6}. Desse modo, é possível considerar a teoria Haberliana como um mecanismo de garantia do direito à nacionalidade.

Para tanto, é preciso compreender que não há ausência de soberania por parte dos países. Estes continuam mantendo sua configuração e sendo regidos pela Constituição, tanto na limitação do poder, quanto na instituição dos direitos fundamentais. Porém, a colaboração é feita mediante as possibilidades e responsabilidades estatais, objetivando uma abertura ampla para as discussões.

O Estado Constitucional cooperativo vive da cooperação com outros Estados, comunidade de Estados e organizações internacionais. Ele conserva e afirma isso a despeito de sua identidade, mesmo frente a essas confirmações. Ele toma para si as estruturas constitucionais do direito internacional comunitário sem perder ou deixar esvaír, completamente, seus próprios contornos. Ele dá continuidade à “constituição do Direito Internacional Comunitário sem supervalorizar as possibilidades deste”^{52, p. 9}.

A abertura constitucional dos países às normas de Direito Internacional possibilita uma cooperação em torno de questões humanitárias e o alcance de conquistas sociais, políticas e jurídicas, além da garantia de aplicação das normas de Direitos Humanos^{53, p. 450}.

Apesar da importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana a nível global, o texto não possui a força

⁵⁰ MARCO, Carla Fernanda de. *O Direito Fundamental à Nacionalidade: a apatridia e a competência atributiva da ONU*. Jundiaí: Paco, 2015.

⁵¹ HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁵² HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁵³ MOREIRA, Thiago Oliveira. Implicações do Modelo Häberleano de Estado Constitucional Cooperativo na Jurisdição. In: DOMINGUES, P. T.; ROVAI, A. L.; VEIGA, F. S. (coord.) *O Direito Lusófono*. Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, 2017.

vinculante que teria um tratado internacional, dado que a DUDH não existe com essa finalidade⁵⁴, p. 238.

Contudo, a DUDH constitui uma base principiológica que norteia toda a comunidade internacional na proteção dos direitos humanos nela elencados⁵⁵, p. 98, além de corresponder um sistema de valores fundado e reconhecido humanamente⁵⁶, p. 26. Nesse sentido, é possível aferir a importância que esse instrumento jurídico possui e a sua observância pelos Estados, principalmente no que se refere à incorporação normativa pelas legislações internas e pelos tratados que regulam os sistemas internacionais e regionais de proteção dos Direitos Humanos. E é, em virtude disso, que o direito à nacionalidade encontra amparo e status de direito humano.

Diversamente do que ocorre com a DUDH, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, uma vez ratificada pelos Estados, se incorpora no ordenamento jurídico destes, e passa a ser de observância obrigatória. É por meio dessa força vinculante que o espectro de direitos e garantias passam a ser ampliados internamente, e ganham uniformidade internacionalmente.

A esse respeito, no que tange ao direito à nacionalidade, a CADH, além de estabelecê-lo como direito de todos, firma uma regra mais geral, a de que: “Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra”⁵⁷. Tal premissa, disposta no artigo 20.2, demonstra que, no âmbito do SIPDH, haverá uma unicidade no tratamento conferido às pessoas nascidas no território de sua aplicabilidade, cujo objetivo maior é prevenir e erradicar a apatridia. Além disso, resta evidente que nessa seara a teoria do Constitucionalismo Cooperativo foi crucial, uma vez que a ideia central é aproximar normativamente as constituições para que haja um maior nível de comunicação entre elas, com o objetivo de solucionar questões semelhantes e assegurar de maneira igualitária direitos universais.

Nessa perspectiva, ao entender o nível de comprometimento e observância que os Estados possuem com normas internacionais, tais como a CADH, fica evidente a abertura constitucional interna e a adequação às premissas internacionais, apresentando uma clara propensão aos fins almejados pelo Estado Constitucional Cooperativo.

Realização cooperativa dos direitos fundamentais é a tarefa do Estado Constitucional (cooperativo) nas suas relações “externas” de criar, na comunidade jurídica internacional, uma medida mínima de realidade material e processual dos direitos fundamentais para “estrangeiros” e apátridas “entre si”. Isso também se aplica ao seu poder externo e tem consequências para o Direito Internacional privado⁵⁸, p. 8.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18 ed. São Paulo: Max Limonad, 2018.

⁵⁵ MARCO, Carla Fernanda de. *O Direito Fundamental à Nacionalidade: a apatridia e a competência atributiva da ONU*. Jundiaí: Paco, 2015.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁵⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969*. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

⁵⁸ HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

O direito à nacionalidade se baseia na dignidade humana numa perspectiva universal. Essa premissa se fundamenta na inserção do ser humano em posição de destaque no âmbito do ordenamento jurídico internacional, como sujeito de direito e elemento central das relações jurídicas de direito internacional. Nas palavras de Cançado Trindade: “[...]um dos aspectos mais importantes da luta pela realização da justiça no plano internacional diz respeito à afirmação e ao reconhecimento da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do indivíduo[...]”⁵⁹, p. 14.

Na obra “Liberdade, Igualdade, Fraternidade”, Häberle afirma que apesar das discussões em torno dos valores de liberdade e igualdade, a fraternidade é precariamente desenvolvida, e é por meio dela que ocorre a efetivação dos direitos fundamentais e a busca pela redução das desigualdades⁶⁰.

Os Estados são responsáveis por prover direitos básicos aos seus nacionais, quando isso não acontece, ou quando os sujeitos não possuem uma nacionalidade, há uma clara situação de vulnerabilidade e lesão dos direitos humanos. Nesse aspecto, os Estados devem promover o reconhecimento de nacionalidade aos apátridas que se encontram em seu território ou propor mecanismos que efetivem seus direitos.

Segundo Resta, o direito fraterno não busca uma identidade para ser legitimado, mas se alcança a partir da ideia de compartilhamento, mediante a premissa de um Estado Global, com normas comuns e iguais para todos⁶¹, p. 133-134, e nesse campo se insere a efetivação do direito à nacionalidade e a regularização da situação dos apátridas.

Dessa forma, busca-se coibir qualquer conduta arbitrária de um Estado que vise excluir um indivíduo sem nacionalidade da sua esfera de proteção legal. É oportuno frisar que, o princípio da atribuição estatal da nacionalidade, que permite que cada Estado adote suas regras de aquisição de nacionalidade, contraria o direito humano à nacionalidade e, portanto, os demais direitos que dele decorrem.

Mesmo havendo uma gama de declarações e tratados acerca do direito de todo ser humano possuir uma nacionalidade, por ser um tema ainda regulamentado pelo direito interno de cada país, em diversas situações ele acaba sendo negligenciado, acarretando a apatridia de milhões de pessoas. Dessa maneira, a cooperação é indispensável para o cenário internacional e para o desenvolvimento das nações, além de ser uma ferramenta na busca pela ampliação e fortalecimento de valores humanitários⁶².

⁵⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.

⁶⁰ LANGOSKI, Deisemara Turatt; ROSSETTO, Geralda Magella de Faria (coord.). *O Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle como elemento de realidade material e processual de direitos para apátridas*. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/ey04hoar/el7GvQXjb83LgliW.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

⁶¹ RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Trad. Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

⁶² LUCAS, Laura Samenho Nogueira; MORAES, Ana Paula Bagaiolo. A Cidadania Transnacional e o Estado Constitucional Cooperativo: uma análise da soberania estatal diante da internacionalização dos Direitos Humanos. *Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca*, Franca v. 6, n. 1, p. 69-82, 2021. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1307>. Acesso em: 16 dez. 2022.

Por outro lado, a teoria do Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle é voltada também para a tolerância, a aceitação do outro e a inafastável proteção dos direitos fundamentais, que se mostra necessária e importante à complexa realidade atual⁶³.

Nessa perspectiva, o que propõe a ideia de Estado Constitucional Cooperativo não é limitar a soberania dos Estados em matéria de nacionalidade, mas garantir proteção ao ser humano, fim que deve sempre ser alcançado.

Com base nesse fato os Estados tendem a se abrir internacionalmente, principalmente no que tange aos direitos humanos e sua gradual concretização em forma de colaboração, concretizando uma política constitucional de cooperação que converge com as ideias propostas pelo jurista alemão Peter Häberle.

4 A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA RELAÇÃO COM O CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO

Conforme abordado no ponto 3 deste artigo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos compõe o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e é disciplinada através da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte IDH possui funções contenciosas e consultivas, podendo apresentar pareceres sobre a interpretação da Convenção e sobre ações que se referem à proteção dos Direitos Humanos nos Estados da América Latina.

Apesar das atribuições restritas da Corte, sua função jurisdicional é ampla, podendo ela propor recomendações aos Estados, determinar que sejam adotadas medidas adequadas à proteção dos Direitos Humanos e solicitar aos governos informações sobre as medidas por eles adotadas relativas à efetiva aplicação da Convenção^{64, p. 13}.

A jurisprudência criada pela Corte IDH é de extrema relevância para os Estados americanos e compõem um conjunto jurisprudencial aplicável em casos que possuam similaridade com os que originaram sua interpretação. Para além disso, a observância das decisões e recomendações pelos Estados previne a reiteração de violações aos direitos humanos⁶⁵.

Nesse ponto, a atuação da Corte se relaciona com a teoria do Estado Constitucional Cooperativo na medida em que este propõe a centralização normativa no cenário internacional, com o objetivo de proteger e efetivar internamente os direitos humanos^{66, p. 3}.

O pensamento de Häberle caminha para a ausência do pressuposto de ordenamentos jurídicos isolados e absolutos, para um cenário de abertura e integração entre os Estados,

⁶³ LANGOSKI, Deisemara Turatt; ROSSETTO, Geralda Magella de Faria (coord.). *O Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle como elemento de realidade material e processual de direitos para apátridas*. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/ey04hoar/el7GvQXjb83LgliW.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

⁶⁴ PAOLINELLI, Camilla Mattos. A Apatridia sob a perspectiva do caso Las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana - Acórdão nº 130 de 08 de setembro de 2005 Série C da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Âmbito Jurídico*, [S.l.]. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10497. Acesso em: 17 dez. 2022.

⁶⁵ BERISTAIN MARTÍN, Carlos. *Diálogo sobre la reparación: experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*. San José: IIDH, 2008.

⁶⁶ HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

principalmente entre as constituições^{67, p. 4}, sendo perceptível que a jurisprudência e os mecanismos do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos tendem a efetivar a propositura de um Estado Constitucional Cooperativo latino-americano.

A afirmação acima pode ser referendada quando se observa a aplicação da Convenção de 1961 para a redução dos casos de apatridia, no caso *Yean e Bosico Vs República Dominicana*, outrora mencionado. É possível observar que nesse caso o princípio da atribuição estatal da nacionalidade foi mitigado para que houvesse por parte do Estado a adoção de medidas impostas internacionalmente, com a finalidade de regulamentação e adequação do direito humano à nacionalidade. Embora os países continuem livres para estabelecer os critérios de nacionalidade, há uma clara necessidade de cooperar com as normas internacionais em prol de um valor maior, que é a dignidade da pessoa humana.

De igual forma, a CADH enquanto norma disciplinadora dos direitos no sistema interamericano, prevê um dispositivo normativo de proteção do direito à nacionalidade (artigo 20.1) e um mecanismo de prevenção da apatridia (artigos 20.2 e 20.3). Essas garantias, quando observadas internamente pelos Estados, permite que haja uma simetria no tratamento conferido aos sujeitos de direitos no contexto internacional.

A partir disso, determinados direitos de soberania estatal deveriam ser transferidos para um Estado transnacional, responsável por regulamentar matérias capazes de atingir todos os membros, de modo que, os assuntos internos permanecessem resguardados^{68, p. 69}.

O controle de convencionalidade⁶⁹, feito pela Corte IDH, também fortalece a ideia de um Estado Constitucional Cooperativo através do sistema regional de proteção aos Direitos Humanos. Por meio desse controle os Estados que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos são compelidos a adequarem suas normas internas com o que dispõe a CADH e a jurisprudência da corte, em virtude do compromisso firmado internacionalmente^{70, p. 94}.

Através do controle de convencionalidade, o juiz de um Estado, atuando em qualquer grau de jurisdição, aplicará as medidas estabelecidas pela jurisprudência formulada pela Corte IDH, de modo a identificar questões ou normas que violem o bloco de convencionalidade já

⁶⁷ HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁶⁸ REIS, Ulisses Levy Silvério dos; PETERKE, Sven. Cidadania Multiétnica: esboço de formação de um Estado Transnacional para além das Nacionalidades. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v. 89, n. 2, p. 48-74, jan. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/25350/27726>. Acesso em: 01 maio 2023.

⁶⁹ Para um estudo sobre o tema vide: MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. *Controle de convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade*. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012; MOREIRA, Thiago Oliveira. A (in)convencionalidade da política migratória brasileira diante da pandemia do Covid-19. In: BAENINGER, Rosana; VEDOVATO, Luís Renato; NANDY, Shailen. (Coords.). *Migrações Internacionais e a pandemia de Covid-19*. Campinas, SP: NEPO/UNICAMP, 2020. Disponível em: <https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/miginternacional/miginternacional.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2023; MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do Controle de Convencionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do voto do Min. Ribeiro Dantas. *Revista FIDES*, Natal, 15. ed., v. 8, n. 1, p. 99 – 103, 2017.

⁷⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

estabelecido, e, em sendo o caso, deverá afastá-las, ainda que estejam de acordo com as normas nacionais⁷¹, p. 385.

Com esse método de controle, os Estados passam a efetivar os direitos outrora assumidos internacionalmente perante os demais Estados, de modo a criar uma obrigatoriedade no cumprimento dos direitos humanos que devem ser efetivados internamente. Ademais, o controle de convencionalidade se pauta na efetividade das normas do SIPDH e na jurisprudência da Corte IDH.

Häberle já identificava que sua teoria dos Estados Constitucionais Cooperativos poderia partir dos sistemas regionais, tal como o interamericano, por entender que estes progrediam para a constitucionalização de uma comunidade internacional, onde há uma mitigação da soberania com o objetivo de institucionalização comunitária⁷², p. 274-275.

Apesar da implantação do controle de convencionalidade com o intuito de harmonização e regulação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, de cumprimento das convenções e tratados e principalmente para garantia dos direitos humanos, ainda há diversos casos de descumprimentos de sentenças, além da não observância do previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conforme verificado nos casos das Yean e Bosico vs República Dominicana e no caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas expulsas Vs. República Dominicana, elencados anteriormente. Segundo o pensamento de Reis:

O maior desafio do plano universal no campo de aplicação dessas disposições reside ainda na concepção de que a regulação da nacionalidade, por mais que existam tratados em vigor dizendo o contrário, constitui tema afeto à jurisdição doméstica. Os entes políticos não veem com bons olhos a imiscuição de órgãos internacionais quanto à fiscalização do cumprimento das diretrizes estabelecidas nessa matéria. Essa postura evidencia-se principalmente na baixa adesão às convenções de 1954 e 1961 por parte dos Estados⁷³, p. 94.

Esse fato só reforça a necessidade de implementação de um sistema internacional cooperativo destinado à erradicação da apatridia e das soluções de conflitos decorrentes da atribuição da nacionalidade.

⁷¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El "Control de Convencionalidad" En El Sistema Interamericano, Y sus Anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y Diferencias Con el Sistema Europeo. In: BOGDANDY, Armin Von. et. al. (coord). *Construcción y Papel de Los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitucionale commune en América Latina*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

⁷² HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2008.

⁷³ REIS, Ulisses Levy Silvério dos; PETERKE, Sven. A Justiciabilidade do Direito à Nacionalidade: um desafio para o Direito Internacional Dos Direitos Humanos. *Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v. 1, n. 1, p. 89-110, jan./jul. 2017.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa demonstrou que, no plano normativo internacional o direito à nacionalidade é de fundamental importância, e que as declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos afirmam que todas as pessoas são titulares desse direito de forma irrestrita. Fica evidente também o amplo espectro protetivo do direito à nacionalidade, por ser ele fator condicionante para o exercício dos demais direitos, sejam eles políticos, civis e sociais. Além disso, a nacionalidade precede a própria existência dos indivíduos no cenário fático e legal.

Pode-se constatar que a apatridia, decorrente da ausência de nacionalidade, provoca inúmeros problemas de ordem global e principalmente atinge o cerne de proteção e garantia da dignidade da pessoa humana. O apátrida é impedido de ter acesso à educação, à saúde, não possui legitimidade no direito de ir e vir, tampouco pode exercer seus direitos de liberdade e propriedade, não possuindo sequer qualquer documento de identificação.

A efetividade do direito à nacionalidade esbarra na soberania estatal, que, embora mitigada pelas convenções e tratados internacionais, não está superada. A efetivação desse direito no plano internacional é ampla e válida, contudo, não dispensa uma afirmação no plano interno dos Estados.

O avanço da legislação internacional destinada aos apátridas, demonstra que têm sido realizados esforços suficientes por parte da maioria dos Estados para reduzir e erradicar os casos de apatridia, e a maior prova disso são os casos apresentados neste trabalho, julgados na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos representam um significativo avanço no direito internacional, uma vez que, a aplicação das sentenças funciona como mecanismo regulador da efetividade dos direitos humanos nos Estados latino-americanos, além de impulsionarem transformações políticas, jurídicas, legislativas e culturais e promover o debate acerca dos direitos humanos.

O controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser observado como um modelo de ordenamento jurídico base para que todos os demais Estados cumpram com os tratados e convenções relativos à apatridia. Esse controle, no âmbito de um sistema regional, pode buscar a efetividade e a proteção dos direitos humanos e por intermédio da cooperação e da similitude entre os ordenamentos, os Estados caminhem juntos em busca de um sistema de proteção global efetivado por todos.

É possível vislumbrar que o Estado Constitucional Cooperativo é um dos elementos teóricos que melhor atende a essa nova perspectiva da sociedade internacional. Isso se deve ao fato de conseguir unir o Direito Constitucional e o Direito Internacional, a partir da cooperação internacional e da ideia de ordenamentos jurídicos abertos, capazes de priorizar a consolidação de temas tão sensíveis aos indivíduos, tais como a dignidade da pessoa humana, a nacionalidade e a apatridia.

Em que pese a teoria do Estado Constitucional Cooperativo, proposta por Peter Häberle, ter sido vinculada ao contexto europeu, ela tem encontrado subsídio na América Latina a partir da integração normativa desenvolvida com o Sistema Interamericano de Proteção

aos Direitos Humanos, que busca a colaboração entre os países para a solução de problemas comuns.

Desse modo, tanto a consagração das normas de proteção aos direitos dos apátridas, como a jurisprudência da Corte Interamericana voltada à garantia do direito à nacionalidade, observados na dinâmica do sistema protetivo interamericano, e citadas neste trabalho, se relacionam com as premissas do Estado Constitucional Cooperativo, pautado no compromisso com a cooperação internacional, com a harmonização dos ordenamentos jurídicos, com a prevalência da segurança, a justiça social e a equalização das desigualdades, a fim de se alcançar a efetivação da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. 3 ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2010.
- ARENDETT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARLETTAZ, Fernando. La nacionalidad en el derecho internacional americano. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Cidade do México, v. 15, n. 1, p. 413-447, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.amdi.2014.09.008>. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/494>. Acesso em: 10 dez. 2022.
- BERISTAIN MARTÍN, Carlos. *Diálogo sobre la reparación: experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*. San José: IIDH, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.
- CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./fev./mar. 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf. Acesso em: 12 nov. 2022.
- CHICKERA, Amal de; WHITEMAN, Joanna. Discriminación y la seguridad humana de las personas apátridas. *Revista Migraciones Forzadas*, Oxford, n. 46, p. 56-60, jun. 2014. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/38001/1/RMF_46_26.pdf. Acesso em: 17 nov. 2022.
- CORRÊA, Paloma Morais. Corte interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 262-279, 2013.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2008.

DEL`OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Privado*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIÁRIO LIBRE. El Gobierno Dominicano Rechaza la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diário Libre*, Santo Domingo, 24 out. 2014. Disponível em: <https://www.diariolibre.com/actualidad/el-gobierno-rechaza-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-de-los-derechos-humanos-MFDL851951>. Acesso em: 29 nov. 2022.

GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Nacionalidade: aquisição, perda e reaquisição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2008.

JUBILUT, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Brasília, v. 22, n. 43, p. 11-33, dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880004302>. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?pid=S1980-85852014000200002&script=sci_arttext. Acesso em: 11 nov. 2022.

LANGOSKI, Deisemara Turatt; ROSSETTO, Geralda Magella de Faria (coord.). *O Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle como elemento de realidade material e processual de direitos para apátridas*. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/ey04hoar/e17GvQXjb83LgliW.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

LUCAS, Laura Samenho Nogueira; MORAES, Ana Paula Bagaiolo. A Cidadania Transnacional e o Estado Constitucional Cooperativo: uma análise da soberania estatal diante da internacionalização dos Direitos Humanos. *Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca*, Franca v. 6, n. 1, p. 69-82, 2021. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1307>. Acesso em: 16 dez. 2022.

MARCO, Carla Fernanda de. *O Direito Fundamental à Nacionalidade: a apatridia e a competência atributiva da ONU*. Jundiaí: Paco, 2015.

MARTINS, Rui Décio. Nacionalidade e cidadania: duas dimensões de direitos fundamentais. In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae. *Cidadania: o novo conceito jurídico e sua relação com os direitos fundamentais, individuais e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Thaís Guedes Alcoforado de. “O Haiti não é aqui”: a apátridia na República Dominicana. In: GEDIEL, Jose Antonio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (org.). *Refúgio e hospitalidade*. Curitiba: Kairós, 2016, p. 139-164.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Concretização dos Direitos Humanos dos Migrantes pela Jurisdição Brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

MOREIRA, Thiago Oliveira. A Judicialização da Apatridia no Brasil: uma análise do caso Andriana Buyoya Habizimana. In: MENEZES, Wagner. *Direito Internacional em Expansão*. v. XVI. Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 531 – 551.

MOREIRA, Thiago Oliveira. Implicações do Modelo Häberleano de Estado Constitucional Cooperativo na Jurisdição. In: DOMINGUES, P. T.; ROVAI, A. L.; VEIGA, F. S. (coord.) *O Direito Lusófono*. Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. *Plano de Ação Global para Erradicar a Apatridia 2014-2024*. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/teaxis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5d1a02b24>. Acesso em: 01 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Prevenção e Redução da Apatridia: Convenção da ONU de 1961 para reduzir os casos de apatridia*. Genebra, 2010. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/teaxis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fd737242>. Acesso em: 07 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas Para Os Refugiados. *Protegendo os direitos dos apátridas: convenção da ONU de 1954 sobre o Estatuto dos apátridas*. Genebra: UNHCR, 2011. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/teaxis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fd737eb2>. Acesso em: 07 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10233.htm. Acesso em: 05 dez 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Direitos das Crianças*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos,Foi%20ratificado%20por%20196%20pa%C3%ADses>. Acesso em: 15 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 05 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969*. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Glossário sobre Migrações*. Genebra: OIM, 2009. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2022.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. A Apatridia sob a perspectiva do caso Las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana - Acórdão nº 130 de 08 de setembro de 2005 Série C da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Âmbito Jurídico*, [S.l.]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10497. Acesso em: 17 dez. 2022.

- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18 ed. São Paulo: Max Limonad, 2018.
- REIS, Ulisses Levy Silvério dos. *O Brasil e o Combate à Apatridia no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. 2016. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.
- REIS, Ulisses Levy Silvério dos; PETERKE, Sven. A Justiciabilidade do Direito à Nacionalidade: um desafio para o Direito Internacional Dos Direitos Humanos. *Revista Jurídica da Ufersa*, Mossoró, v. 1, n. 1, p. 89-110, jan./jul. 2017.
- REIS, Ulisses Levy Silvério dos; PETERKE, Sven. Cidadania Multiétnica: esboço de formação de um Estado Transnacional para além das Nacionalidades. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v. 89, n. 2, p. 48-74, jan. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/25350/27726>. Acesso em: 01 maio 2023.
- RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Trad. Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROSAS GUEVARA, Erika. Milhares de apátridas: a vergonha da República Dominicana. *Anistia Internacional*, [S.l.]. Disponível em: <https://anistia.org.br/milhares-deapatridas-vergonha-da-republica-dominicana/>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” En El Sistema Interamericano, Y sus Anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y Diferencias Con el Sistema Europeo. In: BOGDANDY, Armin Von. et. al. (coord). *Construcción y Papel de Los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- SOUSA, Mônica Teresa Costa. Violação de direitos de grupos vulneráveis a partir do Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: FILHO, Francisco Camargo Alves Lopes; MOREIRA, Thiago Oliveira; GURGEL, Yara Maria Pereira (org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*. Natal: Polimatia, 2022, p. 233-240.
- WAAS, Laura van. *Apatridia*. In: ARAÚJO, Diana; BOTEGA, Túlia; CAVALCANTI, Leonardo; THONATI, Tânia (org.). *Dicionário Crítico de Migrações Internacionais*. Brasília: Universidade de Brasília, 2017.



O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA NACIONAL E INTERNACIONAL: REFLEXÕES ACERCA DA INCLUSÃO ESCOLAR

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION OF PEOPLE WITH DISABILITIES FROM A NATIONAL AND INTERNATIONAL PERSPECTIVE: REFLECTIONS ON SCHOOL INCLUSION

LUCAS CÂMARA DE ASSIS* | MÔNICA MARIA TEIXEIRA AMORIM**

RESUMO

O presente artigo visa compreender a amplitude do direito constitucional à educação, estabelecido não só como um direito, mas também como dever do Estado, da família e da sociedade para, posteriormente, fazer uma incursão na temática envolvendo pessoas com deficiência e as dificuldades e os percalços da educação inclusiva. Discorrer-se-á acerca dos parâmetros legislativos internacionais e nacionais que a sociedade pode utilizar para pleitear a concretização da educação inclusiva. A pesquisa desenvolveu-se segundo método hipotético-dedutivo e a metodologia utilizada é a bibliográfica. Ao final, conclui-se que para a construção de uma sociedade que convive com as diferenças, mais humana e solidária, faz-se necessário compreender que a educação inclusiva é não apenas um direito humano fundamental de todos os estudantes, mas também verdadeiro princípio do Estado Democrático de Direito, que valoriza o bem-estar e a dignidade humana de todos os estudantes, respeitando a autonomia e as necessidades individuais e sua capacidade de efetivamente ser incluído e contribuir para a sociedade.

Palavras-chave: Direito à educação. Pessoa com deficiência. Inclusão escolar.

ABSTRACT

This article aims to understand the breadth of the constitutional right to education, established not only as a right, but also as a duty of the State, family and society to later make an incursion into the theme involving people with disabilities and the difficulties and pitfalls of inclusive education. It will discuss the international and national legislative parameters that society can use to claim the implementation of inclusive education. The research was developed according to a hypothetical-deductive method and the methodology used is bibliographic. In the end, it is concluded that in order to build a society that lives with differences, more humane and supportive, it is necessary to understand that inclusive education is not only a fundamental human right of all students, but also a true principle of Democratic State of Law, which values the well-being and human dignity of all students, respecting individual autonomy and needs and their ability to effectively be included and contribute to society.

Keywords: Disabled person. Right to education. School inclusion.

* Mestrando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2023) - Bolsista Fapemig (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais). Professor universitário na Rede Funorte das disciplinas de direito civil e empresarial e advogado com atuação no direito privado.

lucas.camara@funam.com.br | <https://orcid.org/0009-0007-2931-5750>

** Doutora em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (2013) e Mestre em Educação pela mesma Instituição (2002). Graduada em Pedagogia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras do Norte de Minas (1989). Professora titular da Universidade Estadual de Montes Claros - Unimontes.

monicamorimsa@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3537-2686>

Recebido em 11-05-2023 | Aprovado em 07-10-2023



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 IMPORTÂNCIA E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À EDUCAÇÃO; 1.1 DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA; 1.2 DIREITO À EDUCAÇÃO VERSUS RESERVA DO POSSÍVEL; 2 CONCEITO INTERNACIONAL DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA. CONVENÇÃO DE NOVA YORK; 2.1 DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA; 2.2. RETROCESSO COM A EDIÇÃO DO DECRETO 10.520/2020; 2.3 DISTINÇÕES ENTRE EXCLUSÃO, SEGREGAÇÃO, INTEGRAÇÃO E INCLUSÃO ESCOLAR; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar o direito à educação, previsto como direito fundamental e social no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil, mas também tendo estabelecido o Poder Constituinte ser um dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade. A Constituição Federal dedicou apenas nove artigos para discorrer sobre a educação, mas é o suficiente para afirmar que é um direito da personalidade, ligado ao direito à vida, que visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Lado outro, as pessoas com deficiência, merecedoras de toda sorte de proteção e empoderamento estatal, como grupo vulnerável, precisam reafirmar a normatividade dos direitos sociais, como normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, haja vista o descaso e o descomprometimento das autoridades públicas.

Sendo assim, o presente trabalho busca entender quais são as premissas nacionais e internacionais para o estabelecimento de um parâmetro de educação desse grupo excluído e ainda marginalizado.

Fato é que o ordenamento jurídico brasileiro acolheu compromissos e obrigações internacionais relacionadas à educação inclusiva. Questiona-se, todavia, se a recente Política Nacional de Educação Especial (PNEE), instituída pelo decreto presidencial 10.502/2020, é coerente com tais compromissos. Nesse sentido, nos dedicamos a examinar as premissas nacionais e internacionais para o estabelecimento de um parâmetro de educação inclusiva no Brasil. O objetivo, portanto, é analisar os instrumentos normativos que a sociedade pode utilizar para pleitear a concretização de uma educação inclusiva, em vista do cenário democrático esculpido no corpo da Constituição da República de 1988.

Para isso, utiliza-se do método hipotético-dedutivo e a metodologia utilizada é a bibliográfica. O presente artigo baseia-se em livros, doutrina, dissertações, legislação, notícias e artigos veiculados em meios eletrônicos. No trabalho, inicia-se discorrendo acerca da amplitude do direito à educação para em seguida adentrar na particularidade dessa temática no âmbito das pessoas com deficiência, sempre com o desígnio de responder ao problema do presente estudo.

1 IMPORTÂNCIA E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

O direito à educação é uma espécie de direito social da cultura e exige do Poder Público uma atuação positiva, “uma forma atuante de Estado, prioritariamente na implementação da igualdade social dos hipossuficientes”.^{1, p. 905}

Na doutrina, há intenso debate quanto a natureza jurídica dos direitos sociais, aqui posicionado o direito à educação. Tal debate é acirrado e antigo:

[...] dentre os temas preferidos pela doutrina (e que acabam refletindo, com maior ou menor intensidade, na esfera jurisprudencial, legislativa e administrativa) destacam-se, notadamente em matéria de dos assim chamados direitos sociais, tanto as teses que questionam a própria constitucionalização de tais direitos sociais (sustentando até mesmo que, no todo ou em parte, tais direitos sequer deveriam estar na Constituição!) quanto as vozes daqueles que, embora admitam a possibilidade de ter tais direitos previstos no texto constitucional, refutam a sua condição de autênticos direitos fundamentais.^{2, p. 90}

Ainda é forte o pensamento de que os direitos sociais, ainda que positivados na Constituição Brasileira, são apenas normas de determinação dos fins do Estado ou normas de organização ou normas programáticas, isto é, desprovidas de eficácia jurídica. Por outro lado, também existe a ideologia de que os direitos sociais são direitos fundamentais e, em decorrência disso, atuam tal como os direitos civis e políticos.

Adeptos da teoria negativa (direito social não é direito fundamental) tendem a entender que o direito à educação, por exemplo, seria apenas uma politização da Constituição:

as normas consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais são, segundo alguns autores, normas programáticas. As constituições condensam, nestas normas programáticas, princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social. A relevância delas seria essencialmente política, pois servem apenas para pressão política sobre os órgãos competentes.^{3, p. 84}

Fato é que a partir do princípio da força normativa da Constituição, fica impossível imaginar que as normas programáticas seriam desprovidas de eficácia jurídica, servindo apenas para exercer pressão política. Logo, é atécnico dizer que os direitos sociais serviriam apenas como aforismo político ou apelos ao legislador, pois é muito mais do que isso: “as normas programáticas são, antes de mais, normas jurídicas, geradoras de obrigações, ainda que de cariz progressivo e mediato”.^{4, p. 406}

¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2012.

⁴ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2015.

Aliás, é de se pontuar que entender que o direito à educação, um dos direitos sociais, é apenas norma programática, ou seja, apenas uma exortação moral ou uma promessa futura e incerta, é violar também princípios hermenêuticos, tal como o princípio da eficiência ou máxima efetividade, ensinamentos decorrentes do avanço do neoconstitucionalismo.

Sendo assim, fica definido que o direito à educação é direito social e, portanto, direito fundamental consagrado pela própria Constituição da República que, aliás, pormenoriza os direitos sociais em vários e longos incisos, perdendo, de certa forma, o sentido da controvérsia:

Portanto, se, como acontece entre nós, o legislador constituinte, atendendo à respectiva fundamentalidade no quadro de um Estado social e democrático de Direito, intencionalmente acolhe os direitos sociais como direitos fundamentais, podemos discutir o alcance desse reconhecimento, podemos discutir o que significa ser um direito fundamental, mas deixa de fazer sentido consumir o essencial dos esforços dogmáticos a apurar se há ou não, e com que fundamentos, direitos constitucionais sociais⁵, p. 84.

O direito à educação, como direito social, trata-se de direito positivo, isto é, impõe uma obrigação de fazer aos entes estatais, com uma série de deveres destinados a implementar e instituir tal direito social. É verdade, por outro lado, que o direito à vida, como direito fundamental e direito negativo (a impor um não fazer estatal), também exige que a administração pública desenvolva uma série de programas e atuações (normativas ou fáticas) para protegê-lo.

Assim, esta visão tradicional mostra-se ultrapassada e antiquada:

Os direitos sociais também implicam obrigações negativas. Senão veja-se: o direito à saúde pressupõe o dever estatal de não privar os cidadãos do acesso à saúde, e o direito à educação, o dever de a não anular. Em contrapartida, os direitos, liberdades e garantias possuem uma vertente de prestação estatal, ainda que de natureza diversa das prestações estatais nos direitos sociais⁶, p. 120.

Outra característica dos direitos sociais, a que estaria aqui incluído o direito à educação, seria sua maior onerosidade. Assim, a implementação do direito social à educação é caro e custa dinheiro aos cofres públicos, pois necessita de maiores recursos financeiros e maior aparato estatal. Também há quem afirme que os direitos sociais teriam titularidade diferente daquela mesma titularidade dos direitos fundamentais individuais:

Alguma doutrina sufraga a ideia que os direitos sociais se desviam da titularidade universal dos direitos fundamentais, no sentido de não serem automaticamente direitos de todos, mas sim direitos daqueles que deles carecem, enquanto deles necessitarem e na exata medida dessa carência. Acolhem, por conseguinte, a titularidade setorial dos direitos sociais e a sua não universalidade⁷, p. 128.

⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2010.

⁶ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2015.

⁷ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2015.

Nunes Júnior⁸ critica essa ideia, pois nem todas as pessoas são pobres, desempregadas, desabrigadas ou famintas, mas, caso precisem de um desses direitos sociais, deles serão titulares, com certeza. Por tudo isso, seriam os direitos sociais também direitos com titularidade universal, tal como os direitos individuais do art. 5º da Constituição Brasileira.

Assim sendo, é possível, com segurança, afirmar que o direito à educação é um direito social fundamental, bem como um direito da personalidade, que fornece aptidão mental ao indivíduo, sendo um direito inerente a todo o ser humano e dever do Estado, da família e das comunidades. É, também, um direito à prestação, pois o Estado deve agir para que se tenha a efetivação desse direito na esfera particular dos cidadãos que têm o direito de exigir o cumprimento da prestação pela via judicial ou administrativa.

1.1 Direito à educação na Constituição da República

A educação da sociedade brasileira é também uma questão de soberania nacional, por se tratar de uma das preocupações mais sensíveis da Carta Magna para fins de desenvolvimento.

Resumidamente, a Constituição do Brasil referiu-se a este direito, no artigo 205, estabelecendo que deve visar o “pleno desenvolvimento da pessoa”, “seu preparo para o exercício da cidadania” e sua “qualificação para o trabalho”. Assim, pode-se afirmar que “embora a educação, para aquele que a ela se submete, represente uma forma de inserção no mundo da cultura e mesmo um bem individual, para a sociedade que a concretiza, ela se caracteriza como um bem comum, já que representa a busca pela continuidade de um modo de vida que, deliberadamente, se escolhe preservar”⁹, p. 697

No próprio texto constitucional, é possível vislumbrar os princípios constitucionais do ensino, dispostos no art. 206, que são (1) igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (2) liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; (3) pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; (4) gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; (5) valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (6) gestão democrática do ensino público, na forma da lei; (7) garantia de padrão de qualidade; (8) piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Quanto aos deveres estatais, no que vale à educação, tal direito será efetivado mediante a garantia de: (1) educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (2) progressiva universalização do ensino médio gratuito; (3) atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (4) educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos

⁸ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

⁹ DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, out. 2007. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-73302007000300004>.

de idade; (5) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (6) oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; (7) atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Também pela Constituição Federal, artigo 208, parágrafo 1º, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, o que importa dizer que a prestação de um serviço público de qualidade não representa uma benesse de uma gestão política salvadora, pois direito social não se confunde com caridade.

1.2 Direito à educação *versus* reserva do possível

De início, a doutrina da reserva do possível, com origem alemã, buscava trazer restrição à realização dos direitos sociais haja vista a escassez dos recursos públicos ser uma realidade. Sgarbossa¹⁰ afirma que a ideia é hipertrofiar a demanda do cidadão em face do Estado, através do recurso da razoabilidade e racionalidade.

Na realidade, é como se o Estado, frente a insuficiência econômica, declarasse a indisponibilidade jurídica dos direitos humanos e fundamentais, por força de uma limitação orçamentária. A ideia é: “mesmo em disposto o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.¹¹

No geral, a doutrina da reserva do possível seria uma cláusula ou um postulado que gera forte impacto na eficiência da consagração dos direitos sociais. Por conta disso, merece acentuada crítica da doutrina, já que alguns afirmam tratar-se de verdadeira falácia política:

Pode-se sentir a influência da doutrina neoliberal no constitucionalismo na medida em que nunca se falou tanto em aspectos econômicos da realização dos direitos fundamentais. E esta preocupação econômica vem vestida de um manto de cientificidade, como se somente agora doutrina e jurisprudência estivessem finalmente abrindo os olhos para a realidade irrefutável de escassez econômica.^{12, p. 185}

A bem da verdade, a invocação da reserva do possível tem se tornado verdadeira tese defensiva da administração pública inoperante para justificar suas imperícias e negligências, invocando a lei orçamentária como escusa às suas obrigações constitucionais:

O argumento da reserva do possível não deve ser usado indiscriminadamente para qualquer situação concreta em matéria de direitos fundamentais, sem a necessária consideração da realidade social, pois não se afigura difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política orçamentária e financeira, miti-

¹⁰ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29.

¹² OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*. Curitiba: Juruá, 2008.

gando a obrigatoriedade do Estado em cumprir os direitos fundamentais, especialmente aqueles direitos sociais de cunho prestacional, que, por conseguinte, restariam.^{13, p. 176}

Nesse sentir, a doutrina também tem entendido que o direito à educação faz parte de um mínimo existencial, ou seja, de uma prerrogativa jurídica indisponível. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da educação da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

E assim já entendeu o Supremo Tribunal Federal, em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, julgada em 2004, onde a Corte Constitucional assentou a tese da necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial.

No ano seguinte, no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP, de 22-11-2005, o Supremo Tribunal Federal utilizou, mais uma vez, a teoria do mínimo existencial para reconhecer a exigibilidade do direito à educação infantil. No próprio acórdão, o STF ponderou que a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Ora, isto é a própria Corte Constitucional apontando o direito à educação como mínimo existencial e, assim sendo, torna-se uma obrigação do Estado prestá-lo de maneira digna a cada pessoa.

Anos depois, em 24-3-2009, o Ministro Marco Aurélio, no AI 693.785, sobre a educação infantil, também ressaltou que, conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Constituição Brasileira, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo virar de costas ou procurar rodeios mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa.

É a consagração, de uma vez por todas, do direito fundamental à educação:

É possível inferir que integraria esse mínimo, por exemplo, um sistema educacional de qualidade, que fornecesse às pessoas, independentemente de sua classe social, os instrumentos adequados para que haja de fato igualdade de oportunidades, para compreenderem seu lugar no mundo, seus direitos e liberdades básicos e ensinasse-as a usufruir responsabilmente desses bens, com autodeterminação e respeito ao outro. Assim, considerando que um pressuposto essencial da teoria *rawlsiana* é a dignidade, pode-se depreender que, para uma vida digna, não basta garantir à pessoa o mínimo para subsistência; é imperioso garantir-lhe meios para participar da sociedade política como cidadã, para que compreenda e usufrua de seus direitos e liberdades básicos e para que saiba manejar instrumentos legais e políticos para exigir melhorias na sociedade.^{14, p. 23}

¹³ SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. Inclusão social e direito à educação: a importância de uma escola para todos. In: LUNARDI, Soraya Gasparetto (org.). *Inclusão social e sua efetivação*. Curitiba: CRV, 2011.

¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

Pelo exposto, é correto afirmar que Poder Público não pode invocar a cláusula de reserva do possível para justificar o não cumprimento do direito à educação, conforme reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, por restringir a garantia do mínimo existencial, uma vez que o direito à educação, convém repetir, é parte integrante do direito à vida. Caso contrário, se se permitisse a adoção da reserva do possível, estar-se-ia a nulificar ou aniquilar o direito fundamental à educação, o que jamais seria a intenção do Poder Constituinte.

Ademais, percebe-se que o direito a um mínimo existencial independe de expressa previsão no texto constitucional para poder ser reconhecido, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.

2 CONCEITO INTERNACIONAL DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA. CONVENÇÃO DE NOVA YORK.

No âmbito internacional dos direitos das pessoas com deficiência, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram assinados em Nova York, no dia 30 de março de 2007, aprovados pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, com o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. De acordo com o art. 1º da referida Convenção:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.¹⁵

Logo, é possível falar em 04 espécies de deficiência: física, mental, intelectual e sensorial. Ainda de acordo com a convenção, pelo art. 3º, são princípios: a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) a não discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g) a igualdade entre o homem e a mulher; h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

A deficiência se verifica como resultado da multiplicação dos impedimentos pelas barreiras presentes no ambiente. Dessa feita, se não houver barreiras ou se estas não forem consideradas, inexistente deficiência. Lado outro, havendo uma ou mais barreiras e também impedimentos, o resultado será positivo, constituindo a deficiência. Ou seja: não há problemas com o indivíduo, mas sim na situação de desvantagem que o priva da cidadania plena e efetiva.

¹⁵ Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O ambiente que é responsável pela situação de deficiência da pessoa, pois “o novo modelo social determina que a deficiência não está na pessoa como um problema a ser curado, e sim na sociedade, que pode, por meio das barreiras que são impostas às pessoas, agravar uma determinada limitação funcional”.^{16, p. 27}

Em decorrência da assinatura deste tratado, os Estados Partes assumiram um grande rol de compromissos, sejam legais ou administrativos, para garantir os direitos previstos na Convenção. Em decorrência disso tudo, foi editada no Brasil a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que logo no caput do art. 1º diz ter como objetivo “assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.¹⁷

A Convenção, reconhecendo a situação de desvantagem e primando pela participação plena e efetiva das pessoas com deficiência, dando-lhes visibilidade, autoriza a realização de ações afirmativas, também chamadas de discriminações positivas, de modo a assegurar a efetiva igualdade, em prol das pessoas com deficiência. A lei quer que os deficientes ocupem seu lugar na sociedade, não ficando mais restritos ao ambiente doméstico, como doentes ou incapazes. Contudo, é interessante dispositivo legal, previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência, no §2º, do art. 4º, que diz que o deficiente não está obrigado a fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.

É possível falar que abordagem da deficiência caminhou de um modelo médico, no qual a deficiência é entendida como uma limitação do indivíduo, para um modelo social e mais abrangente, que compreende a deficiência como resultado das limitações e estruturas do corpo, mas também da influência de fatores sociais e ambientais do meio no qual está inserida.

Se, antes, sob critérios estritamente medicinais, definia-se o enquadramento como pessoa com deficiência, vista como característica intrínseca, atualmente, os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais são tidos como inerentes à diversidade humana, de modo que a deficiência é resultado da interação destes impedimentos com as barreiras sociais, com a consequente dificuldade de inserção social do indivíduo.

Ou seja, o fator médico e medicinal é apenas um dos elementos do conceito de deficiência, que em interação com as barreiras presentes na sociedade passa a gerar a obstrução ao pleno convívio social.

O avanço é tremendo, pois, na atualidade, não é a pessoa, portanto, que apresenta uma deficiência, mas a sociedade e o meio. Ademais, em consequência de tudo isso, não se deve mais utilizar o termo “portador de deficiência”. A expressão “portador de deficiência” pode se tornar um estigma por meio do qual a deficiência passa a ser a característica principal

¹⁶ LOPES, Laís de Figueirêdo. Artigo 1: *Propósitos*. In: DIAS, Joelson *et al.* *Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Brasília, Presidência da República Secretaria de Direitos Humanos Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2014.

¹⁷ Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 - Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

da pessoa em detrimento de sua condição humana: “não se porta uma deficiência como se fosse uma bolsa que se retira para no momento posterior recolocá-la”¹⁸, p. 27.

Por essa razão, a própria Constituição Federal deve ser também revisitada, pois utiliza a expressão “portador” repetidas vezes, como, por exemplo, no art. 7º, inciso XXI ou no art. 23, inciso II.

Desse jeito, parte-se da premissa que a deficiência não é, em princípio, causadora de limitações à capacidade civil, quando, na realidade, a deficiência é da sociedade que constrói verdadeiras limitações, obstáculos, barreiras e embaraços para a efetivação da inserção social plena. O modelo social, em que se vive hoje, possui os direitos humanos como norte e visa a inclusão social, a supressão de barreiras e proclama a atuação estatal para tornar possível o exercício desses direitos.

2.1 Direito à educação inclusiva

A educação é um direito fundamental garantido a todas as crianças e adolescentes (art. 53 do ECA), independente do fato de possuírem ou não deficiência. A criança e o adolescente, seja deficiente ou não, têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes a legislação: (1) igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (2) direito de ser respeitado por seus educadores; (3) direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; (4) direito de organização e participação em entidades estudantis; (5) acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 6/7/2015) impõe ao Estado, à sociedade e à família o dever de assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à habilitação e reabilitação, à moradia, ao trabalho, à assistência social, à previdência, à cultura, esporte, turismo, lazer, transporte e à mobilidade, reconhecendo, ao lado desses direitos, a educação como Direito Fundamental:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.¹⁹

¹⁸ LOPES, Laís de Figueirêdo. Artigo 1: *Propósitos*. In: DIAS, Joelson *et al.* *Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Brasília, Presidência da República Secretaria de Direitos Humanos Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2014.

¹⁹ Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 - Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

O direito à educação não está apenas cristalizado no Estatuto da Criança e do Adolescente ou no Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas também na Lei da Integração (Lei Federal nº 7.853/1989), na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal nº 9.394/1996) e no Plano Nacional de Educação (Lei Federal nº 13.005/2014).

No art. 28 da lei 13.146/2015, há ainda a determinação de diversas incumbências ao Estado, os quais merecem destaque: (1) o desenvolvimento de sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida; (2) a criação e aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena; (3) a criação de oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas; (4) a implementação de oferta de profissionais de apoio escolar, entre tantas outras medidas.

Aliás, às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto o art. 28, incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal já confirmou a constitucionalidade do dispositivo, ponderando que "o ensino privado não deve privar os estudantes com e sem deficiência da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora transmudando-se em verdadeiro local de exclusão ao arrepio da ordem constitucional vigente".²⁰

Tudo isso mostra a relevância da temática, pois:

A exclusão da escola é a forma mais perversa e irremediável de exclusão social, pois nega o direito elementar de cidadania, reproduzindo o círculo da pobreza e da marginalidade, alienando a pessoa de qualquer perspectiva de futuro.

A escola possui um papel fundamental na concretização de valores como o respeito às diferenças, construção de uma sociedade inclusiva, e uma visão não limitante da deficiência. É um poderoso *locus* de formação moral, ética, estética e política. Compreende-se que é essencial ensinar cidadania para as crianças, o direito de pertencer e celebrar as diferenças.²¹, p. 69

Por essas e outras que a inclusão deve ser uma meta forçada, não obstante tratar-se de construção cultural, ético-política e dialogada, não seria razoável aguardar tal construção em vista da insurgência a que se coloca os direitos sociais das pessoas com deficiência. A eliminação de barreiras arquitetônicas, a disponibilização de recursos pedagógicos, a falta de acessibilidade de informação e na comunicação não devem ser suprimidos na base do consenso, mas sim com a implementação de política educacional e de prestação de serviço público adequado às particularidades das pessoas com deficiência.

O modelo educacional inclusivo pressupõe uma decisão política pela construção de uma sociedade inclusiva. Isso passa por "reconhecimento e respeito das diferenças, visão de

²⁰ ADI 5357, Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 09/06/2016.

²¹ DINIZ, M. H.; COSTA, D. R. L. F. da. DIREITO À EDUCAÇÃO – UM NOVO REPENSAR. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE), Bebedouro, v. 9, n. 1, p. 409–446, 2021. DOI: 10.25245/rdspp.v9i1.989.

educação que admite que as dificuldades de alguns alunos resultam do ensino e de como a aprendizagem é concebida e avaliada, e que a deficiência não pode ser resumida a um perfil clínico”.²², p. 24

A escola inclusiva deve ser entendida como uma escola de todos. A educação, nesse sentido:

deve organizar-se por meio de quatro vias do saber – que na verdade são uma via só, uma vez que entre elas há múltiplos pontos de contato, de intersecção, de permuta – ou, de quatro pilares do conhecimento e que servirão a cada indivíduo e ao longo de toda sua vida: a) aprender a conhecer, ou seja, uma aprendizagem que visa ao domínio dos próprios instrumentos do conhecimento, antes mesmo da aquisição de um vasto repertório de saberes; b) aprender a fazer, voltado à questão da formação profissional; c) aprender a ser, ou seja, todo o ser humano deve ser preparado para elaborar pensamentos autônomos e formular avaliações críticas próprias, que permitem decidir, por si mesmo, como agir nas mais diferentes situações da vida; d) aprender a viver junto.²³, p. 69

A Constituição Federal garante o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino e acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. O atendimento especializado, contudo, não tem aqui conotação excludente, de separação do ambiente escolar comum:

Alguns precisam, sim, de atendimento especializado; no entanto, esse atendimento não significa restrição ao mesmo ambiente que os demais educandos, ao contrário, esse atendimento deve ser bem definido e funcionar como um currículo à parte, oferecendo subsídios para que os alunos possam aprender conteúdos específicos a cada deficiência, concomitantemente ao ensino comum. Insistimos: a garantia de atendimento especializado não pode subtrair o direito de acesso ao mesmo ambiente que os demais educandos.²⁴, p. 55-56

Importantíssimo anotar “que a Constituição fala em ‘atendimento educacional especializado’ e não em educação especial, ou seja, pela norma constitucional não é admissível o ensino segregado”.²⁵, p. 186 O espírito do Poder Constituinte Originário foi colocar no mesmo espaço os desiguais. A pessoa com deficiência, portanto, teria direito ao ensino comum e ao ensino especial, ou melhor dizendo, ao atendimento educacional especializado, sendo este

²² SAMPAIO, Cristiane; SAMPAIO, Sônia. *Educação inclusiva: o professor mediando para a vida*. Salvador: EDUFBA, 2009.

²³ FERRAZ, Carolina Valença. In: LEITE, Flavia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (coord.) *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁴ FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2007.

²⁵ SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; RAGAZZI, Ivana Aparecida G. *Assistência integral à saúde da pessoa com deficiência: meios de efetivação do dever estatal*. In: GOTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu P. (org.). *Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos da Constituição brasileira*. Birigui: Boreal, 2008.

último complementar ao ensino regular, mas jamais substituto. O ambiente de segregação não é saudável para quem não tem deficiência, nem para quem a possui:

A melhor leitura da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996), especificamente em relação aos arts. 58 a 60, deve interpretar a expressão “Educação Especial” conforme a Constituição, ou seja, deve ser entendida como “atendimento educacional especializado”. Veja-se que, por impropriedade técnica, o legislador ordinário substituiu a expressão utilizada na Constituição “atendimento educacional especializado” por “educação especial”. No entanto, o que deve prevalecer é o intuito constitucional de proteção e garantia do direito à educação das pessoas com deficiência, em detrimento da terminologia equivocada. Apesar do equívoco de terminologia, certo é que a principiologia da LDB, somada à sistemática constitucional, não permite o ensino segregado.^{26, p. 185}

Ou seja: o Poder Público deve oferecer aos educandos com deficiência um ensino nas classes da rede regular, estimulando a interação entre todos e o respeito à diversidade. Por isso, a Constituição permite que o atendimento especializado seja realizado também fora da rede regular de ensino, em outras instituições e estabelecimentos, já que é uma forma complementar, e não de substituir.

A educação inclusiva requer uma série de transformações que envolve o acesso e o progresso na educação formal e informal de alta qualidade, sem discriminação. A inclusão procura habilitar as comunidades, sistemas e estruturas a combater a discriminação, incluindo os estereótipos prejudiciais, reconhecendo a diversidade, promovendo a participação e superando as barreiras ao aprendizado e à participação de todos, concentrando-se no bem-estar e sucesso dos estudantes com deficiência.

Ela exige uma transformação profunda dos sistemas de ensino em termos de legislação e políticas, bem como de mecanismos de financiamento, administração, e de desenho, oferta e acompanhamento da aprendizagem.

Por fim, outra disposição legal que merece destaque é o art. 8º da Lei n. 7.853/89, que prevê como crime recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a matrícula de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados de sua deficiência, o que apenas reafirma que a educação inclusiva é um direito fundamental da pessoa com deficiência.

2.2. Retrocesso com a edição do Decreto 10.520/2020

Instituída a nova Política Nacional de Educação Especial (PNEE) pelo decreto presidencial 10.502/2020, a Educação Inclusiva no Brasil encontrava-se fortemente ameaçada e comprometida. Isso porque o decreto previa a matrícula de crianças e adolescentes com deficiência em classes e instituições especializadas, segregando o estudante deficiente.

²⁶ SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; RAGAZZI, Ivana Aparecida G. Assistência integral à saúde da pessoa com deficiência: meios de efetivação do dever estatal. In: GOTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu P. (org.). *Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos da Constituição brasileira*. Birigui: Boreal, 2008.

Ora, somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento é que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer formas de discriminação. Dessarte, ressalta-se novamente que a educação inclusiva é um direito também daqueles que não têm deficiência, já que só assim poderão buscar seu desenvolvimento pleno.

É esse o sentido da Constituição da República:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O decreto é, portanto, inconstitucional, porque o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que prevê o sistema educacional inclusivo e a adotou como emenda constitucional:

O Decreto 10.502/2020, fomentando a segregação e a exclusão, instituiu a nova Política Nacional de Educação Especial, que desobriga as escolas regulares a matricular alunos com deficiência e incentiva a oferta de escolas e salas de aulas especializadas para atendimento esses alunos. A norma, sem dúvida, rompe com a diretriz educacional inclusiva das pessoas com deficiência trazida pelos itens 1 e 2 do artigo 24 da Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, que impõem aos Estados Partes o dever de garantirem um sistema educacional inclusivo e viola o disposto nos artigos 205, 206, I e art. 208 da Constituição Federal. Na contramão da ordem constitucional vigente, traz dispositivos que incentivam a implementação de um sistema educacional segregacionista. O Decreto confunde conceitos e dá às famílias a falsa ideia de que podem optar por uma escola ou por outra. Mas sobretudo, viola dois princípios constitucionais vigentes: o princípio da não discriminação e o direito à educação de qualidade em todos os estágios da vida.^{27, p. 429}

Fica evidente a inconstitucionalidade do decreto supra, já revogado em 01/01/2023, emanado durante o governo Bolsonaro, que se utiliza do critério médico para se definir deficiência e incapacidade, tratando-os como doentes que devem ser marginalizados: “não há mais margem para manutenção de escolas especiais. Ao invés de privilegiar a potencialidade e o crescimento humano, o ensino continuará a ser ministrado de forma homogeneizadora e capacitista”.^{28, p. 430}

²⁷ DINIZ, M. H.; COSTA, D. R. L. F. da. DIREITO À EDUCAÇÃO – UM NOVO REPENSAR. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE), Bebedouro, v. 9, n. 1, p. 409–446, 2021. DOI: 10.25245/rdsp.v9i1.989.

²⁸ DINIZ, M. H.; COSTA, D. R. L. F. da. DIREITO À EDUCAÇÃO – UM NOVO REPENSAR. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE), Bebedouro, v. 9, n. 1, p. 409–446, 2021. DOI: 10.25245/rdsp.v9i1.989.

No mesmo caminho, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal suspendeu o Decreto 10.502/2020, no julgamento da ADI 6590, pois restou consignado que crianças com necessidade especiais aprendem melhor em conjunto com as outras. Ora, é nessa interação com outras crianças que o deficiente tem seu desenvolvimento potencializado.

No mais, vale lembrar que a criança e o adolescente deficiente têm direito à convivência familiar e comunitária (art. 6º, V da lei 13.146/2015) e que nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas inclusive a disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, bem como a adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa.

Por isso, vê-se a importância de uma educação inclusiva. Por essas e outras que o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou constitucionais as normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas.

Consequentemente, as instituições privadas de ensino exercem atividade econômica e, logo, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a questão da deficiência limitada à perspectiva médica, mas também ambiental, com a criação de espaços e recursos adequados à superação de barreiras.

2.3 Distinções entre exclusão, segregação, integração e inclusão escolar

Com a internalização da Convenção das Nações Unidas ao ordenamento jurídico pátrio, inclusive, com status de Emenda Constitucional, o Brasil tornou inequívoca a obrigação jurídica do processo de inclusão em educação de estudantes com deficiência em todos os níveis de ensino.

Nesse sentido, na 14ª Sessão do Comitê da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, foi realizada uma convocação dos países signatários para adesão ao esboço do que seria o "comentário Geral nº 04" sobre o direito à educação inclusiva.

No comentário, elaborado pelo Comitê da ONU, há uma distinção estrategicamente central na construção de uma educação com qualidade entre os processos educacionais de exclusão, segregação, integração e inclusão, conforme se observa abaixo:

O Comitê salienta a importância do reconhecimento entre exclusão, segregação, integração e inclusão. A exclusão ocorre quando estudantes são direta ou indiretamente impedidos de ter acesso à educação sob qualquer forma. A segregação ocorre quando a educação de estudantes com deficiência é provida em ambientes separados, projetados ou usados para atender uma deficiência particular ou várias deficiências de forma isolada dos estudantes sem deficiência. Integração é o processo de colocar pessoas com deficiência em instituições educacionais regulares com enten-

dimento de que eles devem se ajustar aos requisitos padronizados dessas instituições. Inclusão envolve um processo de reforma sistêmica que incorpora mudanças e modificações no conteúdo, métodos de ensino, abordagens, estruturas e estratégias na educação para superar barreiras com uma visão que serve para prover a todos os alunos, na mesma faixa etária, uma experiência de aprendizagem equitativa e participativa que melhor corresponde às necessidades e preferências. Posicionar estudantes com deficiência em turmas regulares sem as correspondentes mudanças estruturais, por exemplo, na flexibilização de currículos e nas estratégias de ensino e aprendizagem, não constitui inclusão. A Integração não garante automaticamente a transição da segregação para inclusão.²⁹

Dessa feita, vê-se que o reconhecimento da inclusão é a chave para alcançar o direito à educação das pessoas com deficiência, como último estágio evolutivo. A educação inclusiva é fundamental para atingir uma educação de qualidade para todos os estudantes, incluindo aqueles com deficiência, e para o desenvolvimento de sociedades inclusivas, pacíficas e justas. Somente a educação inclusiva pode fornecer tanto a educação de qualidade quanto o desenvolvimento social para pessoas com deficiência, além da garantia da universalidade e da não discriminação do direito à educação.

Historicamente encaradas como dependentes da seguridade social, as pessoas com deficiência são agora reconhecidas pelas leis internacionais como titulares de direitos, inclusive o direito à educação, sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, havendo diversos dispositivos nacionais e internacionais que incorporam medidas que atestam a crescente consciência e compreensão do direito das pessoas com deficiência à educação. O direito à educação inclusiva, entretanto, requer uma transformação na cultura, nas políticas e práticas em todos os ambientes educacionais formais e informais para acomodar as diferentes necessidades e identidades individuais dos estudantes, juntamente com o compromisso de eliminar as barreiras que impedem essa possibilidade.

Tal transformação, necessária e urgente, envolve o reforço da capacidade do sistema de ensino a fim de alcançar todos os estudantes. Centra-se na plena e efetiva participação, acessibilidade, comparecimento e conquistas de todos os estudantes, especialmente aqueles que, por diferentes razões, estão excluídos ou em risco de serem marginalizados.

Portanto, a educação inclusiva, ao fim e ao cabo, deve ser compreendida como verdadeiro princípio que valoriza o bem-estar de todos os estudantes, respeita a sua dignidade e autonomia inerentes, reconhece as necessidades individuais e sua capacidade de efetivamente ser incluído e contribuir para a sociedade.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação é um direito social de extrema relevância no Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 prevê o direito fundamental à educação nos seguintes

²⁹ Emitido em 2016, com a colaboração de organizações de pessoas com deficiência de todo mundo, o parecer (comentário geral n. 4), elaborado pelo Comitê de monitoramento da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência detalha os requisitos para que o direito à educação inclusiva, garantido pelo artigo 24 da Convenção, seja aplicado em todos os países.

dispositivos: art. 6º, art. 7º, IV, art. 22, XXIV, art. 23, V, art. 24, X, art. 30, VI, no art. 150, VI, “c” e nos artigos 205 a 214, que trata exclusivamente do direito em tela. É, assim, um direito fundamental, social, prestacional e subjetivo. É um direito de todos e, diante da efetividade, necessita ser concretizado, não podendo a Administração Pública invocar a ausência de recursos financeiros e orçamentários, pois, ao se falar em educação, estar-se-á discorrer de um mínimo existencial, parcela indissociável de uma existência digna.

A educação é uma verdadeira atividade criadora, que potencializa o indivíduo em várias vertentes, não apenas na intelectual. Contudo, a educação sempre reflete um momento histórico. Ao longo da história, diversas mudanças ocorreram no tratamento dispensado às pessoas com deficiência, iniciando-se com ações de caridade à institucionalização das medidas assistencialistas ao reconhecimento de tais pessoas como sujeitos de direito, possuidoras de dignidade humana.

Por isso, faz-se necessária a dinamização do ensino e a promoção de uma educação escolar inclusiva (ou de um ensino inclusivo), voltando-o ao aprofundamento da cultura, à promoção do progresso social e de uma sólida formação ética e crítica e à análise do contexto da realidade, sem esquecer dos valores da liberdade, dos direitos e das garantias fundamentais destas pessoas com deficiência.

Na educação inclusiva, os objetivos fundamentais da República Federativa se concretizam, pois destina-se esta à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceitos e discriminação. A inclusão, dessa forma, deve ser um norte e um esforço, sendo proibido qualquer tipo de segregação e exclusão, como pretendeu a Política Nacional de Educação Especial do governo Bolsonaro.

No mais, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu compromissos e obrigações internacionais. Em 2009, o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Todos os direitos estabelecidos pela Convenção foram incorporados ao seu ordenamento jurídico como direitos constitucionais. Isso inclui não apenas o direito a uma educação inclusiva e de qualidade, livre de discriminação e com adequações razoáveis em todos os níveis de educação, mas também o direito fundamental das pessoas com deficiência de participarem do debate público por meio de suas organizações representativas.

Assim, em face de todas as previsões normativas, bem como analisando o papel da escola e do educador em um projeto de nação mais justa e democrática, é imperativa a conclusão de que a melhor opção, ou ao menos a opção mais pertinente, de educação de qualidade socialmente referenciada - o mercado não tem necessariamente esse projeto - para todos é o ensino inclusivo em todos os níveis escolares.

REFERÊNCIAS

BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2012.

DINIZ, M. H.; COSTA, D. R. L. F. da. DIREITO À EDUCAÇÃO – UM NOVO REPENSAR. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE), Bebedouro, v. 9, n. 1, p. 409–446, 2021. DOI: 10.25245/rdspp.v9i1.989.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, out. 2007. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-73302007000300004>.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2007.

FERRAZ, Carolina Valença. In: LEITE, Flavia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (coord.) *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, Laís de Figueirêdo. Artigo 1: Propósitos. In: DIAS, Joelson *et al.* *Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Brasília, Presidência da República Secretaria de Direitos Humanos Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2010.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*. Curitiba: Juruá, 2008.

SAMPAIO, Cristiane; SAMPAIO, Sônia. *Educação inclusiva: o professor mediando para a vida*. Salvador: EDUFBA, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. Inclusão social e direito à educação: a importância de uma escola para todos. In: LUNARDI, Soraya Gasparetto (org.). *Inclusão social e sua efetivação*. Curitiba: CRV, 2011.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; RAGAZZI, Ivana Aparecida G. Assistência integral à saúde da pessoa com deficiência: meios de efetivação do dever estatal. In: GOTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu P. (org.). *Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos da Constituição brasileira*. Birigui: Boreal, 2008.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.