

INTER
REVISTA DE DIREITO
INTERNACIONAL E
DIREITOS HUMANOS DA
UFRJ



Número 2 - 2025
Rio de Janeiro

INTER

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ

Volume 8, Número 2

Dez. 2025

Sumário

APRESENTAÇÃO

Sidney Guerra

Página 4 - 5

11 ANOS DE JURISPRUDÊNCIA DO COMITÊ DE DIREITOS DA CRIANÇAS RELATIVA ÀS COMUNICAÇÕES INDIVIDUAIS. IMPACTOS NA ADAPTAÇÃO DA JUSTIÇA À INFÂNCIA

Eduardo Rezende Melo

Páginas 6 - 36

A ESTERILIZAÇÃO INVOLUNTÁRIA DE MULHERES PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Tamires Fonseca Zanotti

Páginas 37 - 64

A PROTEÇÃO DIGITAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: OS RUMOS PÓS 35 ANOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Mariana Namen Abido; Camilla Martins Cavalcanti de Andrade;

Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa;

Páginas 65 - 89

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS OF THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM: AN ANALYSIS THROUGH THE PRISM OF THE NEW FRONTIERS OF LITIGATION TOWARDS THE ENFORCEMENT OF HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Maxilene Corrêa

Página 90 - 103

ESTUPRO COMO ARMA DE GUERRA: A IMPORTÂNCIA DE SE RECONHECER A VULNERABILIDADE DAS MULHERES EM TEMPO DE GUERRA E A IMPLEMENTAÇÃO DAS RESOLUÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS.

Rossana Gemeli Roncato Carloto; Ana Paula Martins Amaral;

Página 104 - 122

HÁ JUSTIÇA NAS AÇÕES AFIRMATIVAS? UMA REVISÃO DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE NO CASO STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS V . HARVARD SOB A PERSPECTIVA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

Caroline Bolsoni Ribeiro

Páginas 123 - 142

O DIREITO DOS DESASTRES FRENTE ÀS ENCHENTES: ÀS MUDANÇAS COMO FATOR EMERGENCIAL E AS MEDIDAS DE MITIGAÇÃO COMO ENFRENTAMENTO

Livia de Oliveira Quintana; Felipe Kern Moreira;

Páginas 143 - 169

GENOCÍDIO: DIMENSÕES INTERNACIONAIS E A SUA REGULAÇÃO INTERNA NO DIREITO BRASILEIRO PELA LEI 2.889/56

Marcus Vinicius Xavier de Oliveira

Páginas 170 - 204

POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA: DESENCRYPTANDO O MODELO TRANSCENDENTE QUE OCULTA AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DE BENEFÍCIOS SOCIAIS E DADOS RELACIONADOS AO CADÚNICO NO MUNICÍPIO DE MONTES CLAROS/MG

Sabrina Durães Veloso Neto

Páginas 205 - 225

APRESENTAÇÃO

O Direito Internacional, historicamente identificado como *Law of Nations*, deixou de ostentar caráter estritamente interestatal para assumir feição progressivamente humanizada, passando a reconhecer a pessoa humana como sujeito de direitos e destinatária última da tutela jurídica. Tal transformação paradigmática reflete o fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a superação de concepções clássicas que restringiam a eficácia normativa das obrigações internacionais à esfera exclusiva da vontade soberana dos Estados.

A INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos, ao longo de sua trajetória, consolidou-se como um espaço qualificado de reflexão científica e debate acadêmico rigoroso, dedicado ao exame crítico das múltiplas dimensões normativas, institucionais e axiológicas que conformam a ordem jurídica internacional contemporânea, com especial atenção à promoção, proteção e efetividade dos direitos humanos.

Nessa perspectiva, a INTER alinha-se à corrente doutrinária que comprehende os direitos humanos como verdadeiro eixo estruturante do sistema jurídico internacional, dotados de força normativa própria e aptos a irradiar efeitos concretos sobre os ordenamentos jurídicos internos e afirma-se como foro privilegiado para a difusão do conhecimento jurídico comprometido com os valores que informam a dignidade da pessoa humana e a justiça internacional.

Os textos que compõem o presente número, em larga medida, inspiram-se em leituras contemporâneas do Direito Internacional e dos Direitos Humanos, dialogando com os desafios teóricos e práticos que emergem da crescente interdependência entre as ordens jurídicas nacional e internacional. As contribuições aqui reunidas refletem a preocupação com a efetividade dos direitos inerentes à pessoa humana, com o papel das instituições internacionais e com a necessidade de interpretação das normas jurídicas à luz de valores humanistas e democráticos.

Com efeito, o ano que ora se encerra evidenciou, de forma eloquente, o caráter paradoxal e multifacetado do Direito Internacional e dos Direitos Humanos. Foi possível

observar, de maneira simultânea, avanços institucionais relevantes e retrocessos políticos significativos; iniciativas normativas promissoras e tensões geopolíticas que testaram a resiliência das normas basilares de proteção da dignidade humana. Esse cenário reafirma a importância de uma análise crítica e comprometida com a consolidação de uma ordem internacional fundada no respeito aos direitos humanos, à cooperação entre os povos e à prevalência do direito sobre a força.

Ao incentivar uma leitura integrada entre o Direito Interno e o Direito Internacional, a INTER reconhece a necessidade de fortalecimento do diálogo entre jurisdições nacionais e internacionais, compreendendo essa interação como instrumento indispensável para a concretização dos direitos fundamentais em sociedades marcadas por profundas assimetrias sociais, econômicas e políticas. Tal orientação reflete o compromisso do periódico com uma hermenêutica jurídica orientada por valores humanistas, pela prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e pela construção de uma ordem jurídica internacional mais justa, solidária e inclusiva.

Não menos importante o registro de que o periódico, integralmente comprometido com o rigor metodológico, a ética acadêmica e a excelência científica, adota processo de avaliação por pares e estimula a produção de conhecimento crítico e inovador, apto a contribuir não apenas para o avanço da ciência jurídica, mas também para o fortalecimento da cidadania, da democracia, do Estado de Direito, da proteção dos direitos humanos tanto no plano nacional quanto no sistema internacional.

Rio de Janeiro, 30 de dezembro de 2025.

Sidney Guerra – Editor

Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Doutor em Direito; Doutor em Meio Ambiente;

Doutor/Livre Docente em Relações Internacionais.

11 ANOS DE JURISPRUDÊNCIA DO COMITÊ DE DIREITOS DA CRIANÇA RELATIVA ÀS COMUNICAÇÕES INDIVIDUAIS. IMPACTOS NA ADAPTAÇÃO DA JUSTIÇA À INFÂNCIA.

ELEVEN YEARS OF JURISPRUDENCE OF THE COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD ON INDIVIDUAL COMMUNICATIONS. IMPACT ON THE ADAPTATION OF JUSTICE TO CHILDHOOD

Eduardo Rezende Mel¹

Resumo

O artigo analisa a jurisprudência do Comitê de Direitos da Criança relativa às Comunicações Individuais na celebração dos 11 anos de aprovação do respectivo Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança e que, no Brasil, foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto 12.313/2024. Como as comunicações têm lugar quando os interessados entendem que seus direitos foram violados e não adequadamente garantidos no âmbito doméstico, a jurisprudência do Comitê problematiza modos de efetivação de direitos pelos Estados, como ainda pauta campos de aprimoramento por parte da Justiça para uma mais plena garantia de direitos de crianças.

Palavras-chave: comunicações individuais; comitê de direitos da criança; direitos fundamentais de crianças e adolescentes; justiça da infância e da juventude; justiça amigável a crianças

Abstract

The article analyzes the jurisprudence of the Committee on the Rights of the Child regarding Individual Communications in the celebration of the 11th anniversary of the approval of the respective Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child and which, in Brazil, was ratified by Decree No. 12.313, of 2024. As the communications take place when

¹ Doutor em Direitos Humanos pela USP. Mestrado em Estudos avançados dos Direitos das Crianças na Universidade de Fribourg, CH, Mestre em Filosofia pela PUC-SP. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3779-1814>

the interested parties understand that their rights have been violated and not adequately guaranteed in the domestic sphere, the jurisprudence of the Committee problematizes ways in which the rights are enforced by the States, as well as guidelines for improvement by the Justice for a broader guarantee of children's rights

Keywords: individual communications; Committee on the Rights of the Child; fundamental rights of children and adolescents; child protection and youth courts; Child-friendly justice

INTRODUÇÃO

Os tratados internacionais de direitos humanos vêm paulatinamente sendo complementados por protocolos relativos a comunicações individuais. Assim, para além do regramento de direitos aos indivíduos e coletividades perante os Estados-Parte e na ordem internacional, bem como dos mecanismos de monitoramento da implementação dessas normativas no âmbito doméstico, procedimentos de comunicações individuais têm sido aprovados desde a década de 1960 para prover mais efetividade a direitos, permitindo que indivíduos acedam diretamente os órgãos de monitoramento para comunicar violações a seus direitos e demandar reparação. No caso de crianças, o protocolo facultativo relativo a comunicações individuais, que ora se celebra 10 anos de sua entrada em vigência – e devidamente ratificado entre nós (Decreto 12.313/2024), talvez represente, mais que qualquer outro, a consumação do reconhecimento de sua subjetividade jurídica.

Neste sentido, parece importante analisar o fruto dessa experiência analítica pelo Comitê de Direitos da Criança, por meio de sua jurisprudência, com um enfoque voltado particularmente aos seus reflexos na justiça, até porque, nas análises correntes sobre o impacto dos tratados de direitos humanos no país verifica-se a rara utilização de comunicações individuais nos vários campos de proteção desses direitos².

Primeiro, naturalmente, porque se trata de um dos mecanismos disponíveis na normativa internacional para a efetivação de direitos humanos. A análise desta jurisprudência permite aprofundamento em torno do entendimento do Comitê sobre critérios de admissibilidade, os campos e alcances das decisões proferidas, potencializando sua utilização no Brasil, particularmente no âmbito do direito das crianças.

² AMPARO, T., ANDRADE, O., PIAZZA, J., & BITTAR, D. (2024). "Chapter 2 The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level in Brazil". In The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level: Twenty Years On. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004377653_004

Segundo, pelo fato de problematizar o modo como os direitos humanos são tratados em âmbito doméstico. Se as comunicações individuais só podem ter lugar quando esgotados os recursos disponíveis a nível nacional, uma comunicação individual desafia, portanto, o modo como os órgãos competentes domésticos analisaram os direitos em questão. Trata-se, assim, de colocar em discussão os esforços de adaptação efetiva da justiça, que é o órgão por excelência de garantia de direitos no país, em relação aos direitos humanos de crianças e adolescentes.

Conjugam-se, assim, como eixos transversais desta análise, os modos de reconhecimento da subjetividade processual de crianças e adolescentes e diversas dimensões de acesso à justiça. Neste sentido, procurar-se-á estabelecer um diálogo entre a jurisprudência do comitê e o novo campo de reflexão da justiça da infância em torno de sua adaptação a criança, que, não apenas na Europa onde se inicia esse movimento³, vem sendo debatida em várias partes do mundo, na África e na América do Sul⁴ para, em seguida, ganhar foro internacional⁵.

Para tanto pretendemos fazer algumas considerações iniciais sobre a natureza do Comitê, de suas decisões e sua recepção no direito comparado e no Brasil para, em seguida, abordar os campos temáticos fundamentais discutidos na jurisprudência do Comitê, com reflexo na Justiça. Concluímos tecendo uma análise dos esforços de adaptação da justiça para que seja mais ‘amigável’ a crianças e adolescentes e as perspectivas de futuro.

O COMITÊ DE DIREITOS DA CRIANÇA, SEUS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E SUA EXPRESSÃO JURÍDICA NACIONAL

As reclamações individuais são um procedimento perante órgão de supervisão de tratados pelo qual um indivíduo ou coletivo de indivíduos determinados demanda a reparação de violação de direitos por Estado-Parte signatário do respectivo Protocolo, que regra tal procedimento e legitima a competência do Comitê em questão. Sua atuação é comparável à

³ CONSELHO DA EUROPA (2010). **Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice.** Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804b2cf3. Acesso em 11 mai. 2024.

⁴ AFRICAN CHILD POLICY FORUM & DEFENCE FOR CHILDREN (2012). **Achieving Child-Friendly Justice in Africa.** Addis Ababa/Geneva, The African Child Policy Forum & Defence For Children, 2012. Disponível em https://resourcecentre.savethechildren.net/node/18417/pdf/achieving_child_friendly_justice_in_africa.pdf

⁵ AIMJF – Asociación Internacional de Magistrados de Juventud y Familia (2017). **Diretrices sobre los niños en contacto con el sistema de justicia.** Available from: <https://aimjf.info/index.php/quienes-somos/directrices/>

de um tribunal, mas não são formalmente considerados como tais e, neste contexto, recebem comunicações, e não demandas judiciais, são compostos por experts multidisciplinares, e não por juízes, e suas decisões são nomeadas ‘comunicações’ (*Views*) e não julgamentos.

Essas diferenças evidenciam para a doutrina que tais deliberações não têm caráter vinculante⁶, representando uma atuação semijudicial⁷, embora os Comitês venham progressivamente insistindo, na linguagem adotada nas “Comunicações”, que não se tratam de meras recomendações e que tanto as medidas provisórias como as definitivas adotadas deveriam ser cumpridas em razão do reconhecimento pelo Estado da competência do Comitê para determinar se houve ou não uma violação da Convenção⁸. No âmbito judicial, a Corte Internacional de Justiça, no caso Diallo, reconhece que deve ser dado grande valor às interpretações do Comitê de Direitos Humanos⁹ e a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já estabeleceu que a Comissão Interamericana é competente para determinar se uma norma de direito interno de um Estado Parte viola ou não as suas obrigações internacionais¹⁰.

Neste sentido, o fato de um Estado ter ratificado o Protocolo significa a delegação de autoridade a esses órgãos de supervisão para o reconhecimento de uma violação de suas obrigações internacionais¹¹, colocando em questão o status dessas deliberações. Para além do debate em torno de seu caráter vinculante ou não, uma questão de particular interesse diz respeito à forma como as Cortes nacionais as utilizam e se seria aceitável que não levassem em consideração os resultados dessas Comunicações nos seus procedimentos domésticos, sem que isto implique uma violação de obrigações convencionais.¹²

É reconhecido que os tribunais desempenham um papel importante na implementação das deliberações dessas Comunicações¹³, como se pode ver no monitoramento realizado pelas

⁶ PIOVESAN, Flávia (2007). **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8^a ed., São Paulo, Saraiva, p. 172.

⁷ TOMUSCHAT, Christian (2003). **Human Rights**. Between idealism and realism. New York, Oxford University Press. p. 181.

⁸ VAN ALLEBECK, Rosanne & NOLLKAEMPER, André (2012). The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law. In: KELLER, Helen & ULFSTEIN, Geir. **UN Human Rights Treaty Bodies**. Law and legitimacy. Cambridge, Cambridge University Press, p. 356-413

⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (2010) Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Disponível em <https://www.icj-cij.org/case/103>. Acesso em 27 de abril de 2024

¹⁰ ALELUIA, Thiago et al. (2019) Opinião Consultiva n.º 13/93: as atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Núcleo Interamericano de Direitos Humanos. Disponível em: <https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-n-o-13-93-as-atribuicoes-da-comissao-interamericana-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 27 abr 2024.

¹¹ ULFSTEIN, Geir (2012). Individual complaints. In: KELLER, Helen & ULFSTEIN, Geir. **UN Human Rights Treaty Bodies**. Law and legitimacy. Cambridge, Cambridge University Press, p. 73-115

¹² Op cit.

¹³ Op cit.

próprias Nações Unidas¹⁴. No Brasil, há casos vários em que o Supremo Tribunal Federal cita os “Comentários Gerais” dos Comitês (por exemplo ADI 4530, STF 2020), reconhecendo papel já consagrado pela doutrina de interpretação dos direitos humanos¹⁵, o que se estende às comunicações individuais¹⁶, acompanhando entendimento comparado¹⁷.

Em relação às “Comunicações”, o caso mais célebre entre nós é da Comunicação formulada pelo presidente Lula ao Comitê de Direitos Humanos arguindo que não lhe fora garantido um julgamento justo, sendo detido sem julgamento final e proibida sua participação nas eleições¹⁸. O Tribunal Superior Eleitoral, como é sabido, não acompanhou a decisão. No entanto, é digna de nota a divergência entre o Ministro Luis Roberto Barroso, que defendeu a tese da não vinculação, e do Ministro Edson Fachin, invocando o efeito supralegal do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A Ministra Rosa Weber destacou que a matéria é polêmica quanto ao seu alcance por não ter havido a conclusão de todos os atos necessários à incorporação da norma internacional ao direito brasileiro¹⁹. A especificidade do caso e do contexto de seu julgamento não deveriam comprometer a reconhecida significação legal das Comunicações.

O caso do presidente Lula, único dentre os quatro apresentados que contou com apreciação do mérito em comunicações individuais contra o Brasil, de acordo com o sistema de dados das Nações Unidas (conforme consulta realizada até maio de 2024²⁰), evidencia como se trata de procedimento ainda pouco explorado no país, mas que indica um campo profícuo de ser utilizado, com impacto na atuação da Justiça.

A situação é ainda mais instigante quando se tem presente que o Conselho Nacional de Justiça, em sua Recomendação N° 123 de 07/01/2022, dita aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso

¹⁴ NAÇÕES UNIDAS (2017). Human Rights Committee. **Follow-up progress report on individual communications**. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/862214?v=pdf>. Consultado em 1 mai 2024.

¹⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (2003). **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto alegre. Sergio Antonio Fabris Editor (3 vol)

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho (2014). **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4^a edição, São Paulo, Saraiva

¹⁷ ULFSTEIN, Geir (2012). Individual complaints. In: KELLER, Helen & ULFSTEIN, Geir. **UN Human Rights Treaty Bodies**. Law and legitimacy. Cambridge, Cambridge University Press, p. 73-115.

¹⁸ NAÇÕES UNIDAS (2022a). Human Rights Committee Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2841/2016. disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/3975433?v=pdf>. Acesso em 2 mai. 2024.

¹⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (2018). RCand nº 060090350 Acórdão BRASÍLIA - DF Relator(a): Min. Luís Roberto Barros Julgamento: 01/09/2018 Publicação: 01/09/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.tse.jus.br/#/jurisprudencia/pesquisa?expressaoLivre=comit%C3%AA%20direitos%20hum%20anos&tipoDecisao=Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%252CResolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%252CDcis%25C3%25A3o%2520sem%2520resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o¶ms=s>. Acesso em 2 mai 2024

²⁰ Pesquisas podem ser realizadas pelo seguinte sistema de busca de dados: <https://juris.ohchr.org/AdvancedSearch>

da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos²¹. Conquanto não haja alusão às Comunicações dos órgãos de supervisão, coloca-se em cena a necessidade de um debate mais aprofundado sobre as implicações das Comunicações individuais na Justiça brasileira, mormente a consideração da interpretação em processos judiciais.

AS COMUNICAÇÕES INDIVIDUAIS E O RECONHECIMENTO DA SUBJETIVIDADE PROCESSUAL PLENA DE CRIANÇAS

Ao lado do plano normativo, o plano processual é uma dimensão fundamental dos mecanismos de proteção de direitos humanos. O sistema de petições representa o reconhecimento do acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violações de direitos humanos, tornando-se um pilar básico sobre o qual se ergue o mecanismo de emancipação do ser humano vis-à-vis seu próprio Estado²².

O reconhecimento da *legitimatio ad causam* e de condições do uso desse mecanismo internacional²³ reclama a análise do outro lado dessa mesma moeda, quando o foro de competência for interno, para se aferir o reconhecimento da capacidade do indivíduo de acessar à justiça, portanto de iniciar procedimentos, e de contar com remédios efetivos para que seus diretos sejam efetivados. Se há uma regra de presunção favorável aos mecanismos domésticos de acesso à justiça, isto apenas ocorre se efetivamente o Estado prover condições de acesso e garantir remédios efetivos ao indivíduo²⁴.

O fato de se reconhecer legitimidade internacional poderia, assim, ser concebido pela possibilidade de que o peticionário desafie, *in abstracto*, a compatibilidade em geral das medidas nacionais de garantia de seus direitos com base nos instrumentos internacionais, inclusive como um guardião de legalidade²⁵.

Neste contexto, é interessante notar que o sistema de petições das Nações Unidas, particularmente do Comitê de Direitos da Criança²⁶, não faz qualquer condicionamento em

²¹ CNJ – conselho Nacional de Justiça (2022). Recomendação Nº 123 de 07/01/2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em: 01 mai 2024.

²² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (2003). **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto alegre. Sergio Antonio Fabris Editor (1 vol), p. 100.

²³ Op. Cit. Vol. 3, p. 488.

²⁴ FENRICH, Katrin (2019). **The evolving international procedural capacity of individuals**. Cham, Springer

²⁵ TOMUSCHAT, Christian (2003). **Human Rights**. Between idealism and realism. New York, Oxford University Press. p. 175.

²⁶ NAÇÕES UNIDAS (2021a). Human Rights. Office of the High Commissioner. Form and guidance for submitting an individual communication to treaty bodies. Disponível em

relação à capacidade de crianças, representando, para Trindade, uma verdadeira revolução jurídica na consolidação da personalidade e da capacidade jurídica internacionais²⁷.

Ora, pesquisas internacionais têm revelado que este reconhecimento não é equivalente no âmbito doméstico. Com efeito, no âmbito da família e proteção apenas 58% dos países participantes em pesquisa realizada pela Associação Internacional de Magistrados da Juventude e da Família-AIMJF reconhecem que crianças são, em alguma medida, parte em processos judiciais em assuntos de família e proteção, situação limitada muitas vezes às hipóteses em que há conflito de interesse com seus pais²⁸. A situação se agrava à vista do regime de capacidades hoje em vigor no país²⁹, e que se expressa nas tentativas de mudança da legislação civil e, consequentemente, processual no país³⁰.

O Comitê tem enfrentado a matéria especialmente nos juízos de admissibilidade das comunicações individuais. O Comitê tem enfatizado a legitimação da criança e reclamado consentimento por parte dela para que algum dos pais possa representá-la, por exemplo em caso de adolescente de 13 anos³¹, que, entre nós, seria absolutamente incapaz.

Cuida-se, portanto, da necessidade de harmonização do direito interno dos Estados Partes com as normas convencionais de proteção, com plena revisão do regime de capacidades, como se deu, por exemplo, no Código Civil e Comercial argentino.

TRAÇOS GERAIS DA JURISPRUDÊNCIA DO COMITÊ DE DIREITOS DA CRIANÇA EM SEUS 10 ANOS DE EXISTÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA JUSTIÇA

<https://www.ohchr.org/en/documents/tools-and-resources/form-and-guidance-submitting-individual-communication-treaty-bodies>. Acesso em 2 mai. 2024

²⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (2003). **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto alegre. Sergio Antonio Fabris Editor (1 vol), p. 155.

²⁸ MELO, Eduardo Rezende (2021). Child participation in family and child protection matters - an AIMJF collaborative research. **The Chronicle**. AIMJF's Journal on Justice and Children's Rights. Disponível em: <https://chronicle.aimjf.info/index.php/files/article/view/69>. Acesso em 2 mai. 2024

²⁹ VIEIRA, Marcelo de Mello (2018). **Autonomia privada de crianças e adolescentes nas relações extrapatrimoniais**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-MG, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.. Disponível em: https://bib.pucminas.br/teses/Direito_VieiraMM_1.pdf. Acesso em 2 mai. 2024

³⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – IBDCTRA (2024). Sugestões de reforma do Código Civil. Disponível em https://www.academia.edu/119064552/Sugestão_es_Reforma_CC?email_work_card=view-paper Acesso em 14/05/2024

³¹ NAÇÕES UNIDAS (2019a). Committee on the Rights of the Child. Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 13/2017. Disponível em: https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a2881d/2019/12/CRC_C_81_D_13_2017_English.pdf. Acesso em 9 mai. 2024

Analizar a jurisprudência do Comitê de Direitos da Criança responde, portanto, à obrigação por parte dos Estados de cumprir com suas obrigações objetivas relativas ao tratamento dispensado a seus habitantes, dentro de um processo dinâmico de interpretação na evolução da proteção internacional de direitos humanos, o que inclui a construção jurisprudencial dos distintos órgãos de supervisão internacionais³².

Se é certo que tanto os Tribunais Internacionais como os órgãos de supervisão não se substituem aos tribunais internos, nem operam como tribunais de recursos ou de cassação, ambos exercem papel de extrema relevância quanto à avaliação da conformidade dos atos internos de um determinado país com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos. Trata-se de uma avaliação que diz respeito não apenas à legislação nacional, mas também às decisões internas, tanto judiciais como administrativas³³.

Deve-se ter presente, contudo, que a jurisprudência do Comitê de Direitos da Criança relativamente às Comunicações individuais reflete o modo como os órgãos de supervisão têm sido invocados a partir de avaliações estratégicas de litigância internacional quanto ao foro mais viável para discutir certos temas³⁴. Neste contexto, há um reconhecimento da prevalência junto ao Comitê de Direitos da Criança de casos envolvendo migrantes, crianças não acompanhadas e situações de deportação³⁵, da mesma forma que no Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a prevalência é sobre direito à habitação adequada³⁶.

Esta caracterização, todavia, não deveria refrear o interesse analítico da jurisprudência, porque muitos destes casos apresentam interpretações de direitos fundamentais que transcendem os estritos termos dos direitos invocados em casos de violação.

Neste contexto, analisaremos de uma forma abrangente a jurisprudência do Comitê, sem deixar de considerar algumas decisões relevantes de outros órgãos de supervisão, em uma perspectiva de respeito à escolha do dispositivo mais favorável aos indivíduos em

³² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (2003). **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto alegre. Sergio Antonio Fabris Editor (1 vol), p. 75

³³ Op. Cit. P. 518 e 128-129.

³⁴ CRIN – Child Rights International Network (2014). **Guide to strategic litigation**. Where would you bring strategic litigation? Disponível em: <https://archive.crin.org/en/guides/legal/guide-strategic-litigation.html>. Acesso em 2 mai. 2024

³⁵ SKELTON, Ann (2024). **OPIC**. Background and trends. Defense for Children. Disponível em: <https://defenceforchildren.org/individual-communications-under-the-optional-protocol-opic-recent-trends-and-jurisprudence-highlights/>. Acesso em 2 mai 2024.

³⁶ VOLS, Michel (2023). The Optional Protocol to the ICESCR, Homelessness and Moral Hazard: The Alternative Adequate Housing Requirement in the CESCR's Jurisprudence – an Incentive Not to Pay for Housing?. Brill Nijhoff. **International Human Rights Law Review** 12 (2023) 1–25. Disponível em https://brill.com/view/journals/hrlr/12/1/article-p1_001.xml. Acesso em 6 mai. 2024.

questão, quando direitos idênticos ou equivalentes são garantidos por dois ou mais instrumentos³⁷.

A ‘VOZ’ DA CRIANÇA E SUAS MEDIAÇÕES: UMA PROBLEMATIZAÇÃO

Os casos envolvendo crianças migrantes, não-acompanhadas e indocumentadas envolvem diversos aspectos relativos a direitos humanos. Há um traço comum em vários deles, relativo à determinação da idade. Via de regra, tratam-se de adolescentes indocumentados, cuja idade é questionada pelas autoridades administrativas ou judiciais, sendo realizados exames médicos. Discute-se a necessidade e os limites das avaliações para a garantia de direitos, exemplificativamente, nas Comunicações 17/2017; 27/2017 e 37-38/2017 (NAÇÕES UNIDAS 2019b; 2019c; 2020c).

O Comitê sustenta que a idade é fator fundamental para a caracterização de uma pessoa como criança e, como tal, ter assegurado os direitos que lhe são previstos na Convenção. Todavia, problematiza o método usualmente adotado, exclusivamente de exame radiológico do punho, reputado questionável em termos científicos quanto à sua precisão. Mais que isso, segundo o Comitê, é fundamental a oitiva da própria criança, devidamente assistida por responsável, ou curador a ela designado, bem como com assistência legal adequada, e de outras avaliações que permitam levar em conta a sua maturidade psicológica e as informações que tenha a prestar. Neste contexto, para além da violação dos direitos inerentes ao devido processo legal e a um julgamento justo no âmbito desses procedimentos, o Comitê entende que a alteração administrativa da idade da criança, quando a consideram adulta, implica ademais uma violação de seu direito à identidade, fazendo jus a reparação.

Estes casos expressam três grandes tensões em vários tipos de procedimentos das varas de infância e de família.

Primeiro, a própria avaliação da capacidade da criança e das condições de proteção para que a criança seja ouvida³⁸. Os Estados Partes devem presumir que uma criança tem a capacidade de formar seus próprios pontos de vista e reconhecer que ela ou ele tem o direito de expressá-los; não cabe à criança provar primeiro sua capacidade. No entanto, a pesquisa realizada pela AIMJF aponta uma imensa variedade de critérios para a autorização de

³⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (2003). **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, vol. 1, p. 113-116.

³⁸ NAÇÕES UNIDAS (2009a). Comitê de Direitos da Criança. **General Comment No. 12.** The right of the child to be heard. Disponível em <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/advanceversions/crc-c-gc-12.pdf>. Acesso em 3 mai. 2024

participação processual de crianças, seja estabelecendo requisitos legais para tanto, seja autorizando a escuta a depender de seu grau de maturidade, seja associando uma série de condicionantes outras para que isto possa ocorrer, como uma avaliação subjetiva, quando não discricionária, se é ou não favorável ao seu interesse superior³⁹.

Segundo a necessidade de consentimento informado e da proporcionalidade das medidas protetivas à luz dos direitos fundamentais, como aliás. recomendado pelo Ombudsman francês⁴⁰, ainda assim com a proscrição de exames invasivos⁴¹.

Terceiro, o valor e o impacto da voz e dos pontos de vista da criança nos procedimentos jurídicos e administrativos, especialmente no contexto das avaliações de risco. Embora a voz da criança deva ser considerada como uma fonte chave de informação para ajudar a compreender a cultura e os valores de uma família e seu lugar na sociedade e quaisquer questões que afetem a participação da criança são fundamentais para a proteção, implicando seu empoderamento, há também a necessidade de reconhecer que o direito de ser protegido de danos é igualmente fundamental para proporcionar uma participação significativa da criança.

A análise comparativa mostra que o Sistema de Justiça ainda luta para alcançar um equilíbrio justo sobre como considerar a expressão da criança. De um lado, criam-se presunções de veracidade da afirmação da criança⁴² que dialogam com o benefício da dúvida em favor da criança, reiteradamente afirmado pelo Comitê⁴³. De outro lado, desenvolvem-se avaliações de credibilidade das alegações infantis em várias áreas, além dos casos já referidos

³⁹ MELO, Eduardo Rezende (2022). Depoimento especial e diversidade: desafios atitudinais e institucionais para garantia de segurança cultural a crianças e adolescentes de povos e comunidades tradicionais. **Cadernos jurídicos**, São Paulo, Escola Paulista da Magistratura, ano 23, n. 63, p.129-148

⁴⁰ NAÇÕES UNIDAS (2019c). Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n. 27/2017. Disponível em https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2020/01/CRC_C_82_D_27_2017_English.pdf. Acesso em 11 mai. 2024

⁴¹ NAÇÕES UNIDAS (2021b). Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n. 76/2019. Disponível em https://opic.childrightsconnect.org/index.php?gf-download=2022%2F04%2FCRC_C_86_D_76_2019_Pdf_English.pdf&form-id=10&field-id=41&hash=6a8ae2a0a197a4f708d7447ec08590e267deec0a9da93753037e5ea62850acdd. Acesso em 11 mai 2024

⁴² BOLIVIA (2015). Tribunal Supremo de Justicia. Protocolo de participación de niñas, niños y adolescentes en procesos Judiciales y de intervención del Equipo profesional interdisciplinario. Disponível em <https://tsj.bo/wp-content/uploads/2019/11/protocolo-de-participacion-de-ni%C3%BCas-ni%C3%BCos-adolescentes-min.pdf>. Acesso em 4 mai 2024.

⁴³ NAÇÕES UNIDAS (2019d). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 15/2017. Disponível em https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2019/11/CRC_C_80_D_15_2017_English.pdf. Acesso em 11 mai 2024.

de determinação de idade, também em outros campos, relativos a abuso infantil e violência doméstica⁴⁴, a disputas parentais – especialmente em casos de “alienação”⁴⁵. Estas, entre outras avaliações, partem, muitas vezes, de uma presunção de fato de incredulidade das expressões da criança, não raro em um ambiente não amigável, que acabam por restringir sua participação ao contexto da avaliação e sua voz é intermediada pela análise dos profissionais avaliadores.

O debate travado no Comitê traz, portanto, novas luzes sobre como se considerar a participação e a voz da criança em processos judiciais, a partir de casos concretos, que em muito teriam a contribuir para a revisão da prática nacional, dando primazia à voz da criança, com reconhecimento de seu valor e veracidade, conquanto em contexto protetivo.

ACESSO À JUSTIÇA, VULNERABILIDADE E IGUALDADE

A ênfase em flexibilização de normas condicionadoras ao exercício de direitos no âmbito internacional – pautada numa interpretação necessariamente restritiva das limitações permissíveis - tem já uma trajetória considerável na releitura da exigência de esgotamento dos recursos domésticos para a submissão de comunicação individual perante órgãos internacionais, deslocando-se a ênfase para o elemento de reparação e de proteção, mais do que à existência formal de recursos legais. Essa atenção à vulnerabilidade da vítima também se fazia presente no deslocamento do ônus para demonstração da falta de cumprimento desse requisito ao Estado, bem como de que os recursos disponíveis fossem eficazes para a salvaguarda do direito em tela⁴⁶, orientação presente nas decisões do Comitê⁴⁷.

Trata-se nada mais do que o reflexo não só do princípio de interpretação mais favoráveis à proteção do ser humano (*pro homine*), mas também do princípio da efetividade,

⁴⁴ YUILLE, J. C. (1989). **Credibility assessment**. New York, Springer.

⁴⁵ GOMES, Quele de Souza; SILVA, Lais Daniela Passig da; SÍLVEIRA, Jaíne Foletto; CRUZ, Roberto Moraes, & VIEIRA, Mauro Luís. (2020). Instrumentos de avaliação sobre alienação parental: uma revisão sistemática da literatura. *Contextos Clínicos*, 13(3), 945-966. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-34822020000300012&lng=pt&tlang=pt. Acesso em 11 mai 2024.

⁴⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (2003). **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto alegre. Sergio Antonio Fabris Editor (2 vol) p. 82-123 e 208

⁴⁷ DOEK, Jap E (2022) **Communications with the Committee on the Rights of the Child under Optional Protocol to the CRC on a Communications Procedure and Admissibility**. Report on the Decisions of the Committee on Admissibility: Summary and Comments, Leiden Children's Rights Observatory Papers No. 2, 12 May 2022. Disponível em: <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/handle/1887/3304288> . Acesso em 8 mai. 2024.

assegurando os efeitos pretendidos às disposições convencionais e do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo⁴⁸.

O Comitê, conquanto não em maioria, invoca, ainda, a aplicação do princípio *Iura Novit Curia* nas Comunicações 83 e 96/2019, para que, independentemente das alegações da criança sobre violação de direitos, seja possível considerar os fatos alegados e aplicar a norma em conformidade, reconhecendo violação a direitos não invocados⁴⁹.

Essa orientação se conjuga com orientações doutrinárias que acentuam o caráter público do processo e o direito a um julgamento justo, com o dever obrigatório de observar a igualdade em todos os casos, exigindo, assim, a superação de uma concepção tradicional, limitada e restrita do procedimento liberal. Uma leitura que obriga o juiz a fazer diferenças para compensar desigualdades e vulnerabilidades sociais, econômicas e culturais⁵⁰, em uma ressignificação da imparcialidade formal no contexto de uma abordagem abrangente baseada nos direitos humanos e no Estado social de direito⁵¹. O debate travado no Comitê reforça e consolida essa concepção, intimamente associada às Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade⁵².

A DIVERSIDADE SOCIOCULTURAL E A MODULAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONVENCIONAIS

Este esforço de prover efetividade às normas de proteção de direitos humanos é particularmente desafiado nos contextos de diversidade sociocultural, que reclamam modulação da interpretação das normas convencionais e evidenciam o contraste de leitura pelos órgãos de supervisão em relação às cortes domésticas.

Os casos envolvendo imigração colocam ao intérprete o dever de não apenas considerar o seu próprio sistema jurídico à luz da Convenção, mas igualmente analisar sistemas jurídicos estrangeiros em diálogo com o seu próprio e a norma convencional e, ainda

⁴⁸ RAMOS, André de Carvalho (2014). **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4^a edição, São Paulo, Saraiva

⁴⁹ NAÇÕES UNIDAS (2021c). Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on communications procedures, concerning communications n. 83/2019. Disponível em https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2021/03/CRC_C_86_D_83_2019_32386_E.pdf Acesso em 11 mai. 2024

⁵⁰ TARTUCE, Fernanda (2012). **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro, Forense.

⁵¹ SOUZA, Artur César de (2018). **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo, Almedina.

⁵² CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA (2008), Brasília. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Brasília, 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45322>. Acesso em 11 mai. 2024.

mais, o impacto das decisões, à luz da realidade que delas decorrerá, nos direitos das crianças. Um exemplo interessante a respeito ocorreu na Comunicação 12/2017 relativamente a demanda de reagrupamento familiar com base na kafala – que não se equipara à adoção e que, portanto, não asseguraria tal direito. Na leitura do Comitê, todavia, incumbe ao intérprete a obrigação de analisar o que consiste a família de forma mais ampla, para além dos termos estritamente legais, e, levando em consideração os laços de fato, incluir não apenas a família alargada, mas também a comunidade, tal como previsto pelos costumes locais do país de origem.⁵³

As “diretrizes para cuidados alternativos de crianças” já ditavam que as análises sejam feitas caso a caso para garantir a segurança da criança, baseando-se no seu superior interesse. Para tanto, a criança deve ser consultada e a ter os seus pontos de vista devidamente considerados. As diretrizes reconhecem modalidades distintas de cuidados, como os informais (qualquer acordo privado prestado em ambiente familiar, pelo qual a criança é cuidada de forma contínua ou indefinida por parentes ou amigos ou por outras pessoas a título individual), e os cuidados pela família extensa ou de parentesco (*kinship care*), que inclui os cuidados familiares no seio da família alargada da criança ou com amigos próximos da família conhecidos da criança, de natureza formal ou informal⁵⁴. O Comitê dá um passo além, convalidando essas modalidades de cuidado para garantir reagrupamento familiar, usualmente restrito à filiação biológica ou adotiva, em uma interpretação evolutiva dos direitos humanos, colocando ao julgador o imperativo de reconhecimento das implicações das diferenças em sentido lato em suas decisões.

Em outros casos de deportação, a consideração da diversidade sexual⁵⁵ mas também dos riscos de violência intrafamiliar, com subjugação de gênero, notadamente nos países em

⁵³ NAÇÕES UNIDAS (2018a). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 12/2017. Disponível em https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2019/11/CRC_C_79_D_12_2017_PDF_English.pdf Acesso em 11/05/2024. Acesso em 11 mai. 2024.

⁵⁴ NAÇÕES UNIDAS (2009b). **Guidelines for the Alternative Care of Children.** Disponível em: <https://digilibRARY.un.org/record/673583?v=pdf> Acesso em 4 mai. 2024.

⁵⁵ NAÇÕES UNIDAS (2021d). Committee on the Rights of the Child Views adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 51/2018. Disponível em https://opic.childrightsconnect.org/index.php?gf-download=2022%2F04%2FCRC_C_86_D_51_2018_PDF_English.pdf&form-id=10&field-id=41&hash=305791a4b3bac25026feb53b0f3b88a97226f9049ca01332075816869a2fd309. Acesso em 11 mai. 2024.

que há risco de mutilação genital⁵⁶ ou mesmo em casos de vulnerabilidade socioeconômica⁵⁷, demandam a análise, mais que formal do quadro normativo aplicável, das condições sociais de garantia de direitos no contexto em que a criança se encontrará em decorrência da decisão, inclusive se isto ocorrer em países estrangeiros. Em todos estes casos há uma crítica ao formalismo jurídico e à atribuição exclusiva de responsabilidade ao indivíduo ou à família, dissociando a situação debatida das condições socioeconômicas e culturais, algo muito próximo ao que se vem criticando no país em relação às situações de negligência de crianças, atribuídas unicamente aos pais, sem atentar ao contexto mais amplo de vulnerabilidade⁵⁸. Como veremos na seção seguinte, esta dimensão também tem um impacto em processos cíveis, que deve ser incorporada na análise jurídica.

Estes aspectos se veem refletidos também numa crescente conscientização quanto à necessidade de preparo do Sistema de Justiça, particularmente na área da infância e juventude, para lidar com a diferença e que são constantemente enfatizados nas decisões do Comitê, inclusive nos casos acima referidos, mas também a limitação dos esforços focados apenas em formação, sem mudanças institucionais mais amplas que garantam aos usuários a percepção de segurança, com recursos humanos especializados e específicos que possam auxiliar na intermediação cultural⁵⁹.

PARA ALÉM DOS CAMPOS TRADICIONAIS DA JUSTIÇA OU A “DESTERRITORIALIZAÇÃO” DA JUSTIÇA PELA INFÂNCIA

⁵⁶ NAÇÕES UNIDAS (2022a). Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communications n. 96/2019. Disponível em https://opic.childrightsconnect.org/index.php?gf_download=2022%2F06%2FCRC_C_90_D_96_2019_PDF_English.pdf&form-id=10&field-id=41&hash=84283c80f813d8cc04e664666e2d56bccf87a555bf322accd23678b73ed1e8c6 Acesso em 11 mai. 2024

⁵⁷ NAÇÕES UNIDAS (2019e). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 4/2016. Acesso em https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2019/11/CRC_C_80_D_4_2016_English.pdf. Acesso em 11 mai. 2024.

⁵⁸ CONSTANTINO, Patrícia; ASSIS, Simone Gonçalves de; MESQUITA, Viviane de Souza Ferro de (2013). Crianças, adolescentes e famílias em SAI. In: ASSIS, Simone Gonçalves de; FARÍAS, Luís Otávio Pires. **Levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviço de acolhimento.** São Paulo, HUCITEC (p. 161-2020. Disponível em https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/dicivip_datain/ckfinder/userfiles/files/LIVRO_Levantamento%20Nacional_Final.pdf Acesso em 11 mai. 2024

⁵⁹ MELO, Eduardo Rezende (2022). Depoimento especial e diversidade: desafios atitudinais e institucionais para garantia de segurança cultural a crianças e adolescentes de povos e comunidades tradicionais. **Cadernos jurídicos**, São Paulo, Escola Paulista da Magistratura, ano 23, n. 63, p.129-148.

Algumas comunicações tratadas no âmbito do Comitê trazem à cena uma problematização dos modos de consideração dos direitos das crianças pelos tribunais domésticos e mesmo pelos órgãos de supervisão, em um processo que poderíamos chamar de “desterritorialização” dos campos e modos usuais de sua atenção e de um ‘repovoamento’ da infância em outros contextos, alargando-os e distendendo-os. Trata-se de um debate com dimensões não apenas jurídicas, mas filosóficas, colocando em cena outros referenciais de justiça para além da clássica imagem da balança, substituindo-a pela do mapa, conforme os interesses sejam afetados, além dos marcos westfalianos⁶⁰.

Com efeito, de acordo com o Comitê, ainda que a criança não seja o foco principal dos procedimentos, na medida em que possa ser afetada pela decisão, sua perspectiva deve ser considerada, e ela deve ser inclusive ouvida. Assim, em caso de deportação por condenação criminal de um pai, separando-o dos filhos, o Comitê de Direitos da Criança indica não ter havido análise do impacto da decisão nas crianças que permaneceriam no país, desprovida do contato com o genitor.⁶¹

Mais interessantes ainda são os casos que tramitaram no Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, particularmente em relação ao direito à habitação, indicando que o despejo só pode ocorrer quando tiver sido disponibilizada habitação alternativa para mãe e filho⁶² e mesmo em caso de ocupação ilegal e criminosa esse direito deveria ser assegurado, dada a específica vulnerabilidade de crianças⁶³. Em conjugação com a seção anterior, deve-se ter presente o impacto do desalojamento da criança no acesso a outros direitos, como saúde, educação, além do próprio exercício do direito à convivência comunitária, quando as desocupações implicam recolocação da criança e família em bairros distantes, normalmente periféricos, sem os mesmos recursos.

⁶⁰ FRASER, Nancy (2010). **Scales of Justice**. Reimagining Political Space in a Globalizing World. New York, Columbia University Press

⁶¹ NAÇÕES UNIDAS (2023a). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication 145/2021. Disponível em https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F94%2FD%2F145%2F2021&Lang=en. Acesso em 06 mai. 2024

⁶² NAÇÕES UNIDAS (2023b). Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, concerning communication No. 134/2019. Disponível em <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuWzkEYi5SFvELZWt6UqWyQgOO4UW2MeK%2BMn%2BzK6PZwiOfoORwIYo7SUz1SGfjD77z4%2B7B%2FpZXkY5A1761QY0Ngzvnp8jUAagg9DnWPVZ3mlWx2UcjPSqbYRoes%2BZ5m8Xaig%3D%3D>. Acesso em 06 mai. 2024.

⁶³ NAÇÕES UNIDAS (2019f). Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, concerning communication No. 37/2018. Disponível em <https://juris.ohchr.org/casedetails/2606/en-US>. Acesso em 06 mai /2024

Este movimento problematiza, assim, a delimitação da consideração dos direitos das crianças no Sistema de Justiça ao campo da justiça juvenil, da proteção da criança e da família e, mais recentemente, nos tribunais criminais que envolvem crianças vítimas, incorporando uma crítica à interpretação restritiva ao artigo 12 da Convenção, de que a participação seria apenas nos “assuntos relacionados com a criança”, como se qualquer um não o pudesse ser⁶⁴.

Trata-se de uma linha interpretativa em construção, suscitando viva discussão na doutrina, seja quanto à necessidade de maior solidez nas decisões do Comitê para efetiva garantia do direito à habitação adequada⁶⁵, seja quanto a seu impacto moral, jurídico e político⁶⁶, colocando em cena a centralidade de abordagens pautadas em direitos humanos em todas as esferas sociais e particularmente a atenção específica que crianças e adolescentes demandam em todas as dimensões da Justiça.

Mais potente ainda, todavia, foram dois casos envolvendo discussão de extraterritorialidade e o dever do Estado-parte prover proteção a crianças, ainda que fora de suas fronteiras. A comunicação 109/2019 debateu a possibilidade de a França repatriar crianças, filhas de franceses que se envolveram com o Estado Islâmico, e que se encontravam em campos na Síria⁶⁷. Em relação ao Brasil⁶⁸, debateu-se a responsabilidade do país por mudanças climáticas que afetam crianças de qualquer parte do mundo.

No primeiro caso, a questão da extraterritorialidade foi superada pautada em condições fáticas de suporte a outros cidadãos franceses, evidenciando a existência de capacidade por parte do país de garantir condições de proteção às crianças. Adotou-se uma

⁶⁴ CORDERO ARCE, Matías (2012) Towards an emancipatory discourse of children’s rights. *The International Journal of children’s rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Holland, v. 20, p. 365-421

⁶⁵ ATALAY, Serde (2024). A stepping stone for the right to adequate housing of undocumented migrants: Notes on Infante Díaz v. Spain. Disponível em <https://www.housingrightswatch.org/content/stepping-stone-right-adequate-housing-undocumented-migrants-not-es-infante-d%C3%A9s-v-spain>. Acesso em 6 mai. 2024.

⁶⁶ VOLK, Michel (2023). The Optional Protocol to the ICESCR, Homelessness and Moral Hazard: The Alternative Adequate Housing Requirement in the CESCR’s Jurisprudence – an Incentive Not to Pay for Housing?. Brill Nijhoff. *International Human Rights Law Review* 12 (2023) 1–25. Disponível em https://brill.com/view/journals/hrlr/12/1/article-p1_001.xml. Acesso em 6 mai. 2024.

⁶⁷ NAÇÕES UNIDAS (2020e). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on communications procedures, concerning communications n. 109/2019. Disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/3982604>. Acesso em 09 mai. 2024

⁶⁸ NAÇÕES UNIDAS (2021e). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on communications procedures, concerning communications n.105/2019. disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/3995715?ln=en&v=pdf>. Acesso em 09 mai. 2024.

abordagem flexível e funcional para, pautada nas circunstâncias fáticas, determinar a proteção, sem a definição de um parâmetro geral de aplicação⁶⁹.

No caso apresentado contra o Brasil a questão da extraterritorialidade foi superada no juízo de admissibilidade, afirmado-se que o país tem efetivo controle sobre as fontes de emissão que causam prejuízo previsível e razoável a crianças fora de seu território e, embora este dano seja de responsabilidade coletiva, não isenta cada Estado de sua responsabilidade individual. Todavia, havendo recursos internos possíveis, os autores deveriam ter tentado fazer uso de algum deles, o que não foi feito, gerando, portanto, o juízo de inadmissibilidade⁷⁰.

Tanto em um caso como em outro, houve a discussão sobre o papel da justiça em relação aos recursos disponíveis. Os reclamantes do caso francês afirmavam que os tribunais judiciais e administrativos não dispunham de recursos para deliberação sobre a matéria, mas o Comitê afirma, em sua decisão, que, sendo a matéria de jurisdição do Estado, o direito deve ser protegido, indicando, portanto, a justiciabilidade da questão. No segundo, o próprio Brasil indica que os recursos judiciais disponíveis no país poderiam contemplar a matéria. Assim, trata-se de tema em que a Justiça é chamada a repensar seu papel, seus limites de atuação e os modos de garantir centralidade à proteção das crianças.

A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. OS MECANISMOS EXECUTÓRIOS EM QUESTÃO.

A questão da efetividade dos mecanismos disponíveis para proteção de direitos humanos é central no âmbito do juízo de admissibilidade das comunicações individuais, ao ser avaliada como critério qualificativo dos recursos internos disponíveis e, como tal, como condição a ser previamente esgotada, sendo ônus do Estado demonstrar sua suficiência. Um

⁶⁹ DOEK, Jap E (2022). Communications with the Committee on the Rights of the Child under Optional Protocol to the CRC on a Communications Procedure and Admissibility. Report on the Decisions of the Committee on Admissibility: Summary and Comments, Leiden Children's Rights Observatory Papers No. 2, 12 May 2022. Disponível em: <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/handle/1887/3304288>. Acesso em: 08 mai. 2024.

⁷⁰ NAÇÕES UNIDAS (2021e). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n.105/2019. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3995715?ln=en&v=pdf>. Acesso em: 09 mai. 2024.

padrão consistente de violações flagrantes de direitos humanos pode sustentar a presunção de sua ineficácia⁷¹, posição acolhida pelo Comitê⁷².

No entanto, o Comitê de Direitos da Criança, no caso 30/2017, problematiza de modo mais enfático a capacidade do Sistema de Justiça de garantir efetividade às suas decisões, recomendando o aprimoramento dos mecanismos de exigibilidade quanto ao direito da criança de manter relações pessoais e contato direto com o pai em caso de disputa parental transnacional.⁷³

Embora nenhuma especificação tenha sido ditada sobre que tipo de melhorias poderia estar em jogo, exceto que deveria ser de uma forma amigável para as crianças, é sabido que a execução forçada de decisões pode criar o risco de causar experiências traumáticas às crianças. Ademais, as respostas punitivas podem afetar negativamente as crianças e os adolescentes, seja diminuindo os recursos financeiros disponíveis para eles ou privando-os de um dos pais que lhes seja importante. Estas estratégias punitivas, além disso, por incluírem sanções, exigem via de regra um nível de especificidade probatória difícil de satisfazer⁷⁴. Tratam-se de casos complexos, relativos a: a) violência familiar e preocupações com a segurança, b) questões relacionadas à criança, c) circunstâncias em que o comportamento dos pais é visto como particularmente difícil, d) mudanças nas circunstâncias de vida; e) ordens consideradas inexequíveis por razões técnicas ou substantivas e f) a existência de um regime de contravenção amplamente considerado ineficaz⁷⁵. Algumas dessas questões, como a tratada na comunicação em comento, envolvem, ademais, disputas teóricas importantes, como em torno da alienação, rechaçada em muitos países⁷⁶.

⁷¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (2003). Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. P. 112.

⁷² NAÇÕES UNIDAS (2018b). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 11/2017. Disponível em:

https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2019/11/CRC_C_79_D_11_2017_PDF_English.pdf. Acesso em: 11 mai. 2024

⁷³ NAÇÕES UNIDAS (2020f). Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n.30/2017. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/4003530?v=pdf>. Acesso em: 06 mai. 2024.

⁷⁴ KASPIEW, Rae et al. (2022). Compliance with and enforcement of family law parenting orders: Views of professionals and judicial officers. Melbourne: Australia's National Research Organisation for Women's Safety – ANROWS. Disponível em:

<https://www.anrows.org.au/publication/compliance-with-and-enforcement-of-family-law-parenting-orders-views-of-professionals-and-judicial-officers/>. Acesso em: 08 mai. 2024.

⁷⁵ CLANCY, Elizabeth; PRYOR, Reima; SKVARC, David & NEKONOKURO, Anna (2017). Parenting Orders Program Enforcement Pilot. Evaluation report. Centre for Family Research and Evaluation. Disponível em: <https://www.ag.gov.au/families-and-marriage/publications/parenting-orders-program-enforcement-pilot-evaluation-report>. Acesso em: 05 mai. 2024.

⁷⁶ ESPEJO Y., Nicolás (2020). Communication 30/2017 N.R. v. Paraguay. Right to maintain personal relations and direct contact with the father. Disponível em:

Em linhas gerais, a questão coloca em xeque a suficiência de uma concepção estritamente liberal de determinação judicial pautada em comando e controle e, em última instância, se o formato do sistema é condizente com as necessidades dos usuários crianças. Do que se trata, além de respostas baseadas em mediação e aconselhamento – que muitas vezes não envolvem crianças, em desrespeito ao direito fundamental de participação –, é de criar estratégias de aprimoramento dos modos de participação no âmbito da justiça, pautada em diálogo, em consulta e em “construção” compartilhada das decisões.

No mecanismo de acompanhamento da decisão pelo Comitê, verifica-se, efetivamente, que as providências adotadas pelo Paraguai envolviam a criação de mecanismos dialógicos, a inclusão de intervenções interdisciplinares, acompanhadas de medidas restritivas que proibissem violação de direitos (como a saída do país), de cunho punitivo portanto, potencialmente lesivas. Mais interessante se mostra, contudo, o envolvimento do autor no controle das medidas adotadas pelo país, problematizando a efetiva participação dos magistrados que atuam no caso nos cursos disponibilizados, apontando que não se trata de adoção de medidas genéricas, mas que devam impactar diretamente as partes afetadas. O caso suscitou, assim, tanto da parte do Estado, como do autor, um controle internacional das políticas voltadas ao aprimoramento do sistema judicial⁷⁷, notadamente de sua eficácia, sendo um tema reconhecidamente pouco pesquisado comparativamente, abrindo-se uma importante dimensão analítica.

DIMENSÕES COLETIVAS DO ACESSO À JUSTIÇA E AS DISPUTAS ESTRUTURAIS

As comunicações ‘individuais’, com o próprio nome qualifica, têm como ponto de ancoramento o indivíduo. O Protocolo prevê que as “comunicações poderão ser apresentadas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nome de pessoas ou grupos de pessoas, sujeitas à jurisdição de um Estado-partes, que afirmem ser vítimas de uma violação cometida por esse Estado-partes de quaisquer dos direitos enunciados em qualquer um dos seguintes instrumentos de que esse Estado seja parte” (artigo 5º).

https://www.academia.edu/43532597/Communication_30_2017_N_R_v_Paraguay_Leiden_Childrens_Rights_Observatory. Acesso em: 06 mai. 2024.

⁷⁷ NAÇÕES UNIDAS (2023c). Committee on the Rights of the Child. Follow-up progress report on individual communications. Disponível em: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRjCAqhKb7yhsun0EQJqRB%2BZEZIp0a%2FfAfp90tN4mNtdfc7Sgdn8rb%2FOiRk9wq0%2BH5bRLVelAJ0uK7yeTfimIWWp%2B0KKOfSXeM%3D>. Acesso em: 09 mai. 2024.

Questiona-se, na doutrina, se tal dispositivo daria dimensão coletiva às comunicações e em que medida poderiam se aproximar do sistema de ações coletivas⁷⁸, ou mesmo se autorizariam algum tipo de controle normativo abstrato⁷⁹. A diferença entre submissões conjuntas, em que cada indivíduo deva estabelecer uma violação de seus próprios direitos, e submissões coletivas, tem sido levantada no próprio processo de discussão dos protocolos, como na CEDAW, reconhecendo a possibilidade de iniciar procedimentos por pessoas ou grupos tendo um interesse suficiente na matéria⁸⁰

Este mesmo Comitê tomou a iniciativa de adotar recomendações gerais para melhorar a situação das mulheres⁸¹, o que é igualmente adotado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que reconhece a natureza estrutural das causas implicadas, notadamente quando envolvem o direito à habitação adequada (exemplificativamente, veja-se NAÇÕES UNIDAS 2021f).

O Comitê de Direitos da Criança adotou deliberação de cunho estrutural na comunicação 115/2020. Trata-se de reclamação de criança residente no enclave espanhol de Melilla, mas de nacionalidade marroquina, que demanda seu direito à educação naquele território. O direito não vinha sendo assegurado sob alegação de suposta falta de espaço no enclave para construção de novas escolas, sendo que as atuais já excediam os limites estabelecidos pela legislação espanhola quanto ao número de alunos por sala. O Comitê acolheu a reclamação, determinando que sejam matriculadas imediatamente em escola as crianças residentes em Melilla.⁸²

Mais que a possibilidade de processos estruturais, estes casos evidenciam o quanto, desde o clássico caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, crianças são invocadas para enfrentar padrões interconectados de pobreza, discriminação, superlotação urbana e condições indecentes de moradia e emprego, como uma estratégia para quebrar ciclos intergeracionais de desespero com enfoque em direitos sociais, econômicos e culturais⁸³ algo que também ocorre no país, cujo caso paradigmático é de garantia do direito de acesso a creche. Se estes processos têm suscitado um amplo debate sobre representatividade e

⁷⁸ FENRICH, Katrin (2019). *The evolving international procedural capacity of individuals*. Cham: Springer.

⁷⁹ TOMUSCHAT, Christian (2003). *Human Rights. Between idealism and realism*. New York: Oxford University Press. p., 172.

⁸⁰ FENRICH, Katrin (2019). *The evolving international procedural capacity of individuals*. Cham: Springer. p.150

⁸¹ Op. Cit. p. 253

⁸² NAÇÕES UNIDAS (2021g). Committee on the Rights of the Child. Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n.115/2020.

⁸³ MINOW, M. (2016). *Making all the difference. Inclusion, exclusion and American Law*. Ithaca e London: Cornell University Press. E-Book.

democracia⁸⁴, isto é ainda mais candente quando envolve crianças. Todavia, a participação de crianças em processos coletivos não está na agenda da justiça adaptada à criança⁸⁵, nem na prática judicial em muitos países onde esses processos são permitidos, embora o Comitê afirme que a participação das crianças também deve ser coletiva, em qualquer circunstância⁸⁶. Como vimos anteriormente, essa participação envolve, inclusive, potencialmente processos ambientais⁸⁷, fundiários⁸⁸, quando não conflitos extraterritoriais, como o francês. Trata-se de fenômeno que tem nos tocado, como nos vários processos de reintegração de posse envolvendo estudantes que ocupavam escolas em protestos contra políticas públicas violadoras de seus direitos, que não resultaram em diretrizes institucionais nacionais.

Um envolvimento mais ativo das crianças na sociedade está em jogo na criação de diversos mecanismos e metodologias para garantir sua participação coletiva na formulação e no monitoramento de políticas públicas, inclusive na Justiça. O Comitê tem indicado preocupação de delinear diretrizes para oitiva de crianças em procedimentos de comunicações individuais⁸⁹, em dias de discussão e relatórios⁹⁰, o que deveria inspirar a experiência nacional, com uma política judicial mais consistente.

CONCLUSÃO. AS COMUNICAÇÕES INDIVIDUAIS E OS DESAFIOS DE ADAPTAÇÃO DA JUSTIÇA SOB UMA PERSPECTIVA PAUTADA EM DIREITOS HUMANOS. PERSPECTIVAS DE FUTURO

⁸⁴ VITORELLI, E. (2019). O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁸⁵ CONSELHO DA EUROPA (2010). Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice. Disponível em:

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804b2cf3. Acesso em: 11 mai. 2024.

⁸⁶ NAÇÕES UNIDAS (2009a). Comitê de Direitos da Criança. General Comment No. 12. The right of the child to be heard. Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/advanceversions/crc-c-gc-12.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2024.

⁸⁷ NAÇÕES UNIDAS (2021e). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n.105/2019. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3995715?ln=en&v=pdf>. Acesso em: 09 mai. 2024.

⁸⁸ NAÇÕES UNIDAS (2019f). Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, concerning communication No. 37/2018. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/casedetails/2606/en-US>. Acesso em: 06 mai. 2024.

⁸⁹ NAÇÕES UNIDAS (2021h). Committee on the Rights of the Child. Guidelines for oral hearings in the context of the Committee's consideration of communications under the Optional Protocol on a communications procedure. Disponível em:

<https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2022/01/Guidelines-for-oral-hearings.docx>. Acesso em: 11 mai. 2024.

⁹⁰ NAÇÕES UNIDAS (2014). Committee on the Rights of the Child. Working methods for the participation of children in the reporting process of the Committee on the Rights of the Child. Disponível em:

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g14/186/56/pdf/g1418656.pdf?token=rpSMEqRSYXe1K1hMIZ&fe=true>. Acesso em: 11 mai. 2024.

À provocação de Moreau, afirmando que a Justiça é uma construção de adultos e se perguntando se seria o caso de inventar novos métodos de resolução de conflitos ou favorecer outros, hoje não tão utilizados⁹¹, haveríamos de reconhecer, de um lado, que há uma crescente sensibilidade quanto à necessidade de adaptação e aprimoramento da Justiça em relação a crianças. A análise da jurisprudência do Comitê de Direitos da Criança nas comunicações individuais revela o esforço de consolidação de um novo instrumento de acesso à justiça no direito internacional dos direitos humanos, em próximo diálogo com os desafios contemporâneos colocados à Justiça.

Com efeito, em paralelo ao esforço interpretativo do Comitê nos Comentários Gerais, as comunicações individuais vêm se convertendo em importante fonte de análise da aplicação concreta das normas convencionais nas situações de violação de direitos de crianças. Talvez mais do que qualquer outro aspecto, a possibilidade de crianças desafiarem o modo de proteção de seus direitos pelos Estados-parte no cenário internacional tem o papel simbólico de consagrar o novo estatuto jurídico-político de crianças, sua centralidade nos debates públicos e a necessidade de um correspondente empoderamento para seu efetivo reconhecimento como sujeito de direito no campo processual, com importantes reflexos no cenário doméstico.

Neste contexto, as comunicações individuais trazem campos ricos de análise sobre os desafios de adaptação da Justiça, em um cenário tão marcado pela vulnerabilidade, pela injustiça social e pela diversidade socioeconômica e cultural e que, não raro, em nome da suposta proteção de crianças, reduzem-na à condição de objeto de avaliação e de controle. Ou, pior, como se vê nos casos de avaliação para determinação etária, como as crianças são instrumentalizadas para controle da população adulta e, a pretexto de aferir se o sujeito é ou não criança e ter direito à proteção das normas convencionais, são sujeitas a procedimentos violentos institucionais, voltados muito mais à denegação de direitos a adultos para que sejam deportados, sem consideração, inclusive, dos direitos de quem deles são dependentes ou vinculados afetivamente.

Se a infância pode ser utilizada como mecanismo de controle, senão de desumanização, algo já denunciado há décadas por Foucault, como a armadilha para pegar adultos⁹², ela é também desterritorializadora dos modos de proceder e de conceber a vida em

⁹¹ MOREAU, T. (2022). The risks of unanticipated consequences from children's participation in the justice system. In: PARÉ, M. et al. Children's access to justice. A critical assessment. London: Intersentia, p. 241-254.

⁹² FOUCAULT, Michel (2014). Os anormais. São Paulo: Martins Fontes.

sociedade, convocando-nos a analisar o impacto de toda e qualquer intervenção social nos distintos sujeitos afetados. As comunicações individuais revelam um esforço desestruturativo de interpretações e práticas correntes que desconsideram o estatuto das crianças e seu lugar na sociedade, convocando-nos a um exercício de alteridade, de problematização dos termos e condições em que organizamos nossa vida social: uma reflexão, em suma, sobre o que é a justiça em uma sociedade democrática⁹³.

Neste sentido, aprimorar os mecanismos de acesso à justiça, tendo presente o desafio de efetividade, proteção e empoderamento ínsito aos direitos humanos, tanto individual como coletivamente, traz novos horizontes à pauta de adaptação da Justiça. Horizontes que transcendem a mera dimensão formal, de se contar com recursos disponíveis ou de um regramento abstrato, que não impacta, de fato, a realidade dessas crianças. Ou que impacta desconsiderando a importância dos processos, tanto quanto dos resultados.

É certo que novas formas de desenvolver procedimentos têm sido adotadas, de que são exemplo as audiências concentradas na área protetiva – quiçá, com reservas, o próprio depoimento especial de crianças vítimas -, evidenciando que, para além de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, novos modelos de resolução judicial de conflitos, mais dialógicos e construtivos, pautados em planos de atendimento consensuais, têm sido experimentados.

Este cenário evidencia que a justiça é também, e deve ser, um campo de experimentação, imaginação e criação de outras possibilidades. No entanto, este processo, ainda incipiente, demanda a mudança de enfoque de adaptação, geralmente centrada na perspectiva institucional, e não, como seria de se esperar, nos desafios institucionais à Justiça trazidos pelas próprias crianças, inclusive com seu envolvimento na investigação sobre as novas possibilidades de lidar com os casos no âmbito do sistema de justiça, como tem ocorrido na Europa⁹⁴. As comunicações individuais, mas também os dias de discussão geral no âmbito do Comitê de Direitos da Criança, e o próprio processo participativo e dialógico para elaboração dos Comentários Gerais⁹⁵, evidencia que crianças têm interesse e elementos a contribuir em processos amplos de revisão das práticas político-institucionais, inclusive na Justiça.

⁹³ DERRIDA, Jacques (1994). Force de loi. Le ‘fondement mystique de l’autoridade’. Paris: Galilée.

⁹⁴ KILKELLY, Ursula (2010). Listening children about justice: report of the Council of Europe. Consultation with children on child-friendly-justice. Disponível em: <https://rm.coe.int/168045f81d>. Acesso em: 11 mai. 2024.

⁹⁵ NAÇÕES UNIDAS (2018c). Committee on the Rights of the Child. Working methods for the participation of children in the days of general discussion of the Committee on the Rights of the Child. Disponível em:

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/274/25/pdf/g1827425.pdf?token=7VDRznyjQvQkqzAzZm&fe=true>. Acesso em: 11 mai. 2024.

De acordo com Trindade, o sistema de petições no direito internacional de direitos humanos, convoca os tribunais internos (tanto judiciais como administrativos) a exercer um papel mais ativo, se não criativo, com uma maior responsabilidade nos esforços de aprimoramento da administração interna da Justiça. Para tanto, é necessária uma maior aproximação entre os Estados, notadamente entre os tribunais, beneficiando-se do conhecimento mútuo das realidades jurídicas⁹⁶, portanto de um aprimoramento do diálogo judicial transnacional, com cooperação internacional e de aumento de partilha de experiências⁹⁷.

A provocação de Moreau, todavia, e de outro lado, faz-nos indagar o quanto não estamos à frente de um desafio mais profundo. A análise da jurisprudência das comunicações individuais nos revela um quadro de ampla problematização de distintas categorias, não apenas jurídicas, mas filosófico-políticas, desta polêmica relação entre criança, Estado e direito, numa perspectiva pautada em direitos humanos, mostrando que o aprimoramento da formação, desatrelada de modificações institucionais e procedimentais que deem condições de uma efetiva mudança paradigmática, podem se mostrar insuficientes. Se crianças, com a problematização de categorias tão centrais como de capacidade, cuidado, responsabilidade, impactariam o próprio modo de se conceber a Justiça, convocando-nos a pensar outros modelos?

A análise da jurisprudência do Comitê, nestes dez anos de vigência do Protocolo, nos revela que estamos em pleno processo de transformação social, em que disputas fundamentais estão sendo travadas no campo interpretativo e existencial de crianças e adolescentes. Vemo-nos, assim, instados a aprofundar o debate, explorando criativa e imaginativamente outras possibilidades interpretativas, institucionais e políticas que tornem efetiva a demanda por proteção empoderadora de direitos a crianças e adolescentes em nosso país.

REFERÊNCIAS

AFRICAN CHILD POLICY FORUM & DEFENCE FOR CHILDREN (2012). Achieving Child-Friendly Justice in Africa. Addis Ababa/Geneva: The African Child Policy Forum & Defence For Children. Disponível em:

⁹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (2003). Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Vol 1, p. 532.

⁹⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (2017). What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. Harvard Human Rights Journal, vol. 30, p. 89-127.

https://resourcecentre.savethechildren.net/node/18417/pdf/achieving_child_friendly_justice_in_africa.pdf

AIMJF – Asociación Internacional de Magistrados de Juventud y Familia (2017). Directrices sobre los niños en contacto con el sistema de justicia. Disponível em: <https://aimjf.info/index.php/quienes-somos/directrices/>

AIMIJ (2012). Asociación Internacional Mercosur de los Jueces de la Infancia y de la Juventud. Directrices de una justicia adaptada a niños, niñas y adolescentes. Disponível em: http://www.ipjj.org/fileadmin/data/documents/temporary/IAYFJM-Mercosur_DirectricesJusticiaAdaptadaNinos_2012_SP.pdf

ALELUIA, Thiago et al. (2019). Opinião Consultiva n.º 13/93: as atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Núcleo Interamericano de Direitos Humanos. Disponível em: <https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-n-o-13-93-as-atribuicoes-da-comissao-interamericana-de-direitos-humanos/> (Acesso em: 27 abr. 2024).

AMPARO, T.; ANDRADE, O.; PIAZZA, J.; & BITTAR, D. (2024). "Chapter 2 The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level in Brazil". In: The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level: Twenty Years On. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. Disponível em: https://doi.org/10.1163/9789004377653_004.

ATALAY, Serde (2024). A stepping stone for the right to adequate housing of undocumented migrants: Notes on Infante Díaz v Spain. Disponível em: <https://www.housingrightswatch.org/content/stepping-stone-right-adequate-housing-undocumented-migrants-notes-infante-d%C3%A9s-Adaz-v-spain>. Acesso em: 06 mai. 2024.

BOLIVIA (2015). Tribunal Supremo de Justicia. Protocolo de participação de niñas, niños y adolescentes em processos judiciais e de intervenção do Equipe profissional interdisciplinar. Disponível em: <https://tsj.bo/wp-content/uploads/2019/11/protocolo-de-participacion-de-ni%C3%Blas-ni%C3%Blas-adolescentes-min.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2024.

CLANCY, Elizabeth; PRYOR, Reima; SKVARC, David & NEKONOKURO, Anna (2017). Parenting Orders Program Enforcement Pilot. Evaluation report. Centre for Family Research and Evaluation. Disponível em: <https://www.ag.gov.au/families-and-marriage/publications/parenting-orders-program-enforcement-pilot-evaluation-report>. Acesso em: 05 mai. 2024.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça (2022). Recomendação Nº 123 de 07/01/2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Consultado em: 01 mai. 2024.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA (2008). Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Brasília: 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45322>. Acesso em: 11 mai. 2024.

CONSELHO DA EUROPA (2010). Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice. Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804b2cf3. Acesso em: 11 mai. 2024.

CONSTANTINO, Patrícia; ASSIS, Simone Gonçalves de; MESQUITA, Viviane de Souza Ferro de (2013). Crianças, adolescentes e famílias em SAI. In: ASSIS, Simone Gonçalves de; FARÍAS, Luís Otávio Pires. Levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviço de acolhimento. São Paulo: HUCITEC, p. 161-2020. Disponível em: https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/dicivip_datain/ckfinder/userfiles/files/LIVRO_Levantamento%20Nacional_Final.pdf. Acesso em: 11 mai. 2024.

- CORDERO ARCE, Matías (2012). Towards an emancipatory discourse of children's rights. *The International Journal of Children's Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Holland, v. 20, p. 365-421.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1993). Opinión Consultiva Oc-13/93 del 16 de julho de 1993. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf. Acesso em: 27 abr. 2024.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (2010). Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/103>. Acesso em: 27 abr. 2024.
- CRIN – Child Rights International Network (2014). Guide to strategic litigation. Where would you bring strategic litigation? Disponível em: <https://archive.crin.org/en/guides/legal/guide-strategic-litigation.html>. Acesso em: 02 mai. 2024.
- DERRIDA, Jacques (1994). Force de loi. Le 'fondement mystique de l'autoridade'. Paris: Galilée.
- DOEK, Jap E (2022). Communications with the Committee on the Rights of the Child under Optional Protocol to the CRC on a Communications Procedure and Admissibility. Report on the Decisions of the Committee on Admissibility: Summary and Comments, Leiden Children's Rights Observatory Papers No. 2, 12 May 2022. Disponível em: <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/handle/1887/3304288>. Acesso em: 08 mai. 2024.
- ESPEJO Y., Nicolás (2020). Communication 30/2017 N.R. v. Paraguay. Right to maintain personal relations and direct contact with the father. Disponível em: https://www.academia.edu/43532597/Communication_30_2017_N_R_v_Paraguay_Leiden_Childrens_Rights_Observatory. Acesso em: 06 mai. 2024.
- FENRICH, Katrin (2019). The evolving international procedural capacity of individuals. Cham: Springer.
- FOUCAULT, Michel (2014). Os anormais. São Paulo: Martins Fontes.
- FRA (2015). European Union Agency for Fundamental Rights. Child-friendly justice. Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- FRASER, Nancy (2010). Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World. New York: Columbia University Press.
- GOMES, Quele de Souza; SILVA, Lais Daniela Passig da; SILVEIRA, Jaíne Foleto; CRUZ, Roberto Moraes; & VIEIRA, Mauro Luís (2020). Instrumentos de avaliação sobre alienação parental: uma revisão sistemática da literatura. *Contextos Clínicos*, 13(3), 945-966. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-34822020000300012&lng=pt&tlang=pt. Acesso em: 11 mai. 2024.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – IBDCRIA (2024). Sugestões de reforma do Código Civil. Disponível em: https://www.academia.edu/119064552/Sugestões_de_Reforma_CC?email_work_card=view-paper. Acesso em: 14 mai. 2024.
- INTEBI, Irene (2008). Valoración de sospechas de Abuso Sexual Infantil. Dirección General de Políticas Sociales. Gobierno de Cantabria.
- KASPIEW, Rae et al. (2022). Compliance with and enforcement of family law parenting orders: Views of professionals and judicial officers. Melbourne: Australia's National Research Organisation for Women's Safety – ANROWS. Disponível em:

- <https://www.anrows.org.au/publication/compliance-with-and-enforcement-of-family-law-painting-orders-views-of-professionals-and-judicial-officers/>. Acesso em: 08 mai. 2024.
- KILKELLY, Ursula (2010). Listening children about justice: report of the Council of Europe. Consultation with children on child-friendly-justice. Disponível em: <https://rm.coe.int/168045f81d>. Acesso em: 11 mai. 2024.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (2017). What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. Harvard Human Rights Journal, vol. 30, p. 89-127.
- MELO, Eduardo Rezende (2021). Child participation in family and child protection matters - an AIMJF collaborative research. The Chronicle. AIMJF's Journal on Justice and Children's Rights. Disponível em: <https://chronicle.aimjf.info/index.php/files/article/view/69>. Acesso em: 02 mai. 2024.
- MELO, Eduardo Rezende (2022). Depoimento especial e diversidade: desafios atitudinais e institucionais para garantia de segurança cultural a crianças e adolescentes de povos e comunidades tradicionais. Cadernos Jurídicos, São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, ano 23, n. 63, p. 129-148.
- MINOW, M. (2016). Making all the difference. Inclusion, exclusion and American Law. Ithaca e London: Cornell University Press. E-Book.
- MOREAU, T. (2022). The risks of unanticipated consequences from children's participation in the justice system. In: PARÉ, M. et al. Children's access to justice. A critical assessment. London: Intersentia, p. 241-254.
- NAÇÕES UNIDAS (2009a). Comitê de Direitos da Criança. General Comment No. 12. The right of the child to be heard. Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/advanceversions/crc-c-gc-12.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS (2009b). Guidelines for the Alternative Care of Children. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/673583?v=pdf>. Acesso em: 04 mai. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS (2014). Committee on the Rights of the Child. Working methods for the participation of children in the reporting process of the Committee on the Rights of the Child. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g14/186/56/pdf/g1418656.pdf?token=rpSMEqRSYXe1K1hMIZ&fe=true>. Acesso em: 11 mai. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS (2017). Human Rights Committee. Follow-up progress report on individual communications. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/862214?v=pdf>. Consultado em: 01 mai. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS (2018a). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 12/2017. Disponível em: https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2019/11/CRC_C_79_D_12_2017_PDF_English.pdf. Acesso em: 11 mai. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS (2018b). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 11/2017. Disponível em: https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2019/11/CRC_C_79_D_11_2017_PDF_English.pdf. Acesso em: 11 mai. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS (2018c). Committee on the Rights of the Child. Working methods for the participation of children in the days of general discussion of the Committee on the Rights of the Child. Disponível em:

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/274/25/pdf/g1827425.pdf?token=7VDRznyjQvOkqzAzZm&fe=true>. Acesso em: 11 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2019a). Committee on the Rights of the Child. Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of communication No. 13/2017. Disponível em: https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2019/12/CRC_C_81_D_13_2017_English.pdf. Acesso em: 09 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2019b). Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n. 17/2017. Disponível em: https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2019/12/CRC_C_82_D_17_2017_English.pdf. Acesso em: 11 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2019c). Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n. 27/2017. Disponível em: https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2020/01/CRC_C_82_D_27_2017_English.pdf. Acesso em: 11 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2019d). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 15/2017. Disponível em: https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2019/11/CRC_C_80_D_15_2017_English.pdf. Acesso em: 11 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2019e). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 4/2016. Disponível em: https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2019/11/CRC_C_80_D_4_2016_English.pdf. Acesso em: 11 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2019f). Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, concerning communication No. 37/2018. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/casedetails/2606/en-US>. Acesso em: 06 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2020a). Committee on the Rights of the Child Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 48/2018. Disponível em: https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2020/03/CRC_C_83_D_48_2018_PDF_English.pdf. Acesso em: 11 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2020b). Committee on the Rights of the Child Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 98/2019. Disponível em: https://opic.childrightsconnect.org/index.php?gf_download=2022%2F04%2FCRC_C_85_D_98_2019_PDF_English.pdf&form-id=10&field-id=41&hash=b9a8f4787774de99bef75e77e51b107f3bbc7333138b3b10406e6cefc1c1ca6. Acesso em: 10 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2020c). Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n. 37/2017 and n. 38/2017. Disponível em: https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2021/05/CRC_C_85_D_37-38_2017_English.pdf. Acesso em: 11 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2020d). Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n.56/2018. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/4003530?v=pdf>. Acesso em: 06 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2020e). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n. 109/2019. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3982604>. Acesso em: 09 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2020f). Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n.30/2017. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/4003530?v=pdf>. Acesso em: 06 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2021a). Human Rights. Office of the High Commissioner. Form and guidance for submitting an individual communication to treaty bodies. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/documents/tools-and-resources/form-and-guidance-submitting-individual-communication-treaty-bodies>. Acesso em: 02 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2021b). Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n. 76/2019. Disponível em: https://opic.childdrightsconnect.org/index.php?gf_download=2022%2F04%2FCRC_C_86_D_76_2019_PDF_English.pdf&form-id=10&field-id=41&hash=6a8ae2a0a197a4f708d7447ec08590e267deec0a9da93753037e5ea62850acdd. Acesso em: 11 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2021c). Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n. 83/2019. Disponível em: https://opic.childdrightsconnect.org/wp-content/uploads/gravity_forms/10-50e43839764a9fe8555e5f814a28881d/2021/03/CRC_C_86_D_83_2019_32386_E.pdf. Acesso em: 11 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2021d). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 51/2018. Disponível em: https://opic.childdrightsconnect.org/index.php?gf_download=2022%2F04%2FCRC_C_86_D_51_2018_PDF_English.pdf&form-id=10&field-id=41&hash=305791a4b3bac25026feb53b0f3b88a97226f9049ca01332075816869a2fd309. Acesso em: 11 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2021e). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n.105/2019. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3995715?ln=en&v=pdf>. Acesso em: 09 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS (2021f). Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, concerning communication n. 54/2018.

NAÇÕES UNIDAS (2021g). Committee on the Rights of the Child. Committee on the Right of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedures, concerning communications n.115/2020.

NAÇÕES UNIDAS (2021h). Committee on the Rights of the Child. Guidelines for oral hearings in the context of the Committee's consideration of communications under the Optional Protocol on a communications procedure. Disponível em: <https://opic.childdrightsconnect.org/wp-content/uploads/2022/01/Guidelines-for-oral-hearings.docx>. Acesso em: 11 mai. 2024.

- NAÇÕES UNIDAS (2022a). Human Rights Committee. Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2841/2016. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3975433?v=pdf>. Acesso em: 02 mai. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS (2023a). Committee on the Rights of the Child. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication 145/2021. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F94%2FD%2F145%2F2021&Lang=en. Acesso em: 06 mai. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS (2023b). Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, concerning communication No. 134/2019. Disponível em:
- <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuWzKEYi5SFvELZWt6UqWyQgQQ4UW2MeKf%2BMn%2BzK6PZwiOfoORwIYo7SUz1SGfjD77z4%2B7B%2FpZXkY5A1761OY0Ngzynp8jUAgg9DnWPVZ3mlWx2UcjPSqbYRoes%2BZ5m8Xaig%3D%3D>. Acesso em: 06 mai. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS (2023c). Committee on the Rights of the Child. Follow-up progress report on individual communications. Disponível em:
- <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsun0EQJqRB%2BZEZIp0a%2FfAdp90tN4mNtdfc7Sgdn8rb%2FOiRk9wq0%2BH5bRLVelAJ0uK7yeTfimIWWWp%2B0KKOfSXeM%3D>. Acesso em: 09 mai. 2024.
- PIOVESAN, Flávia (2007). Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva.
- RAMOS, André de Carvalho (2014). Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva.
- SKELTON, Ann (2020). Training manual on strategic litigation and individual complaints mechanisms for children in Africa. Addis Ababa: ACPF - African Child Policy Forum.
- SKELTON, Ann (2024). OPIC. Background and trends. Defense for Children. Disponível em:
- <https://defenceforchildren.org/individual-communications-under-the-optional-protocol-opic-recent-trends-and-jurisprudence-highlights/>. Acesso em: 02 mai. 2024.
- SOUZA, Artur César de (2018). A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Almedina.
- STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2020). Ação Direta de Inconstitucionalidade 4530. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Edson Fachin. Julgamento: 27/03/2020. Publicação: 27/05/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752755069>. Acesso em: 02 mai. 2024.
- TARTUCE, Fernanda (2012). Igualdade e vulnerabilidade no processo civil. Rio de Janeiro: Forense.
- TOMUSCHAT, Christian (2003). Human Rights. Between idealism and realism. New York: Oxford University Press.
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (2018). RCand nº 060090350. Acórdão. Brasília - DF. Relator(a): Min. Luís Roberto Barros. Julgamento: 01/09/2018. Publicação: 01/09/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.tse.jus.br/#/jurisprudencia/pesquisa?expressaoLivre=comit%C3%A3o%20direitos%20humanos&tipoDecisao=Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%252CResolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%252CDecis%25C3%25A3o%2520sem%2520resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o&ms=s>. Acesso em: 02 mai. 2024.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (2003). Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

- ULFSTEIN, Geir (2012). Individual complaints. In: KELLER, Helen & ULFSTEIN, Geir. UN Human Rights Treaty Bodies. Law and legitimacy. Cambridge: Cambridge University Press, p. 73-115.
- VAN ALLEBECK, Rosanne & NOLLKAEMPER, André (2012). The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law. In: KELLER, Helen & ULFSTEIN, Geir. UN Human Rights Treaty Bodies. Law and legitimacy. Cambridge: Cambridge University Press, p. 356-413.
- VIEIRA, Marcelo de Mello (2018). Autonomia privada de crianças e adolescentes nas relações extrapartimoniais. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-MG, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito. Disponível em: https://bib.pucminas.br/teses/Direito_VieiraMM_1.pdf. Acesso em: 02 abr. 2024.
- VITORELLI, E. (2019). O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- VOLS, Michel (2023). The Optional Protocol to the ICESCR, Homelessness and Moral Hazard: The Alternative Adequate Housing Requirement in the CESCR's Jurisprudence – an Incentive Not to Pay for Housing?. Brill Nijhoff. International Human Rights Law Review, 12 (2023), p. 1–25. Disponível em: https://brill.com/view/journals/hrlr/12/1/article-p1_001.xml. Acesso em: 06 mai. 2024.
- YUILLE, J. C. (1989). Credibility assessment. New York: Springer.

A ESTERILIZAÇÃO INVOLUNTÁRIA DE MULHERES PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

THE INVOLUNTARY STERILIZATION OF WOMEN UNDER INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Tamires Fonsêca Zanotti⁹⁸

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a esterilização involuntária feminina sob a perspectiva dos direitos reprodutivos, a não discriminação e à integridade física, com a intenção de se compreender em que medida tal prática é cabível, considerando-se a proteção da saúde materna, o planejamento familiar ou outras políticas públicas ofertadas pelos Estados. A esterilização sem o consentimento livre e esclarecido é percebida por Tratados Internacionais e Regionais de Direitos Humanos uma violação dos direitos humanos, com ênfase naqueles relacionados às mulheres. Esta prática traz à tona questões como o poder decisório sobre o próprio corpo e possíveis constituições familiares. Além disso, aponta para o risco da transgressão da integridade física individual em prol se um suposto interesse coletivo, podendo infringir em casos de eugenia e discriminação.

Palavras-chave: esterilização involuntária; integridade física; discriminação interseccional

ABSTRACT

This study seeks to analyze involuntary female sterilization from the perspective of reproductive rights, non-discrimination, and physical integrity, with the intention of understanding to what extent this practice is appropriate, considering the protection of maternal health, family planning or other public policies offered by States. Sterilization without free and informed consent is perceived by International and Regional Human Rights

⁹⁸ Mestra em Ciências Jurídico-Internacionais pela FDUL. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

Treaties as a violation of human rights, with emphasis on those related to women. This practice brings up issues such as decision-making power over one's own body and possible family constitutions. Furthermore, it points to the risk of transgressing individual physical integrity in favor of a supposed collective interest, which may infringe in cases of eugenics and discrimination.

Keywords: involuntary sterilization; physical integrity; intersectional discrimination

INTRODUÇÃO

A possibilidade de escolha entre ter ou não filhos, graças à popularização de métodos contraceptivos, é um importante conquista social, principalmente para as mulheres, que tradicionalmente são relegadas exclusivamente ao papel da gestação. Porém, o tratamento discriminatório direcionado ao sexo feminino persiste em diversos contextos e o âmbito da saúde não é exceção.

Neste cenário é que surge a problemática da esterilização involuntária de mulheres, quando o procedimento cirúrgico é realizado no corpo de terceiro sem seu consentimento livre e esclarecido. Destaca-se que a questão da esterilização involuntária atinge também a homens, mas considerando-se um recorte temático e numérico, conforme será exposto adiante, o presente trabalho será focado na problemática feminina.

A esterilização involuntária é classificada por tratados internacionais e regionais de direitos humanos como uma grave violação destes. Os direitos em questão são variados, como a saúde, a constituição de família, a informação adequada e a não submissão a castigos cruéis, desumanos e degradantes. Tal matéria é observada, por exemplo, pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Comentário Geral 5, o qual considerou que a esterilização forçada involuntária constitui uma violação ao artigo 10 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, vez que não é observada a proteção à constituição da família.

Aqui serão aprofundados os direitos reprodutivos, a não discriminação e à integridade física com a intenção de se compreender em que medida é cabível a esterilização involuntária de populações femininas consideradas vulneráveis, sob a perspectiva da proteção da saúde materna, do planejamento familiar ou outras políticas públicas ofertadas pelo Estado.

Para tanto, o trabalho será dividido em três capítulos. Inicialmente, será desenvolvida a caracterização da esterilização involuntária, considerando-se o histórico da prática, sendo

aqui tratados os cenários do auge da aceitação dessa política até a mudança de sua perspectiva, quando não deixou de existir, mas mudou o discurso de sustentação. Além disso, será analisada a fundamental ideia de consentimento livre e esclarecido, concebido como o aspecto principal de diferenciação entre a esterilização voluntária e a involuntária.

Posteriormente, serão abordadas as perspectivas dos direitos reprodutivos e da não discriminação pelo aspecto da interseccionalidade, principalmente a partir do gênero. São enfoques interessantes porque são considerados ainda direitos recentes, havendo diversas discussões e dificuldades de se comprovar suas violações.

O âmbito reprodutivo será entendido pelos vieses da saúde e da autodeterminação sexual e reprodutiva, estando presentes desde o acesso a serviços integrados nessa área com a oferta de informações suficientes, até a autonomia sobre os próprios corpos e decisões de vida.

Ademais, será apresentada a perspectiva da discriminação interseccional em razão de a esterilização involuntária ter propensão a afetar determinados grupos com maiores índices de vulnerabilidades e exclusões, como indígenas, minorias étnicas, soropositivos e deficientes.

O último tópico a ser abordado será relativo à integridade física, o qual é um princípio normativo que aponta as restrições e permissões do que pode ser feito com o corpo humano. Desse modo, existem abordagens distintas quanto à ideia de violação à integridade física, porém neste trabalho será utilizada a premissa de ser a decorrente de intervenções praticadas por profissionais da saúde e que provoquem alterações no corpo físico do indivíduo.

1. DIFERENCIACÃO ENTRE A ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA E A INVOLUNTÁRIA

A esterilização é um procedimento cirúrgico que pode ser performedo em homens ou mulheres de maneiras distintas. Nos homens é denominada vasectomia e nas mulheres laqueadura tubária ou ligadura de trompas. É um importante método de controle de fecundidade para quando um indivíduo não deseja ter filhos e auxilia no planejamento familiar⁹⁹. Apesar de não ser considerado um dos procedimentos mais complexos da

⁹⁹ “Castration, the predecessor of surgical sterilization, was practiced in Biblical times and before by the Assyrians, Chinese, Hindus, Egyptians, Greeks, Persians and Romans for various reasons of security, punishment and control of captives, criminals or slaves”. MEYERS, David W. Compulsory Sterilization and Castration. In: Medical Law and Ethics, vol. 2, 2002, p.267.

medicina, pode ter efeitos físicos e psicológicos significativos no paciente, pois é uma decisão permanente e que demanda extensa reflexão antes de ser tomada¹⁰⁰.

A Organização das Nações Unidas realizou conferências internacionais a fim de se debater o crescimento populacional mundial e a forma como os países se desenvolviam¹⁰¹. Dentre tais eventos, destaca-se a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento em 1994, pois a partir de então Estados acordam incentivar a escolha voluntária no planejamento familiar, ou seja, optariam por auxiliar que seus cidadãos tomassem decisões autônomas e completamente informadas sobre suas opções reprodutivas¹⁰². A regulação da fecundidade passa, então, a ser tratada no âmbito dos direitos reprodutivos e individuais.

Ocorre que é moderna a ideia de que o médico e profissionais de saúde possuem responsabilidades para além do paciente, ou seja, têm deveres para com a sociedade. Assim, o consentimento informado é um princípio relativamente novo na medicina e traz consigo a premissa de que o indivíduo não deve permanecer excluído das decisões atinentes ao seu corpo, sendo, gradativamente, abandonada a relação hierárquica entre médico e paciente no sentido de o primeiro exercer todas as escolhas sobre o segundo¹⁰³.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em seu artigo 12 prevê que todos têm o direito de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. Logo, não seria cabível que em prol de um suposto “bem coletivo” abusos contra a saúde individual fossem cometidos.

Verifica-se que anteriormente o planejamento familiar era abordado exclusivamente como uma estratégia de controle populacional, para conter o crescimento demográfico, especialmente de grupos marginalizados, vez que países se aproveitavam de coerção ou de indução para que as pessoas optassem pela esterilização¹⁰⁴. Um caso desse controle é a China,

¹⁰⁰ POOJA, Nair. Litigating against the Forced Sterilization of HIV-Positive Women: Recent Developments in Chile and Namibia. Harvard Human Rights Journal, vol. 23, n.1, 2010, p. 225.

¹⁰¹ Conferência Mundial de População de Roma (1954); Conferência de Belgrado (1965); Conferência de Bucareste (1974); Conferência da Cidade do México (1984); Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo (1994).

¹⁰² WORLD HEALTH ORGANIZATION. Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement (OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO). 2014, p. 3

¹⁰³ CAHN, Claude. Human Rights, State Sovereignty and Medical Ethics. Brill | Nijhoff. 2015, p. 156-157

¹⁰⁴ Importante exemplo dessa prática é a adotada pelo “Relatório Kissinger” em 1975 como política oficial em prol da segurança dos Estados Unidos e para evitar uma suposta instabilidade internacional por meio do qual defendia a contracepção, inclusive a esterilização feminina e masculina, a fim de conter o crescimento demográfico de países subdesenvolvidos. Os principais países em questão eram: Índia, Bangladesh, Paquistão, Nigéria, México, Indonésia, Brasil, Filipinas, Tailândia, Egito, Turquia, Etiópia e Colômbia. Implications of Worldwide Population Growth for US Security and Overseas Interests (The Kissinger Report). National Security

onde vigorou oficialmente até 2016¹⁰⁵ a “política do filho único” e eram oferecidos incentivos para que os indivíduos, principalmente mulheres, se esterilizassem e assim fosse contido o avanço demográfico do país¹⁰⁶¹⁰⁷.

Medida também discutível é a que prevalecia no Peru durante o governo de Alberto Fujimori, na década de 1990, pois eram privilegiados métodos definitivos de planejamento familiar, como a esterilização, nas campanhas governamentais, pouco se apresentando alternativas, possibilitando-se, assim, a esterilização em massa das minorias indígenas peruanas já perseguidas historicamente. Um caso peruano chegou a ser apresentado em 2003 à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e foi constatado que o Estado cometeu abuso na prática da esterilização neste período¹⁰⁸.

O incentivo ao planejamento familiar é importante para o controle populacional e a melhor qualidade de vida dos cidadãos. Contudo, questiona-se em que medida o Estado não estaria violando os direitos dos indivíduos ao valorizar determinadas formas de tal planejamento, consideradas mais eficazes na visão estatal. Tais práticas de campanhas governamentais e hospitalares, mesmos que ocorram de maneira não oficial, vêm sendo denunciadas, questionando-se os limites do incentivo ao planejamento familiar¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Study Memorandum, December 10, 1974. Washington, D.C., National Security Council. Disponível em: https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pcaab500.pdf, p. 75.

¹⁰⁶ FENG, Wang; GU, Baochang; CAI, Yong. The End of China's One-Child Policy. Studies in family planning, vol. 47, 2016.

¹⁰⁷ DUROJAYE, Ebenezer. Involuntary Sterilisation as a Form of Violence against Women in Africa. Journal of Asian and African Studies, vol. 53, n. 5, pp. 721–732, 2018, p. 2.

Ronli Sifris aponta que apesar de a legislação chinesa não prever explicitamente o uso da esterilização forçada, também não proibia tal prática, e estava inserida num contexto de aceitação de restrição de direitos tão sensíveis em prol do controle populacional. SIFRIS, Ronli. The involuntary sterilisation of marginalised women: power, discrimination, and intersectionality. Griffith Law Review. 2016, p. 4.

¹⁰⁸ Depoimento de uma mulher vítima de esterilização forçada pela política chinesa: “I married my husband in 1981. In September 1983, I gave birth to a boy. According to the policy at that time, women who gave birth were required to have intrauterine devices (IUD's) implanted, or one of the spouses was required to undergo a sterilization operation. At that time I had swelling in my right kidney for undiagnosed reasons, so doctors refused to implant the UD in me and recommended instead that I use other contraceptive methods. Without the IUD, I became the prime target for surveillance by the factory's Family Planning Commission. From 1983 to 1990, because of the One-Child Policy, I had to have five abortions on the following dates: September 28, 1984; December 17, 1985; March 20, 1986; May 5, 1989; and December 14, 1990. All the operations were recorded in my medical history. I suffered greatly at the hands of the inhumane One-Child Policy”. China's One-Child Policy: The Government's Massive Crime against Women and Unborn Babies: Hearing before the Subcommittee on Africa, Global Health, and Human Rights of the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, One Hundred Twelfth Congress, First Session. 2011, p. 12.

¹⁰⁹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso María Mamérita Mestanza Chávez v. Peru. 2003. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2003eng/peru.12191.htm>.

Charlotte Bunch e Niamh Reilly destacam a importância desse caso, vez que levantou a discussão sobre abusos decorrentes da esterilização por parte do Estado, afetando principalmente mulheres indígenas, o que desencadeou outros processos judiciais sobre o tema no Peru. BUNCH, Charlotte; REILLY, Niamh. Women's Rights as Human Rights: Twenty-Five Years On. In: REILLY, N. (ed.). International Human Rights of Women. International Human Rights. Springer. 2019, p. 33.

¹¹⁰ Por exemplo, conforme a Anistia Internacional, houve uma campanha em 2010 na cidade chinesa de Puning com o objetivo de esterilizar 9.559 pessoas para cumprir as metas de planejamento familiar. Esta campanha foi

Nessa questão, deve ser analisado se as práticas não têm por fim único a eugenia, gerando uma espécie de limpeza da população, de acordo com determinados objetivos, porque aqui acabam sofrendo as minorias, populações politicamente vulneráveis, em nome de um objetivo de controle demográfico.

A esterilização, quando voluntária, é uma conquista no campo dos direitos sexuais e reprodutivos. No entanto, quando involuntária, é uma grave violação aos direitos humanos em diversos aspectos, como os direitos à saúde, a constituir família, à informação adequada, a não ser submetido a castigos cruéis, desumanos e degradantes e à integridade física.

Historicamente, são as mulheres as mais afetadas pela prática da esterilização involuntária e foi o grupo escolhido para ser aprofundado no presente estudo, sem ser desqualificada a violência sofrida por homens¹¹⁰. As taxas de mortalidade decorrente dos procedimentos de esterilização feminina são mais alarmantes do que quando se trata de homens. Ocorrem, em média, 4 mortes por 100.000 procedimentos para mulheres em comparação com 0,1 morte por 100.000 procedimentos para homens¹¹¹.

A vasectomia é um procedimento com menos riscos associados, porém, sendo as mulheres uma minoria social, ainda são tratadas de maneira inferiorizada em detrimento aos homens dentro de diferentes culturas. Entende-se que os direitos femininos são mais facilmente violados nessa esfera em razão do seu superior e frequente contato com equipes de saúde devido às especificidades fisiológicas e a uma cultura de maior cuidado por parte das mulheres.

Logo, a questão da esterilização involuntária é considerada primordialmente uma questão relativa aos direitos das mulheres, havendo, inclusive, tratados internacionais abordando a temática¹¹². Além disso, os corpos femininos sofrem o estigma de passíveis de

amplamente divulgada em jornais do mundo à época e foram detidas 1.377 pessoas que tentavam pressionar casais designados para a esterilização a consentir com a operação. AMNESTY INTERNATIONAL. Thousands at risk of forced sterilization in China. 2010. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2010/04/thousands-risk-forced-sterilization-china/>

¹¹⁰ Importante jurisprudência referente à esterilização masculina é o caso Skinner vs. Oklahoma de 1942, tratando-se de um homem “criminoso habitual”, a Suprema Corte dos Estados Unidos se manifestou no sentido de ir contra à esterilização deste, pois entendeu que seria um grave atentado ao indivíduo a privação do seu direito de procriar. TAZKARGY, Ariel S. From Coercion to Coercion: Voluntary Sterilization Policies in the United States. Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice, vol. 32, n. 1, p. 135-168, 2014, p. 148.

¹¹¹ AWSARE, N. S. et al. Complication of vasectomy. Annals of The Royal College of Surgeons of England 87. 2005, p. 408.

¹¹² SJÖHOLM, Maria. Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems. Brill|Nijhoff. 2018, p. 565; SIFRIS, Ronli. Conceptualising Involuntary Sterilisation as ‘Severe Pain or Suffering’ for the Purposes of Torture Discourse. Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 28, p. 523–547, 2010, p. 530

controle por terceiros, sendo demasiadamente objetos de políticas públicas e de decisões médicas arbitrárias¹¹³.

Desse modo, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais recomenda que os Estados incorporem a perspectiva de gênero em suas políticas, planejamentos, programas e pesquisas relacionados à saúde, pois deve ser reconhecida a influência de fatores biológicos e socioculturais para a resolução das desigualdades nesse campo¹¹⁴.

1.1. ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

Entende-se que a esterilização voluntária ocorre quando a pessoa dá seu consentimento livre e esclarecido, preferencialmente por escrito, sendo necessário ter recebido todas as informações sobre os efeitos da esterilização, da irreversibilidade desta e os métodos alternativos de contraceção.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher determina em seu artigo 10 (h) que os Estados-Partes deverão fornecer informações adequadas e suficientes para assegurar um satisfatório planejamento familiar. Mesmo que exista risco à mulher por uma futura gravidez, é fundamental que lhe seja garantido o apoio necessário para a tomada de uma decisão consciente dentro do seu contexto¹¹⁵.

A esterilização enquanto um método anticoncepcional voluntário não é considerada uma prática degradante por si só, pois, apesar das possíveis alterações hormonais e psicológicas, possui o benefício da segurança de não se ter um filho. Para tanto, é fundamental um acompanhamento detalhado por profissionais de saúde a fim de se garantir que seja uma escolha livre e consciente do próprio indivíduo que iria se submeter ao procedimento¹¹⁶¹¹⁷.

¹¹³ USSHER, Jane M. *Managing the Monstrous Feminine: Regulating the Reproductive Body*. Routledge. 2006, p. 16-17

¹¹⁴ CESCR Comentário Geral, n. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), p. 8. WGDAW. Women's Autonomy, Equality and Reproductive Health in International Human Rights: Between Recognition, Backlash and Regressive Trends. 2017, p. 2

¹¹⁵ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos já se posicionou no sentido de que em um contexto de esterilização involuntária houve falhas na oferta de intervenções menos invasivas e permanentes. YAMIN, Alicia Ely; PRACHNIAK-RINCON, Corey. Compounded Injustice and Cautionary Notes for Progress in the Sustainable Development Era: Considering the Case of Sterilization of Women Living with HIV. Harvard Journal of Law and Gender, vol. 41, n. 2, 2018, p. 406

¹¹⁶ Ibid. 2, p. 226; SJÖHOLM, Maria. Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems. Brill | Nijhoff. 2018, p. 564

¹¹⁷ Violeta Bermúdez Valdivia apresenta que mesmo na esterilização voluntária é necessária atenção a alguns pontos, pois no Peru foram percebidos casos em que o livre consentimento não foi tão claro; ocorrência de campanhas voltadas exclusivamente para métodos contraceptivos definitivos; e existência de metas numéricas para a cirurgias de esterilização, principalmente feminina. VALDIVIA, Violeta Bermudez. La Violencia contra la Mujer y los Derechos Sexuales y Reproductivos. Derecho PUCP, 61, 2009, p. 99.

1.2. ESTERILIZAÇÃO INVOLUNTÁRIA

A esterilização involuntária é uma prática de controle populacional e de sanção punitiva já há muito tempo usada por países, podendo atingir a homens e mulheres. Já esteve prevista nas legislações de nações consideradas democráticas, como os Estados Unidos em 1907, sendo a primeira política eugênica institucionalizada, muito antes da ascensão da Alemanha Nazista¹¹⁸¹¹⁹.

Pode ser caracterizada como um dos vieses da eugenia, pois esta é uma medida restritiva de direitos que pretende selecionar os indivíduos a fim de controlar as características genéticas que serão predominantes nas gerações futuras¹²⁰. O movimento pró eugenia foi sendo esvaziado após a Segunda Guerra Mundial, pois passou a ser diretamente relacionado às práticas do nazismo¹²¹.

¹¹⁸ Ibid. 1, p. 270; Ibid. 2, p. 223; PATEL, Priti. Forced sterilization of women as discrimination. *Public Health Reviews*, 38, 2017, p. 12; PEAL, Tiesha Rashon. The Continuing Sterilization of Undesirables in America. *Rutgers Race & the Law Review*, vol. 6, n. 1, 2004, p. 227-228

¹¹⁹ O caso Buck vs. Bell, de 1927, provavelmente é o caso mais emblemático do histórico da esterilização compulsória nos EUA, tendo sido usado como precedente jurisprudencial tanto neste país quanto em outros. Trata-se da ordem de esterilização de uma jovem de 18 anos, Carrie Buck, internada em um hospital para deficientes mentais. A decisão judicial traz apontamentos polêmicos, pois se afirmou ser preferível a esterilização para impedir que sujeitos considerados deslocados socialmente continuassem a ter filhos, ou seja, uma proposição que manifestamente afronta a ideia atual de direitos humanos. Acerca de tal caso, ver SILVER, Michael G. Eugenics and Compulsory Sterilization Laws: Providing Redress for the Victims of a Shameful Era in United States History. *George Washington Law Review*, vol. 72, n. 4, 2004, p. 866-868.

Além dos Estados Unidos, países como Japão, Canadá, Suécia, Austrália, Noruega, Finlândia, Estônia, Eslováquia, Suíça e Islândia já promulgaram leis prevendo a esterilização involuntária de indivíduos vulneráveis, tais como pessoas com deficiência mental, minorias raciais, usuários de drogas e alcoólatras. Neste sentido, ver PATEL, Priti. Forced sterilization of women as discrimination. *Public Health Reviews*, 38, 2017, p. 12; DUROJAYE, Ebenezer. Involuntary Sterilisation as a Form of Violence against Women in Africa. *Journal of Asian and African Studies*, vol. 53, n. 5, 2018, p. 3.

Destaca-se a análise feita por John Tobin e Elliot Luke acerca de uma publicação do *Medical Journal of Australia* de 1931 defendendo a esterilização de deficientes mentais e de portadores de doença mental como condição de alta hospitalar: "This approach was considered appropriate because eugenics viewed a girl or woman with an intellectual disability as abnormal and therefore incapable of using her reproductive capacity to enhance the status of the human species. Indeed, the realisation of their reproductive capacity represented a threat to the human species, which was therefore to be eliminated through involuntary sterilisation. Though it was claimed that this practice alleviated girls and women with intellectual disabilities from the burdens of menstruation and child-bearing, nothing can mask the fact that the genuine interests of these girls and women were entirely marginal to the eugenics Project". TOBIN, John William; LUKE, Elliot. The Involuntary, Non-Therapeutic Sterilisation of Women and Girls with an Intellectual Disability: Can it Ever Be Justified? *Victoria University Law & Justice Journal*. vol. 3, 2013, p. 29.

¹²⁰ Mary Ziegler aponta que o termo "eugenia" foi introduzido pelo geneticista Francis Galton em 1833 para apresentar como as leis poderiam auxiliar para o desenvolvimento de um suposto aperfeiçoamento genético das populações. ZIEGLER, Mary. Reinventing Eugenics: Reproductive Choice and Law Reform after World War II. *Cardozo Journal of Law & Gender*, vol. 14, n. 2, 2008, p. 319.

¹²¹ Ibid. 1, p. 281; Ibis. 2, p. 224; SILVER, Michael G. Eugenics and Compulsory Sterilization Laws: Providing Redress for the Victims of a Shameful Era in United States History. *George Washington Law Review*, vol. 72, n. 4, 2004, p. 863.

A Alemanha do Terceiro Reich possuía leis eugênicas e acolhiam a esterilização involuntária, porém com o fim da Guerra estas foram abolidas e a partir de então pode se estabelecer um marco de impedimento de ações médicas praticadas sem o pleno consentimento do paciente.

Os julgamentos de Nuremberg explanaram quão danosos foram esses comportamentos visando um controle das características genéticas da população e da falta de ética para lidar com o corpo alheio¹²²¹²³. Assim, o consentimento informado, livre e esclarecido para procedimentos médicos passa a integrar a noção de ética e, principalmente, o âmbito jurídico, com leis e decisões neste sentido¹²⁴. Destaca-se que a capacidade de consentimento aqui exposta pressupõe uma autonomia individual, ou seja, ausente de coação, indução ou abuso que tenha desencadeado em uma determinada tomada de decisão.

Joana Abrisketa considera que apesar de a esterilização forçada ser uma grave violação dos direitos humanos, a princípio, não se enquadraria como genocídio, pois a intenção inicial seria a redução do número de indivíduos de determinado grupo, não o completo fim deste¹²⁵.

Em contrapartida, Claude Cahn expõe a dificuldade de se situar a esterilização involuntária dentro do contexto normativo internacional, havendo discussões sobre seu enquadramento como um dano extremo e inadmissível ou uma violação do consentimento informado no âmbito médico, havendo aqui um aspecto mais contratual¹²⁶.

O sistema internacional tem a tendência a compreender a esterilização involuntária como um componente da proibição sobre genocídio e mais recentemente como uma forma de violência contra as mulheres¹²⁷. Já o posicionamento com perspectiva liberal é o de que a principal violação da esterilização involuntária é da autonomia do indivíduo, pois não teve

¹²² Ibid. 1, p. 281; SILVER, Michael G. Eugenics and Compulsory Sterilization Laws: Providing Redress for the Victims of a Shameful Era in United States History. *George Washington Law Review*, vol. 72, n. 4, 2004, p. 870.

¹²³ Parte da doutrina opta por fazer uma diferenciação entre eugenio “positiva” e “negativa”. A positiva são os atos que pretendem a preservação de determinadas características, podendo ocorrer por meio de incentivos para que indivíduos específicos tenham filhos. Já a eugenio negativa compõe-se de medidas para evitar a continuação de características indesejadas em uma espécie, logo, são buscadas maneiras de coibir a reprodução por alguns. Sobre tal diferenciação, ver WILKINSON, Stephen. *On The Distinction Between Positive and Negative Eugenics. Arguments and Analysis in Bioethics*. Brill. 2010, p. 115–128.

¹²⁴ Ibid. 5, p. 160

¹²⁵ ABRISKETA, Joana. La corte penal internacional: sanciones para las más graves violaciones de los derechos humanos. In: ISA, Felipe Gómez. *La protección internacional de los derechos humanos*. Universidad de Deusto. 2004, p. 647

¹²⁶ Ibid. 5, p. 150

¹²⁷ Ibid. 5, p. 150-157

direito ao consentimento apropriado, sendo o corpo físico meio para esta escolha de terceiro, identificando-se, então, um equívoco contratual¹²⁸.

Apesar de ser recriminada socialmente, a prática da esterilização involuntária não teve um fim definitivo após a Segunda Guerra, persistindo como políticas governamentais, por vezes regulamentadas ou não. Índia e China são importantes expoentes neste sentido, pois fizeram uso da esterilização sob o argumento de reduzir a pobreza de seus territórios por meio do controle populacional¹²⁹, conforme apresentado anteriormente.

Mary Ziegler é incisiva quanto a este ponto, pois seria ilusório reputar que a eugenia simplesmente desapareceu juridicamente. Entende-se que houve uma transformação da disseminação de ideias eugênicas, reduzindo-se a intensidade e acrescentando mais sutileza a estas, revestindo-as, até mesmo, da livre escolha¹³⁰.

São as populações marginalizadas as maiores vítimas da esterilização involuntária, especialmente pessoas com doenças mentais¹³¹, usuários de determinadas drogas, minorias raciais e étnicas, economicamente desfavorecidos ou portadores de doenças graves, como o HIV¹³². As hierarquias existentes em determinados contextos e sociedades favorecem para que grupos sejam alvos da esterilização, fazendo com que o que se pressupõe por consentimento, na verdade, seja uma coação, vez que o consentimento genuíno não ocorre em condições de desigualdade.

¹²⁸ Ibid. 5, p. 158-169

¹²⁹ Ibid. 2, p. 224; NIGAM, Shalu. Compulsory Coercive Sterilizations and Women's Health: A Judicial Perspective. 2017, p. 1

¹³⁰ A título de exemplificação da perpetuação dos ideais eugênicos, foi fundado nos EUA em 1952 o “Population Council” o qual pretendia criar uma organização que impediria o crescimento populacional e preservaria a “qualidade” da população. Ibid. 22, p. 331 e 350

¹³¹ M. Stewart apresenta o cenário de esterilizações ocorridas a partir de 1935 no Canadá no Essondale Provincial Mental Hospital onde os benefícios a legislação da Colúmbia Britânica apontava da seguinte maneira os “benefícios” dessa prática: “It is a protection, not a punishment, it therefore carries no stigma or humiliation; It permits many patients to return to their homes, who would otherwise be confined to institutions for years; It protects children from being born to be brought up by mentally diseased or mentally deficient parents or by the state; It takes a great burden of expense off the taxpayers, and enables the state to care for more patients than would otherwise be possible; It enables many handicapped persons to marry and have a life normal in most respects; It is a practical and necessary step to prevent racial deterioration”. M. Stewart, 1945, apud SAVELL, Kristin. Sex and the Sacred: Sterilization and Bodily Integrity in English and Canadian Law. McGill Law Journal, vol. 49, n. 4, 2004, p. 119

¹³² Devido ao aumento dos casos de HIV no Chile, o governo permitiu a esterilização de mulheres soropositivas. Por esta razão, as organizações Vivo Positivo e Centro de Direitos Reprodutivos denunciaram o Estado chileno à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2009 no caso F.S v. Chile, pois uma mulher soropositiva alegou ter sido esterilizada sem seu consentimento durante uma cesárea em um hospital público. Em 2021, o Chile, por meio de Acordo de Solução Amistosa, assumiu sua responsabilidade perante a CIDH pela esterilização forçada e tomará medidas de não repetição. CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. Chile acepta responsabilidad ante la CIDH por esterilización forzada y tomará medidas de no repetición. 2021. Disponível em: <https://reproductiverights.org/es/chile-acepta-responsabilidad-ante-la-cidh-por-esterilizacion-forzada-y-tomara-medidas-de-no-repeticion/>

Ver também: Ibid. 2, 223-231.

1.2.1. Características da esterilização involuntária

Ingressando nas formas de se caracterizar a esterilização involuntária, tem-se que existem maneiras distintas para a sua ocorrência. A esterilização sem o adequado consentimento é uma violação dos direitos humanos e é descrita como forçada, coagida, induzida, compulsória, dentre outros termos.

Inicialmente, tem-se a hipótese já apresentada de esterilização compulsória em razão de previsão legal ou política estatal em massa¹³³. Além dessa, a mais explícita é quando a mulher já deixou claro que não deseja se submeter ao procedimento, ou nem chegou a ser questionada sua vontade, ou não está em plena consciência e mesmo assim é submetida forçadamente¹³⁴.

Este cenário é facilmente identificado porque há uma clara violência contra o corpo e a vontade do indivíduo¹³⁵, sendo comuns registros nesse sentido que apontam que a mulher é comunicada que foi esterilizada após ter sido submetida a uma cesariana ou ao buscar acesso a meios anticoncepcionais alternativos¹³⁶.

Variação mais complexa da esterilização involuntária é quando ocorre por meio de coação ou desinformação¹³⁷. No primeiro contexto, a mulher é coagida a consentir com a esterilização durante um momento de vulnerabilidade, como durante o trabalho de parto e com dores intensas¹³⁸.

¹³³ Ronli Sifris aponta que apesar de a lei ter sido usada em vários contextos históricos para permitir a esterilização involuntária, atualmente os procedimentos majoritariamente ocorrem por meio de políticas de Estado e em razão de uma cultura que a aceita. SIFRIS, Ronli. The involuntary sterilisation of marginalised women: power, discrimination, and intersectionality. Griffith Law Review. 2016, p. 3.

¹³⁴ Ibid. 17, p. 401; HUMAN RIGHTS WATCH. Sterilization of Women and Girls with Disabilities. 2011. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2011/11/10/sterilization-women-and-girls-disabilities>

¹³⁵ “The first case in my new report is of a woman who was literally running away from a forced sterilization and was grabbed and dragged back to the hospital. These forced sterilizations are not done by highly trained gynecological surgeons. They are done under horrible conditions. Women frequently get massive infections, and it ruins their health for the rest their lives”. Ibid. 9, p. 43

¹³⁶ PATEL, Priti. Forced sterilization of women as discrimination. Public Health Reviews, 38, 2017, p. 2

¹³⁷ HUMAN RIGHTS WATCH. Sterilization of Women and Girls with Disabilities. 2011.

¹³⁸ Já existem decisões internacionais condenando essa prática e um exemplo é do Comitê sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres das Nações Unidas (CEDAW) no caso A.S. vs. Hungria de 2006. Andrea Szijjarto, membro da comunidade cigana, entrou em trabalho de parto e precisaria de uma cesariana de emergência em um hospital público húngaro, porém antes da cirurgia, um médico solicitou que ela assinasse a formulários consentindo com um procedimento de esterilização. A.S. afirmou que não entendeu a declaração, somente compreendendo que havia sido esterilizada até o término da operação. O Comitê da CEDAW constatou neste caso que a Hungria violou os direitos ao consentimento informado para procedimentos médicos; à informação sobre métodos de planejamento familiar; a serviços adequados em relação à gravidez e ao período pós-natal; e a determinar o número e espaçamento de filhos, conforme os Artigos 10 (h), 12 e 16 (1) (e) da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. CEDAW. A.S. v. Hungria. CEDAW/C/36/D/4/2004. Acerca de tal decisão, ver BREMS, Eva. Developing the full range of state obligations and integrating intersectionality in a case of involuntary sterilization. CEDAW Committee, 4/2004, AS v

Poderiam ser usados meios diversos de persuasão, como proposital falta de informação adequada, ameaça de que um futuro filho poderia ser portador de determinada doença grave e a transmissão da ideia de que para obter tratamento ou procedimento médico deveria ser esterilizada¹³⁹¹⁴⁰. Em determinados casos, cônjuges ou pais da mulher consentem, às vezes sem ter as informações necessárias, para a esterilização desta num momento que não possui condições para tal¹⁴¹.

Quanto à oferta de auxílio financeiro, há questionamentos se seria uma forma de coação, podendo haver sanções negativas caso não o aceite, ou uma indução, levando a pessoa a decidir a partir de informações selecionadas, sem conhecimento do todo¹⁴².

A influência do incentivo financeiro no consentimento livre e esclarecido é importante haja vista que se pressupõe o destinatário da oferta se tratar de uma pessoa vulnerável, vez que o dinheiro seria um fator determinante para a decisão de esterilização. Isto posto, o incentivo financeiro por si só não seria um problema, tratando-se de uma questão contratual.

Ocorre que deve também ser feita a análise das condições das partes, pois devem prevalecer requisitos como a igualdade e proibição de tratamento degradante¹⁴³. Ou seja, faz-se necessário identificar se a ação foi praticada com pleno consentimento, sem que o único fim fosse o aspecto financeiro, pois estão sendo negociados direitos à integridade física e reprodutivos, dentre outros.

Caso exista um propósito maior da oferta financeira, como um controle populacional, proteção de direitos da mulher ou de um possível feto, questiona-se a viabilidade de buscar soluções para o contexto no qual esta mulher está inserida, não exclusivamente na anulação

Hungary. In: BREMS, E.; DESMET, E. Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions. Edward Elgar Pub. 2017, p. 241-249

¹³⁹ Ibid. 38, p. 2; RAMOS, Alejandro Karin Pedraza. El indigenismo en México como racismo de Estado: mestizaje asimilacionista y esterilización forzada. Itinerarios, n. 29, 2019, p. 233.

¹⁴⁰ Este é um relato frequente de mulheres soropositivas em tratamento, pois são coagidas a se esterilizarem, enquanto condição para o acesso a tratamentos do HIV, recebimento de antirretrovirais e cuidados pré-natais. Ibid.4, p. 4

¹⁴¹ Ibid.4, p. 4

¹⁴² Exemplo dessa prática é o “Project Prevention”, criado nos EUA, mas com atuação também em outros países, e que paga trezentos dólares, para que mulheres alcoólatras ou viciadas em drogas ilícitas aceitem ser esterilizadas. Até o ano de 2010, conforme a própria organização, 1.321 mulheres já haviam sido pagas para se esterilizarem. Ver: PROJECT PREVENTION. Disponível em: <http://www.projectprevention.org/faq/>; OTIS, Ginger Adams. Why I took \$300 to be sterilized. New York Post, 2010. Disponível em: <https://nypost.com/2010/10/31/why-i-took-300-to-be-sterilized/>; THYER, Bruce A. Project Prevention: Concept, Operation, Results and Controversies About Paying Drug Abusers to Obtain Long-Term Birth Control. William & Mary Bill of Rights Journal, vol. 24, 2016.

¹⁴³ Claude Cahn ao fazer um paralelo entre o caso de esterilização de mulheres Romani na antiga Checoslováquia e o julgado conhecido como “Baby M” realizado nos EUA para tratar da relação entre o incentivo financeiro e os direitos humanos. Aborda a ideia de um “ambiente coercitivo”, ou seja, se o contrato celebrado é válido completamente ou se podem ser identificados traços de eugenio ou discriminação racial e de gênero. Ibid. 5, p. 166-169

de uma futura gestação. Isto porque, corre-se o risco de que o corpo seja mercantilizado e manipulado conforme uma política pública vigente em prol de um benefício coletivo e em troca de alguma quantia monetária.

2. ANÁLISE DA ESTERILIZAÇÃO INVOLUNTÁRIA DE MULHERES SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS E A NÃO DISCRIMINAÇÃO BASEADA NO GÊNERO

Os direitos humanos das mulheres englobam os direitos à vida, à igualdade, à dignidade, autonomia, à liberdade de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante informação apropriada, integridade corporal e respeito pela vida privada e cuidado adequado à saúde sexual e reprodutiva, sem discriminação, ao casamento e à constituição de uma família, dentre tantos outros¹⁴⁴.

Quando se trata dos casos da esterilização involuntária, pode ser constituída uma violação de muitos desses direitos¹⁴⁵. Aqui serão inicialmente abordados dois importantes direitos relacionados aos casos de esterilização involuntária feminina, os reprodutivos e a não discriminação baseada no gênero.

Norberto Bobbio aponta que os direitos humanos, apesar de completamente necessários, são frutos de determinados contextos históricos, gradualmente positivados, e devem ser frequentemente reafirmados, pois não possuem garantias eternas¹⁴⁶. Neste sentido, ao se mitigar direitos reprodutivos femininos acaba por ocorrer uma reprodução da discriminação em razão do gênero, pois é tirada da mulher o controle sobre sua capacidade reprodutiva, o que será discutido a seguir¹⁴⁷.

2.1. SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA

A Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher estabeleceu que os direitos sexuais incluem ter controle sobre sua própria sexualidade, sem estar sujeito a coerção, discriminação e violência. Além disso, algumas formas de agressão sexual a

¹⁴⁴ URIBE, Luisa Cabal et al. *Cuerpo y derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina*. Bogotá: Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, Editorial Temis, 2001, p. 21-43.

¹⁴⁵ SIFRIS, Ronli. Conceptualising Involuntary Sterilisation as ‘Severe Pain or Suffering’ for the Purposes of Torture Discourse. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 28, p. 523–547, 2010, p. 528.

¹⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 7 ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

¹⁴⁷ STARK, Barbara. The Women’s Convention, Reproductive Rights and the Reproduction of Gender. *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 118, n. 261, 2011, p. 281

mulheres não foram diretamente mencionadas na declaração, porém debatidas no decorrer da Conferência e dentre essas estava justamente a esterilização forçada¹⁴⁸.

Os direitos reprodutivos das mulheres podem ser classificados em dois grandes grupos¹⁴⁹¹⁵⁰. O primeiro é o da saúde sexual e reprodutiva, diretamente relacionado ao direito à saúde, onde estão inseridos cuidados de prevenção a doenças, proteção da maternidade e fornecimento de métodos contraceptivos. Já o segundo grupo será aprofundado no tópico seguinte e classifica-se como a autodeterminação sexual e reprodutiva.

A saúde sexual e reprodutiva baseia-se no acesso a serviços integrados nessa área, as informações suficientes, a métodos contraceptivos variados, a tratamento e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e atenção à maternidade segura, durante a gestação e após o parto.

2.2. AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL E REPRODUTIVA

A autodeterminação sexual e reprodutiva tem relação com o direito de constituir família, onde a mulher poderia querer ou não ter filhos, a quantidade deles e em que momento de sua vida, tratando-se de questões íntimas de integridade física e psicológica¹⁵¹.

Ao longo da história as mulheres sofreram restrições a suas escolhas reprodutivas, sendo-lhes negada a autonomia sobre seus corpos e decisões de vida, como o desejo ou não de constituir uma família¹⁵². Neste sentido, mulheres integrantes de uma minoria social

¹⁴⁸ “En los intensos debates celebrados durante las negociaciones de Beijing se especificaron varias formas de agresión sexual contra la mujer que no se habían mencionado específicamente en la Declaración. Algunas de ellas son: la violación sistemática y los embarazos forzados durante los conflictos armados, la esclavitud sexual, la esterilización forzada y el aborto forzado, el infanticidio de niñas y la determinación prenatal del sexo”. COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. E/CN.4/2004/66, página 9

¹⁴⁹ HUAITA, Marcela apud VALDIVIA, Violeta Bermúdez, *Ibid.* 19, p. 90

¹⁵⁰ Parte minoritária da doutrina defende que os direitos reprodutivos se baseiam apenas no reconhecimento da escolha reprodutiva, argumentando que os direitos relacionados são limitados ao art. 16 (1) (e) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Em contrapartida, a posição majoritária é que os direitos reprodutivos englobam direitos humanos já reconhecidos em documentos relevantes. GEBHARD, Julia; MORA, Diana Trimiño. *Reproductive Rights, International Regulation*. Max Planck Encyclopedias of International Law. 2013, p. 2.

¹⁵¹ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 3: “Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto”.

Artigo 17: “Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação”.

¹⁵² *Ibid.* 49, p.279-280; ROBERTS, Dorothy E. *The Future of Reproductive Choice for Poor Women and Women of Color*. *Women's Rights Law Reporter*, vol. 14, n. 2 e 3, 1992, p. 307; UBEROI, Diya; BRUYN, Maria de. *Human rights versus legal control over women's reproductive self-determination*. *Health and Human Rights*. 2013, p. 166

sofrem ainda mais restrições, pois possuem um histórico de maior dependência do Estado em busca de proteção e, de certa maneira, acabam por ser controladas por este.

Esta autonomia reprodutiva abarca uma liberdade de reprodução¹⁵³ e relevante exemplo nessa temática é o caso I.V. vs. Bolívia, o decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2016 e tendo sido o Estado Boliviano condenado após uma mulher ter sido esterilizada em um hospital público¹⁵⁴ sem consentimento e sob o argumento médico de que, caso engravidasse novamente, poderia correr risco de vida¹⁵⁵. Entende-se que apesar da importância do aconselhamento médico em casos como este, a paciente deveria ser consultada e possibilitada de passar por um processo de reflexão, podendo decidir por conta própria, sem perder sua autonomia¹⁵⁶.

A exclusão do processo decisório viola o Artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁵⁷, vez que as mulheres devem poder tanto consentir quanto recusar um serviço de saúde, sendo um componente fundamental dos direitos reprodutivos a decisão de quando e quantos filhos ter¹⁵⁸.

Tratando-se especificamente de mulheres com deficiência intelectual, costuma-se pressupor que estas não teriam autonomia e capacidade para cuidar de si ou de um filho, apresentando-se três razões principais para justificar a esterilização involuntária, quais sejam:

¹⁵³ Ibid. 19, p. 90-91; SJÖHOLM, Maria. Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems. Brill | Nijhoff. 2018, p. 507.

¹⁵⁴ Destaca-se que a natureza “pública” do hospital por si só é suficiente para imputar a responsabilidade ao Estado, mesmo que a prática seja proibida por lei. Ibid. 47, p. 532

¹⁵⁵ A senhora I.V., uma refugiada peruana, fez uma cesariana no ano 2000 em um hospital público da Bolívia. Após a cirurgia, enquanto a paciente ainda estava sob efeito da anestesia epidural, o médico decidiu fazer uma esterilização na senhora entendendo que poderia correr risco de vida caso engravidasse novamente, mesmo o caso não se tratando de uma urgência ou emergência. I.V. não foi consultada de forma prévia, livre e informada sobre a esterilização, mas soube que havia perdido definitivamente a capacidade reprodutiva no dia seguinte à realização, quando o médico a informou. Em 2016, a Corte concluiu que o Estado da Bolívia não adotou medidas preventivas suficientes para que fosse garantido à senhora I.V. o direito de tomar suas próprias decisões sobre sua saúde reprodutiva e os métodos contraceptivos de sua preferência. Além disso, considerou que a decisão médica de esterilização foi motivada por uma ideia paternalista, onde o médico teria poder sobre a paciente, concebendo que ela não teria condições de tomar decisões confiáveis para evitar uma nova gravidez. A Corte destaca que: “el elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, sobre todo en casos de esterilizaciones, puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder, respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico; por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales, y debido a la existencia de estereotipos de género y de otro tipo en los proveedores de salud. Factores tales como la raza, discapacidad, posición socio-económica, no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente sobre la esterilización ni obviar la obtención de su consentimiento”. CIHD. Caso I.V. v. Bolívia. 2016, p. 59.

¹⁵⁶ No caso A.S. vs. Hungria (CEDAW/C/36/D/4/2004) o Comitê da CEDAW identificou uma violação a uma obrigação negativa do Estado, presente no artigo 16 (1) (e) da CEDAW, pois este interferiu indevidamente na autonomia reprodutiva do requerente. Ver Ibid. 40, p. 241

¹⁵⁷ Artigo 7: “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas”.

¹⁵⁸ Ibid. 19, p. 100

“a proteção contra abuso sexual; proteção contra gravidez indesejada; e controle do ciclo menstrual de uma mulher ou menina”¹⁵⁹.

Contudo, mesmo sendo um cenário complexo, esta abordagem desconsidera que os responsáveis por estas mulheres devem atuar para em prol do seu melhor interesse, sendo analisada a suficiência de um apoio a estes responsáveis, acompanhada de uma adequada educação sobre saúde sexual e reprodutiva¹⁶⁰.

2.3. Discriminação interseccional

O direito a não-discriminação geralmente é associado a um direito negativo e está previsto em diversos documentos internacionais¹⁶¹, com destaque para a Recomendação Geral 19 do Comitê da CEDAW, o qual afirma que “discriminação contra as mulheres inclui atos que infligem dano ou sofrimento físico, mental ou sexual, ameaças de tais atos, coerção e outras privações de liberdade”¹⁶².

A discriminação, então, ocorre quando há um tratamento diferenciado a uma pessoa sob fundamentos relativos a características pessoais, como etnia, sexo ou orientação política, por exemplo¹⁶³. Tal discriminação pode acontecer de maneira direta ou indireta. A primeira se relaciona com a igualdade formal e é a prática de um tratamento desigual entre pessoas, menosprezando um em detrimento de outro, já a segunda interage com leis, práticas e políticas que impactam de forma desproporcional a determinados grupos, mesmo que não tenha sido este o propósito inicial¹⁶⁴.

¹⁵⁹ TOBIN, John William; LUKE, Elliot. The Involuntary, Non-Therapeutic Sterilisation of Women and Girls with an Intellectual Disability: Can it Ever Be Justified? Victoria University Law & Justice Journal. vol. 3, 2013, p. 36 (tradução minha).

¹⁶⁰ Ibid. 61, p. 37.

¹⁶¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção Europeia dos Direitos Humanos; Convenção Americana de Direitos Humanos; Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres; Convenção sobre a Eliminação de todas das formas de Discriminação Racial.

¹⁶² Parágrafo 6, Recomendação Geral 19 do Comitê CEDAW

¹⁶³ Comentário Geral n.18 do CCPR: “[...] the term “discrimination” as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms”.

¹⁶⁴ Comentário Geral n. 20 do CESCR: “(a) Direct discrimination occurs when an individual is treated less favourably than another person in a similar situation for a reason related to a prohibited ground; e.g. where employment in educational or cultural institutions or membership of a trade union is based on the political opinions of applicants or employees. Direct discrimination also includes detrimental acts or omissions on the basis of prohibited grounds where there is no comparable similar situation (e.g. the case of a woman who is pregnant);

(b) Indirect discrimination refers to laws, policies or practices which appear neutral at face value, but have a disproportionate impact on the exercise of Covenant rights as distinguished by prohibited grounds of

De forma geral, a discriminação direta é a mais perceptível, porém é fundamental a análise da indireta, principalmente quando se aborda as questões de gênero, pois mesmo que aparentemente já não surjam tantas legislações excludentes, muitas práticas ultrapassadas continuam vigentes e legitimam as formas sistemáticas de discriminação mantidas pelos padrões sociais dominantes¹⁶⁵.

Assim, a esterilização involuntária pode ser entendida como uma forma de discriminação contra mulheres, designando estas como inadequadas e incapazes de tomar decisões reprodutivas de forma autônoma, reconhecendo-se que usualmente interage com outras formas de discriminação, caracterizando-se uma interseccionalidade entre estas¹⁶⁶. Pode haver uma intersecção, além do gênero, entre etnia, cor, idade, condição econômica, número de filhos, deficiências físicas ou mentais, uso de drogas lícitas e ilícitas, doenças graves como o HIV, dentre tantas outras.

Ronli Sifris define a discriminação interseccional como “o fenômeno das formas múltiplas e compostas de discriminação”¹⁶⁷. É um diálogo constante e amplificador da discriminação, pois o indivíduo passa ser alvo de diferentes preconceitos, ou seja, faz parte de mais de um grupo desfavorecido¹⁶⁸.

A igualdade formal demanda um tratamento uniforme dos indivíduos perante a lei, enquanto a igualdade substancial visa que pessoas diferentes recebam tratamentos diferentes para que, na prática, tenham seus direitos garantidos. A ideia da discriminação interseccional aponta para a insuficiência da igualdade formal, pois é importante um desapego da mera dualidade, devendo ser incorporada uma visão mais ampla de possíveis discriminações a que uma pessoa possa ser submetida¹⁶⁹.

discrimination. For instance, requiring a birth registration certificate for school enrolment may discriminate against ethnic minorities or non-nationals who do not possess, or have been denied, such certificates”.

¹⁶⁵ LOENEN, Titia. Adverse Impact. Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution. In: Rodrigues, P. R.; LOENEN, T. Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives. Brill | Nijhoff, 1999, p. 199.

¹⁶⁶ Ibid. 43, p. 479; Ibid. 40, p. 248-249; GHIDONI, Elena. La esterilización forzada en intersecciones distintas: un enfoque estructural para el análisis de las desigualdades complejas. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, n. 38, p. 102-122, 2018, p. 113; SJÖHOLM, Maria. Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems. Brill|Nijhoff. 2018, p. 567

¹⁶⁷ Ibid. 43, p. 477

¹⁶⁸ Traz-se como exemplo de discriminação interseccional o caso Alyne Pimentel v. Brasil, julgado pelo Comitê CEDAW em 2011, com base na premissa de que para proteger os direitos humanos da mulher à vida, à saúde e a não-discriminação, os Estados devem oferecer assistência de saúde materna de qualidade para todas as mulheres, independentemente de sua raça ou renda. Dentre outros pontos, considerou a violação do artigo 12, parágrafo 1º e do artigo 2º da Convenção. Concluiu ainda que Alyne foi também discriminada por sua condição enquanto mulher negra e de seu estatuto socioeconômico. CEDAW. Alyne da Silva Pimentel v. Brasil. C/49/D/17/2008.

¹⁶⁹ Ibid. 17, p. 409

Assim, as diferenças biológicas entre mulheres e homens devem ser consideradas na formulação de políticas públicas, mas também é importante avaliar as necessidades de saúde de mulheres pertencentes a grupos vulnerabilizados¹⁷⁰¹⁷¹. Portanto, a dita “neutralidade” de um programa, no caso a esterilização involuntária como política pública, é arriscada por não observar as necessidades das mulheres em saúde reprodutiva e a forma como interage com o sistema da saúde, podendo ter um efeito discriminatório sobre estas¹⁷².

A prática de tribunais internacionais, a princípio, ainda está mais contida a outros aspectos da esterilização involuntária, sendo o discriminatório pouco abordado. Elena Ghidoni expõe que tais tribunais optam por avaliar a ação individual dos médicos responsáveis pelo procedimento, em detrimento dos aspectos estruturais que podem ter levado à tomada dessa decisão¹⁷³. Logo, os casos são analisados como ocorrências pontuais, não sistemáticas, nem fruto de estereótipos.

Alguns países africanos, como Nigéria, Namíbia¹⁷⁴, Quênia, Botswana e África do Sul, têm enfrentado problemas com as alegações de esterilização involuntária de mulheres, especialmente aquelas com deficiências mentais e soropositivos para o HIV¹⁷⁵. Desse modo, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos aprovou em 2013 a importante Resolução 260 sobre esterilização involuntária e proteção dos direitos humanos no acesso aos

¹⁷⁰ Parágrafo 6 da Recomendação Geral 24 do Comitê CEDAW

¹⁷¹ Barbara Stark aponta que a negação dos direitos reprodutivos da mulher reproduz as questões de gênero seja por proibições explícitas ou pela falha em fornecer os serviços necessários a elas. Além disso, expõe que tal negação pode partir tanto dos Estados, quanto de atores não estatais. Quando parte do Estado, pode ocorrer por meio de violações específicas nas leis, práticas e políticas públicas ou por atos ou omissões que restrinjam a escolha da mulher. Já quando parte de atores não estatais, pode ser por meio de questões culturais ou religiosas e, até mesmo, as ações de pais, parceiro ou marido da mulher. Ibid. 49, p. 281-290

¹⁷² Ibid. 71, p. 415

¹⁷³ GHIDONI, Elena. La esterilización forzada en intersecciones distintas: un enfoque estructural para el análisis de las desigualdades complejas. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, n. 38, 2018, p. 119-120

¹⁷⁴ Um caso que merece destaque é da Namíbia e trata da alegada esterilização discriminatória e coagida de três mulheres vivendo com HIV. O Supremo Tribunal da Namíbia entendeu que não houve violação do direito a não discriminação, mas apenas do consentimento informado, considerando que esta foi obtido de maneira adequada. Este caso é importante, porém a decisão é criticada por não abordar efetivamente a questão da discriminação, desconsiderando a interseccionalidade de gênero, condição social e HIV levantada pelas partes reclamantes. Supreme Court of Namibia. LM and Others v. Government of the Republic of Namibia. Case 1603/2008.

Sobre tal decisão, ver DUROJAYE, Ebenezer. Involuntary Sterilisation as a Form of Violence against Women in Africa. Journal of Asian and African Studies, vol. 53, n. 5, 2018, p. 5-7; BADUL, Chantal J.; STRODE, Ann. LM and Others v Government of the Republic of Namibia: The first sub-Saharan African case dealing with coerced sterilisations of HIV-positive women - Quo vadis? African Human Rights Law Journal, 2013. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/journals/AHRLJ/2013/10.pdf>

¹⁷⁵ Tratando-se especificamente da questão do HIV, é interessante destacar como a doença afeta significativamente mulheres em condição de maior vulnerabilidade, vez que, conforme Ronli Sifris, a desigualdade de poder entre os sexos fazem da mulher um alvo maior para contrair o vírus: “women are often unable to negotiate safer sex, rape and other forms of sexual violence may lead to HIV infection, an inability to effectively participate in the paid workforce may influence a woman to remain in a relationship with an HIV-positive partner, and social or cultural norms may prevent a woman from leaving a relationship in which she is at risk of being infected with HIV”. Ibid. 43, p. 481

serviços de HIV, trazendo mais luz à problemática e condenando-a como grave violação dos direitos humanos.

3. ANÁLISE DA ESTERILIZAÇÃO INVOLUNTÁRIA DE MULHERES SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

A esterilização praticada sem o consentimento livre e esclarecido da mulher, por si só, é uma violência, conforme apresentado no decorrer deste estudo, pois afronta sua autonomia decisória e sua capacidade de reprodução¹⁷⁶, além de violar seu direito a não ser discriminada simplesmente por ser mulher ou por integrar grupos desfavorecidos socialmente.

Contudo, a provável violação mais alarmante é a do corpo feminino, pois são terceiros que decidem o que fazer com este, sem considerar os desejos da mulher e, por vezes, sem a necessidade imediata de tal ação. Por este motivo, este último capítulo tratará justamente do direito à integridade física da mulher¹⁷⁷, tão desconsiderado e descartável em casos de esterilização involuntária.

O direito à integridade física é parte do direito à saúde, abrangendo a tutela jurídica de todo corpo físico do titular. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais observa que todos os indivíduos podem controlar seu corpo como prefiram, estando aqui incluídas a liberdade sexual de cada um e a não interferência de terceiros sem autorização¹⁷⁸.

Destaca-se, porém, a ausência de uma efetiva definição de “integridade física”, pois ainda é perpetuada a ideia de ser uma noção coletiva e comum, pressupondo-se que todos a compreendam da mesma forma. Contudo, não há clareza quanto ao que significa um corpo íntegro, ou seja, se existem graus de violação, suas variações subjetivas e objetivas, e a

¹⁷⁶ A incapacidade de reprodução é problemática em diversas culturas, especialmente em contextos em que se espera a criação de famílias numerosas ou onde uma mulher que não pode ter filhos é rechaçada, podendo sofrer com estigmas e isolamento, além de menores perspectivas de casamento. Sobre a questão cultural da esterilização, ver: Ibid. 40, p. 249; Ibid. 2, p. 225; BI, Stephanie; KLUSTY, Tobin. Forced Sterilizations of HIV-Positive Women: A Global Ethics and Policy Failure. *AMA J Ethics*, vol. 15, n. 10, 2015, p. 954

¹⁷⁷ O direito à integridade física está previsto em diversos documentos internacionais, tais como: art. 5º, Declaração Universal dos Direitos Humanos; art. 3.º, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; artigos 2º e 16º, Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

¹⁷⁸ Comentário Geral n.14 do CCPR: “The right to health is not to be understood as a right to be healthy. The right to health contains both freedoms and entitlements. The freedoms include the right to control one’s health and body, including sexual and reproductive freedom, and the right to be free from interference, such as the right to be free from torture, non-consensual medical treatment and experimentation. By contrast, the entitlements include the right to a system of health protection which provides equality of opportunity for people to enjoy the highest attainable level of health”.

importância do consentimento e da necessidade que seriam suficientes para permitir um rompimento de tal integridade¹⁷⁹.

A preservação do corpo físico é tida como fundamental ao ser humano e sua violação representa uma transgressão alarmante. Assim, entende-se que só seria aceitável tal ato para o resguardo da vida da pessoa ou em razão de um comprovado interesse coletivo, como num contexto de transmissibilidade de doenças, havendo a possibilidade de submissão a um procedimento físico que não seria da sua vontade inicial, porém sempre a partir de um sopesamento entre os interesses público e privado.

Esta análise da real necessidade da violação da integridade física deve ser cautelosamente monitorada para que não sejam gerados cenários eugenistas, conforme abordado no início deste trabalho. As escolhas devem ser acompanhadas da ética e da constitucionalidade e em consonância com os direitos humanos, para que se possa justificar uma restrição a garantias fundamentais, especialmente de minorias.

A. M. Viens aponta que as duas principais expressões da integridade física são por meio da consideração desta como uma capacidade ou um interesse¹⁸⁰. A integridade física enquanto capacidade seria a possibilidade de escolha de como viver e como tratar seu corpo¹⁸¹. Já o viés do interesse estaria no propósito de se utilizar a integridade física para usufruir adequadamente dos eventos que surjam na vida¹⁸².

Desse modo, a esterilização involuntária conflita diretamente com a autonomia individual, vez que há uma ofensa à integridade física da mulher quanto ao poder de controlar ou recusar o que viria a ser realizado com seu corpo¹⁸³. Durante os grupos de trabalhos preparatórios do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi ressaltado que alguns procedimentos podem se tornar cruéis, desumanos ou degradantes simplesmente por serem administrados sem o livre consentimento do paciente¹⁸⁴. Ou seja, até mesmo um procedimento considerado comum dentro da medicina, como é o caso da esterilização

¹⁷⁹ VIENS, A. M. The Right to Bodily Integrity: Cutting Away Rhetoric in Favour of Substance. In: Andreas Von Arnauld et al. (ed.). *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric*. Cambridge University Press, 2020., p. 364

¹⁸⁰ Ibid. 82, p. 368

¹⁸¹ Ibid. 82, p. 368

¹⁸² Ibid. 82, p. 368-369

¹⁸³ SJÖHOLM, Maria. Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems. Brill | Nijhoff. 2018, p. 568

¹⁸⁴ BOSSUYT, Marc J. Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights. Dordrecht: Nijhoff, 1987, p. 158.

feminina, não deveria ser praticado sem a concordância da própria mulher, pois poderia ser caracterizada como tortura¹⁸⁵.

Existem posicionamentos no sentido de entender a esterilização involuntária como uma forma de proteção às mulheres em determinadas condições. Este é o caso da legislação australiana, por exemplo, que frequentemente é alvo de críticas internacionais. No Estado Australiano a esterilização involuntária feminina é aceita num contexto terapêutico, em razão de alguma doença ou mau funcionamento do organismo, mas também em uma premissa não terapêutica, a fim de garantir o melhor interesse da mulher ou criança, especialmente deficientes¹⁸⁶.

A justificativa para a prática, conforme raciocínio da Suprema Corte Australiana, estaria na proteção dessa mulher ou criança com “deficiência intelectual profunda”, vez que não teria capacidade para consentir ou não com a esterilização e sofreria muitos prejuízos físicos e psicológicos caso engravidasse, além de ser evitadas as dores e instabilidades advindas do ciclo menstrual¹⁸⁷.

Esta é uma ideia comum, pois visa a construção de uma concepção de proteção para com a pessoa com deficiência, não contra ela, haja vista que estariam mais vulneráveis a abusos¹⁸⁸. Em contrapartida, Kristin Savell traz o amplo questionamento de como exercer essa suposta proteção sem violar a integridade física e atentando-se ao princípio da igualdade¹⁸⁹. Isto porque é necessário que exista proporcionalidade em uma decisão de esterilização de terceiro, pois deveria haver uma busca por medidas razoáveis e com a mínima interferência nos direitos individuais.

Apesar de ainda não haver uma resposta definitiva a este debate, a perspectiva internacional caminha para o entendimento de que as disposições sobre violação à integridade física e tortura poderem estar relacionadas à esterilização involuntária de mulheres¹⁹⁰. Logo,

¹⁸⁵ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem enfrentou algumas vezes a questão da esterilização involuntária de mulheres ciganas na Eslováquia. Em decisão de 2012, afirmou que a esterilização involuntária constitui uma violação aos direitos da reclamante a não receber tratamento cruel, desumano e degradante e à vida familiar privada, garantidos, respectivamente, nos artigos 3.º e 8.º da Convenção Europeia. O caso em questão tratava da sra. N.B., de origem étnica cigana. Ela foi esterilizada em um hospital público, aos 17 anos, durante o nascimento de seu segundo filho, e afirmou ter sido coagida a assinar a autorização do procedimento. Além disso, teria sido segregada dentro do hospital devido à sua etnia e sofrido posterior isolamento por parte de seu marido e comunidade por questões culturais relacionadas ao estigma da mulher que não pode ter mais filhos, o que lhe afetou física e mentalmente. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso N.B. v. SLOVAKIA. 2012.

¹⁸⁶ Ibid. 61, p. 27

¹⁸⁷ Ibid. 61, p. 30

¹⁸⁸ SAVELL, Kristin. Sex and the Sacred: Sterilization and Bodily Integrity in English and Canadian Law. McGill Law Journal, vol. 49, n. 4, 2004, p. 1140

¹⁸⁹ Ibid. 92, p. 1141

¹⁹⁰ EDWARDS, Alice. The ‘Feminizing’ of Torture under International Human Rights Law. Leiden Journal of International Law, vol. 19, n. 2, 2006, p. 386-387

tal prática possui sim argumentos favoráveis à sua manutenção, como controle demográfico e saúde materna, porém existem mais pontos contrários e limitadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A esterilização involuntária vem sendo classificada pelos Tratados Internacionais e Regionais de Direitos Humanos como uma violação destes, tendo sido aqui abordados principalmente os direitos reprodutivos, a não discriminação e à integridade física. Entende-se que tal prática impede o exercício adequado da capacidade humana de decisão, além de interromper a possibilidade de reprodução, principalmente de determinados grupos.

Buscou-se compreender se há a aceitabilidade da esterilização involuntária dentro de contextos de proteção da saúde materna, do planejamento familiar ou outras políticas públicas ofertadas pelo Estado. Desse modo, o estudo contou com distintas jurisprudências e foi dividido em três partes.

No primeiro capítulo foi desenvolvida uma ampla conceituação da esterilização involuntária, as formas de ocorrência e sua relação com ideais eugênicos. Foi possível perceber que a eugenia é multifacetada, podendo não ser expressa literalmente, mas imbuída de política pública.

Neste sentido, o argumento do controle demográfico é importante, vez que existe uma espécie de repetição da forma como são definidos os grupos a serem atingidos pela política de esterilização. E é esta parte da conclusão do segundo capítulo, pois a ideia de discriminação interseccional é bastante presente, apesar de ainda pouco recorrente nas decisões internacionais. É perceptível um viés sistemático na opção pela esterilização pelos profissionais de saúde, sendo insuficiente pensar tal ação apenas pelo prisma da escolha individual médica.

Quanto à questão de gênero, é possível considerá-la relevante, não podendo ser ignorada em muitos casos. As metas de controle populacional poderiam ser alcançadas também por meio da esterilização de homens, em contrapartida, há uma desproporcionalidade das políticas nesse ponto. Reiteradamente, as mulheres são forçadas, coagidas ou compulsoriamente esterilizadas, tendo seus corpos sujeitos a um maior controle social.

Tratando-se desta falta de autonomia sobre os próprios corpos, tem-se uma negação dos direitos reprodutivos femininos, pois estes costumam ser mais tratados como de interesse público do que individual. A mulher é excluída do processo decisório ou ludibriada por este, tendo suas possibilidades definidas por médicos, governantes, familiares ou cônjuges.

Por fim, foi abordada a questão da integridade física, a qual ainda é um direito que permeia muito o senso comum, mas tem poucas análises acerca de seus limites e condições. Nota-se uma falha no detalhamento do que a integridade física compreende e como definir sua violação, especialmente quando, simultaneamente, tem-se em causa um suposto “bem coletivo”.

Isto posto, a esterilização involuntária feminina parece ser um problema já superado para muitos cenários, porém atormenta mulheres pertencentes a grupos desfavorecidos em diversos países. É uma prática que provoca a violação de direitos protegidos internacionalmente, podendo estar acompanhada da discriminação sistêmica e interseccional. Além disso, é uma intrusão ao corpo feminino que gera uma limitação à capacidade de se constituir uma família. Para tanto, seria necessária uma justificativa fundamentada e estrita para que fosse suficiente violar de tal maneira um ser humano.

REFERÊNCIAS

ABRISKETA, Joana. La corte penal internacional: sanciones para las más graves violaciones de los derechos humanos. In: ISA, Felipe Gómez. La protección internacional de los derechos humanos. Universidad de Deusto. 2004. Disponível em:
<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/hnet/hnet13.pdf>.

AMNESTY INTERNATIONAL. Thousands at risk of forced sterilization in China. 2010. Disponível em:
<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2010/04/thousands-risk-forced-sterilization-china/>.

AWSARE, N. S. et al. Complication of vasectomy. Annals of The Royal College of Surgeons of England 87. 2005. Disponível em:
https://www.researchgate.net/publication/7504185_Complication_of_vasectomy.

BADUL, Chantal J.; STRODE, Ann. LM and Others v Government of the Republic of Namibia: The first sub-Saharan African case dealing with coerced sterilisations of HIV-positive women - Quo vadis? African Human Rights Law Journal, 2013. Disponível em:
<http://www.saflii.org/za/journals/AHRLJ/2013/10.pdf>.

BI, Stephanie; KLUSTY, Tobin. Forced Sterilizations of HIV-Positive Women: A Global Ethics and Policy Failure. AMA J Ethics, vol. 15, n. 10, p. 952-957, 2015. Disponível em:
<https://journalofethics.ama-assn.org/article/forced-sterilizations-hiv-positive-women-global-e-thics-and-policy-failure/2015-10>.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 7 ed. Trad. Calos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSSUYT, Marc J. Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights. Dordrecht: Nijhoff, 1987.

BREMS, Eva. Developing the full range of state obligations and integrating intersectionality in a case of involuntary sterilization. CEDAW Committee, 4/2004, AS v Hungary. In: BREMS, E.; DESMET, E. Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions. Edward Elgar Pub. 2017.

BUNCH, Charlotte; REILLY, Niamh. Women's Rights as Human Rights: Twenty-Five Years On. In: REILLY, N. (ed.). International Human Rights of Women. International Human Rights. Springer. 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-981-10-8905-3_2.

CAHN, Claude. Human Rights, State Sovereignty and Medical Ethics. Brill | Nijhoff. 2015.

CCPR. Comentário Geral n.14.

CCPR. Comentário Geral n.18.

CCPR. Comentário Geral n. 20.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. Chile acepta responsabilidad ante la CIDH por esterilización forzada y tomará medidas de no repetición. 2021. Disponível em: <https://reproductiverights.org/es/chile-acepta-responsabilidad-ante-la-cidh-por-esterilizacion-forzada-y-tomara-medidas-de-no-repeticion/>.

CEDAW. Recomendação Geral nº19.

CEDAW. Recomendação Geral nº 24.

CESCR. Comentário Geral n. 20.

CEDAW. Alyne da Silva Pimentel v. Brasil. C/49/D/17/2008. Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-49-D-17-2008.pdf>.

CEDAW. A.S. v. Hungria. CEDAW/C/36/D/4/2004. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1716>.

CIHD. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso I.V. v. Bolívia. 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso María Mamérita Mestanza Chávez v. Peru. 2003. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2003eng/peru.12191.htm>.

China's One-Child Policy: The Government's Massive Crime against Women and Unborn Babies: Hearing before the Subcommittee on Africa, Global Health, and Human Rights of the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, One Hundred Twelfth Congress, First Session. 2011. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.cbhear/fdsysalvk0001&i=1>.

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Economic and Social Council. E/CN.4/2004/66/Add.1. 2004. Disponível em: <https://undocs.org/E/CN.4/2004/66/Add.1>

DUROJAYE, Ebenezer. Involuntary Sterilisation as a Form of Violence against Women in Africa. *Journal of Asian and African Studies*, vol. 53, n. 5, pp. 721–732, 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0021909617714637>.

EDWARDS, Alice. The ‘Feminizing’ of Torture under International Human Rights Law. *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n. 2, p. 349–391, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0922156506003359>.

FENG, Wang; GU, Baochang; CAI, Yong. The End of China's One-Child Policy. *Studies in family planning*, vol. 47, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1728-4465.2016.00052.x>.

GEBHARD, Julia; MORA, Diana Trimiño. Reproductive Rights, International Regulation. *Max Planck Encyclopedias of International Law*. 2013. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e2070>.

GHIDONI, Elena. La esterilización forzada en intersecciones distintas: un enfoque estructural para el análisis de las desigualdades complejas. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 38, p. 102-122, 2018. Disponível em: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/12694>.

HUAITA, Marcela apud VALDIVIA, Violeta Bermudez. La Violencia contra la Mujer y los Derechos Sexuales y Reproductivos. *Derecho PUCP*, 61, p. 81-110, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200801.004>.

HUMAN RIGHTS WATCH. Sterilization of Women and Girls with Disabilities. 2011. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2011/11/10/sterilization-women-and-girls-disabilities>.

LOENEN, Titia. Adverse Impact. Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution. In: Rodrigues, P. R.; LOENEN, T. *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Brill | Nijhoff, 1999.

MEYERS, David W. Compulsory Sterilization and Castration. In: *Medical Law and Ethics*, vol. 2, 2002.

National Security Study Memorandum, December 10, 1974. Washington, D.C., National Security Council. Disponível em: https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pcaab500.pdf.

NIGAM, Shalu. Compulsory Coercive Sterilizations and Women's Health: A Judicial Perspective. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2938599.

OFUANI, Anwuli Irene. Protecting Adolescent Girls with Intellectual Disabilities from Involuntary Sterilization in Nigeria: Lessons from the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *African Human Rights Law Journal*, vol. 17, n. 2, 2017. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/afrhurlj17&i=563>.

OTIS, Ginger Adams. Why I took \$300 to be sterilized. New York Post, 2010. Disponível em: <https://nypost.com/2010/10/31/why-i-took-300-to-be-sterilized/>.

PATEL, Priti. Forced sterilization of women as discrimination. *Public Health Reviews*, 38, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s40985-017-0060-9>.

PEAL, Tiesha Rashon. The Continuing Sterilization of Undesirables in America. *Rutgers Race & the Law Review*, vol. 6, n. 1, p. 225-246, 2004. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/rrace6&i=237>.

POOJA, Nair. Litigating against the Forced Sterilization of HIV-Positive Women: Recent Developments in Chile and Namibia. *Harvard Human Rights Journal*, vol. 23, n.1, p. 223-232, 2010. Disponível em: <https://harvardhrj.com/2010/10/litigating-against-the-forced-sterilization-of-hiv-positive-women-recent-developments-in-chile-and-namibia/>.

PROJECT PREVENTION. Disponível em: <http://www.projectprevention.org/faq/>.

RAMOS, Alejandro Karin Pedraza. El indigenismo en México como racismo de Estado: mestizaje asimilacionista y esterilización forzada. *Itinerarios*, n. 29, p. 215-236, 2019. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7549066>.

ROBERTS, Dorothy E. The Future of Reproductive Choice for Poor Women and Women of Color. *Women's Rights Law Reporter*, vol. 14, n. 2 e 3, p.305-314, 1992. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/worts14&i=315>.

SAVELL, Kristin. Sex and the Sacred: Sterilization and Bodily Integrity in English and Canadian Law. *McGill Law Journal*, vol. 49, n. 4, pp. 1093-1142, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1175730>.

SEILER, Naomi. Sterilization, Gender, and the Law in Costa Rica. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, 4, p. 109-130, 2001. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/yhurdvl4&i=115>.

SIFRIS, Ronli. Conceptualising Involuntary Sterilisation as ‘Severe Pain or Suffering’ for the Purposes of Torture Discourse. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 28, p. 523–547, 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228192456_Conceptualising_Involuntary_Sterilisation_as'_Severe_Pain_or_Suffering'_For_the_Purposes_of_Torture_Discourse

SIFRIS, Ronli. Involuntary Sterilization of HIV-Positive Women: An Example of Intersectional Discrimination. *Human Rights Quarterly*, vol. 37, n. 2, p.464-491, 2015. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hurq37&i=474>.

SIFRIS, Ronli. The involuntary sterilisation of marginalised women: power, discrimination, and intersectionality. *Griffith Law Review*. 2016. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10383441.2016.1179838>.

SILVER, Michael G. Eugenics and Compulsory Sterilization Laws: Providing Redress for the Victims of a Shameful Era in United States History. *George Washington Law Review*, vol. 72, n. 4, p. 862-892, 2004. Disponível em:
<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/gwlr72&i=876>.

SJÖHOLM, Maria. Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems. Brill|Nijhoff. 2018.

STARK, Barbara. The Women's Convention, Reproductive Rights and the Reproduction of Gender. *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 118, N. 261, 2011. Disponível em:
<https://ssrn.com/abstract=2118076>.

TAZKARGY, Ariel S. From Coercion to Coercion: Voluntary Sterilization Policies in the United States. *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, vol. 32, n. 1, p. 135-168, 2014. Disponível em:
<https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1247&context=lawineq>.

THYER, Bruce A. Project Prevention: Concept, Operation, Results and Controversies About Paying Drug Abusers to Obtain Long-Term Birth Control. *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 24, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol24/iss3/5>.

TOBIN, John William; LUKE, Elliot. The Involuntary, Non-Therapeutic Sterilisation of Women and Girls with an Intellectual Disability: Can it Ever Be Justified? *Victoria University Law & Justice Journal*. vol. 3, 2013. Disponível em:
<https://ssrn.com/abstract=2476760>.

UBEROI, Diya; BRUYN, Maria de. Human rights versus legal control over women's reproductive self-determination. *Health and Human Rights*. 2013. Disponível em:
<https://www.hhrjournal.org/2013/10/human-rights-versus-legal-control-over-womens-reproductive-self-determination/>.

URIBE, Luisa Cabal et al. *Cuerpo y derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina*. Bogotá: Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, Editorial Temis, 2001.

USSHHER, Jane M. *Managing the Monstrous Feminine: Regulating the Reproductive Body*. Routledge. 2006.

VALDIVIA, Violeta Bermudez. *La Violencia contra la Mujer y los Derechos Sexuales y Reproductivos*. Derecho PUCP, 61, p. 81-110, 2009. Disponível em:
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200801.004>.

VIENS, A. M. The Right to Bodily Integrity: Cutting Away Rhetoric in Favour of Substance. In: Andreas Von Arnauld et al. (ed.). *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric*. Cambridge University Press, p. 363–377, 2020.

WGDAW. *Women's Autonomy, Equality and Reproductive Health in International Human Rights: Between Recognition, Backlash and Regressive Trends*. 2017. Disponível em:
<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WG/WomensAutonomyEqualityReproductiveHealth.pdf>.

WILKINSON, Stephen. On The Distinction Between Positive and Negative Eugenics. Arguments and Analysis in Bioethics. Brill. 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement (OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO). 2014. Disponível em: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/gender_rights/eliminating-forced-sterilization/en/.

YAMIN, Alicia Ely; PRACHNIAK-RINCON, Corey. Compounded Injustice and Cautionary Notes for Progress in the Sustainable Development Era: Considering the Case of Sterilization of Women Living with HIV. Harvard Journal of Law and Gender, vol. 41, n. 2, p. 395-428, 2018. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hwlj41&i=409>.

ZIEGLER, Mary. Reinventing Eugenics: Reproductive Choice and Law Reform after World War II. Cardozo Journal of Law & Gender, vol. 14, n. 2, p. 319-350, 2008. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/cardw14&i=325>.

Supreme Court of Namibia. LM and Others v. Government of the Republic of Namibia. Case 1603/2008. Disponível em: <https://namiblii.org/na/judgment/high-court/2012/211>.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso N.B. v. SLOVAKIA. 2012. Disponível em: https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/NB_-_Slovakia_-_2012.pdf.

A PROTEÇÃO DIGITAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: OS RUMOS PÓS 35 ANOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

*THE DIGITAL PROTECTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN
BRAZIL: PATHS FORWARD AFTER 35 YEARS OF THE STATUTE OF THE
CHILD AND ADOLESCENT*

Mariana Namen Abido¹⁹¹

Camilla Martins Cavalcanti de Andrade¹⁹²

Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa¹⁹³

RESUMO

Objetiva-se com o presente artigo o estudo da proteção de crianças e adolescentes no ambiente digital no Brasil. Ocorre que, sendo concebido em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), maior legislação de direitos de crianças e adolescentes no Brasil, não enfrentou muitos dos novos desafios dos dias de hoje, resultantes do avanço tecnológico em larga escala das últimas décadas. Diante disso, tem sido necessário o estudo do aprimoramento da proteção de crianças e adolescentes enquanto cidadãos vulneráveis no meio digital. Nesse contexto, analisa-se algumas das questões atinentes à atividade neste meio – como a proteção de dados, o uso consciente das telas, a violência e a igualdade de acesso à internet – com riscos inerentes ao desenvolvimento pleno e à integridade física e psicológica de crianças e adolescentes. O Brasil, acompanhando o movimento da comunidade internacional, tem mostrado iniciativa no desenvolvimento de regulação específica sobre o tema, de modo a assegurar a tutela dos direitos humanos de crianças e adolescentes, que requerem proteção especial do ordenamento jurídico. Para tanto, adotou-se a metodologia do tipo exploratório de abordagem qualitativa, utilizando como métodos a revisão bibliográfica e documental, bem como análise jurisprudencial. Conclui-se que é imprescindível o aperfeiçoamento da aplicação dos mais recentes textos legais no Brasil em consonância com os direitos humanos das crianças e adolescentes e o desenvolvimento de políticas públicas direcionadas à proteção no ecossistema digital.

¹⁹¹ Mestranda em Direito Internacional, Université Paris Cité. Advogada, OAB/RJ. Bacharel em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora da Linha de Direito Internacional e Direitos Humanos do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI-UFC).

¹⁹² Mestra em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD - UNIFOR), com a Linha de Pesquisa em Direitos Humanos, na Área de Concentração Direito Constitucional Público e Teoria Política (2020). Professora Universitária na UNINASSAU. Mentora da linha de Direito Internacional e Direitos Humanos do GEDAI-UFC.

¹⁹³ Doutora e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará. Professora Universitária. Membro do Núcleo de Estudos Aplicados Direitos Infância e Justiça (NUDIJUS/UFC). Integra o corpo de professores mentores da Linha de Direitos Humanos do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI/UFC).

Palavras-chave: Direitos humanos. Proteção de crianças e adolescentes. Ambiente digital.

ABSTRACT

This article aims to study the protection of children and adolescents in the digital environment in Brazil. Enacted in 1990, the Child and Adolescent Statute (ECA), the main legal framework for children's and adolescents' rights in Brazil, does not adequately address many of the current challenges arising from the rapid technological advancements of recent decades. In light of this, it has become necessary to explore ways to enhance the protection of children and adolescents as vulnerable citizens in the digital realm. This context calls for an analysis of various issues related to online activity that pose risks to the full development and physical and psychological integrity of children and adolescents. These issues include, for instance, data protection, conscious screen use, violence, and equal access to the internet. Following the steps of the international community, Brazil has taken initiatives to develop specific regulations on the subject, aiming to ensure the safeguarding of the human rights of children and adolescents, who require special legal protection. To this end, the study adopts an exploratory methodology with a qualitative approach, using bibliographic and documentary review methods, as well as case studies. The conclusion highlights the urgent need to improve the implementation of recent legal texts in Brazil in alignment with the human rights of children and adolescents, along with the development of public policies focused on protection within the digital ecosystem.

Keywords: Human Rights. Protection of children and adolescents. Digital environment.

INTRODUÇÃO

O princípio do melhor interesse da criança é a figura basilar para a resolução das disputas envolvendo crianças e adolescentes, grupo vulnerável, especialmente no cenário atual de busca pela proteção no ecossistema digital. Trata-se de princípio consagrado pelo ECA¹⁹⁴, em seus artigos 3º e 4º, bem como pela Constituição Federal, em seu artigo 227¹⁹⁵. Nesse contexto, há 35 anos o ECA quebrou os antigos paradigmas da doutrina da situação irregular para conceber a doutrina da proteção integral, segundo a qual crianças e adolescentes devem fruir de todos os direitos inerentes à condição humana com absoluta prioridade. Em outras palavras, crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como

¹⁹⁴ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 jul. 2025.

¹⁹⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2025. Art. 227 CRFB/88: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligéncia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

grupo vulnerável merecedor de tutela especial no ordenamento jurídico e verdadeiros sujeitos de direito.

De acordo com Michael Freeman, crianças antes não tinham direitos, pois não eram vistas ainda como verdadeiras pessoas, mas apenas no “caminho de tornarem-se pessoas”¹⁹⁶. O autor ensina que a nova sociologia da infância surgiu na década de 1970 e de 1980, resultando em uma mudança de paradigma, de forma que crianças passam a ser tratados como “ser” (“*being*”) e não simplesmente como “tornar-se” (“*becoming*”)¹⁹⁷. Diante dessa mudança também ocorrida no Brasil com a Constituição e com o ECA, é imprescindível a análise e aprofundamento de estudos sobre o tema, a fim de verificar a aplicação das referidas diretrizes pelas políticas públicas nacionais, de forma a obter êxito na tutela dos direitos humanos da criança e do adolescente.

Ocorre que 1990 abrigou muito mais do que a adoção do ECA. No cenário internacional, um marco normativo especialmente importante entrou em vigor: a Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁹⁸, tratado de direitos humanos mais ratificado em todo o mundo, com mais de 190 Estados signatários, promulgada no Brasil em 21 de novembro de 1990. Apesar destes avanços históricos, muito ainda há de ser percorrido a fim de garantir a proteção integral das crianças e adolescentes. Isso porque o atual mundo globalizado, em constante mudança e evolução, vem trazendo novos desafios em velocidade exponencial no que tange à regulamentação e implementação de políticas públicas relacionadas ao mundo digital. É necessário constante dedicação e estudo de técnicas hábeis a superar o incansável abismo existente entre a legislação e o desenvolvimento de novas tecnologias.

A diversidade ofertada hoje pelo mundo digital e seus riscos inerentes aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes não poderia ter sido regulada, sequer imaginada, há 35 anos. O desenvolvimento das redes sociais, da inteligência artificial, dos algoritmos cada vez mais hábeis na detecção de dados pessoais e perfilamento, dos termos e condições de uso de plataformas digitais cada vez menos transparentes, das publicidades veiculadas por canais online, dos jogos online, dentre outros, representam uma ameaça aos direitos fundamentais não só dos adultos, mas especialmente de crianças e adolescentes, que devem fruir de

¹⁹⁶ “For many it was clear why children didn’t have any rights. They were not truly persons yet, but only on their way to achieving this”. FREEMAN, Michael. *The human rights of children – Selected essays on children’s rights*. Leiden: Koninklijke Brill NV, The Netherlands, 2022, p. 9.

¹⁹⁷ “This new sociology of childhood emerged in the 1970’s and 1980’s. The result was a paradigm shift. Instead of talking about children as ‘becomings’ the new framework concentrated on them as ‘beings’”. Idem.

¹⁹⁸ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 16 jul. 2025.

prioridade absoluta na tutela de seus direitos, conforme preceitua a legislação pátria e os estandares internacionais de direitos humanos.

Fato é que hoje a tecnologia encontra-se presente em diversas áreas da vida, tanto social, quanto educacional, inclusive dos mais jovens. Conforme o Comentário geral nº 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital, do Comitê de Direitos da Crianças da Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁹⁹, que detalha como implementar a Convenção, “As crianças consultadas [...] consideram a tecnologia digital como algo vital para suas vidas e para seu futuro”²⁰⁰. Vale destacar que em pesquisa do Comitê Gestor da Internet no Brasil realizada em 2024, constatou-se que 93% dos adolescentes de 15 a 17 anos possuem celular e que 76% dos usuários de Internet de 9 a 17 anos usaram redes sociais, conforme ilustra a tabela abaixo.

Tabela 1 - Crianças e adolescentes que possuem celular, por faixa etária e classe (2024)

¹⁹⁹ O Comitê dos Direitos da Criança é responsável pelo monitoramento da implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança. Trata-se de um dos “órgãos de tratado” que compõe o sistema de monitoramento das convenções de direitos humanos da ONU. Os órgãos de tratado são comitês compostos por especialistas independentes que monitoram a implementação dos principais tratados internacionais de direitos humanos pelos Estados. Cada tratado possui seu próprio comitê: são nove tratados principais e cada Estado Parte tem a obrigação de adotar medidas para assegurar a fruição dos direitos previstos. Estes especialistas são nomeados e eleitos pelos Estados Parte por mandatos de quatro anos, renováveis. Os comitês, dentre diversas atribuições, são responsáveis por adotar “comentários gerais”, interpretando o conteúdo das disposições dos tratados, tal como o Comitê dos Direitos da Criança adotou o Comentário Geral nº 25 de 2021 sobre os direitos das crianças em relação ao ambiente digital. Este comentário é um dos principais nortes para a elaboração da Resolução nº 245/2024 sobre os direitos das crianças e adolescentes em ambiente digital no Conanda - ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Treaty bodies: What the treaty bodies do?** Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/what-treaty-bodies-do>. Acesso em: 20 jul. 2025.

²⁰⁰ ONU (2021). **Comentário geral no 25 sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital.** Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2022/01/comentario-geral-n-25-2021.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2025.

TABELA 1

—
Crianças e adolescentes que possuem celular, por faixa etária e classe (2024)
Total de usuários de Internet de 9 a 17 anos (%)

De 9 a 10 anos	67
De 11 a 12 anos	79
De 13 a 14 anos	77
De 15 a 17 anos	93
AB	97
C	80
DE	77

Entre os usuários de Internet de 9 a 17 anos, ...

84%

assistiram a vídeos, programas, filmes ou séries na Internet

78%

jogaram online

76%

usaram redes sociais

36%

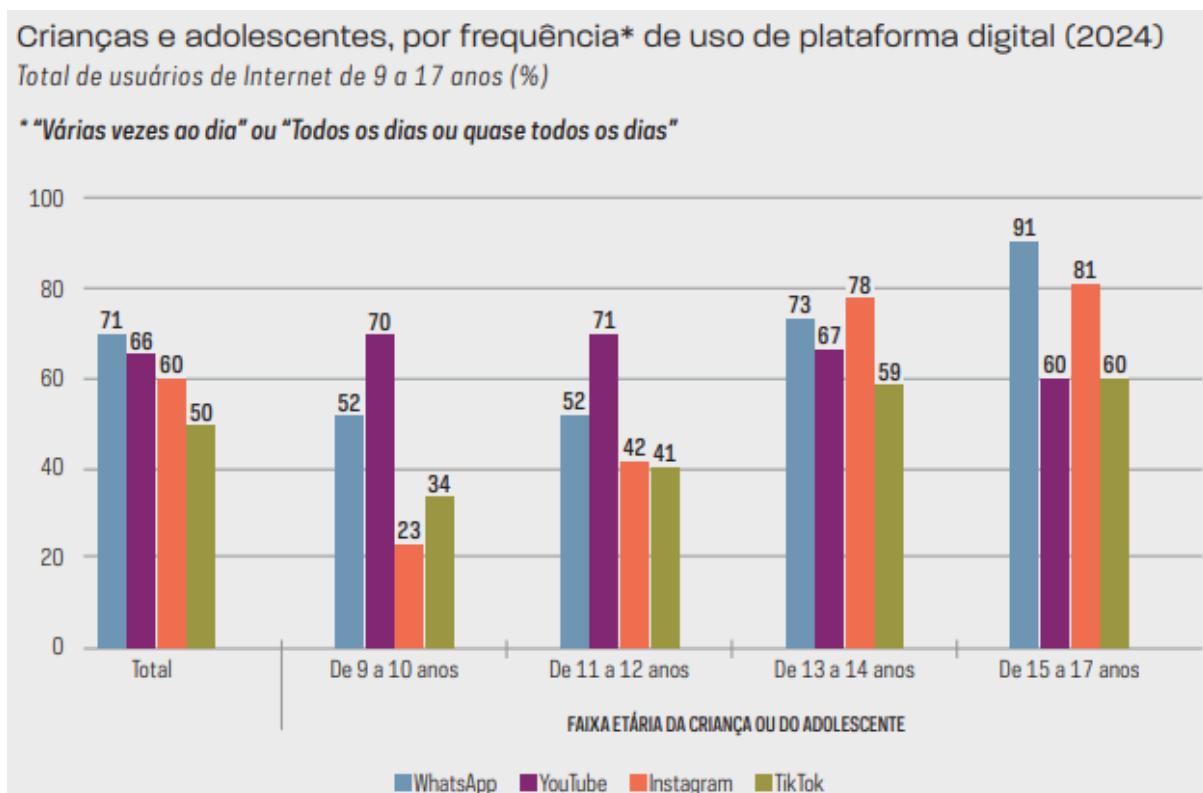
postaram na Internet um texto, imagem ou vídeo de autoria própria

Fonte: Comitê Gestor da Internet no Brasil (2025)²⁰¹.

Nota-se, ainda, os números expressivos de uso de plataformas digitais, tais como WhatsApp, YouTube, Instagram e TikTok. De acordo com o gráfico abaixo, entre crianças de 9 a 10 anos a plataforma mais utilizada é o YouTube (70%), enquanto o WhatsApp ocupa esta posição para 91% dos adolescentes de 15 a 17 anos.

Gráfico 1 - Crianças e adolescentes, por frequência de uso de plataforma digital (2024)

²⁰¹ **Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil:** TIC Kids Online Brasil 2024 [livro eletrônico] / [Grappa Marketing Editorial] Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. – São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2025. Disponível em: https://ctic.br/media/docs/publicacoes/2/20250512154312/tic_kids_online_2024_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 22 jul. 2025.



Fonte: Comitê Gestor da Internet no Brasil (2025)²⁰².

Nesse âmbito, a solução não deve estar orientada na exclusão das crianças do mundo digital, mas sim na criação de um meio saudável em que seus direitos fundamentais possam ser assegurados com absoluta prioridade, tal como o direito à liberdade. Segundo o artigo 16 do ECA, este direito compreende, por exemplo, a liberdade de expressão. Ademais, a liberdade de busca na internet, bem como a igualdade de acesso ao conteúdo online, são exemplos de direitos recentemente esculpidos pelos novos marcos legislativos, como a Resolução nº 245 de 2024 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)²⁰³.

Assim, busca-se analisar as perspectivas de soluções ao descompasso entre avanços tecnológicos e as regulações no Brasil no atual momento de celebração de 35 anos do ECA. Para tanto, a metodologia utilizada será o método bibliográfico e documental, com abordagem qualitativa, além de análise de jurisprudência. Em um primeiro plano, será esboçado um breve panorama legislativo atual do Brasil no que tange à proteção das crianças no ambiente digital. Em seguida, será analisada a Resolução nº 245/2024 do Conanda. Além

²⁰² *Idem.*

²⁰³ BRASIL. **Resolução nº 245, de 5 de abril de 2024.** Dispõe sobre os direitos das crianças e adolescentes em ambiente digital. Diário Oficial da União, Brasília: Seção 1, 09 abr. 2024. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-245-de-5-de-abril-de-2024-552695799>. Acesso em: 16 jul. 2025.

disso, será dado foco aos institutos da “devida diligência em direitos humanos” e do “dever de cuidado”, ambos presentes na Resolução. Por fim, o estudo será concluído com as considerações finais.

2 BREVE PANORAMA LEGISLATIVO BRASILEIRO SOBRE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO AMBIENTE DIGITAL: DA PROTEÇÃO INTEGRAL NO ECA À LGPD E À RESOLUÇÃO N° 245/2024 DO CONANDA

Em primeiro lugar, é importante a compreensão do atual panorama legislativo brasileiro em relação à proteção de crianças e adolescentes no ambiente digital. Não apenas os avanços tecnológicos despontam como fenômeno recente, mas também a própria proteção de crianças e adolescentes como merecedores de proteção especial e integral. Isso porque foi apenas a partir do ECA (1990) que crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, baseado na doutrina da proteção integral, no artigo 227 da Constituição.

Com a fixação deste novo paradigma na década de 1990, seguindo a tendência internacional, o Brasil figura como importante ator na iniciativa de projetos visando à ampliação da proteção integral de crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos, inclusive no meio digital. Em conjunto com a Alemanha, o Brasil propôs a adoção de uma resolução pela Assembleia Geral da ONU dedicada ao direito à privacidade na era digital e o resultado foi positivo. Em 2013, aprovou-se a Resolução 68/167²⁰⁴, que passou a regular questões como a coleta de dados nas comunicações digitais. Trata-se de um chamado aos Estados ao “respeito e à proteção ao direito à privacidade, inclusive no contexto das comunicações digitais”²⁰⁵, e à revisão de seus procedimentos, práticas e legislações atinentes ao monitoramento das comunicações – legislações estas que devem estar conformes às obrigações do direito internacional dos direitos humanos.

Além disso, o direito à vida privada é assegurado enquanto direito fundamental pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal²⁰⁶. Sabe-se que o conteúdo deste direito é infinitamente amplo e que, à época da promulgação da Constituição de 1988, assim como o ECA, não se considerava a privacidade no ambiente digital, objeto de regulações mais recentes – a

²⁰⁴ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (2013). **Resolução 68/167**. “O direito à privacidade na era digital”. AG Index: A/RES/68/167, 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://docs.un.org/A/RES/68/167>. Acesso em: 20 jul. 2025.

²⁰⁵ *Idem*. “To respect and protect the right to privacy, including in the context of digital communication”.

²⁰⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2025. Art. 5º, X, CRFB/88: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

proteção de dados, por exemplo, foi incluída na Constituição como direito fundamental com a Emenda Constitucional nº 115, de 2022²⁰⁷. Por este motivo, um grande avanço foi conquistado no ordenamento jurídico nacional com a adoção da Lei Geral de Proteção de Dados²⁰⁸ (LGPD) em 2018. Os direitos humanos são listados como um dos fundamentos da disciplina de proteção de dados pessoais, no artigo 2º, VII. O principal objetivo desta Lei é a proteção da liberdade, bem como da privacidade de pessoas físicas e jurídicas, pautada em princípios como a finalidade, adequação, necessidade transparência, segurança, e não discriminação do tratamento de dados pessoais.

No que tange à proteção específica à criança e ao adolescente, a LGPD prevê, no artigo 14, que o “tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse”²⁰⁹, reafirmando a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança. Em regra, a coleta destes dados deve ser realizada mediante o consentimento dos responsáveis, salvo as exceções previstas na Lei. Há um claro esforço em tornar o processo de coleta o mais transparente e seguro possível, impondo a obrigação de que os dados coletados, bem como sua utilização, sejam públicos. Ainda, um exame de proporcionalidade é exigido na medida que nenhuma informação além do estritamente necessário deve ser coletada.

Nesse âmbito, em 2015 adotou-se, no plano nacional, a Lei nº 13.185²¹⁰, que institui o programa de combate à intimidação sistemática (*Bullying*). Com o advento das redes sociais e novas comunicações, o *bullying* tomou uma nova forma: o *cyberbullying*. Trata-se de violência física e/ou psicológica perpetrada por meios virtuais. O artigo 2º, parágrafo único, prevê que o *cyberbullying* ocorre quando se usarem os instrumentos próprios à rede mundial de computadores para “depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial”²¹¹. Ademais, o *bullying* é classificado como virtual, conforme o artigo 3º, VIII, quando há depreciação, envio de mensagens intrusivas da intimidade, envio ou adulteração de “fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social”²¹².

²⁰⁷ *Idem*. Art. 5º, LXXIX: “- é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)”.

²⁰⁸ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 16 jul. 2025.

²⁰⁹ *Idem*.

²¹⁰ BRASIL. **Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015**. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm. Acesso em 18 jul. 2025.

²¹¹ *Idem*.

²¹² *Idem*.

A adoção desta Lei demonstra a necessidade constante de atualização do legislador face aos novos desafios enfrentados pela geração mais jovem. Assim, o objetivo de prevenção, conscientização e capacitação de docentes e equipes pedagógicas para a solução do problema é de extrema pertinência, ainda mais considerando que, no contexto do *cyberbullying*, a detecção do sofrimento da vítima pode ser mais sensível de ser aferida, pois a intimidação é feita de forma não tão exposta no ambiente escolar.

Em relação aos crimes digitais, ou cibercrimes, Maria Thereza de Assis Moura e Marta Saad destacam a necessidade da cooperação jurídica internacional, pois geralmente estes crimes possuem caráter transfronteiriço e a realização de atividades investigativas é limitada em razão da soberania e territorialidade²¹³.

No que tange especificamente ao ambiente escolar, em 2025, no esforço de aprimorar a relação dos jovens com a tecnologia, foi sancionada a Lei nº 15.100/2025²¹⁴, que restringiu o uso, “por estudantes, de aparelhos eletrônicos portáteis pessoais durante a aula, o recreio ou intervalos entre as aulas, para todas as etapas da educação básica”, conforme o artigo 2º.

Vale ressaltar, ainda, um avanço legislativo recente: a Resolução nº 245/2024 do Conanda sobre os direitos das crianças e dos adolescentes em ambiente digital²¹⁵, a qual merece um estudo separado por trata-se de normativa específica e mais completa no âmbito da proteção digital.

3 ANÁLISE DA RESOLUÇÃO N° 245/2024 SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM AMBIENTE DIGITAL DO CONANDA

Em meio à necessidade latente de regulação do espaço digital específica às crianças e adolescentes no Brasil, a Resolução nº 245/2024 propôs-se a preencher tal lacuna. Pode-se afirmar que, embora necessite de complementos em alguns pontos, o teor da Resolução, de maneira geral, encontra-se em consonância com a ordem de direito internacional dos direitos humanos. Crianças e adolescentes são reconhecidos como indivíduos com prioridade absoluta

²¹³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura; SAAD, Marta. Cibercrime e cooperação jurídica internacional. In: ABADE, Denise Neves (org.); CHAGAS, Cláudia Maria de Freitas (org.); LOULA, Maria Rosa Guimarães (org.). **Novas perspectivas da cooperação jurídica internacional: uma visão de juristas brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024, p. 168.

²¹⁴ BRASIL. **Lei nº 15.100, de 13 de janeiro de 2025**. Dispõe sobre a utilização, por estudantes, de aparelhos eletrônicos portáteis pessoais nos estabelecimentos públicos e privados de ensino da educação básica. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2025/lei/l15100.htm. Acesso em: 16 jul. 2025.

²¹⁵ BRASIL. **Resolução nº 245, de 5 de abril de 2024**. Dispõe sobre os direitos das crianças e adolescentes em ambiente digital. Diário Oficial da União, Brasília: Seção 1, 09 abr. 2024. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-245-de-5-de-abril-de-2024-552695799>. Acesso em: 16 jul. 2025.

na garantia de seus direitos, definindo-se, no artigo 1º, parágrafo único, o ambiente digital como:

as tecnologias da informação e comunicação (TICs), como redes, conteúdos, serviços e aplicativos digitais disponíveis no ambiente virtual (Internet); dispositivos e ambientes conectados; realidade virtual e aumentada; inteligência artificial (IA); robótica; sistemas automatizados, biometria, sistemas algorítmicos e análise de dados, em consonância com o Comentário Geral nº 25 de 2021, do Comitê de Direitos da Crianças da ONU²¹⁶.

O texto é conforme, igualmente, à doutrina da proteção integral, estabelecendo o interesse superior da criança como “o princípio orientador e primário para a garantia dos direitos e do bem-estar da criança e do adolescente no ambiente digital”²¹⁷, segundo o artigo 5º.

Conforme explicitado anteriormente, a Resolução é inspirada no Comentário Geral nº 25 de 2021 do Comitê de Direitos das Crianças da ONU, que visa fornecer orientações à devida implementação dos termos da Convenção sobre os Direitos das Crianças pelos Estados-signatários no ambiente digital. O Brasil reforça, assim, seus compromissos internacionalmente assumidos. Quatro são os princípios endossados no Comentário, guias à proteção integral das crianças no ambiente digital: (i) não discriminação; (ii) o melhor interesse da criança; (iii) direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento; (iv) respeito pela opinião da criança. Todos são afirmados, igualmente, pela Resolução nº 245/2024 do Conanda em seu artigo 3º, que engloba ainda a proteção de dados e a autodeterminação informativa, conceitos presentes na LGPD.

Em primeiro lugar, a não discriminação garante que o acesso à internet seja gratuito e seguro a todas as crianças, independentemente do gênero, idade, idioma, entre outras critérios analisados a partir de informações injustamente obtidas, protegendo-as, também, de comentários de ódio e tratamento injusto. Já o princípio do melhor interesse da criança, por sua vez, trata-se de conceito que deve ser analisado casuisticamente. O Comentário traz ainda os direitos a “buscar, receber e difundir informações, a receber proteção contra todo dano e a que suas opiniões sejam devidamente consideradas”, relacionados ao melhor interesse, no tópico 13. Trata-se de nova gama de direitos decorrentes do desenvolvimento do mundo digital.

É interessante notar que o “direito à internet” não é ainda um direito humano reconhecido de forma autônoma como direito fundamental. Os principais direitos humanos

²¹⁶ *Idem.*

²¹⁷ *Idem.*

internacionalmente reconhecidos são encontradas na Carta Internacional de Direitos Humanos (consistindo na Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), somando-se ainda às principais convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O direito de acesso à internet, portanto, é sustentado, tradicionalmente, por estes direitos já reconhecidos como fundamentais, como por exemplo o direito à liberdade de expressão.

Contudo, observa-se o notável movimento internacional em direção ao reconhecimento deste direito de forma autônoma como direito humano. No âmbito regional europeu, por exemplo, a “Diretiva serviço universal”²¹⁸ de 2002 prevê o direito a acesso à rede telefônica pública num local fixo de acesso com capacidade de “viabilizar o acesso funcional à internet” (artigo 4º, alínea 2). Ademais, dois casos emblemáticos dedicam-se à consagração do direito de acesso à internet como derivado do direito fundamental à liberdade de expressão: em 2011, um julgado do Tribunal de Justiça da União Europeia²¹⁹ e, um ano após, um julgado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos²²⁰.

Sendo assim, pode-se considerar muito positiva a iniciativa do Comentário Geral nº 25 de reforçar o direito ao acesso à internet como direito inerente ao melhor interesse da criança. Do mesmo modo, a Resolução do Conanda espelha-se nessa construção, atrelando o direito de busca na internet à liberdade de expressão, no artigo 5º, parágrafo único:

As autoridades públicas, entes privados e a sociedade devem zelar para que todas as ações realizadas, a concepção, o desenvolvimento e as ações de comunicação de qualquer produto ou serviço nos meios digitais levem em conta os direitos e o interesse superior da criança e do adolescente, sobretudo **liberdade de expressão** e aos **direitos de buscar, receber e difundir informação segura, confiável e íntegra**. (grifo nosso)

O artigo 11 da Resolução, em um capítulo dedicado à liberdade de expressão no ambiente digital, reforça esta abordagem:

²¹⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal).** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0022>. Acesso em: 22 jul. 2025.

²¹⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Scarlet vs SABAM**. Processo C-70/10. Relator: J. Malenovský, julgado em 24 nov. 2011. Luxemburgo, Tribunal de Justiça da União Europeia, 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0070>. Acesso em: 22 jul. 2025.

²²⁰ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Ahmet Yildirim c. Turquia**. Pedido nº 3111/10. Julgado em 18 dez. 2012. Strasbourg, Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115401>. Acesso em: 20 jul. 2025.

O direito à liberdade de expressão de crianças e adolescentes no ambiente digital inclui a liberdade de buscar, receber e compartilhar informações seguras, íntegras e adequadas, utilizando-se de qualquer ferramenta ou serviço conectado à internet.

Quanto ao terceiro princípio, direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, duas facetas são abrangidas. De um lado, a necessidade de a criança ser protegida pelos Estados Partes de atividades perpetradas por criminosos no ambiente virtual, como exploração sexual e incitação a situações que ponham risco à vida. De outro, o dever dos Estados Partes de assegurar o crescimento saudável das crianças. Ocorre que, nos primeiros anos de vida, o indivíduo encontra-se no auge da plasticidade cerebral e os efeitos do contato exacerbado com as telas podem ser devastadores à cognição.

Nesse sentido, um estudo publicado na revista *JAMA Pediatrics* (2020)²²¹ constatou que uma maior quantidade de uso de telas, como televisão e tablets, foi negativamente associada à linguagem infantil, enquanto uma melhor qualidade de uso de telas, atrelada à programas educacionais e visualização em conjunto com os responsáveis, foi positivamente associada às habilidades de linguagem infantil. Outro estudo mais recente publicado na mesma revista (2024)²²² demonstra que, para garantir o desenvolvimento cognitivo e psicológico na infância, é indispensável o incentivo ao uso intencional e produtivo de telas, ao consumo de conteúdo apropriado para a idade e ao uso em conjunto com responsáveis.

O princípio do respeito pela opinião da criança, por sua vez, dialoga tanto com o direito à liberdade de expressão (Capítulo III da Resolução) quanto com o direito à privacidade (Capítulo IV da Resolução). A previsão deste princípio é fundamental e se destaca dos demais mencionados até aqui, pois ele consagra a criança como sujeito ativo de direitos. Freeman, ensina que como a Convenção sobre os Direitos da Criança aceita a criança como “ser” (“*being*”), ou seja, como sujeito de direitos, é dada “voz” à criança. Todavia, se as crianças fossem apenas vistas como “tornar-se” (“*becomings*”) – como era no paradigma anterior à década de 1990 –, a Convenção teria enfatizado a importância do melhor interesse da criança e tratado exclusivamente do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento²²³.

²²¹ Madigan S. et al. (2020). **Associations Between Screen Use and Child Language Skills: A Systematic Review and Meta-analysis.** *JAMA Pediatrics*, Vol. 174, nº 7, p. 665-675. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/fullarticle/2762864>. Acesso em: 22 jul. 2025.

²²² Mallawaarachchi et al. (2024). **Early Childhood Screen Use Contexts and Cognitive and Psychosocial Outcomes - A Systematic Review and Meta-analysis.** *JAMA Pediatrics*. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/article-abstract/2821940>. Acesso em: 22 jul. 2025.

²²³ “If children were only ‘becomings’, the Convention would have emphasized the importance of their best interest (as it does), and concentrated on provision and protection rights exclusively: to life, survival and development. [...] But, because it accepts children are also ‘beings’, it gives them ‘a voice’”. FREEMAN,

Em outras palavras, a Resolução consagra não apenas o melhor interesse da criança e seus direitos essenciais, mas vai além ao promover a liberdade de expressão e o direito de comunicar-se na internet de forma segura. Assim, a criança passa a ser sujeito e deixa de ser meramente objeto de direitos. A escuta da opinião das crianças é essencial no processo de criação de um ambiente próspero, acolhedor e seguro, inclusive no meio digital, como faz, por exemplo, o Comentário nº 25 ao ser elaborado mediante a consulta direta de crianças. Indo além, a Resolução promove o respeito ao direito à privacidade, de forma que o tratamento dos dados deve obedecer aos “*mais altos padrões de segurança*”, conforme o artigo 13, pautados em transparência e necessidade.

Todos os princípios enumerados na Resolução nº 245/2024, inspirada pelo Comentário nº 25, são primordiais no enfrentamento da atual realidade, na qual crianças e adolescentes sujeitam-se a violações de forma recorrente. No campo da privacidade, nota-se que “a ausência de agilidade na edição de atos normativos vem enfraquecendo a proteção de dados pessoais no país”²²⁴. Como ensina Chagas, há ainda que ser trabalhado no Brasil a cultura de proteção de dados pessoais, somando forças do Estado, setor privado e cidadãos para a efetiva garantia deste direito constitucional.

Nesse contexto, a denúncia do TikTok à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)²²⁵ é um caso emblemático que ilustra tais violações no tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Ocorre que o formato desta plataforma digital é projetado com o objetivo de potencializar o engajamento do usuário, que não necessita de cadastro formal para ter acesso aos conteúdos disponíveis no aplicativo. O caso demonstra a importância de reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direito, com o intuito de desenvolver políticas especificamente voltadas à proteção deste público. Por exemplo, com mecanismos de moderação de conteúdo na plataforma e com transparência direcionada à compreensão destes jovens em relação à utilização dos dados pessoais e ao direito de informação. Como resultado do despreparo, crianças e adolescentes são expostos a conteúdos inadequados,

Michael. **The human rights of children – Selected essays on children’s rights**. Leiden: Koninklijke Brill NV, The Netherlands, 2022, p. 21.

²²⁴ CHAGAS, Claudia Maria de Freitas. Cooperação jurídica internacional e proteção de dados pessoais. In: ABADÉ, Denise Neves (org.); CHAGAS, Cláudia Maria de Freitas (org.); LOULA, Maria Rosa Guimarães (org.). **Novas perspectivas da cooperação jurídica internacional: uma visão de juristas brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024, p. 77.

²²⁵ **Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil**: TIC Kids Online Brasil 2024 [livro eletrônico] / [Grappa Marketing Editorial] Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. – São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2025. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20250512154312/tic_kids_online_2024_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 22 jul. 2025.

exploração comercial e, até mesmo, violência. Assim, o Comitê Gestor da Internet no Brasil destaca que:

a facilidade de acesso ao feed “Para Você” no Brasil, disponível amplamente por navegador ou aplicativo, sem exigência de cadastro ou aplicação de políticas que inibam o uso por crianças, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos ou Europa. Tal facilidade contraria os próprios termos de uso do TikTok, que indicam que crianças não deveriam consumir seus produtos ou serviços²²⁶.

Portanto, é fundamental que as plataformas digitais estejam devidamente adaptadas aos padrões da legislação brasileira, esculpidos no ECA, na LGPD, na Resolução nº 245/2024 e demais instrumentos pertinentes, para que crianças e adolescentes brasileiros estejam tão protegidos quanto os americanos e europeus.

Tabela 2 - Violações identificadas na plataforma TikTok no estudo sobre tratamento de dados

Categoria de análise	Violações identificadas
Políticas	Conteúdos em inglês e sem tradução
	Inadequação das políticas de proteção de dados com a legislação brasileira
	Inadequação dos termos de serviço com a legislação brasileira, havendo ausência ou inadequação de regras específicas que considerem necessidades especiais desse público
	Não adaptação das políticas para atender aos direitos de informação de crianças e adolescentes e garantir a sua devida compreensão
	Referência a mecanismos de governança e práticas inexistentes
Desenho da interface	Facilidade de acesso sem cadastro à rede, seja por navegador ou aplicativo
	Facilidade de criação de conta por criança ou adolescente
	Repetição de recomendações algorítmicas em loop de conteúdos abusivos ou ilegais, geradas com base no perfil comportamental da criança ou do adolescente usuário
Moderação de conteúdo	Falha repetitiva na identificação e remoção de conteúdos ilegais ou abusivos

Fonte: Comitê Gestor da Internet no Brasil (2025)²²⁷.

Em julgado de agosto de 2022, o Superior Tribunal de Justiça fixou que, à luz do artigo 11 do Marco Civil da internet²²⁸, “empresas que prestam serviços de aplicação na

²²⁶ *Idem*.

²²⁷ *Idem*.

²²⁸ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 jul 2025.

internet em território brasileiro devem necessariamente se submeter ao ordenamento jurídico pátrio, independentemente da circunstância de possuírem filiais no Brasil”²²⁹.

Além disso, com o intuito de garantir a proteção de direitos fundamentais e a democracia, o Supremo Tribunal Federal²³⁰ declarou parcialmente inconstitucional o artigo 19 do Marco Civil da internet, que condicionava a responsabilização civil das plataformas à existência de ordem judicial específica para remoção de conteúdos gerados por terceiros. Esta interpretação deu origem ao tema 987 de repercussão geral e deverá ser aplicada até que Congresso Nacional atualize a legislação.

Assim, as plataformas poderão ser responsabilizadas civilmente, mesmo sem ordem judicial, em hipóteses que envolvem crimes graves como racismo, terrorismo, e violência contra crianças. Em outras palavras, espera-se que as plataformas combatam ativamente conteúdos ilícitos, de modo a cumprirem o seu dever de atuar de forma cautelosa e responsável.

Dentre as recomendações do Comitê Gestor da Internet no Brasil, tem-se a adaptação dos termos de uso ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como a instalação de mecanismos de denúncia e moderação. Destaca-se, em especial, a “avaliação de impacto e mitigação de riscos, considerando o melhor interesse de crianças e adolescentes, com base em investigações sobre a experiência concreta de uso no Brasil”²³¹, o que dialoga com a devida diligência em direitos humanos, a qual será abordada a seguir, bem como o dever de cuidado.

4 DEVIDA DILIGÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS E O DEVER DE CUIDADO

O conteúdo da Resolução reflete claramente os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, endossados pela Resolução nº 17/4 do Conselho de Direitos Humanos da ONU de 2011. Vale destacar que o Princípio Orientador nº 17, dentro do

²²⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura; SAAD, Marta. Cibercrime e cooperação jurídica internacional. In: ABADE, Denise Neves (org.); CHAGAS, Cláudia Maria de Freitas (org.); LOULA, Maria Rosa Guimarães (org.). **Novas perspectivas da cooperação jurídica internacional: uma visão de juristas brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024, p. 77.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) 1037396 (Tema 987 da repercussão geral)**. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 26 jun. 2025. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 de junho de 2025. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-define-parametros-para-responsabilizacao-de-plataformas-por-contudos-de-terceiros/>. Acesso em: 8 set. 2025.

²³¹ Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2024 [livro eletrônico] / [Grappa Marketing Editorial] Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. – São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2025. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20250512154312/tic_kids_online_2024_eletronico.pdf. Acesso em: 22 jul. 2025.

capítulo sobre a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos, reforça o dever das empresas em aplicar a devida diligência em direitos humanos.

4.1 DEVIDA DILIGÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS (PRINCÍPIO ORIENTADOR N° 17)

Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos são erguidos por três pilares: (i) o dever do Estado de proteger direitos humanos; (ii) a responsabilidade das empresas de respeitar direitos humanos; (iii) o acesso a mecanismos de reparação em caso de violação aos direitos humanos. Portanto, as empresas possuem a obrigação de respeitarem os direitos humanos em suas diversas atividades, o que inclui a obrigação de prevenção de riscos e de reparação caso incorra em uma violação: trata-se do processo de devida diligência em direitos humanos.

Portanto, o Princípio orientador nº 17, “devida diligência em direitos humanos”, abrange esta responsabilidade das empresas em analisar os potenciais riscos aos direitos humanos inerentes a sua atividade, de modo que é necessário adotar todas as medidas cabíveis para a prevenção de tais riscos, e, ainda, comunicando essas medidas de forma transparente, além de responsabilizarem-se pela remediação do dano, caso este ocorra. Verifica-se que o artigo 22 da Resolução nº 245/2024 dialoga com este princípio:

Art. 22 As empresas provedoras são responsáveis por identificar, medir, avaliar e mitigar preventiva e diligentemente os riscos reais ou previsíveis aos direitos e interesse superior de crianças e adolescentes relacionados às funcionalidades, à concepção, gestão e funcionamento de seus serviços e sistemas, inclusive os algorítmicos, de redes sociais, jogos, aplicativos e demais ambientes digitais, especialmente aqueles relacionados à: [...]²³².

Trata-se de um dever muito mais abrangente do que o simples dever de reparação em caso de dano. A empresa, para ser considerada diligente no cumprimento dos direitos humanos em suas atividades, deve assegurar a mitigação de riscos, em primeiro lugar. No contexto da proteção do ambiente digital, deve-se prezar por uma coleta de dados transparente, pela implementação de medidas de segurança, de monitoramento dos conteúdos potencialmente sensíveis e canais abertos de denúncia em caso de intimidação da criança,

²³² ONU (2011). **Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: Implementando os Parâmetros estrutura "Proteger, Respeitar e Reparar" das Nações Unidas.** Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf. Acesso em: 17 jul. 2025.

além de rígidas políticas de publicidade infantil, seguindo a linha da Resolução nº 163 de 2014 do Conanda²³³.

Ademais, o artigo 28 da Resolução contempla o princípio de transparência ao prever a publicação de relatórios de transparência assim como de avaliação de riscos aos direitos de crianças e adolescentes, uma novidade no ordenamento jurídico em compasso com a devida diligência em direitos humanos.

4.2 O DEVER DE CUIDADO (“DUTY OF CARE”)

É interessante notar que o Capítulo V da Resolução trata do “dever de cuidado e das responsabilidades das empresas provedoras de produtos e serviços digitais”. O dever de cuidado é um instituto presente nos ordenamentos jurídicos de tradição *common law*, inexistente no direito brasileiro positivado, até então. Em razão disso, vale dedicar-se à breve síntese de como este conceito é compreendido no direito anglo-saxão.

Em primeiro lugar, o *common law* inglês não reconhece um princípio geral de responsabilidade extracontratual. Em vez disso, desenvolve um conjunto de *torts*, cada um dotado de requisitos específicos. O *tort of negligence*, o mais central, estrutura-se em torno de três elementos: (i) a existência de um *duty of care* (dever de cuidado); (ii) a *breach of duty* (violação do dever); e (iii) o nexo de causalidade com um dano. O *duty of care* fundamenta-se no *neighbour principle*²³⁴: cada indivíduo deve agir com razoável prudência para não causar dano a qualquer pessoa que razoavelmente possa prever como afetada por seus atos²³⁵. O *threefold test* (teste em três etapas)²³⁶ especifica os critérios de previsibilidade, proximidade e de justiça e razoabilidade da imposição de um dever. Além disso, o direito inglês reconhece o

²³³ BRASIL. **Resolução nº 163, de 13 de março de 2014**. Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. Disponível em: [https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianc a-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao-163_-_publicidade-infantil.pdf/view](https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianc-a-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao-163_-_publicidade-infantil.pdf/view). Acesso em: 16 jul. 2025.

²³⁴ REINO UNIDO. House of Lords. **Donoghue v Stevenson**. [1932] AC 562. Relator: Lord Buckmaster, julgado em 26 mai. 1932. **Law Reports**: Appeal Cases, Londres, p. 562.

²³⁵ LEGEAIS, Raymond, **Grands systèmes de droit contemporain**. Lexis Nexis, 3ème ed., 2016, p. 554: “princípio geral no que concerne às relações as quais dão origem a um dever de prudência” (tradução nossa); “principe général concernant « les relations qui donnent naissance à un devoir de prudence »”.

²³⁶ REINO UNIDO. House of Lords. Caparo Industries plc v Dickman. [1990] 2 AC 605. Relator: Lord Bridge of Harwich, julgado em 8 fev. 1990. **Law Reports**: Appeal Cases, Londres, v. 2, p. 605.

princípio do *duty to mitigate*²³⁷ (dever de mitigação), ao contrário do direito francês²³⁸, por exemplo, princípio que vem sendo incorporado no direito brasileiro. Nesse contexto, o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil²³⁹ prevê que o "princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo". Tufvesson, aliás, afirma que o *duty to mitigate* também se estende às relações extracontratuais²⁴⁰.

Ainda no âmbito do *common law*, a violação da obrigação de cuidado (*breach of duty*) é avaliada com base no padrão da pessoa razoável, conforme definido no caso *Blyth v Birmingham Waterworks*²⁴¹, sendo este padrão ajustado de acordo com as circunstâncias, como idade²⁴², experiência ou competências profissionais²⁴³. Segundo Grubb, "é frequentemente difícil para um autor, em uma ação de negligência médica, demonstrar que a negligência de seu médico causou ou contribuiu para sua lesão"²⁴⁴. Por fim, o dano deve ser comprovado, assim como o nexo causal, estabelecido por meio do "*but for test*": sem a falha, o dano não teria ocorrido, ou seja, a negligência do réu é apreciada em função da probabilidade: tal negligência deve ser a causa real do dano e a vítima deve provar este fato. No entanto, a doutrina do *remoteness*²⁴⁵ limita a reparação às consequências razoavelmente previsíveis no momento do ato. A doutrina *res ipsa loquitur* pode facilitar essa prova quando

²³⁷ "The duty to mitigate refers to a party's obligation to make reasonable efforts to limit the harm they suffer from another party's actions". **Duty to mitigate.** LLI (Legal Information Institute, Cornell Law School). LLI (Legal Information Institute, Cornell Law School). Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/duty_to_mitigate#:~:text=The%20duty%20to%20mitigate%20refers,suffer%20from%20another%20party's%20actions. Acesso em: 20 mai. 2025.

²³⁸ MUIR-WATT, H. **La modération des dommages en droit anglo-américain.** Les Petites Affiches, 2002, no 232, p. 45-46. Disponível em: <https://www-labase-lexenso-fr.ezproxy.u-paris.fr/gazette-du-palais/GP20090326003?em=lien%20de%20causalité%C3%A9%20droit%20compar%C3%A9&source=4>. Acesso em: 19 mai. 2025.

²³⁹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil.** 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/300>. Acesso em: 20 jul. 2025.

²⁴⁰ MORAES, Bruno Terra de. **O dever de mitigar o próprio dano: fundamentos e parâmetros no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 34-36, apud LENTE e TOMAZ, A natureza jurídica e o enquadramento do dever de mitigar o próprio dano no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁴¹ REINO UNIDO. Court of Exchequer. **Blyth v Birmingham Waterworks Co.** (1856) 11 Ex Ch 781, 156 ER 1047. Relator: Baron Alderson, julgado em 6 fev. 1856. **Law Reports:** English Reports, Londres, v. 156, p. 1047.

²⁴² REINO UNIDO. Court of Appeal. **Mullin v Richards.** [1998] 1 WLR 1304. Relator: Lady Justice Butler-Sloss, julgado em 6 nov. 1997. **Weekly Law Reports**, Londres v.1, p. 1304.

²⁴³ REINO UNIDO. Queen's Bench Division. **Bolam v Friern Hospital Management Committee.** [1957] 1 WLR 582. Relator: McNair J., julgado em 26 fev. 1956. **Weekly Law Reports**, Londres, v. 1, p. 582.

²⁴⁴ "It is often difficult for a plaintiff in a medical negligence action to show that his doctor's negligence caused or contributed to his injury". GRUBB, Andrew, **Causation and Medical Negligence.** The Cambridge Law Journal, Volume 47, Issue 3, November 1988, p. 350 - 352 DOI: <https://doi.org/10.1017/S0008197300120343>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/abs/causation-and-medical-negligence/952F4A73433E8B71156403E1EB45BAAB>. Acesso em: 20 mai. 2025.

²⁴⁵ REINO UNIDO. Privy Council. **The Wagon Mound (No 1).** [1961] AC 388. Relator: Viscount Simonds, julgado em 18 jan. 1961. **Law Reports:** Appeal Cases, Londres, p. 388.

o acidente é de tal natureza que só pode ter decorrido de negligência. Em casos de causalidade múltipla, a jurisprudência tende a proteger a reparação da vítima²⁴⁶.

Além do *tort of negligence*, a jurisprudência reconhece os *torts* intencionais (*assault*, *battery*) e a *nuisance* (pública e privada). A escolha da causa da ação é crucial²⁴⁷, sendo que apenas uma ação por *negligence* pode ser intentada por fatos não intencionais dentro de um prazo prescricional de três anos²⁴⁸. Por fim, o direito inglês prevê causas excludentes de responsabilidade, tais como a *contributory negligence*²⁴⁹, o *volenti non fit injuria* e a *defense of illegality*. Assim como no direito francês, o ônus da prova recai sobre o autor quanto às suas alegações²⁵⁰.

No que tange à Resolução nº 245/2024 do Conanda, o capítulo V faz referência ao termo “dever de cuidado”, como citado anteriormente. Portanto, entende-se que a leitura que deve ser feita é que empresas devem agir com razoável prudência de modo a não violar os direitos humanos de crianças e adolescentes no ambiente digital. Contudo, a ideia de dever de cuidado ainda não é tão precisa no Brasil, razão pela qual seria interessante o desenvolvimento de atos normativos que esclareçam o significado deste instituto para a compreensão efetiva das plataformas digitais no Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com um panorama legislativo que acompanha o movimento internacional de proteção e reconhecimento da criança como sujeito de direitos, o ordenamento jurídico pátrio ainda há um longo caminho a percorrer em relação à proteção de crianças e adolescentes no ambiente digital. Enquanto as tecnologias avançam mais a cada dia, os atos normativos não necessariamente acompanham o mesmo ritmo, tornando-se, muitas vezes, insuficientes ao efetivo cumprimento dos direitos humanos.

Certamente, a proteção de crianças no meio digital trata-se de um dos maiores desafios atuais neste momento de celebração de 35 anos do ECA. É necessário manter o Estatuto e a LGPD como “fios condutores” das demais legislações e políticas a serem

²⁴⁶ REINO UNIDO. House of Lords. *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd.* [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32. Relator: Lord Bingham of Cornhill, julgado em 20 jun. 2022. **Law Reports:** Appeal Cases, v. 1, p. 32.

²⁴⁷ REINO UNIDO. Court of Appeal. **Esso Petroleum Co Ltd v Southport Corporation.** [1954] 2 QB 182. Relator: Lord Justice Singleton, julgado em 3 jun. 1954. **Law Reports:** Queen's Bench, Londres, v. 2, p. 182.

²⁴⁸ REINO UNIDO. Court of Appeal. **Letang v Cooper.** [1965] 1 QB 232. Relator: Lord Denning, julgado em 15 jun. 1964. **Law Reports:** Queen's Bench, Londres, v. 1, p. 232.

²⁴⁹ REINO UNIDO. **Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945.** Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/8-9/28/contents>. Acesso em: 18 jul. 2025.

²⁵⁰ ANDREWS, Neil, **The Modern Civil Process**. Tübingen, 2008, Mohr Siebeck ed., nº 2.32; **The Three Paths of Justice**, 2012, Springer ed., 2012, nº 1.27).

adotadas neste âmbito. O respeito à privacidade, à vida, sobrevivência, desenvolvimento, à educação, à liberdade de expressão, englobando, inclusive, o acesso à internet, e, principalmente, à opinião da criança, são pilares fundamentais na construção do futuro em que crianças são efetivamente protegidas.

Os direitos humanos, garantidos a todos os cidadãos sem distinção, em especial aos mais vulneráveis, tais como crianças e adolescentes, devem ser observados em todos os atos das empresas provedoras de serviços digitais, tanto na aferição de riscos, quanto na implementação de políticas e reparação de danos. Desse modo, um equilíbrio deve ser encontrado entre a difusão de novas tecnologias e a participação segura das crianças em meio à sociedade como protagonistas de seus direitos, e não meros objetos da legislação.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil, **The Modern Civil Process**. Tübingen, 2008, Mohr Siebeck ed., nº 2.32; The Three Paths of Justice, 2012, Springer ed., 2012, nº 1.27.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (2011). **Resolução 17/4**. “Direitos humanos e corporações transnacionais e outras empresas comerciais”. AG Index: A/HRC/RES/17/4, 6 de julho de 2011. Disponível em: <https://docs.un.org/A/HRC/RES/17/4>. Acesso em: 16 jul. 2025.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (2013). **Resolução 68/167**. “O direito à privacidade na era digital”. AG Index: A/RES/68/167, 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://docs.un.org/A/RES/68/167>. Acesso em: 20 jul. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2014].

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 jul 2025.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 15.100, de 13 de janeiro de 2025. Dispõe sobre a utilização, por estudantes, de aparelhos eletrônicos portáteis pessoais nos estabelecimentos públicos e privados de ensino da educação básica. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2025/lei/l15100.htm. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2628, de 2022. Dispõe sobre a proteção de crianças e adolescentes em ambientes digitais. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154901>. Acesso em: 17 jul. 2025.

BRASIL. Resolução nº 163, de 13 de março de 2014. Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao-163_-publicidade-infantil.pdf/view. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. Resolução nº 245, de 5 de abril de 2024. Dispõe sobre os direitos das crianças e adolescentes em ambiente digital. Diário Oficial da União, Brasília: Seção 1, 09 abr. 2024. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-245-de-5-de-abril-de-2024-552695799>. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 1037396 (Tema 987 da repercussão geral). Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 26 jun. 2025. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 de junho de 2025. Disponível em:

<https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-define-parametros-para-responsabilizacao-de-plataformas-por-conteudos-de-terceiros/>. Acesso em: 8 set. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em 18 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 9 mar. 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 17 jul. 2025.

CHAGAS, Claudia Maria de Freitas. Cooperação jurídica internacional e proteção de dados pessoais. In: ABADE, Denise Neves (org.); CHAGAS, Cláudia Maria de Freitas (org.); LOULA, Maria Rosa Guimarães (org.). **Novas perspectivas da cooperação jurídica internacional: uma visão de juristas brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024, p. 73-88.

COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA. **Comentário geral no 25 sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital** (2021). Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2022/01/comentario-geral-n-25-2021.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2025.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2024** [livro eletrônico] / [Grappa Marketing Editorial] Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. – São Paulo: 2025. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20250512154312/tic_kids_online_2024_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 22 jul. 2025

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil**. 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/300>. Acesso em: 20 jul. 2025.

ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Treaty bodies: What the treaty bodies do?** Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/what-treaty-bodies-do>. Acesso em: 20 jul. 2025.

FREEMAN, Michael. **The human rights of children – Selected essays on children's rights**. Leiden: Koninklijke Brill NV, The Netherlands, 2022.

GRUBB, Andrew, **Causation and Medical Negligence**. The Cambridge Law Journal, Volume 47, Issue 3, November 1988, p. 350 - 352 DOI: <https://doi.org/10.1017/S0008197300120343>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/abs/causation-and-medical-negligence/952F4A73433E8B71156403E1EB45BAAB>. Acesso em: 20 mai. 2025.

LEGEAIS, Raymond, **Grands systèmes de droit contemporain**. Lexis Nexis, 3^{ème} ed., 2016, p. 554.

LLI (Legal Information Institute, Cornell Law School). **Duty do mitigate**. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/duty_to_mitigate#:~:text=The%20duty%20to%20mitigate%20refers,suffer%20from%20another%20party's%20actions. Acesso em: 20 mai. 2025.

Madigan S. et al. (2020). **Associations Between Screen Use and Child Language Skills: A Systematic Review and Meta-analysis**. JAMA Pediatrics, Vol. 174, n° 7, p. 665-675. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/fullarticle/2762864>. Acesso em: 22 jul. 2025.

Mallawaarachchi et al. (2024). **Early Childhood Screen Use Contexts and Cognitive and Psychosocial Outcomes - A Systematic Review and Meta-analysis**. JAMA Pediatrics. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/article-abstract/2821940>. Acesso em: 22 jul. 2025.

MORAES, Bruno Terra de. **O dever de mitigar o próprio dano: fundamentos e parâmetros no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 34-36, apud LENTE e TOMAZ, A natureza jurídica e o enquadramento do dever de mitigar o próprio dano no ordenamento jurídico brasileiro.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura; SAAD, Marta. Cibercrime e cooperação jurídica internacional. In: ABADE, Denise Neves (org.); CHAGAS, Cláudia Maria de Freitas (org.); LOULA, Maria Rosa Guimarães (org.). **Novas perspectivas da cooperação jurídica internacional: uma visão de juristas brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024, p. 167-179.

MUIR-WATT, H, **La modération des dommages en droit anglo-américain**. Les Petites Affiches, 2002, n° 232, p. 45-46. Disponível em: <https://www-labase-lextenso-fr.ezproxy.u-paris.fr/gazette-du-palais/GP20090326003?em=lien%20de%20causalit%C3%A9%20droit%20compar%C3%A9&source=4>. Acesso em: 19 mai. 2025.

ONU (1945). **Carta das Nações Unidas.** 24 out. 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>. Acesso em: 20 jul. 2025.

ONU (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 10 dez. 1948. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2025-03/ONU_DireitosHumanos_DUDH_UNICRIO_20250310.pdf. Acesso em: 20 jul. 2025.

ONU (2011). **Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: Implementando os Parâmetros estrutura "Proteger, Respeitar e Reparar" das Nações Unidas.** Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf. Acesso em: 17 jul. 2025.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (UNDP). Human Rights Due Diligence: An Interpretive Guide. Disponível em: https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2022-10/HRDD%20Interpretive%20Guide_ENG_Sep%202021.pdf. Acesso em: 18 jul. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Scarlet vs SABAM. Processo C-70/10. Relator: J. Malenovský, julgado em 24 nov. 2011. Luxemburgo, Tribunal de Justiça da União Europeia, 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0070>. Acesso em: 22 jul. 2025

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Ahmet Yildirim c. Turquia. Pedido nº 3111/10. Julgado em 18 dez. 2012. Strasbourg, Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115401>. Acesso em: 20 jul. 2025.

REINO UNIDO. Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/8-9/28/contents>. Acesso em: 18 jul. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0022>. Acesso em: 22 jul. 2025.

REINO UNIDO. Court of Appeal. Esso Petroleum Co Ltd v Southport Corporation. [1954] 2 QB 182. Relator: Lord Justice Singleton, julgado em 3 jun. 1954. **Law Reports**: Queen's Bench, Londres, v. 2, p. 182.

REINO UNIDO. Court of Appeal. Letang v Cooper. [1965] 1 QB 232. Relator: Lord Denning, julgado em 15 jun. 1964. **Law Reports**: Queen's Bench, Londres, v. 1, p. 232.

REINO UNIDO. Court of Appeal. Mullin v Richards. [1998] 1 WLR 1304. Relator: Lady Justice Butler-Sloss, julgado em 6 nov. 1997. **Weekly Law Reports**, v.1, p. 1304.

REINO UNIDO. Court of Exchequer. Blyth v Birmingham Waterworks Co. (1856) 11 Ex Ch 781, 156 ER 1047. Relator: Baron Alderson, julgado em 6 fev. 1856. **Law Reports**: English Reports, Londres, v. 156, p. 1047.

REINO UNIDO. House of Lords. Caparo Industries plc v Dickman. [1990] 2 AC 605. Relator: Lord Bridge of Harwich, julgado em 8 fev. 1990. **Law Reports**: Appeal Cases, Londres, v. 2, p. 605.

REINO UNIDO. House of Lords. Donoghue v Stevenson. [1932] AC 562. Relator: Lord Buckmaster, julgado em 26 mai. 1932. **Law Reports**: Appeal Cases, Londres, p. 562.

REINO UNIDO. House of Lords. Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd. [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32. Relator: Lord Bingham of Cornhill, julgado em 20 jun. 2002. **Law Reports**: Appeal Cases, v. 1, p. 32.

REINO UNIDO. Privy Council. The Wagon Mound (No 1). [1961] AC 388. Relator: Viscount Simonds, julgado em 18 jan. 1961. **Law Reports**: Appeal Cases, Londres, p. 388.

REINO UNIDO. Queen's Bench Division. Bolam v Friern Hospital Management Committee. [1957] 1 WLR 582. Relator: McNair J., julgado em 26 fev. 1956. **Weekly Law Reports**, v. 1, p. 582.

Lista de tabelas

Tabela 1 - Crianças e adolescentes que possuem celular, por faixa etária e classe (2024) 5

Tabela 2 - Violações identificadas na plataforma TikTok no estudo sobre tratamento de dados 14

Lista de gráficos

Gráfico 1 - Crianças e adolescentes, por frequência de uso de plataforma digital (2024) 6

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS OF THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM: AN ANALYSIS THROUGH THE PRISM OF THE NEW FRONTIERS OF LITIGATION TOWARDS THE ENFORCEMENT OF HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE PELO PRISMA DAS NOVAS FRONTEIRAS DE LITIGÂNCIA RUMO À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Maxilene Corrêa²⁵¹

ABSTRACT

This work analyzed the unconstitutional state of affairs of the Brazilian penitentiary system, declared by the Federal Supreme Court in the Claim of Breach of Fundamental Precept (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, or simply, “ADPF”) 347, considering the structural process as a new frontier of litigation that aims to contribute to the enforcement of human and fundamental rights. The research was based on bibliographic review and documental analysis of national and foreign judicial decisions, international treaties and specialized doctrine. The specific objectives sought, were to examine the origin and application of the concept of Unconstitutional State of Affairs (USoA); to identify the rights of prisoners in international treaties internalized by Brazil, verifying the importance of conventionality control; and finally, to evaluate the effectiveness of the structural process as an instrument for enforcing human and fundamental rights, listed in international and domestic norms. It was concluded that, despite the advances represented by the recognition of the USoA, there is a long way to go for institutional mechanisms to adequately respond to systematic violations of rights in the prison system. A real dialogue between courts (STF and Inter-American Court of Human Rights), an active stance by the STF in applying constitutional norms, but also international ones, carrying out robust conventionality control, as well as an internal institutional dialogue capacity towards the creation and implementation of public policies are necessary.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs; penitentiary system; Structural Process;

²⁵¹ Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal, com ênfase em Direito Internacional Público. Pós graduada em Relações Internacionais. Formada em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Atua como advogada e professora universitária. Áreas de interesse: Direito Internacional, Direitos Humanos, Direito Penal, Ciência Política. Professora do curso de Direito da Brazcubas Educação (Grupo Cruzeiro do Sul).

Conventionality Control.

RESUMO

Este trabalho analisou o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, declarado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, considerando o processo estrutural como nova fronteira de litigância que visa contribuir para a efetivação de direitos humanos e fundamentais. A pesquisa baseou-se em revisão bibliográfica e análise documental de decisões judiciais nacionais e estrangeiras, tratados internacionais e doutrina especializada. Buscou-se, como objetivos específicos: examinar a origem e aplicação do conceito de estado de coisas inconstitucional; identificar os direitos dos presos em tratados internacionais internalizados pelo Brasil verificando a importância do controle de convencionalidade e; por fim, avaliar a eficácia do processo estrutural como instrumento de efetivação de direitos humanos e fundamentais, elencados em normas internacionais e internas. Concluiu-se que, apesar dos avanços representados pelo reconhecimento do ECI, há um longo caminho para que os mecanismos institucionais respondam adequadamente às violações sistemáticas de direitos no sistema carcerário. São necessários um diálogo real entre cortes (STF e CIDH, principalmente), uma postura ativa do STF na aplicação das normas constitucionais, mas também internacionais, realizando um controle robusto de convencionalidade, bem como uma capacidade de diálogo institucional interno rumo à criação e implementação de políticas públicas.

Palavras-chave: Estados de Coisas Inconstitucional; sistema penitenciário; Processo Estrutural; Controle de Convencionalidade.

INTRODUCTION

The Brazilian penitentiary system is the subject of intense legal and political debates due to the systematic and widespread violations of fundamental rights of incarcerated individuals. This alarming scenario of massive disregard for constitutional rights, characterized by overcrowding prisons, degrading incarceration conditions, absence of adequate public policies for social reintegration, and repeated violations of prisoners' basic rights, culminated in the historic recognition by the Federal Supreme Court of the so-called "unconstitutional state of affairs" (USoA) in the in the Claim of Breach of Fundamental Precept (ADPF) 347²⁵². This paradigmatic decision represents a milestone in Brazilian constitutional jurisprudence, as it officially recognizes the existence of a framework of structural unconstitutionality that demands equally structural and coordinated legal responses among the various powers and levels of government.

²⁵² BRAZIL. Federal Supreme Court. **Claim of Breach of Fundamental Precept No. 347**. Petitioner: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL – PSOL. Rapporteur: Justice Marco Aurélio. Brasília, DF, precautionary measure ruling on Sept. 9, 2015; merits ruling in Oct. 2023. Diário de Justiça Eletrônico. Available at: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Accessed: May 7, 2025.

Starting from this context, the central problem of this article is: How can the structural process, such as the recognition of the unconstitutional state of affairs of the Brazilian penitentiary system, combined with instruments such as conventionality control, contribute to the promotion of human and fundamental rights? To answer this, a bibliographic review and documentary analysis of national and foreign judicial decisions, international treaties, and specialized doctrine were carried out, with a focus on structural processes as new frontiers of constitutional litigation.

The general objective of this work is to critically analyze the unconstitutional state of affairs of the Brazilian penitentiary system, recognized by the STF in ADPF 347, as a paradigmatic example of a structural process, seeking to understand the new frontiers of litigation for the enforcement of human and fundamental rights and evaluating the transformative potential of this legal instrument.

To achieve its specific objectives, the work is organized into three topics. The first examines the historical and theoretical origin of the concept of unconstitutional state of affairs in Colombian jurisprudence, analyzing its reception and adaptation by Brazilian constitutional law carried out by the STF. To this end, the legal, political, and social foundations of the decision rendered by the Court in ADPF 347 are presented, as well as its implications for the national legal system.

The second topic aims to identify and systematize the rights of prisoners provided for in international human rights treaties duly ratified by Brazil, verifying the fundamental importance of conventionality control as a mechanism for enforcing these rights within the internal legal system. This analysis seeks to understand how the integration between domestic law and international human rights law can strengthen the protection of the rights of incarcerated individuals and contribute to overcoming the framework of systematic violations identified by the Federal Supreme Court.

The last topic examines structural processes as new and promising frontiers of constitutional litigation, critically evaluating their innovative potential to address massive violations of fundamental rights, such as those observed in the Brazilian prison system, establishing an analytical contrast with the limits and insufficiencies of traditional adjudication models. This analysis seeks to understand how structural processes can represent a qualitative evolution in the way of understanding and addressing complex social problems through law, contributing to greater effectiveness in the protection of

fundamental rights in contexts of systematic and structural violations, in contrast to the limits of traditional adjudication models.

1 THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS OF THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM: AN ANALYSIS OF ADPF 347

The concept of 'Unconstitutional State of Affairs' was developed by the Constitutional Court of Colombia, first applied in 1997, in *Sentencia de Unificación* (SU) 559²⁵³. In this case, the Court analyzed the situation of teachers whose social security rights were violated by local authorities and, verifying that the problem was systematic, expanded the subjective limits of the demand to also protect those not appearing as parties.

This decision-making technique was later refined by the Colombian Constitutional Court itself in other emblematic cases, mainly in the case of internally displaced persons due to violence²⁵⁴, when it consolidated the prerequisites for the characterization of the Unconstitutional State of Affairs.

Among the prerequisites: the need to characterize a massive and generalized vulnerability of fundamental rights affecting a significant number of people, contrasted by a prolonged omission of authorities in fulfilling their obligations. Furthermore, it is a prerequisite for the existence of a social problem whose solution requires the intervention of several entities for the adoption of a complex and coordinated set of actions. Finally, there must be the possibility of an obstruction of the judicial system due to the potential for lawsuits if all affected people individually resorted to justice.

The first requirement for the configuration of the USoA, namely the massive and generalized vulnerability of fundamental rights, demands that the violation is not restricted to isolated or specific cases, but constitutes a systematic pattern that affects a significant portion of the population. This massiveness is not measured only by the absolute quantity of affected people, but by the proportion in relation to the specific vulnerable group and by the seriousness of the violations perpetrated. Generalization, in turn, refers to the territorial

²⁵³ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación (SU) 559, de 1997.**

Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 6 nov. 1997. Available at:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Accessed: May 7, 2025.

²⁵⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-025, de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 jan. 2004. Available at:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Accessed: May 7, 2025.

and chronological extent of the problem, demonstrating that the violations are not confined to a specific locality or a determined period, but present a diffuse and persistent character. The Colombian Constitutional Court emphasizes that this requirement serves to distinguish structural violations from mere administrative irregularities, demanding a dimension that justifies the exceptional intervention of the Judiciary in the sphere of public policies.

The second prerequisite, characterized by the prolonged omission of competent authorities, goes beyond simple administrative inertia and encompasses both the complete absence of measures and the adoption of clearly insufficient or inadequate provisions to address the identified problem. This omission must be chronologically qualified, demonstrating that the authorities were aware of the situation and had opportunities to act, but remained inert or implemented evidently deficient solutions. The prolonged duration of the omission demonstrates not only a punctual management failure, but a structural defect in the state's capacity to adequately respond to constitutional demands. It is important to highlight that the omission can manifest itself both by the lack of adequate legislation, and by the absence of effective public policies, insufficient resources allocated to the problem, or by deficient coordination among the entities responsible for implementing the necessary measures.

The third requirement establishes that the identified social problem must demand the articulated intervention of multiple state entities, evidencing the structural complexity of the violation of rights in question. This prerequisite recognizes that certain problems transcend the competencies of a single agency or federative entity, requiring a coordinated response that involves different spheres of government and various sectors of public administration, that is, the implementation of comprehensive public policies that include normative, budgetary, administrative, and operational aspects.

The fourth and last prerequisite refers to the potential blockage of the judicial system that would result if all people affected by the massive violation of rights sought individual protection before the Judiciary. This criterion has a dual purpose: on the one hand, it demonstrates the quantitative dimension of the problem and the inadequacy of traditional procedural instruments to deal with collective violations; on the other hand, it justifies the adoption of a structural solution that avoids the unnecessary multiplication of lawsuits with a similar object. The possibility of congestion should not be interpreted as a mere criterion of administrative convenience, but as an indication that the individual

judicial path would be inadequate and potentially counterproductive for the effective protection of violated rights.

The influence of this doctrine transcended Colombian borders, being adopted and adapted by other Latin American constitutional courts in different legal contexts. The institute was imported into Brazilian legal rationality in ADPF 347. Filed by the Socialism and Liberty Party (*Partido Socialismo e Liberdade*, or simply, PSOL) in 2015, in addition to seeking the recognition of the "Unconstitutional State of Affairs" of the Brazilian prison system, it also aims to impose structural measures to remedy the massive and generalized violation of fundamental rights of prisoners.

The author of the action described an alarming picture of the Brazilian penitentiary system. According to the initial petition, at the time, Brazil had the third largest prison population in the world, with a deficit of over 206,000 vacancies in the prison system, resulting in chronic overcrowding that aggravated the already inhumane and degrading conditions in prison units. This included unsanitary cells, without adequate ventilation, with the proliferation of infectious diseases, lack of potable water, and absence of basic hygiene products, in addition to endemic violence in prisons, with frequent reports of torture and ill-treatment among inmates perpetrated by state agents.

The author highlights the dominance of criminal factions in controlling internal administration, determining the distribution of cells, food, and privileges among inmates. The excessive use of provisional detention was also highlighted as a significant problem. Finally, the action pointed out the structural deficiency in public policies aimed at the prison system, evidenced by the lack of coordination among the Powers, low application of resources from the National Penitentiary Fund, and insufficiency of criminal enforcement courts to adequately monitor the fulfillment of sentences.

On the merits, in addition to the declaration of the USoA, the elaboration of a national plan to overcome the situation was requested, with the participation of entities such as the National Council of Justice, the Attorney General's Office, the Federal Council of the Brazilian Bar Association, among others, followed by periodic monitoring of its implementation.

In 2023, the STF Plenary unanimously judged the merits of ADPF 347, recognizing the USoA in the Brazilian prison system and determining that the Union, States, and the Federal District, in conjunction with the Monitoring and Inspection

Department of the National Council of Justice (DMF/CNJ), should elaborate a plan to be submitted for STF approval within six months.

The Court established that this plan should focus especially on controlling prison overcrowding, improving the quality of existing vacancies, and regulating the entry and exit of prisoners. Additionally, it determined that the National Council of Justice (CNJ) should conduct a study and regulate the creation of a number of criminal enforcement courts proportional to the number of criminal courts and the number of prisoners. Finally, the STF set a period of 3 years for the implementation of the action plan aimed at overcoming the violation of fundamental rights in Brazilian prisons.

It is possible to observe that the action touched upon a series of fundamental rights, among them: human dignity, the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment; the prohibition of cruel punishments, the right to physical and moral integrity of prisoners. These rights are also enshrined in international human rights treaties and conventions. Following the theoretical construction we propose in this writing, the next topic addresses these rights in the international sphere.

2 THE RIGHTS OF PRISONERS IN TREATIES AND CONVENTIONS INTERNALIZED INTO THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AND CONVENTIONALITY CONTROL

The American Convention on Human Rights, known as the Pact of San José, promulgated in Brazil by Decree No. 678/1992²⁵⁵, establishes minimum parameters for the protection of human dignity in the Americas. Article 5 of this international treaty enshrines fundamental principles such as the right to physical, psychological, and moral integrity; the prohibition of cruel, inhuman, or degrading treatment, and the obligation of States to ensure that persons deprived of liberty are treated with respect due to the inherent dignity of the human being.

The determinations of Article 5.6 of the Pact, which establishes that "the essential purpose of penitentiary systems shall be the reform and social readaptation of the

²⁵⁵ BRAZIL. Decree No. 678, of November 6, 1992. Enacts the American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica), of November 22, 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF, nov. 9, 1992. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Accessed: May 10, 2025.

prisoners," dramatically contrast with the reality of the Brazilian prison system already presented here.

Furthermore, the International Covenant on Civil and Political Rights, internalized through Decree No. 592, of July 6, 1992²⁵⁶, contains specific provisions on the treatment of people deprived of liberty, establishing that "all persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person."

The Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment²⁵⁷ establishes prohibitions against torture and ill-treatment, especially regarding persons in detention. The same is brought within the regional scope by the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture.

The importance of these, and many other provisions in this regard, in international treaties lies in the fact that, once internalized, they would bind the Brazilian state, as well as serve as a validity requirement for internal infraconstitutional norms in a situation of conventionality control.

Conventionality control represents a mechanism for verifying the compatibility of national laws with international treaties ratified by the country. This control applies to all human rights treaties incorporated into the Brazilian legal system, regardless of their hierarchical status, although the form of exercise varies according to the position they occupy.

The application of conventionality control represents a significant evolution in the protection of human rights in Brazil, which has been called new frontiers in Human Rights, allowing internal norms to be invalidated when they contradict international commitments assumed by the country.

There is a lack of structured and harmonious implementation of conventionality control within the STF. According to Manuelita Hermes²⁵⁹, it is an

²⁵⁶ BRAZIL. **Decree No. 592, of July 6, 1992.** Enacts the International Covenant on Civil and Political Rights, of December 16, 1966. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Accessed: May 10, 2025.

²⁵⁷ BRAZIL. **Decree No. 40, of February 15, 1991.** Enacts the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, of December 10, 1984. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 fev. 1991. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm. Accessed: May 10, 2025.

²⁵⁸ BRAZIL. **Decree No. 98.386, of November 9, 1989.** Enacts the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, of December 9, 1985. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 nov. 1989. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm. Accessed: May 10, 2025

²⁵⁹ HERMES, Manuellita. A arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de controle de convencionalidade. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, vol. 2, no. 1, p. 445–477,

"inter-American-constitutional" deficit in Brazil, where, despite the formal recognition of the supralegality of international human rights treaties, there is no systematic and recurrent practice of applying the inter-American *corpus iuris* in STF decisions.

The Federal Supreme Court, when exercising conventionality control, must consider not only the text of international treaties, but also the interpretation given to them by competent international entities, especially the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). This approach would allow for a true "cross-fertilization" between jurisdictions, enriching the protection of human rights²⁶⁰.

Brazil should be inspired by the experience of other Latin American countries, such as Colombia and Argentina, where constitutional courts have shown greater openness to incorporate international jurisprudence into their decisions. This approach would strengthen the national human rights protection system and contribute to the construction of a true "ius commune interamericanus"²⁶¹.

Measures that bring the Brazilian prison reality closer to internationally assumed commitments are urgent, given the distance between the dialogical activism proposed by specialized literature and the measures effectively adopted after the recognition of the USoA, a situation that perpetuates the disparity between legal Brazil (signatory of the Pact) and real Brazil (systematic violator of its precepts).²⁶²

3 STRUCTURAL PROCESSES AND NEW FRONTIERS OF LITIGATION TOWARDS THE ENFORCEMENT OF HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Structural processes, as a new frontier of constitutional litigation, represent a necessary evolution in addressing massive violations of fundamental rights (internally considered) and human rights (internationally considered) such as those observed in the Brazilian prison system. Unlike traditional lawsuits, which seek to resolve individual or punctually collective disputes, structural processes aim to reform complex public

Jan./June 2022. DOI: 10.53798/suprema.2022.v2.n1.a160.

²⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 104, p. 241–286, 2009. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v104i0p241-286>

²⁶¹ OP. Cit.

²⁶² KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 10, no. 1, p. 175–194, 2020. DOI: 10.5102/rbpp.v10i1.6518.

institutions to adapt them to constitutional and conventional requirements. While the traditional model presupposes a society composed exclusively of individuals, structural reform recognizes that the main threats to contemporary constitutional values derive from the functioning of large state organizations and bureaucracies²⁶³.

The declaration of the Unconstitutional State of Affairs (USoA) by the Federal Supreme Court in ADPF 347 can be understood as a pioneering attempt to introduce this new litigation paradigm into Brazilian law, representing a milestone in the evolution of national constitutional jurisdiction. By recognizing the existence of a framework of widespread and systemic violation of fundamental rights in the prison system, the STF signaled that structural problems of such magnitude require equally structural solutions, progressively implemented through coordinated and continuously monitored public policies, taking into account not only national legislation, but also the international treaties and conventions to which Brazil has committed and internalized, especially those related to the inter-American human rights system.

This new frontier of litigation profoundly challenges traditional conceptions about the separation of powers and administrative discretion, proposing a more flexible, collaborative, and dialogical judicial action among different institutional actors. The structural process infers a new form of jurisdiction, characterized by its prospective and experimental nature, focused less on the definitive and retrospective resolution of conflicts and more on the creation of permanent institutional spaces for dialogue, negotiation, and progressive implementation of structural changes. This approach necessarily implies a redefinition of the role of the Judiciary, which ceases to be merely the neutral applier of pre-existing norms to become an active articulator of institutional transformation processes.

Brazil's experience with structural processes is still incipient and lacks more in-depth theoretical and practical development, especially when compared to the North American tradition or the more recent experiences of other Latin American countries. The recognition of the USoA, in this context, represents an important and necessary step in this direction, although its practical implementation has revealed significant challenges related to institutional resistance, lack of adequate resources, and the inherent complexity of

²⁶³ FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication. *Law and Human Behavior*, v. 6, n. 2, p. 121, 1982. DOI: <https://doi.org/10.1007/bf01044858>

structural change processes in contexts of high political and social polarization.

It is possible to question, however, the concrete effectiveness of the measures granted by the STF in ADPF 347 and critically evaluate both the nature and scope of the responses offered by the three powers after the historic decision of 2015. A detailed analysis of the practical results allows concluding that the impact of the USoA declaration was significantly limited, not only due to implementation issues, but also because it essentially followed the same incremental and fragmentary nature of policies traditionally developed in Brazil to address complex social problems.

This limitation suggests that, as observed in specialized literature, Law has a structurally limited capacity to promote profound social changes when there is no consistent political support and sufficient popular mobilization, or when the process of social change is not already underway through other non-legal mechanisms²⁶⁴

As Kosak and Barboza²⁶⁵ demonstrate through detailed empirical analysis, there is still a long and complex path to be taken for the existing institutional mechanisms in Brazil to be effectively capable of adequately responding to structural problems of such magnitude as the systematic collapse of the national prison system.

This institutional inadequacy manifests itself not only in the lack of financial and human resources, but also in the absence of inter-institutional coordination, in the resistance of political and bureaucratic actors to significant changes, and in the persistence of organizational cultures incompatible with the constitutional and conventional principles that should guide state action, especially with regard to compliance with the determinations of our Federal Constitution and international human rights treaties ratified by the country.

Final Considerations

This work aimed to critically analyze how the structural process, exemplified by

²⁶⁴ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 15, no. 2, e1916, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

²⁶⁵ KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 10, no. 1, p. 175–194, 2020. DOI: 10.5102/rbpp.v10i1.6518.

the recognition of the Unconstitutional State of Affairs of the Brazilian penitentiary system in ADPF 347, combined with instruments such as conventionality control, can contribute to the promotion of human and fundamental rights. After reviewing the theoretical foundations, jurisprudential analysis, and evaluation of the instrument, it is possible to conclude on the complexity of promoting significant social transformations through judicial decisions, especially when the problems faced, demand profound changes in existing political and social structures.

Despite the significant advance represented by the STF's decision, including its symbolic aspect, there is a long way to go for Brazilian institutional mechanisms to adequately respond to systematic violations of rights in the prison system. In our analysis, the construction of a real and effective dialogue between national and international courts, notably between the STF and the IACRH, emerges as a first indispensable condition for strengthening the protection of fundamental rights. This dialogue is not limited to the mere formal citation of foreign or international precedents but implies a genuine process of exchange and cross-fertilization of jurisprudences.

This must consider the existence of consistent internal and international norms within a system that allows for robust conventionality control. There is a need for a more coherent and systemic interpretation of the Brazilian legal system, which respects the international commitments assumed by the country, in view of contemporary challenges to the protection of human and fundamental rights. As demonstrated throughout the work, although Brazil is a signatory to several international treaties that establish clear parameters for the treatment of persons deprived of liberty, an inter-American-constitutional deficit persists in the STF's jurisprudence, which has not yet systematically and coherently incorporated the inter-American corpus iuris into its decisions. Overcoming this deficit requires the Court to effectively recognize the normative force of human rights treaties and use them as a parameter to evaluate the validity of internal norms and practices.

Finally, the capacity of a structural process, such as the one analyzed here, to cause effective changes in the status quo of massive violations of fundamental rights lies in the ability to establish an internal institutional dialogue between the different powers and state entities, aimed at the creation and implementation of effective public policies. Isolated or unilaterally imposed judicial orders are not sufficient. On the contrary, it requires the construction of institutional spaces for dialogue, negotiation, and continuous monitoring,

in which the Judiciary acts not as a substitute for the other powers, but as a catalyst for a broad and inclusive deliberative process.

The articulation of these three elements – dialogue between courts, robust conventionality control, and internal institutional dialogue – can contribute to an integrated approach to overcoming massive violations of fundamental rights, as it presumes that structural changes depend on coordinated efforts at multiple levels, transcending the traditional boundaries between constitutional and international law, between different spheres of government, and between distinct state powers.

The findings of this research confirm the need to overcome the classical liberal paradigm of adjudication, based on the resolution of individual and retrospective conflicts, in favor of models that recognize the structural complexity of contemporary problems. This transition implies a redefinition of the role of the Judiciary, which must evolve from a neutral applier of pre-existing norms to an articulator of institutional transformation processes.

From a practical point of view, the results suggest that the Brazilian justice system has not yet fully developed the institutional capacities necessary to effectively implement structural processes. The path to the effective protection of human and fundamental rights in the Brazilian context necessarily involves building bridges between internal constitutional law and international human rights law, overcoming entrenched institutional resistance, and creating a legal and political culture genuinely committed to human and fundamental rights. Structural processes and conventionality control are fundamental instruments for this, but their effectiveness fundamentally depends on the ability to use them as catalysts for deeper and more lasting transformations.

REFERENCES

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional e litígio estrutural. *Consultor Jurídico*, 2015. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v104i0p241-286>

FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication. *Law and Human Behavior*, v. 6, n. 2, p. 121, 1982. DOI: <https://doi.org/10.1007/bf01044858>

HERMES, Manuellita. A arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de controle de convencionalidade. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, vol. 2, no. 1, p. 445–477, Jan./June 2022. DOI:

10.53798/suprema.2022.v2.n1.a160.

KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 10, no. 1, p. 175–194, 2020. DOI: 10.5102/rbpp.v10i1.6518.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 15, no. 2, e1916, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

MORAIS, Alexandre Sebastião; MELLO, Nathália Santos; AMAZONAS, Patrícia Caldas. O estado de coisas inconstitucional do cárcere. *Consultor Jurídico*, Nov. 20, 2023. Available at:
<https://www.conjur.com.br/2023-nov-20/o-estado-de-coisas-inconstitucional-do-carcere>. Accessed: May 7, 2025.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 104, p. 241–286, 2009. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v104i0p241-286>

ESTUPRO COMO ARMA DE GUERRA: A IMPORTÂNCIA DE SE RECONHECER A VULNERABILIDADE DAS MULHERES EM TEMPO DE GUERRA E A IMPLEMENTAÇÃO DAS RESOLUÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS.

RAPE AS A WEAPON OF WAR: THE IMPORTANCE OF RECOGNIZING WOMEN'S VULNERABILITY IN TIMES OF WAR AND THE IMPLEMENTATION OF UNITED NATIONS RESOLUTIONS.

Rossana Gemeli Roncato Carloto²⁶⁶

Ana Paula Martins Amaral²⁶⁷

RESUMO

O objetivo geral da presente pesquisa é trazer dados sobre a vulnerabilidade da mulher em tempos de conflitos armados considerando que o gênero feminino costuma ser o maior destinatário das políticas de tornar o estupro como uma arma ou tática de Guerra. Dados apontam que entre 2022 e 2023 houve um aumento significativo desses atos o que trouxe o interesse maior em trazer questionamentos no presente artigo, dentre eles o contexto da linha do tempo e legal que demonstram que essa cultura sempre existiu como forma de subjugar o inimigo e demonstração de poder, bem como, as implicações sofridas pelas mulheres e tem a violação clara de sua dignidade e consequências psicológicas e da sua saúde sexual privadas em tempo de conflitos armados. Buscar-se-á como objetivo específico trazer Resoluções das Nações Unidas, e Relatórios que demonstram que existe uma tentativa de proteger o bem jurídico relacionado a integridade sexual das mulheres no conflito armado, porém necessita que seja amplamente compreendido e divulgada a importância de proteger as mulheres durante esse período.

Palavras-Chave: Estupro como tática de Guerra; violência contra as mulheres; conflitos armados e gênero.

²⁶⁶ graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), com ênfase em Direito Internacional e Direitos Humanos. Concluiu o ensino médio na Alemanha, na Gesamtschule Iserlohn (Renânia do Norte-Vestfália), e possui diversas especializações realizadas no Brasil e no exterior. É especialista em Resolução de Conflitos e Estratégias de Negociação pela Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, Espanha), com foco em conflitos interculturais, mediação, arbitragem e negociação internacional. Também possui pós-graduações em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB); Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); Direito Público pela Escola de Administração do Ministério Público de Mato Grosso do Sul (EDAMP-MS); Direito, Estado e Relações Privadas pela Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS-MS); Direito Internacional pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI), sob coordenação da Profª Drª Flávia Piovesan; Direito Digital pelo New Law Institute, com foco na aplicação da inteligência artificial no setor público; e História da Guerra pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI), com ênfase no uso histórico da arbitragem em conflitos armados.

²⁶⁷ Professora em nível superior de graduação e pós-graduação em Direito desde 1997 . Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Professora titular da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Professora permanente no Programa de Pós Graduação em Direito e da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul e participou como professora e orientadora do Programa de Doutorado Interinstitucional (DINTER - USP/UFMS).

ABSTRACT

The general objective of this research is to bring important data on the vulnerability of women in times of armed conflict, considering that the female gender is usually the main recipient of policies that make rape a weapon or tactic of war. Data indicate that between 2022 e 2023 there was a significant increase in these acts which brought greater interest in bringing important questions in this article, among them the timeline and legal context that demonstrate that this culture has always existed as a way of subjugating the enemy and demonstrating power, as well as the implications suffered by women who go through this type of crime and have the clear violation of their dignity and psychological consequences and their private sexual health in times of armed conflict. The specific objective will be to bring United Nations Resolutions and Reports that demonstrate that there is an attempt to protect the legal right related to the sexual integrity of women in armed conflict, but it needs to be widely understood and disseminated the importance of protecting women during this period.

Keywords: Rape as a war tactic; violence against women; armed conflicts and gender;

INTRODUÇÃO

As mulheres sempre foram diretamente afetadas pelos conflitos armados ao longo da história sofrendo os efeitos negativos dos conflitos armados como a perda de seus maridos, filhos, irmãos e pais, mas também com a violação de seus direitos humanos mais básicos dentro e fora dos campos de batalhas. De acordo com historiadores que pesquisam o assunto como apresentado por Judith Lawrence Bellafaire em seu Prefácio no livro “A Historical Encyclopedia from Antiquity to Present” durante os séculos XVIII e XIX, as mulheres trabalhavam principalmente como enfermeiras, e na distribuição de mantimentos para os soldados, sendo que, algumas serviam aos exércitos em segredo. Posteriormente, começaram a exercer funções relacionadas à comunicação o que as tornaram excelentes telefonistas para transmitir as mensagens de forma mais clara e objetiva.

Com as baixas da força de trabalho durante a Segunda Guerra, Bellafaire (2006) descreveu que diversas mulheres passaram a ser admitidas em trabalhos anteriormente desempenhados apenas por homens, ou seja, que não eram desempenhados por mulheres até então, como por exemplo serviços de mecânicos, motoristas de caminhões e controladores de voos.

Ainda no livro “Women and War: A Historical Encyclopedia from Antiquity to Present” Bernard A. Cook²⁶⁸ na Introdução trata que as mulheres sempre foram de fato compelidas a participarem de guerras pois, a priori, as suas tribos, vilas e cidades eram invadidas e por isso precisavam agir. Um exemplo trazido no livro foi a viúva Kenau Hasselaer que liderou a resistência de mulheres de Haarlem contra os espanhóis sitiantes no período entre 1572 e 1573. Outras mulheres lideravam quando os seus maridos ou familiares próximos faleciam para continuar o legado da família como citados pelo autor, que é o caso de Boudicca que liderou os Iceni da Grã-Bretanha contra os romanos e a rainha Durgautti de Gurrah.

Apesar disso, Bernard A. Cook²⁶⁹ trata que mais comum do que o protagonismo é que as mulheres sejam vítimas da guerra, seja pelas perdas de familiares sofrida ou por serem elas próprias desrespeitadas em seus direitos e mortas. Elas foram vistas como propriedade a serem presas durante o período de guerra para serem tornadas escravas. A exemplo dos turcos que massacraram e escravizaram mulheres gregas na Ilha de Quios. Essa guerra foi pintada por Eugène Delacroix em sua obra “Massacre de Quios”. Durante as Guerras Balcânicas (1912-1913) houveram estupros de mulheres. O ato de abusar das mulheres após uma vitória era uma forma de demonstrar poder e infringir vergonha aos vencidos. O mesmo ocorreu na Primeira Guerra Mundial pelos alemães no Oeste, pelos russos na Prússia Oriental e pelos franceses na Ausácia dentre outros exemplos.

Assim, conforme dados históricos revelam, os conflitos armados têm sido responsáveis pelas maiores atrocidades e desrespeitos aos direitos humanos, sobretudo o das mulheres, desde os primórdios da humanidade, o que demonstra a importância da proteção desses direitos para a garantia da dignidade dos indivíduos em tempos de conflitos armados.

Alguns dos direitos violados quando existe conflitos armados são: o direito à vida, à propriedade, à segurança, à integridade física e psíquica, ao trabalho, ao estudo, direito de ir e vir e à inviolabilidade da integridade sexual, bem como outros. Neste sentido Norberto

²⁶⁸ COOK, Bernard A. (Ed.). **Women and War:** A historical encyclopedia from Antiquity to the Present. Vol. 1. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, Inc. 2006.
<https://www.npr.org/2022/04/30/1093339262/ukraine-russia-rape-war-crimes>. Acesso 10 maio 2025.

²⁶⁹ COOK, Bernard A. (Ed.). **Women and War:** A historical encyclopedia from Antiquity to the Present. Vol. 1. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, Inc. 2006.
<https://www.npr.org/2022/04/30/1093339262/ukraine-russia-rape-war-crimes>. Acesso 10 maio 2025.

Bobbio (2006) inclusive é categórico ao afirmar que somente em situações de paz é que existem direitos humanos, já que em situações de calamidade trazidas pelos conflitos armados, o monitoramento do cumprimento desses direitos se torna prejudicado ou inexistente.

A questão do desrespeito ao gênero sempre impôs às mulheres uma trajetória de luta por direitos inerentes a sua dignidade, e que são devidamente positivados na Convenção de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as mulheres, em seu Protocolo Opcional, e também na Convenção dos Direitos das Crianças e seus protocolos, sendo que, em conflitos armados os direitos de meninas também são ferido.

Mesmo com a existência de diálogos em plano internacional e dos Estados, e a sua positivação em documentos vinculantes como Resoluções do Conselho de Segurança, Convenções, e Constituições dos Estados, os direitos humanos das mulheres continuam sendo continuamente desrespeitados no cotidiano, em situações de normalidade onde se impera a paz. Não poderia ser diferente, que em momentos de conflitos armados e sob a proteção do direito humanitário, a situação seja ainda mais preocupante.

Diante da escalada de conflitos armados ocorrem flagrantes desrespeitos aos direitos das mulheres e crianças, ligados ao gênero, e por isso, pesquisadores e agentes ligados a paz e a segurança têm se debruçado acerca do tema, tendo culminado no surgimento de diversas Resoluções e Documentos da Organização das Nações Unidas (ONU) acerca do tema, principalmente ligados a questão que se pretende enfatizar no presente artigo que é a violência sexual, também conhecida popularmente como estupro.

Buscar-se-á responder durante o presente trabalho, como está sendo tratada a questão da violência sexual ou estupro em sede das Nações Unidas pela comunidade internacional, e quais os documentos existentes acerca do tema com o objetivo de contribuir para debates presentes e futuros sobre a importância do direito à paz para a garantia dos direitos humanos das mulheres e crianças.

Para responder as indagações propostas, será utilizado o método hipotético-dedutivo por meio de pesquisas de documentos das Nações Unidas, a citar Resoluções e documentos em geral, bem como Convenções, Protocolos, legislações pertinentes e doutrinas.

1. ANÁLISE CONTEXTUAL SOBRE CONFLITO E GÊNERO

As guerras sempre fizeram parte do cotidiano dos seres humanos desde os primórdios da humanidade, o que leva a alguns estudiosos a falarem sobre a existência de uma cultura de guerra enraizada no próprio ser humano.

A questão do gênero e guerra não costuma ser muito abordada pelo pouco interesse existente em relação ao assunto sobretudo pelos homens que não percebem a vulnerabilidade ainda maior que a condição de se estar na qualidade de mulher em um ambiente de conflito armado costuma apresentar.

Sabe-se que os direitos fundamentais dos indivíduos são gravemente violados em um período em que impera a violência generalizada armada, existindo uma dificuldade em conter a violação desses direitos, devido aos flagrantes desrespeitos aos regulamentos internacionais que regem o tema.

O papel da mulher em conflitos armados costuma encontrar divergência entre correntes feministas, por exemplo, o feminismo liberal entende que basicamente não existe diferença em habilidade entre os gêneros e que em relação à guerra existe uma clara discriminação dos homens em relação às mulheres. Para essa corrente as mulheres podem participar em qualquer posição que se sentirem aptas. Um exemplo a ser citado eram as mulheres que participaram como enfermeiras durante a Guerra representando os Estados Unidos na Grã-Bretanha mas que teriam segundo o autor experimentado preconceito no pós Segunda Guerra. Para essa corrente do feminismo, homens e mulheres são iguais.

Por outro lado, existe o feminismo que acredita na diferença entre homens e mulheres, sendo que a cultura atualmente existente faz com que as mulheres tenham as suas características diminuídas ao invés de valorizadas. Por exemplo, o autor cita uma grande habilidade das mulheres que é o das relações humanas que em período de guerra costuma ser melhor desempenhado pelas mulheres. Apesar disso, essa corrente entende que os homens costumam ter maior habilidade em combate devido à diferenças biológicas.

Uma importante observação no livro “A Historical Encyclopedia from Antiquity to Present” é que as habilidades naturais das mulheres de terem maior facilidade em resolução de conflitos é que elas tendem a optar pelo diálogo e costumam evitar a guerra sempre que possível. Elas possuem grande habilidade como *peacemakers* ou seja pacificadoras.

Ocorre que a utilização do estupro como forma de poder tem ocasionado grande preocupação, seja em âmbito interno quando ocorre dentro dos Estados em situação de normalidade, guerras civis e terrorismo ou quando existe o escalonamento de conflitos que ensejam a guerra para as nações.

Dados do Fundo das Nações Unidas para a infância publicados em 09 de outubro de 2024 mais de 370 milhões de garotas e mulheres foram submetidas a estupro quando crianças o que causa grande impacto psicológico nessas crianças.²⁷⁰ O mais comum dos estupros é ocorrer durante a primeira infância de acordo com as Nações Unidas. Também, a Organização Mundial da saúde (2021) afirma que uma em cada três mulheres em todo o mundo sofre violência física ou sexual o que significa em torno de 736 milhões de mulheres.

²⁷¹

Em relação aos conflitos armados a Organização das Nações Unidas (2024) analisou que houve um aumento significativo nos conflitos armados pelo mundo desde a Segunda Guerra Mundial, da Ucrânia ao Sudão, de Gaza ao Afeganistão, a violência sexual tem como sido utilizada como uma arma de guerra, o que demanda que haja uma urgência em soluções para essa questão tão delicada que coloca as mulheres numa situação ainda mais vulnerável do que costumam estar em situações de normalidade.²⁷²

Nas palavras do Secretário-Geral António Guterres: “A violência sexual relacionada a conflitos é uma forma devastadora de ataque e repressão, que tem efeitos duradouros e prejudiciais à saúde física, sexual, reprodutiva e mental dos sobreviventes e destrói o tecido social das comunidades”.²⁷³

²⁷⁰ ALHATTAB, Sara. Over 370 million girls and women globally subjected to rape or sexual assault as children – UNICEF. First-ever estimates on sexual violence in childhood reveal alarming prevalence, with devastating impact on children. UNICEF: New York, 2024. Disponível:

<https://www.unicef.org/press-releases/over-370-million-girls-and-women-globally-subjected-rape-or-sexual-assault-children>. Acesso 10 maio 2025.

²⁷¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Devastatingly pervasive: 1 in 3 women globally experience violence. Younger women among those most at risk: WHO. 9 March 2021 **Joint News Release** GENEVA. NEW YORK. Disponível:

<https://www.who.int/news/item/09-03-2021-devastatingly-pervasive-1-in-3-women-globally-experience-violence>. Acesso 10 maio 2025.

²⁷² WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Devastatingly pervasive: 1 in 3 women globally experience violence. Younger women among those most at risk: WHO. 9 March 2021 Joint News Release GENEVA. NEW YORK. Disponível:

<https://www.who.int/news/item/09-03-2021-devastatingly-pervasive-1-in-3-women-globally-experience-violence>. Acesso 10 maio 2025.

²⁷³ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Devastatingly pervasive: 1 in 3 women globally experience violence. Younger women among those most at risk: WHO. 9 March 2021 Joint News Release GENEVA. NEW YORK. Disponível:

No mesmo sentido relatando sobre os estupros atuais na guerra da Ucrânia a National Public Radio que é uma organização estadunidenses sem fins lucrativos, o Secretário de Estado Americano Antony Blinken teria dito: “What we’ve seen in Bucha is not the random act of a rogue unit. It’s a deliberate campaign to kill, to torture, to rape, to commit atrocities. The reports are more than credible. The evidence is there for the world to see”.²⁷⁴

No ano de 2023 a Organização das Nações Unidas emitiu por intermédio do Escritório do Secretário Geral das Nações Unidas, um relatório chamado “Sexual Violence in Conflict: Conflict-Related Sexual Violence”, que pode ser livremente traduzida como “Violência Sexual nos Conflitos: Violência Sexual Relacionada à Conflitos”. Este relatório abrange os períodos compreendidos entre janeiro a dezembro de 2023 e foi apresentado levando-se em conta a Resolução 2467 (2019) do Conselho de Segurança objetivando apresentar um relatório anual sobre a implementação das resoluções 1820 (2008), 1888 (2009), 1960 (2010) e 2106 (2013) e recomendações estratégicas fossem sugeridas.

O termo violência sexual utilizado no relatório de 2023 se refere ao estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, casamento forçado, gravidez forçada, aborto forçado contra mulheres, meninas, homens e meninos que estejam ligados ao conflito em si.²⁷⁵ Esse tipo de violência ocorre muito em momentos de conflitos armados e o perfil daqueles que cometem esses crimes são soldados sejam eles filiados a um grupo armado estatal ou não estatal ou por aqueles que são classificados pelo Conselho de Segurança como grupos terroristas.

Os conflitos internacionais que eclodiram em 2023, segundo aponta o Relatório expôs os indivíduos novamente a níveis alarmantes de violência sexual, proliferação de armas e militarização dos Estados. Com o aumento da proliferação de armas, grupos vulneráveis de civis dentre eles mulheres e meninas sofreram violação de sua intimidade sexual batendo recorde.

Ocorre que a violência sexual proveniente dos conflitos armados encontra problemas sociais que precisam de conhecimento da população mundial, pois apesar da gravidade do ato

<https://www.who.int/news/item/09-03-2021-devastatingly-pervasive-1-in-3-women-globally-experience-violence>. Acesso 10 maio 2025.

²⁷⁴ Tradução livre: “O que vimos em Bucha não é um ato isolado de uma unidade desonesta. É uma campanha para matar, torturar, estuprar e cometer atrocidades. Os relatórios são mais do que credíveis. As evidências estão lá para o mundo ver”.

²⁷⁵ Relatório pg. 4

em si, ele está acompanhado de restrição das mulheres a uma subsistência digna, acesso ao trabalho, à educação, à livre circulação entre outros direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Por outro lado, grupos que sequestram esses indivíduos do gênero feminino estão lucrando por meio do tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual. Há também aqueles que tomam para si as mulheres para demonstrar poder e subjugar os inimigos.

Em alguns países do mundo, mulheres que passam por estupros não encontram acolhimento da família que costuma as considerar impuras e as renegam mesmo que não tenha sido a sua vontade. O cenário é ainda mais preocupante quando essa mulher que já passou por todo o trauma do estupro que pode ainda ser feito por vários homens ao mesmo tempo, resulta em uma gravidez.

Um caso real trazido pela Cruz Vermelha e o de Thérèse que em 2017 conseguiu fugir da região em que vivia para outro vilarejo a 80 km para escapar da violência quando foi estuprada por 3 homens, aos 13 anos de idade, o que resultou em uma gravidez precoce e indesejada. Acontece que em algumas culturas sofrer um estupro não traz somente os traumas decorrentes da violência física e sexual que no caso a deixou com problemas de incontinência, mas também a rejeição da sociedade. Também criou uma criança que foi concebida dos atos. Ter ido a um hospital ao reencontrar a sua mãe em 2020 a ajudou a se livrar de diversos problemas ligados a esses estupros.²⁷⁶

Outro ponto que merece consideração, portanto, é a importância de se permitir o acesso à saúde, e que em algumas regiões do planeta a não observância da proteção a ambientes civis implicam em ataques a centros de saúde como os exemplos do Haiti, Mali, Mianmar, Sudão, Ucrânia e Palestina o que limita o acesso ao bem-estar e ajuda médica que vai além do tratamento dos feridos, mas que implica que as mulheres possuem o seus cuidados com a sua saúde sexual e reprodutiva limitados, ou até mesmo não possuem qualquer acesso. Em casos de estupro, existe a necessidade de um cuidado com a saúde da mulher que vão desde doenças sexualmente transmissíveis, ou ferimentos decorrentes do ato, até uma gravidez como no caso acima descrito.

²⁷⁶ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA – CICV. **RD Congo:** Agredida sexualmente na adolescência, Thérèse recupera sua confiança e dignidade. 2020. Disponível: <https://www.icrc.org/pt/document/rd-congo-agredida-sexualmente-na-adolescencia-therese-recupera-sua-confianca-e-dignidade>. Acesso em 10 maio 2025.

Em períodos de conflitos armados, àqueles que são designados para trabalhar no ambiente de guerra como os profissionais da saúde, agentes designados para funções de manutenção da paz e estratégias de proteção dos civis, de acordo com relatos no Sudão sofreram assédio e represálias e junto com eles os defensores dos direitos humanos que tem são fundamentais para garantir a proteção dos direitos dos civis.

Por essa razão, existe uma grande tentativa: da sociedade internacional, de organizações sem fins lucrativos, de órgãos estatais e da própria Organização das Nações Unidas para fazerem com que essa desproporcionalidade que existe e torna as mulheres mais vulneráveis nos casos de conflito seja revertida buscando colocar à frente de locais estratégicos para o desenvolvimento e solução dos conflitos armados mulheres, em situações de tomada de decisão, para que as suas vozes sejam ouvidas e com elas as demais mulheres consigam se expressar, assegurando assim, o cumprimento das estratégias elaboradas para coibir a utilização da estupro como tática de guerra ou arma de guerra.

2 PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE SEXUAL DAS MULHERES EM SEDE DA ONU.

As Nações Unidas há algum tempo, tem alertado para a relevância dos temas ligados ao gênero e a vulnerabilidade das mulheres em casos de conflitos armados. A Declaração de Beijing (1995) e Plataforma de Ação (A/52/231) e a *Women 2000: Gender Equality, Development and Peace for Twenty-First Century* (A/S-23/10/Rev.1), ou seja, “Mulheres 2000: Igualdade de Gênero, Desenvolvimento e Paz para o Século Vinte e Um” já traziam algumas importantes menções sobre o tema.

Em 2000 ainda, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, apresentou na Namíbia, a Resolução 1325 (2000) que visando um acolhimento mais efetivo das mulheres, considerou fundamental que existam mais mulheres atuando nas etapas e processos de negociação de paz antes e depois do estabelecimento de paz. Esta tentativa de trazer as mulheres cada vez mais para atuarem na área de conflitos fez com que essa resolução passasse a ser conhecida como a Resolução das Mulheres.²⁷⁷

A Resolução de 1325 (2000) foi um marco no sentido de que tratou que os crimes sexuais cometidos contra mulheres e crianças são considerados táticas de guerras e devem ser

²⁷⁷ OSAGI, U. Landmark resolution on women, peace and security. **United Nations**, 2000. Disponível: <https://www.un.org/womenwatch/osagi/wps/>. Acesso 10 maio 2025.

de fato, combatido e fortemente punido. Frisa-se que o estupro é um crime de violência sexual que foi inserido no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e nos Estatutos dos Tribunais ad hoc, devendo os identificados serem punidos no rigor das leis.

Posteriormente, no ano de 2009, foi adotada pelo Conselho por unanimidade a Resolução 1889 (2009) que entendendo a importância da participação das mulheres na construção da paz, buscaram retornarem aos debates acerca do tema e que exista de fato um maior monitoramento para que a Resolução 1325 (2000) seja de fato implementada.

Diversos são os direitos das mulheres violados em tempos de guerra e uma preocupação que se tem é quanto a sua integridade sexual, o que resta demonstrado em documentos, a exemplo dos dados contidos na *United Nation Fund for Women* (UNIFEM)²⁷⁸ que discorrem que em 1994 na guerra de Ruanda, que foi caracterizada como um genocídio, entre 250.000 e 500.000 mulheres e meninas teriam sido estupradas. Na guerra civil em Serra Leoa este número foi de 60.000, enquanto na guerra entre Bósnia e Herzegovina este número foi estimado entre 20.000 e 50.000. Já na República Democrática do Congo desde 1996, os pesquisadores relatam que ao menos 200.000 mulheres foram estupradas.

Os dados que foram levantados, os quais demonstram em números uma média de casos de estupros, são valores estimados devido ao fato de muitas vítimas não se sentirem confortáveis a recorrerem as autoridades para relatarem o ocorrido, mas refletem a frase do Major General Patrick Cammaert da Divisão da ONU: “It is perhaps more dangerous to be a woman than a soldier in an armed conflict”.²⁷⁹ A tradução livre dessa frase é que “Talvez seja mais perigoso ser uma mulher do que um soldado em um conflito armado”. Isto diz muito, vindo de uma pessoa extremamente experiente com situações de guerra.

A UNIFEM inclusive, entende que esses atos demonstram claramente que mais do que uma mera ação de soldados degenerados, se trata de uma tática de guerra usada para aterrorizar a população local e que as idades das vítimas são das mais variadas sendo de crianças a senhoras de idade mais elevada. As consequências para as vítimas são inúmeras

²⁷⁸ MILILLO, D. Rape as a tactic of war: Social and psychological perspectives. *Affilia*, v. 21, n. 2, p. 196-205, 2006. Disponível:

https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Media/Publications/UNIFEM/EVAWkit_06_Factsheet_ConflictAndPostConflict_en.pdf#page=2.00. Acesso 10 maio 2025

²⁷⁹ MILILLO, Diana. Rape as a tactic of war: Social and psychological perspectives. *Affilia*, v. 21, n. 2, p. 196-205, 2006. Disponível:

https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Media/Publications/UNIFEM/EVAWkit_06_Factsheet_ConflictAndPostConflict_en.pdf#page=2.00. Acesso 10 maio 2025.

dentre elas os traumas psicológicos, gravidezes indesejadas, a contração de doenças sexualmente transmissíveis como HIV e que acaba por transcender gerações.

Outro ponto trazido pelo documento é justamente que os estupros continuam enquanto houver a ocupação de soldados estrangeiros, mesmo que tenham sido assinados armistícios, cessar fogo, ou tratados de paz. Este tipo de violação é considerado pela comunidade internacional como crime de guerra e crime contra à humanidade, porém raramente os que cometem esses crimes são de fato punidos o que perpetua a impunidade.

Os estupros não são considerados durante as tratativas de acordos de paz, o que deve ser olhado com mais atenção pelos negociadores de paz e os restauradores da paz, para que as vítimas tenham acolhimento necessário com a ajuda de profissionais adequados para cada caso, e que obriguem que os soldados parem de infringir os direitos humanos das mulheres. De acordo com a UNIFEM, diversas mulheres acabam sendo rejeitadas pelas suas famílias após terem sido vitimadas pelos estupradores o que gera um dano irreparável em diversas esferas da vida dessas mulheres.

O reconhecimento de que o estupro é uma tática de guerra foi mencionado pela Resolução 1820 (2008)²⁸⁰ do Conselho das Nações Unidas (S/RES/1820(2008) a qual reconhece que a violência sexual é uma tática de guerra, bem como que o estupro e outras formas de violência sexual podem constituir crime de guerra, crime contra a humanidade ou até um ato constitutivo com relação ao genocídio. A Resolução referida também enfatiza a necessidade de se excluir das disposições de crimes que podem pleitear por anistia esses crimes na tentativa de solucionar conflitos.

A Resolução 1820 (2008) ainda faz menção da importância dos Estados se encarregarem de processar os indivíduos que forem denunciados por tais atos garantindo assim o direito de acesso à justiça para as vítimas desses crimes para buscar e manter a paz duradoura. A sensação de impunidade e injustiça são responsáveis por ações de indivíduos pela autotutela o que impossibilita a paz duradoura.

Buscando auxiliar as mulheres para não terem o seu direito à integridade física e psíquica violados, bem como, sexual, a UNIFEM fundou o *UN Action Against Sexual*

²⁸⁰ UNITED NATIONS. Security Council. Resolution 1820 (2008), S/RES/1820(2008). Disponível em: <https://www.un.org/shestandsforpeace/content/united-nations-security-council-resolution-1820-2008-sres18202008>. Acesso 10 maio 2025.

Violence in Conflicts (Ação da ONU contra a violência sexual em Conflitos), que conta com o lema *Stop Rape Now* (pare com o estupro agora).

A UNIFEM obteve dados de que dos 45 conflitos monitorados em 1989 apenas 10 mencionavam em seus acordos de paz a importância de se monitorar a violência sexual. Assim, o fundo buscou que os mediadores no Guia de Operações seguissem os seguintes princípios: Quando a ONU estiver envolvida em cessar fogo a violência sexual deve ser proibida; Equipes devem ser responsáveis por monitorar que esses crimes não ocorram; os predadores sexuais devem ser excluídos de serviços de segurança e devem ser excluídos também de amistícios; as vítimas devem ser acompanhadas para terem acesso à justiça e possíveis reparações pela violência sofrida; patrulhas terrestres devem ser enviadas para proteger as mulheres; treinar soldados como no caso de Ruanda para responderem adequadamente a crimes de violência sexual contra mulheres; Apoiar mesas de mulheres em unidades policiais para recepcionar as mulheres que sofrem violência sexual; Apoiar homens que falem sobre a importância de se combater a violência sexual em diversos setores da sociedade.

O documento descreve atos que a UNIFEM teria interferido positivamente no que tange à violência de gênero, uma delas é a união entre o fundo com as Forças de Defesa de Ruanda para treinar diversos policiais para ajudar na prevenção e resposta desses crimes. Também, desenvolver habilidades para os membros das Comissões de Verdade e Reconciliação em alguns países como Colômbia, Libéria, Marrocos, Serra Leoa e outros, para que as mulheres que sobreviverem aos estupros possam denunciar os agressores e terem acessos a programas de proteção às testemunhas.

Outra importante contribuição do Fundo se dá pelo empoderamento das mulheres das comunidades locais como no caso do Afeganistão onde se busca informação de violadores de direitos humanos junto às mulheres que os denunciam esses homens e são protegidas pelas autoridades.

Em 2009 o Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou a Resolução 1888 (2009)²⁸¹ entendendo que houvera pouco progresso em relação a redução de crimes de

²⁸¹ UNITED NATIONS. Security Council. **Resolution 1888 (2009)**. Adopted by the Security Council at its 6195th meeting, on 30 September 2009. Disponível: https://www.un.org/shestandsforpeace/sites/www.un.org.shestandsforpeace/files/unscr_1888_2009.pdf. Acesso 10 maio 2025

estupro contra mulheres e crianças e entendendo que continuaria ocorrendo tais violações inclusive como tática de guerra. Outra questão que é abordada é que o Secretário-Geral deve apresentar um relatório demonstrando como está ocorrendo essa participação das mulheres nas etapas de construção da paz.

A Resolução 1960 de 2010 traz também questões envolvendo a violência sexual e estabelece mecanismos de monitoramento e a importância estabelecida pela Resolução 1888 (2009) de se ter a presença das Nações Unidas em solo dos países afetados e com o consentimento do país que estiver ocorrendo o conflito armado, para auxiliar rapidamente as mulheres a não sofrer estupros ou as que já tiverem sofrido, que recebam o suporte necessário pelas equipes.

Houve um acolhimento pela Resolução 1960 (2010) das recomendações incluídas pelo Relatório do Comitê Especial sobre Operações de Manutenção da Paz (A/64/19) sobre a importância de se capacitar e tornar compreensível as diretrizes envolvendo as missões de manutenção de paz, para as tarefas necessárias e também para a prevenção e resposta adequada aos crimes de violência sexual. Essas informações devem ser repassadas para todos os níveis de comando das operações juntamente com as suas devidas responsabilidades.

Posteriormente, no ano de 2013, surge a Resolução 2122, apresentada no Afeganistão a qual expressou preocupação com a vulnerabilidade das mulheres durante e pós-conflitos armados em algumas situações como a necessidade forçada de se deslocar, a desigualdade em casos de direitos fundamentais, leis de asilo que são aplicadas com preconceito de gênero e direito ao acesso de documentos e registros. Entenderam que os impactos que atingem os indivíduos de sexo masculino são menores do que os que atingem o sexo feminino.

A Resolução 2122 ainda reconheceu que os Estados-Membros da ONU devem buscar garantir que as mulheres afetadas por conflitos armados e pós-conflito armado tenham acesso à saúde, à justiça, e o que for necessário a sua subsistência. Em caso de gravidezes resultantes de estupro, essas mulheres precisam ter o apoio do estado, por serem vítimas, sem qualquer discriminação. Os Estados-parte dos conflitos devem assegurar a proteção dos civis.

Dentre diversas importantes constatações feitas pela Resolução 2122(2013) existe o reconhecimento de que o empoderamento econômico das mulheres contribui para que as sociedades que foram arrasadas pelos conflitos armados possam se estabilizar e consigam uma paz sustentável.

A abordagem dada pela Resolução 2467 (2019) tende a centrar sobre os sobreviventes e o acesso à justiça, e nos casos de violência sexual a prevenção e respostas adequadas. Pede inclusive que seja solicitada todo o acesso à saúde previstos pela Resolução de 2013 e que àqueles que sofram estupro tenham direito inclusive à reparação.²⁸²

3 DA PENALIZAÇÃO DO ESTUPRO COMO ARMA DE GUERRA

As práticas de estupro podem ser penalizadas de forma implícita ou explícita conforme leciona Kim Ambos (ano), conforme define: “uma penalização implícita clássica da violência sexual resulta da compreensão dos delitos sexuais como delitos contra a honra e a dignidade da vítima”.²⁸³ Apesar de que é comum que esses crimes nos ordenamentos jurídicos tanto da Alemanha quanto do Brasil sejam considerados crimes contra a honra, a forma mais moderna, de acordo com Ambos (ano) é que seja considerado de forma mais especializada como delito contra a autodeterminação ou integridade sexual.

O Direito Penal interno dos Estados está sujeito ao princípio da territorialidade abrangendo alguns casos com a extraterritorialidade ou intraterritorialidade que estão definidos por lei. Contudo, quando o resultado do crime ou das várias condutas incriminadoras transcende as fronteiras de um país e afeta a comunidade internacional surge o direito penal internacional, para punir por exemplo os crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e o terrorismo. Para tanto, por intermédio da cooperação entre os Estados existe uma maior efetividade em punir essas condutas e com isso aumenta o fortalecimento da justiça global.

O Tribunal Penal Internacional surge com a consagração dos direitos humanos e com a consequente humanização do direito internacional, sendo legitimado o direito de queixa, de recurso ou de comunicação dos cidadãos perante as instituições internacionais em desfavor de seus Estados.²⁸⁴ Dentre importantes convenções pode-se citar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1959) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

²⁸² UNITED NATIONS. Security Council. **Resolution 2467 (2019)**. Adopted by the Security Council at its 8514th meeting, on 23 April 2019. Disponível:

https://www.un.org/shestandsforpeace/sites/www.un.org.shestandsforpeace/files/unscr_2467_2019_on_wps_english.pdf. Acesso 10 maio 2025

²⁸³ Ambos, p.401

²⁸⁴ REIS JÚNIOR, Sebastião. **Algumas notas sobre o estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional (TPI)**. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa-25 anos. Brasília: STJ, p. 429-449, 2014

A esterilização de mulheres em conformidade com o que dispõe o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, também conhecido como Estatuto de Roma, em seu art.6º alínea “d” que dispõe a descrição de impedir que indivíduos nasçam no seio do grupo e transferência de crianças de um grupo para outro de forma forçada é considerado um crime de genocídio. Por sua vez, o art.7º traz que crimes de escravidão (alínea “c”), agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, esterilização forçada, ou qualquer outra violência sexual serão considerados crimes contra a humanidade.

O art.7º-2 alínea “f” traz a definição de gravidez forçada sendo aquela que priva ilegalmente a liberdade da mulher que foi engravidada a força, tendo como principal objetivo alterar a composição étnica da população ou cometer violações graves ao direito internacional.

Além disso, será considerado crime de guerra conforme o art.7º-2 b “xii” cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua desrespeito grave às Convenções de Genebra.

A orientação individual-coletiva no que se refere aos delitos sexuais de direito penal internacional, existe de um lado a proteção à bens jurídicos coletivos tais quais a segurança e a paz internacional, e de outro, a integridade físico-psíquica, a honra e autodeterminação pessoal (sexual) da vítima. (AMBOS, Kim p. 403) Além disso, os crimes de Direito Penal Internacional costumam levar em consideração um elemento de contexto (“contexto elemento” “chapeau” ou “Gesamttat”).²⁸⁵

Sendo assim, a conduta que fundamenta o tipo de crime classificado como contra a humanidade deve ser “um ataque generalizado e sistematizado contra a população civil”. Já nos crimes de guerra a conduta guarda relação com o conflito armado e sendo assim, o estupro quando ocorre em casos de guerra por si só já é considerado um crime de guerra, e portanto, a seu julgamento e condenação estão a cargo da competência do Tribunal Penal Internacional (TPI).

Para ser punido por crime de guerra perante o Tribunal Penal Internacional (TPI) o indivíduo precisa ser maior de 18 anos, e em conformidade com o art.30 do Estatuto só poderá ser punido pelos crimes que estão tipificados no Estatuto caso exista o elemento

²⁸⁵ Ambos, Kim; Werle. Principles of International Criminal Law (2009).

vontade de cometer o crime e conhecimento dos elementos materiais. Precisa haver no aspecto subjetivo a intenção e o conhecimento que a conduta seja crime.

Alguns casos práticos que envolveram a condenação pelo Tribunal Penal Internacional está o de Bosco Ntaganda que foi condenado em 2019 pelo crime de estupro como tática de guerra dentre outros, que aconteceram na República Democrática do Congo. Também em 2021 Dominic Ongwen foi condenado em 2021 por crimes de guerra e crimes contra a humanidade incluindo o estupro como arma de guerra buscando controlar e subjugar as populações civis. Esses exemplos de líderes punidos pelas condutas de estupro demonstram a necessidade de se responsabilizar os perpetradores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da violência sexual contra as mulheres em tempos de guerra não é uma questão atual. Relatos históricos e dados demonstrados ao longo do presente artigo trazem uma realidade que ocorre há muitos séculos. Contudo, com o aumento das guerras no ano de 2022 e 2023 houve inclusive o aumento desses casos o que gera bastante preocupação na comunidade internacional como um todo.

O estupro de mulheres por soldados inimigos, ou grupos rivais, sejam eles internos ou transnacionais, ou até mesmo os classificados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas como terroristas, implicam na perda de importantes direitos das mulheres conquistados ao longo da efetivação dos direitos humanos, dentre eles a integridade física e psíquica das mulheres que são forçadas a ter relações sexuais com um ou vários homens desconhecidos. De acordo com dados da ONU algumas dessas mulheres são traficadas e vendidas para o prazer desses homens, e outras são apenas tomadas como um troféu e demonstração de poder dos vencedores.

Essas mulheres que sofrem esse tipo de violência muitas vezes em decorrência dos conflitos armados são inclusive privadas de irem aos hospitais e médicos para checarem a sua saúde sexual e inclusive cuidarem de suas gravidezes por motivos de estupros ou anteriores aos atos.

Neste artigo são apontadas duas correntes do feminismo em relação ao conflito armado sendo uma delas a que considera que homens e mulheres devem ser igual e a que considera a diferença física e consequentemente biológica dos homens para definir como as mulheres podem auxiliar nos conflitos armados. Mas independente da corrente que o leitor se identifique a vulnerabilidade em relação ao sexo feminino nos conflitos armados possui uma importante relevância que muitas vezes não é discutida por falta de interesse do público masculino em não considerar todos os fatores aqui apresentados.

Uma das Declarações mais antigas a lidar sobre o tema é a Declaração de Beijing (1995) e a Plataforma de Ação (A/52/231). Também a Women 2000 Gender Equality, Development and Peace for Twenty-First Century (A/S-23/10/Ver.1).

A Resolução de 2023 emitida pelo Escritório do Secretário-Geral António Gutierrez intitulada como “Sexual Violence in Conflict: Conflict-Related Sexual Violence”, Agenda para a Paz de 2023 por exemplo, demonstram a enorme preocupação do Escritório do Secretário-Geral com o aumento de conflitos armados pelo mundo e a vulnerabilidade de civis principalmente mulheres e meninas que correm ainda mais risco de sofrerem violência sexual, apesar do relato de que homens e meninos, em menor proporção também sofrem esse tipo de crime.

Na Resolução sobre a Violência Sexual de 2023, o Conselho de Segurança das Nações Unidas pede ao secretário o monitoramento de alguns Relatórios, e as suas recomendações para fazer cumpri-los. Dentre eles estão a resoluções 1820 (2008), 1888 (2009), 1960 (2010) e 2106 (2013).

Tratou-se também da importância do Tribunal Penal Internacional (TPI), criado pelo Estatuto de Roma em 1998 e que passou a vigorar após atingir uma adesão significativa em 2002, que considera o crime de estupro como arma de guerra um crime de guerra, crime contra a humanidade e uma forma de agressão que deve ser coibida e punida a começar por seus líderes como os dois casos mais recentes que foram trazidos nesse trabalho que são o de Bosco Ntaganda (2019) e Dominic Ongwen (2021).

Das ideias elencadas como importantes para coibirem a violência sexual e gênero contra mulheres em conflitos armados está em colocar mais mulheres em posição de liderança, tomada de decisão, mediação de conflitos, como soldadas e em outras posições estratégicas para que as mulheres possam falar livremente com outras mulheres sobre terem

sofrido estupros e serem amparadas. Algumas das Resoluções elencadas apontam que as equipes em solo devem monitorar a saúde sexual das mulheres e possíveis gravidezes para ampararem essas mulheres, bem como coibirem esse tipo de ação por parte dos homens.

A realidade é que existem diversas estratégias sugeridas e recomendações, bem como dispositivos que tratam sobre o tema na esfera legal, a questão é que o tema não tem recebido a devida consideração que deveria pelos Estados para evitarem que os seus soldados hajam dessa maneira, ou no caso de grupos internos dentre eles os terroristas que os governos mandem forças militares para assegurar o direito dessas mulheres ou permitam à própria ONU fazê-lo. É necessário que mais do que vontade, que existam ações efetivas para auxiliarem o cumprimento dessas medidas.

Ainda, uma mudança da cultura é fundamental. Infelizmente a sociedade ainda possui muito machismo enraizado em sua base, que muitas vezes não está só na criação dos homens como na criação de algumas mulheres que poderiam auxiliar as demais, por sua vez, e muitas vezes não o fazem pois consideram que a vítima contribuiu com as ações por ela sofrida. Há que se ter um verdadeiro trabalho em mudar essa cultura pois se reflete inclusive nos conflitos armados de forma ainda mais evidente.

REFERÊNCIAS

ALHATTAB, Sara. Over 370 million girls and women globally subjected to rape or sexual assault as children – UNICEF. First-ever estimates on sexual violence in childhood reveal alarming prevalence, with devastating impact on children. UNICEF: New York, 2024. Disponível:

<https://www.unicef.org/press-releases/over-370-million-girls-and-women-globally-subjected-to-rape-or-sexual-assault-children>. Acesso 10 maio 2025.

AMBOS, KAY. Violência Sexual nos conflitos armados e o Direito Penal Internacional. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasília**, n. 8, p. 407-408, 2012.

COOK, Bernard A. (Ed.). **Women and War**: A historical encyclopedia from Antiquity to the Present. Vol. 1. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, Inc. 2006. <https://www.npr.org/2022/04/30/1093339262/ukraine-russia-rape-war-crimes>. Acesso 10 maio 2025.

MILILLO, Diana. Rape as a tactic of war: Social and psychological perspectives. **Affilia**, v. 21, n. 2, p. 196-205, 2006. Disponível: https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Media/Publications/UNIFEM/EVAKit_06_Factsheet_ConflictAndPostConflict_en.pdf#page=2.00. Acesso 10 maio 2025.

OFFICE OF THE SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY-GENERAL ON SEXUAL VIOLENCE IN CONFLICT. conflict-related sexual violence. report of the United Nations Secretary-General on conflict-related sexual violence. S/2024/292, april 2024. Disponível em <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/>. Acesso em 10 maio 2025.

OSAGI, U. Landmark resolution on women, peace and security. **United Nations**, 2000. Disponível: <https://www.un.org/womenwatch/osagi/wps/>. Acesso 10 maio 2025.

REIS JÚNIOR, Sebastião. **Algumas notas sobre o estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional (TPI)**. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa-25 anos. Brasília: STJ, p. 429-449, 2014.

RIBAS, Marcelo Ferreira. FORMA (S) DE VIDA, UM CONTROVERSO CONCEITO WITTGENSTEINIANO. Kínesis-Revista de Estudos dos Pós-Graduandos em Filosofia, v. 12, n. 31, p. 14-36.

UNITED NATIONS. Security Council. **Resolution 1820 (2008), S/RES/1820(2008)**. Disponível em: <https://www.un.org/shestandsforpeace/content/united-nations-security-council-resolution-1820-2008-sres18202008>. Acesso 10 maio 2025.

UNITED NATIONS. Security Council. **Resolution 1888 (2009)**. Adopted by the Security Council at its 6195th meeting, on 30 September 2009. Disponível: https://www.un.org/shestandsforpeace/sites/www.un.org.shestandsforpeace/files/unscr_1888_2009.pdf. Acesso 10 maio 2025.

UNITED NATIONS. Security Council. **Resolution 2467 (2019)**. Adopted by the Security Council at its 8514th meeting, on 23 April 2019. Disponível: https://www.un.org/shestandsforpeace/sites/www.un.org.shestandsforpeace/files/unscr_2467_2019_on_wps_english.pdf. Acesso 10 maio 2025.

UNITED NATIONS. Women and girls are disproportionately affected by conflict-related sexual violence. Regional Information center western of Europe. 19/06/2024. <https://unric.org/en/women-and-girls-are-disproportionately-affected-by-conflict-related-sexual-violence/>. Acesso 10 maio 2025.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Devastatingly pervasive: 1 in 3 women globally experience violence. Younger women among those most at risk: WHO. 9 March 2021 **Joint News Release** GENEVA. NEW YORK. Disponível: <https://www.who.int/news/item/09-03-2021-devastatingly-pervasive-1-in-3-women-globally-experience-violence>. Acesso 10 maio 2025.

HÁ JUSTIÇA NAS AÇÕES AFIRMATIVAS? UMA REVISÃO DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE NO CASO *STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS V. HARVARD* SOB A PERSPECTIVA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

IS THERE JUSTICE IN AFFIRMATIVE ACTION? A REVIEW OF THE UNITED STATES SUPREME COURT DECISION IN STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS V. HARVARD FROM THE PERSPECTIVE OF JOHN RAWLS'S THEORY OF JUSTICE AS FAIRNESS.

Caroline Bolsoni Ribeiro²⁸⁶

RESUMO

O presente artigo analisa a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que deliberou pelo fim das ações afirmativas no ingresso para o ensino superior em universidades que recebem recursos federais. O estudo utiliza como referencial a teoria da justiça como equidade de John Rawls. Na ampla teoria de Rawls, destacamos os princípios liberais, enfatizando a cooperação social para o sucesso da sociedade e a necessidade de entendimento de todos os cidadãos como detentores de plena liberdade, por meio de justificadas diferenças sociais. A aplicação da teoria, em comparação aos principais argumentos utilizados pelos magistrados no caso, busca compreender se as ações afirmativas são contempladas pela justiça como equidade, considerando a proposta de Rawls para uma sociedade democrática ideal e discutindo vertentes da igualdade entre tutelados. Por fim, defendemos a hipótese de que a teoria em discussão apoia medidas afirmativas sob o argumento da igualdade equitativa de oportunidades, em crítica à defesa da decisão judicial de que há uma crise de igualdade no modelo.

Palavras-chave: ações afirmativas. John Rawls. Justiça como equidade. filosofia política.

ABSTRACT

This article analyzes the decision of the United States Supreme Court that ruled to end affirmative action in college admissions at institutions receiving federal funding. The study is grounded in John Rawls's theory of justice as fairness. Within Rawls's comprehensive framework, we highlight his liberal principles, emphasizing social cooperation as essential to a successful society and the necessity of recognizing all citizens as fully free individuals, supported by justified social inequalities. By applying this theory and comparing it to the main arguments presented by the justices in the case, the article seeks to determine whether

²⁸⁶ Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Possui Mestrado em Direito processual (2020) e graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2011). Pesquisadora na área de Direito Constitucional e Filosofia do Direito.

affirmative action measures are compatible with justice as fairness, in light of Rawls's vision for an ideal democratic society and the broader discourse on equality among those subject to the law. Ultimately, we defend the hypothesis that Rawls's theory supports affirmative action under the principle of fair equality of opportunity, offering a critique of the Court's reasoning that suggests a crisis of equality within the current model.

Key words: affirmative actions. John Rawls. Justice as fairness. Political philosophy.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, acompanhamos discussões sobre as políticas afirmativas de ingresso em universidades no Brasil e nos Estados Unidos. Enquanto o Brasil corroborou a opção das cotas raciais, fortalecendo-as na esfera legislativa, com uma proposta de alteração da Lei 12.711/2012; os estadunidenses, por meio de uma decisão judicial da Suprema Corte do país, consideraram que as medidas ferem a igualdade entre os candidatos e as declararam ilegais após 45 anos das ações afirmativas.

Diante da influência cultural dos Estados Unidos no restante do mundo e da similaridade histórica no que tange a escravidão em próprio solo que vemos entre nossas nações, acreditamos ser relevante, para fins acadêmicos, a compreensão dos argumentos que motivaram tal decisão.

Para análise da sentença (e das ações afirmativas em geral), elegemos a teoria da justiça elaborada por John Rawls, que trata a justiça como equidade. Acreditamos que a proposta seja a mais adequada para tanto, uma vez que o autor é estadunidense e foi professor ao longo de sua carreira de uma das universidades objeto do processo que vamos discutir; além de, principalmente, ser um dos mais influentes filósofos políticos da contemporaneidade, elaborando um modelo liberal²⁸⁷, que é o arquétipo com o qual, com frequência, justificam-se as decisões políticas daquele país.

Para a análise proposta, iniciaremos com uma apresentação dos principais pontos dos votos apresentados no caso '*Students for Fair Admissions, INC. V President and Fellows of Harvard College*', onde 6 dos 9 juízes da corte se manifestaram pela ilegalidade das ações afirmativas no ensino superior.

Após, abordaremos alguns aspectos da teoria da justiça como equidade de John Rawls, destacando os pontos que nos são mais relevantes, diante da impossibilidade de

²⁸⁷ Evidentemente, estamos falando do liberalismo em termos filosóficos, e não em outras também conhecidas esferas, como o liberalismo econômico.

análise da extensa obra nesse momento. De todo modo, veremos como o autor encontra uma proposta liberal embasada em princípios da justiça que entendem a cooperação social como elemento de êxito da sociedade e demanda que todos os cidadãos sejam compreendidos como detentores de plena liberdade, com diferenças sociais justificadas.

Por fim, traremos a teoria de Rawls ao contexto das ações afirmativas, na análise do caso concreto, para compreendermos se a proposta é contemplada pela justiça como equidade. Uma vez que o autor elaborou um protótipo dedicado ao que seria uma sociedade democrática utópica e ideal dentro dos modelos políticos com que trabalhamos na atualidade ocidental, podemos apenas supor que sua teoria considera as medidas afirmativas como um elemento justo no contexto de igualdade equitativa de oportunidades.

2 O CASO EM DISCUSSÃO

O objeto de análise é a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso ‘*Students for Fair Admissions, INC. V President and Fellows of Harvard College*’, ao qual foi juntado o processo similar ‘*Students for Fair Admissions, INC v. President and Fellows of University of North Carolina (UNC)*’, que deliberou, em 29 de junho de 2023, pela vedação do uso de ações afirmativas baseadas em raça para acesso às Universidades no país.

A decisão representou a mudança no entendimento da Corte que já havia se consolidado em dois julgamentos anteriores amplamente citados nos votos: ‘*Regents of the University of California v. Bakke*’, de 1978, e ‘*Grutter v. Bollinger*’, de 2003. Ambas as decisões firmavam o entendimento no país que as instituições de ensino superior poderiam utilizar raça ou etnia entre os diversos critérios para avaliação do ingresso de alunos, contudo, a reserva de vagas para esses grupos era considerada inconstitucional.

Além dos dois principais casos sobre a matéria, também é discutido a icônica decisão proferida e ‘*Brown v. Board of Education*’, que pôs fim a legalidade da segregação racial na educação básica em 1954.

O Caso objeto da nossa discussão, bem como seus antecessores acima mencionados, tratou de uma possível violação à 14ª emenda à Constituição estadunidense²⁸⁸, criada em 1868, que contempla principalmente a liberdade civil dos cidadãos do país. Assim, a

²⁸⁸ Tradução livre da Seção 1 da norma: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou aplicará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis” (EUA, 1878).

organização *Students For Fair Admission* (SFFA) alegou que as ações afirmativas violariam essa premissa constitucional, prejudicando os demais pretendentes às vagas. Além disso, também seria o caso de ilegalidade perante o Título VI, seção 601, do Ato de Direitos civis de 1964, que veda instituições de ensino que recebem recursos financeiros federais promovam qualquer tipo de discriminação de raça, cor ou origem nacional²⁸⁹, o que seria o caso das Universidades em análise.

Como já citamos, o entendimento da SFFA pela inconstitucionalidade das ações afirmativas foi reiterado pela Corte, com seis votos aprovando a tese, contra três votos no sentido de manutenção do entendimento anteriormente firmado pelo Tribunal.

O voto principal foi proferido pelo Juiz John Roberts, que analisou os argumentos apresentados pelas universidades no caso atual, bem como nos casos anteriores. Um dos aspectos discutidos tanto por ele, quanto pelos demais juízes que o acompanharam é que o julgado paradigma, ‘*Grutter v. Bollinger*’, de 2003, deixava claro que haveria um momento no futuro que as ações afirmativas seriam desnecessárias, uma vez que os grupos beneficiados teriam atingido estabilidade social. Por isso, havia a proposta de revisão da demanda em vinte e cinco anos²⁹⁰, ou seja, o presente caso se adianta em apenas cinco anos.

Assim, Roberts se dirige para a discussão sobre os efeitos das ações afirmativas nas universidades e se ainda é possível observar as vantagens no sistema.

Ao se manifestar no processo, a Universidade de Harvard defendeu que a diversidade tem o papel de contribuir para a formação dos alunos e, por isso, raça tem sido um dos critérios para admissão de alunos²⁹¹. Além disso, ambas as Universidades objeto da discussão – Harvard e UNC – também enumeraram alguns benefícios do modelo, alegando que a diversidade no *campus* auxilia no treinamento de futuros líderes do setor público e privado; prepara os alunos para a crescente pluralidade social; melhora a educação pela diversidade; produz inovação promovida pelas novas perspectivas e desenvolve a empatia, desconstruindo estereótipos²⁹².

²⁸⁹ Tradução livre da Seção 601 do Título VI do Ato de Direitos Civis: “Nenhuma pessoa nos Estados Unidos será, com base em raça, cor ou origem nacional, excluída da participação, negada aos benefícios ou sujeita a discriminação em qualquer programa ou atividade que receba assistência financeira federal.”(EUA, 1964).

²⁹⁰ (EUA) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Students For Fair Admissions V. Harvard**. Washington, 29 jun. 2023. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgj.pdf. Acesso em: 20 nov. 2024.

²⁹¹ Op. Cit. p. 26.

²⁹² Op. Cit. p. 31.

Sobre esse aspecto, Roberts observa que por mais relevantes que esses benefícios sejam, não há forma de a Corte mensurá-los e observar se, de fato, eles existem e foram contemplados pelas medidas afirmativas das últimas décadas²⁹³.

Roberts também levanta questionamentos sobre a imprecisão das categorias utilizadas pelos processos admissionais, que normalmente contemplam asiáticos, nativos havaianos, hispânicos, brancos, afro-americanos e nativo-americanos, já que há muitas sutilezas nas comunidades globais do que a divisão propõe²⁹⁴. Ainda, há a premissa de que pessoas com mesma etnia teriam as mesmas experiências ou pensariam similarmente, apesar das diferenças em idade, educação, renda e local que vivem²⁹⁵.

Outro ponto abordado pelo Juiz é que não há métrica viável para a verificação do momento em que as ações afirmativas não serão mais necessárias²⁹⁶, ou seja, apesar de ‘*Grutter v. Bollinger*’ estabelecer esse compromisso para o futuro, não há um critério objetivo já acordado na decisão e em documentos adjacentes para que a exceção criada seja findada.

Por fim, Roberts destaca que qualquer pessoa pode ter características ou habilidades que contribuam para as universidades, mas isso só poderá ser auferido individualmente, e não com base em raça ou etnia²⁹⁷.

O Juiz Clarence Thomas votou em consonância com Roberts, mas apresentou decisão com alguns argumentos distintos dos destacados até agora, advogando por uma perspectiva ‘daltônica²⁹⁸’ da constituição²⁹⁹. Para ele, a 14ª emenda propõe uma ideia de igualdade ampla, no sentido que os debates dos legisladores buscavam a proibição legal de distinções baseadas em cor ou raça, o que foi reforçado por diversos julgados da Corte³⁰⁰. Assim, a teoria de que a norma tem o objetivo de impedir regras que distingam as pessoas negras de forma prejudicial, mas permitindo as distinções positivas, não encontraria base legal³⁰¹.

Thomas estrutura seu argumento em três principais questões. A Primeira, diz respeito à necessidade que as universidades têm de apresentar uma conexão entre discriminação racial e benefícios educacionais³⁰². O Juiz comprehende a possibilidade de que a exposição a diferentes perspectivas seja vantajosa a formação dos alunos, mas não estaria claro como a

²⁹³ Op. Cit. P. 31.

²⁹⁴ Op. Cit. p. 32-33.

²⁹⁵ Op. Cit. p. 36.

²⁹⁶ Op. Cit. p. 38.

²⁹⁷ Op. Cit. p. 48.

²⁹⁸ Tradução livre do termo original utilizado em inglês: *colorblind*.

²⁹⁹ Op. Cit. p. 50.

³⁰⁰ Op. Cit. p. 59.

³⁰¹ Op. Cit. p. 65.

³⁰² Op. Cit. p. 71.

diversidade relacionada especificamente à raça teria conexão direta com esse objetivo, uma vez que existem diferentes histórias de vidas entre alunos de uma mesma raça, por exemplo³⁰³. Sobre essa questão, ele destaca um certo estereótipo formado sobre pessoas da mesma raça ou etnia³⁰⁴, como se todas as pessoas negras, por exemplo, tivessem uma experiência de marginalização social.

A segunda questão é que o ato discriminatório não deve ser acolhido sem análise minuciosa de suas razões³⁰⁵. Ou seja, as ações afirmativas possuem aparente efeitos benéficos na sociedade, mas, por se tratar de uma forma de modulação da igualdade entre cidadãos, também merece análise bastante detalhada para verificar seus critérios de justiça.

Por fim, a terceira questão é que as medidas para remediar ação discriminatórias de governos passados devem ser moldadas para atender aquelas discriminações particulares³⁰⁶. Thomas enfatiza que, de modo geral, as medidas afirmativas tomadas no país são embasadas em argumentos como a compensação de pessoas que foram vítimas de discriminações do passado; diversidade e destruição de ‘castas raciais’; e erradicação do preconceito racial³⁰⁷.

Sobre esse aspecto, o Juiz destaca que nos precedentes judiciais sobre o tema, restou claro que não é possível ratificar ações que buscam a compensação por segregações realizadas por governos passados sem um liame subjetivo bastante delimitado³⁰⁸. Argumenta, ainda, que as ações afirmativas não seriam responsáveis pelo aumento geral de pessoas negras ou hispânicas no ensino superior, mas apenas permite que elas acessem instituições com processos seletivos mais competitivos do que ingressariam sem o recurso³⁰⁹.

Por fim, Thomas destaca que a ajuda a alguns grupos sociais implica necessariamente o prejuízo de outro³¹⁰. Os mais afetados seriam aquelas pessoas de origem asiática, grandes demandantes do ensino superior naquele país e que também são uma população que sofre com a discriminação nos Estados Unidos³¹¹.

O Juiz Neil Gorsuch, assim como Clarence Thomas, votou no sentido proposto pela exposição principal de John Roberts mas decidiu apresentar voto com argumentos adicionais concorrentes. Ele inicia sua proposição abordando a questão da violação das universidades ao Título VI do Ato de direitos civis, observando que a palavra ‘discriminação’ usado na

³⁰³ *Op. Cit.* p. 72-73.

³⁰⁴ *Op. Cit.* p. 74.

³⁰⁵ *Op. Cit.* p. 71.

³⁰⁶ *Op. Cit.* p. 71.

³⁰⁷ *Op. Cit.* p. 77.

³⁰⁸ *Op. Cit.* p. 79.

³⁰⁹ *Op. Cit.* p. 87.

³¹⁰ *Op. Cit.* p. 90.

³¹¹ *Op. Cit.* p. 92 e 114.

norma persiste, hoje, com o mesmo significado do texto original de 1964, que é tratar um sujeito de forma prejudicial a outros em situação similar³¹².

Gorsuch também trata da questão dos grupos utilizados pelas universidades para classificar os alunos, que normalmente compreendem modelos burocráticos dos anos 1970³¹³. Assim, corrobora a afirmação de Thomas que as divisões utilizadas pelas universidades são estereótipos irracionais³¹⁴. Como exemplo, inclusive, ele cita que a categoria ‘pessoa branca’ pode compreender um refugiado iraquiano ou ucraniano, bem como um membro da família real britânica³¹⁵.

Um ponto singular abordado por Gorsuch é o argumento da SFFA que, no caso de Harvard, seria possível a manutenção da composição racial do corpo de alunos³¹⁶ sem o recurso das práticas afirmativas se a universidade transferir metade dos benefícios estudantis garantidos aos atletas para candidatos com renda comprovada insuficiente e eliminar benefícios para filhos de doadores, alunos egressos e corpo docente³¹⁷.

O último juiz a acompanhar o voto principal apresentando argumentos concorrentes foi Brett Kavanaugh³¹⁸. O principal argumento de sua exposição é que, conforme os precedentes que já mencionamos, hoje temos programas de ações afirmativas no ensino superior com até 35 anos de operação³¹⁹, mostrando que a temporalidade que os justificavam provavelmente já haveria expirado, como o prazo de revisão sugerido de 25 anos na última análise da matéria. Ao propor um fim para as ações, a Corte, em seus julgados anteriores haveria reconhecido os riscos do prolongamento das classificações raciais em termos de igualdade³²⁰.

Além dos seis juízes que votaram a favor da tese vencedora pelo fim das ações afirmativas nas universidades, três juízes se manifestaram de forma contrária, sendo que duas apresentaram votos dissidentes ao de Roberts.

³¹² *Op. Cit.* p. 108.

³¹³ *Op. Cit.* p. 111.

³¹⁴ *Op. Cit.* p. 112.

³¹⁵ *Op. Cit.* p. 113.

³¹⁶ A Universidade de Harvard apresentou dados contemplando o percentual de alunos que ingressaram na instituição conforme declaração de raça entre 2009 e 2018 (EUA, 2023, p. 39). As informações apontam que entre 10 e 12 por cento dos alunos que ingressaram eram afro-americanos, entre 8 e 12 por cento eram de origem hispânica e entre 17 e 20 por cento se declararam asiáticos americanos.

³¹⁷ *Op. Cit.* p. 120-121.

³¹⁸ Também aderiram à tese de Roberts os juízes Amy Coney Barrett e Samuel Alito, sem apresentar votos concorrentes (EUA, 2023, p. 08).

³¹⁹ *Op. Cit.* p. 136.

³²⁰ (EUA) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Students For Fair Admissions V. Harvard.**

Washington, 29 jun. 2023. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf. Acesso em: 20 nov. 2024.

A primeira a apresentar seus argumentos foi Sonia Sotomayor. Ela iniciou destacando que, por 45 anos, a corte permitiu que as universidades no país considerassem raça de forma limitada e apenas no propósito de promover importantes benefícios de diversidade racial³²¹, diante do cenário de exploração e lucro do país sobre o trabalho negro durante os anos em que a escravidão era legalizada e ainda posteriormente, diante das dificuldades que seguiram impostas aos negros na sociedade³²².

Sotomayor afirma que o objetivo declarado dos proponentes da 14^a emenda era proteger as pessoas negras em seus direitos fundamentais de cidadãos da mesma forma que as pessoas brancas eram protegidas³²³. Ela defende que os casos sobre a segregação racial na educação que sucederam a ‘*Brown v. Board of Education*’ confirmam que o objetivo principal da decisão era atingir um sistema educacional integrado com igualdade racial de oportunidades, e não impor uma regra formalista que prezava por uma perspectiva de ‘cegueira racial’³²⁴.

A juíza expõe as consequências das políticas de institucionalização da segregação racial pelo governo, apontando como exemplo que mais da metade de alunos hispânicos e negros da educação básica frequentam escolas em ao menos 75% dos estudantes se compreendem parte de grupos minoritários³²⁵, confirmando a manutenção implícita de divisões sociais.

Nesse sentido, Sotomayor declara que persiste, desde a aprovação da 14^a emenda, o requisito de que apenas é possível alcançar a igualdade com o reconhecimento das desigualdades³²⁶.

Outro ponto abordado pela juíza é que, como destacam os precedentes e a descrição dos processos seletivos das universidades, raça tem sido apenas um entre diversos critérios utilizados para análise das inscrições³²⁷. Além disso, ambas as universidades objeto da decisão afirmaram que já adotaram medidas propostas pela SFFA, como o aumento do suporte financeiro para alunos de baixa renda, mas observam que nem todas as propostas da instituição são viáveis³²⁸.

³²¹ Op. Cit. p. 141.

³²² Op. Cit. 142-143.

³²³ Op. Cit. p. 144.

³²⁴ Op. Cit. p. 151.

³²⁵ Op. Cit. p. 157.

³²⁶ Op. Cit. p. 156.

³²⁷ (EUA) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Students For Fair Admissions V. Harvard**. Washington, 29 jun. 2023. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf. Acesso em: 20 nov. 2024.

³²⁸ Op. Cit. p. 169.

Em sua manifestação no processo, Harvard estima que a eliminação da consideração de raça na avaliação reduziria a representação de negros no corpo discente de 14% para 6% e de hispânicos de 14% para 9%³²⁹.

Ainda, Sotomayor comenta os argumentos da corte de que falta clareza ou mensurabilidade para as medidas afirmativas apontando que não há proposta sobre como isso poderia ser executado ou que tipo dado seria necessário, o que tornaria essas objeções retóricas³³⁰.

Outro ponto abordado pela juíza é a acusação de que categorias utilizadas pelas universidades seriam imprecisas ou embasadas em estereótipos. Ela afirma que esse tipo de argumento levanta dúvidas sobre toda a estrutura de informações e programas governamentais³³¹. Por fim, Sotomayor defende que a proposta de um prazo de término para as ações afirmativas nas universidades presente em ‘*Grutter v. Bollinger*’ se tratava apenas de uma expectativa de evolução social, e não uma data de validade fixada com uma análise técnica³³².

A Juíza Kentanji Brown Jackson foi a segunda a apresentar seu voto dissidente e afirmou endossar o voto de Sotomayor completamente³³³, acrescentando que os Estados Unidos nunca foi um país daltônico, mesmo quando a escravidão deveria ter sido considerada claramente dissonante dos princípios fundadores da nação³³⁴ e seguiu destacando as diversas vezes que a corte julgou casos corroborando a discriminação racial.

Jackson também destacou a persistência das diferenças raciais em diversas frentes, a começar pela riqueza e renda, uma vez que, conforme dados de 2019, a riqueza média anual das famílias negras era de 24 mil dólares, enquanto das famílias brancas era cerca de 188 mil dólares³³⁵. Isso se reflete na educação superior no país, uma vez que estadunidenses negros ao final de suas décadas dos 20 anos tem metade da probabilidade de possuírem um diploma

³²⁹ De fato, esses dados já puderam ser verificados no processo admissional das universidades de maior destaque no ano de 2024, o primeiro afetado pela medida. Segundo artigo do New York Times, nas 59 maiores instituições, houve um decréscimo nas matrículas de alunos negros e hispânicos, de 7 para 6 por cento no primeiro caso e de 14 para 13 por cento no segundo, apesar do sucessivo aumento de matriculados nos 15 anos anteriores. Além disso, não foi registrado significativo aumento da matrícula de alunos asiáticos e brancos. Contudo, houve um aumento de 2 por cento no total de alunos que decidiram não informar sua cor/etnia nas matrículas (SAUL; LEONHARDT, 2025).

³³⁰ *Op. Cit. p. 190.*

³³¹ *Op. Cit. 191.*

³³² *Op. Cit. p. 192-193.*

³³³ *Op. Cit. p. 210.*

³³⁴ (EUA) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Students For Fair Admissions V. Harvard.** Washington, 29 jun. 2023. p. 211. Disponível em:

https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf. Acesso em: 20 nov. 2024.

³³⁵ *Op. Cit. p. 219.*

universitário, quando comparados com cidadãos brancos na mesma faixa etária³³⁶. A Juíza segue demonstrando que esses padrões se repetem nos cuidados à saúde, na possibilidade de comprarem uma moradia própria e etc, confirmando que não é possível exigir uma igualdade formal que já não está presente na sociedade.

Em confronto com essas informações, Jackson destaca a importância da formação de profissionais negros para quebra desses padrões, para além do potencial aumento da renda que o ensino superior pode trazer, ao demonstrar que médicos negros prescrevem tratamentos mais adequados para pacientes negros e mais que dobram as chances de vida de bebês recém-nascidos negros, quando comparados aos tratados por médicos brancos³³⁷.

Por fim, Jackson destacou que os alunos não são obrigados a fornecer dados demográficos como gênero e raça, exemplificando que na UNC, por exemplo, são tratados cerca de 40 critérios que envolvem performance acadêmica, atividades extracurriculares, talentos especiais e ensaio escrito submetido, entre outros³³⁸, confirmado, portanto, que aqueles estudantes que desejam que sua etnia não interfira no processo seletivo tem a opção.

3 JOHN RAWLS E A JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Como já mencionamos, a teoria da justiça proposta por John Rawls possui ampla repercussão nos modelos de filosofia política. Em nosso caso, é um interessante referencial para compreensão do julgado apresentado por ser marcada pela proposta de manutenção do liberalismo político, um objetivo aparentemente destacado na busca pela igualdade vista nos discursos dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A teoria de Rawls é bastante extensa e detalhada. Por esse motivo, decidimos destacar apenas os elementos relevantes para a análise em questão. Assim, iniciamos apontando a pretensão de firmar uma concepção de justiça como equidade. Para tanto, em uma sociedade considerada justa, “as liberdades de cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais”, contudo, há situações em que, por falta de melhor resolução, uma injustiça menor é suportada com o objetivo de evitar uma injustiça maior³³⁹.

³³⁶ *Op. Cit.* p. 220.

³³⁷ *Op. Cit.* p. 230-231.

³³⁸ *Op. Cit.* p. 224.

³³⁹ Essa afirmação de Rawls parece dialogar com os defensores de uma proposta de justiça utilitarista clássica, da qual o autor discorda veementemente (RAWLS, 2016, p. 26 e seguintes). Assim, ele marca seu posicionamento de eventuais barganhas de interesses individuais realizadas em prol do coletivo não devem ser interpretadas nesse contexto.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Tradução de Jussara Simões.

Nesse sentido, Rawls destaca que a sociedade orientada pela justiça equitativa deve ser entendida como empreendimento cooperativo, apesar de marcado por conflito de interesses, ou seja, haverá prejuízos individuais, mas o êxito enquanto grupo é possivelmente superior aos resultados atingidos isoladamente³⁴⁰. Os conflitos sempre existirão em uma sociedade com concepção de vida plural, um traço essencial na proteção das liberdades.

A fim de moderar esses conflitos, o autor propõe que a sociedade seja marcada por uma concepção pública da justiça, definida como: “(1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e (2) as instituições sociais fundamentais geralmente atendem, e em geral sabem que atendem, a esses princípios”³⁴¹.

Evidentemente, o autor comprehende que o consenso sobre a concepção pública de justiça é algo dificilmente encontrado nas sociedades, uma vez que os distintos conceitos de justiça estão em constante discussão³⁴². Esse contexto amplia o papel regulatório das instituições que, com o objetivo de manter os critérios de justiça e a estabilidade, deve se abster de distinguir cidadãos em direitos e deveres fundamentais, prezando pelo equilíbrio entre a distribuição de bens em face ao conflito de interesses³⁴³.

Essa perspectiva se destaca como o grande acerto de Rawls, em nossa opinião: a compreensão que a pluralidade da sociedade exige instituições fortes em sua atuação de dirimir conflitos. Contudo, é fundamental que as doutrinas abrangentes presentes nesse pluralismo sejam razoáveis, com um cerne que princípios estruturantes que se encontrem e auxiliem na cooperação mútua – o *consenso sobreposto*³⁴⁴.

Além disso, é necessária a razoabilidade por parte dos cidadãos da sociedade, a fim de que cumpram os princípios que estão de acordo, mesmo que em prejuízo de interesses próprios³⁴⁵.

Ainda sobre o papel das instituições sociais, Rawls evidencia sua centralidade para alcançar o objeto da justiça, que é a distribuição adequada das vantagens e desvantagens existentes na vida em coletividade, como vemos na passagem abaixo:

Assim, as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais que outros. Essas são desigualdades muito profundas. Além de universais,

³⁴⁰ Op. Cit. p. 5.

³⁴¹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.5. Tradução de Jussara Simões.

³⁴² Op. Cit. p. 6.

³⁴³ Op. Cit. p. 6.

³⁴⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000. 430 p. 80 e 83.

³⁴⁵ RAWLS, John; KELLY, Erin. *Justiça como eqüidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 306 p

atingem as oportunidades iniciais de vida; contudo, não podem ser justificadas recorrendo-se a ideia de mérito. É a essas desigualdades, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que se devem aplicar em primeiro lugar os princípios da justiça social³⁴⁶

Uma vez que concordamos que há diferentes interesses sociais, mas também diferentes posições de vantagens e desvantagens no contexto de vida, Rawls recorre a sua famosa ficção do *véu da ignorância* para apontar como sujeitos com mais recursos sociais concordariam em ceder seus benefícios em prol da cooperação: em um ensaio neocontratualista, o autor propõe que os cidadãos de dada sociedade, em momento designado como *posição original*, se reúnem para deliberar os princípios da justiça desconhecendo qual condição social ocuparão, favorecendo a promoção da equidade entre os indivíduos³⁴⁷.

Rawls acredita que os participantes desse experimento eventualmente acordarão dois princípios de justiça, que são:

(a) cada pessoa, tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessível a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença)³⁴⁸.

O autor esclarece que ordem de relevância dos princípios se dá conforme sua apresentação, ou seja: o princípio que preza pelas liberdades básicas tem precedência sobre o segundo, e a igualdade equitativa de oportunidades deve ser vista como prioritária quando comparada com o princípio da diferença³⁴⁹.

Sobre o primeiro princípio, o autor destaca que a ideia de liberdades básicas não está restrita às liberdades oriundas da proteção de direitos políticos pelo Estado por meio de sua atuação negativa; ao contrário, deve contemplar as garantias constitucionais espalhadas pelas diversas cartas de proteção ao ser humano que temos³⁵⁰.

Quanto à análise do segundo princípio, Rawls já nos indicou a presença de dois preceitos internos. O primeiro trata da igualdade equitativa de oportunidades, que o autor apresenta como uma oposição à igualdade formal de oportunidades, no sentido que não basta

³⁴⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Tradução de Jussara Simões. p. 8-9.

³⁴⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 15. Tradução de Jussara Simões.

³⁴⁸ *Op. Cit.* p. 60.

³⁴⁹ *Op. Cit.* p. 60.

³⁵⁰ *Op. Cit.* p. 63.

a possibilidade de acesso formal aos cargos públicos e posições sociais, sendo necessário que as chances de acessos sejam reais a todos³⁵¹.

Para ele, a igualdade equitativa possibilitaria a igualdade liberal, com a intervenção de instituições políticas e legais a fim de evitar a concentração excessiva de riqueza e dominação política, devendo a sociedade também estabelecer, “entre outras coisas, oportunidades iguais de educação para todos independentemente da renda familiar”³⁵².

Concluindo o segundo princípio, temos aquele que Rawls conceituou como *princípio da diferença*. Para explicá-lo, Rawls enfatiza o fato que a cooperação social sempre será produtiva, no sentido que há participação ativa dos cidadãos para manter o acesso aos recursos da sociedade, com diferentes funções e divisões do trabalho, além de níveis de investimento em treinamento e formação escolar³⁵³. Desse modo, prevendo que haveria desigualdades na acumulação de riquezas do sistema de produção, o autor tenta desenhar o limite para a existência delas, que, nas palavras dele “devem efetivamente beneficiar os menos favorecidos, caso contrário, as desigualdades não são permissíveis”³⁵⁴.

Assim, comprehende-se o princípio da diferença no contexto dos dois princípios da justiça no sentido que não obstante a igualdade equitativa de oportunidades, nem todos os indivíduos desejariam assumir funções que exigem maior investimento em preparo técnico ou a assunção de certos riscos. Aqueles desejarem, poderão ter acesso a bens de forma proporcionalmente vantajosa, mas sem desestabilizar as condições de cooperação social e limitar o alcance daqueles que desejam atuar em tais funções.

A discussão sobre essas possíveis desigualdades passa por outro conceito de Rawls, o de *bens primários*. Estes representam as necessidades das pessoas para vida, não apenas como seres humanos, mas também para sua dignidade com cidadãos livre e com vida plena³⁵⁵. Rawls lista cinco tipos de bens primários: os direitos e liberdades básicas, ligadas às liberdades institucionais de manifestação; as liberdades de movimento e escolha de ocupação, havendo opções diversificadas para a escolha; os poderes e responsabilidades de cargos de autoridade; renda e riqueza, enquanto objeto de troca; e o autorrespeito social, que permitam para participação do cidadão na sociedade³⁵⁶.

³⁵¹ *Op. Cit. p. 61.*

³⁵² RAWLS, John; KELLY, Erin. **Justiça como eqüidade:** uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

306

³⁵³ *Op. Cit. p. 89-90.*

³⁵⁴ *Op. Cit. p. 90-91.*

³⁵⁵ *Op. Cit. p. 81.*

³⁵⁶ *Op. Cit. p. 82-83.*

Rawls também estabelece quais os aspectos de amplitude dessas possíveis desigualdades, descrevendo três tipos de contingências que podem interferir nos acessos dos cidadãos, sendo eles a classe social de nascimento do indivíduo, que determinará os bens a que o sujeito terá acesso para seu desenvolvimento; os talentos naturais e as possibilidades de desenvolvê-los, a depender de sua classe social; e questões aleatórias, como sorte ou azar pessoais ou de sua sociedade³⁵⁷. De todo modo, essas contingências não podem limitar o acesso aos bens primários do indivíduo ao ponto que impeça o pleno exercício de sua cidadania.

Uma última questão relevante para nossa discussão é a explicação de Rawls do motivo pelo qual raça e gênero não integrarem a lista das contingências, uma vez que hoje, esses são fatores que influenciam o acesso dos indivíduos às liberdades sociais. O autor deixa claro que sua proposta atua no campo normativo e é formulada para uma sociedade bem ordenada. Nesse contexto, essas diferenças específicas, bem como outras que seguem existindo em nossa sociedade ocidental, não limitariam os indivíduos, pois não preenchem os requisitos do princípio da diferença, ou seja, as desvantagens de raça e gênero são fruto de benefícios apenas para a classe exploradora³⁵⁸.

4 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE ENQUANTO SUPORTE ÀS AÇÕES AFIRMATIVAS

Pela nossa breve exposição, podemos observar que o trabalho de John Rawls se deu em um âmbito normativo, sendo suas propostas elaboradas, de modo geral, para uma sociedade bem ordenada orientada pela justiça equitativa. Por esse motivo, o autor não se manifestou diretamente sobre questões práticas de nosso cotidiano tão marcado pelas heranças históricas. Rawls dialoga com essas demandas alguma vezes, como quando tratou das contingências de raça e gênero, conforme apresentamos há pouco.

Sobre a possível aplicação de sua obra, Rawls, ao tratar dos limites de seu trabalho, esclarece que seu objetivo é encontrar o regime constitucional mais justo o possível, operando suas hipóteses. Ele afirma que:

Nesse sentido, a justiça como equidade é realisticamente utópica: testa os limites do realisticamente praticável, isto é, até que ponto, no nosso mundo (dadas suas leis e tendências), um regime democrático pode atingir a

³⁵⁷ RAWLS, John; KELLY, Erin. **Justiça como eqüidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 306 p. 78.

³⁵⁸ *Op. Cit.* p. 91

completa realização de seus valores políticos pertinentes – a perfeição democrática, se preferirem³⁵⁹.

Por esse motivo, em uma ousada interpretação de sua obra, é possível compreender por que Rawls avança diretamente para as questões relativas à distribuição bens, superando a discussão do racismo, xenofobia, misoginia ou homofobia – o autor desde o princípio marca o limite de um pluralismo baseado em múltiplas concepções de vida razoáveis. Diante de uma sociedade que busque viver sob ideais liberais, não espaço para concepções de vida que extrapolam a esfera subjetiva.

Desse modo, faremos o esforço de verificar qual o âmbito de aplicação da nossa hipótese para uma sociedade ainda não bem ordenada.

Conforme estabelece Oliveira Fortes³⁶⁰, o ponto de partida para a análise está no requisito da igualdade equitativa de oportunidades, ou seja, há ampla liberdade dos cidadãos de alcançar as possibilidades de concepção de vida que desejam?

Uma vez que é impossível vivermos a proposta de uma posição original diante do véu da ignorância de Rawls, nos resta pensar em medidas práticas que possam diminuir as desigualdades não suportadas pelo princípio da diferença; o que nos faz contemplar, portanto, as medidas afirmativas como uma forma válida de justiça distributiva.

Essa posição é reiterada pela proposta de Rawls de que as instituições devem ocupar um papel central na manutenção da justiça equitativa. Como já vimos, diante da necessidade de cooperação social, apesar dos interesses diversos, cabe às forças regulatórias institucionais – que podem variar nas diversas estruturas sociais – garantir o retorno à ordem³⁶¹. No caso em análise, vemos a operação proposta pelo autor no conflito de diferentes interessados - as partes preteridas pelas ações afirmativas, as universidades e as pessoas beneficiadas pelos programas – que buscam resolução do conflito pela via do poder judiciário. Caberia às forças institucionais apresentarem uma resposta pela manutenção da equidade à demanda.

Um outro aspecto a ser compreendido por meio do papel das instituições na cooperação social é o argumento dos juízes contrários à manutenção das ações afirmativas sobre a dificuldade das universidades em comprovar os benefícios que a política em análise

³⁵⁹ Op. Cit. p. 18.

³⁶⁰ FORTES, Renivaldo Oliveira. **A teoria da justiça de John Rawls e as ações afirmativas:** reparar as contingências em direção à igualdade. 2018. 162 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://tee2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8457>. Acesso em: 15 dez. 2024.

³⁶¹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 7, Tradução de Jussara Simões.

traz ao ambiente acadêmico, apesar das manifestações favoráveis de ambas as universidades que figuram no polo passivo do processo, bem como de outras que atuaram como *amici curiae*.

Na perspectiva de Rawls, podemos compreender que o questionamento da corte parece deslocado, uma vez que seria o caso das universidades, em seu papel educacional, contribuirem para o desenvolvimento da justiça equitativa da sociedade, por meio das políticas afirmativas.

A teoria de Rawls também nos ajuda a compreender que as universidades (ou outras instituições que proponham ações afirmativas) não agem em desacordo com a 14^a emenda à constituição estadunidense, quando observamos que a norma foi aprovada em 1868, um momento histórico em que a igualdade formal ainda era uma bandeira a ser defendida no contexto de formação de estados democráticos e de fim da escravidão. Desse modo, em uma sociedade onde grande parte dos indivíduos não eram consideradas cidadãos ou até mesmo pessoas, a limitação da interferência estatal e as lutas por modelos democráticos (no caso em tela, a guerra civil estadunidense) ainda avançavam sobre o entendimento mais elementar do princípio.

Mais de cem anos depois, a teoria da justiça como equidade busca refletir o novo ambiente da filosofia política, onde a igualdade formal já não responde mais de forma prática aos desejos de grupos minoritários que foram explorados em prol de uma sociedade democrática. Por esse motivo, parece ser o papel da corte constitucional do país modernizar a compreensão de um texto escrito sob diferentes paradigmas.

Isso também vale para a possível violação ao Ato de Direitos Civis. O documento foi uma resposta institucional aos movimentos contrários ao longo período de segregação racial que o país viveu. Em 1964, não era tangível a possibilidade de uma discriminação positiva, fazendo com que a norma não dialogue com a questão especificamente e tratando apenas do problema vigente à época, que era o racismo institucionalizado. Mais uma vez, sob a perspectiva da justiça como equidade, a norma pode ser interpretada com o pressuposto que a proibição não atingiria ações afirmativas, afastando a ilegalidade.

Ainda debatendo os argumentos propostos pela tese vencedora no julgado em análise, Fortes³⁶² apresenta uma premissa que dialoga com as preocupações levantadas pelo Juiz John Robert e os que se juntaram a ele em seus votos concorrentes sobre um possível limite de

³⁶² FORTES, Renivaldo Oliveira. **A teoria da justiça de John Rawls e as ações afirmativas:** reparar as contingências em direção à igualdade. 2018. 162 p. 127. f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8457>. Acesso em: 15 dez. 2024.

validade das ações afirmativas. Limitar um prazo parece pouco prático quando o objetivo é a estabilidade do grupo social beneficiado.

Desse modo, podemos concluir até o momento que as ações afirmativas são um instrumento da justiça como equidade, partindo do pressuposto que um grupo não tem oportunidades equitativas de acessos a cargos e posições sociais. Esse seria o caso dos afro-americanos?

Os juízes que votaram pelo fim das políticas afirmativas não parecem discordar dessa suposta desvantagem, mencionando, inclusive a violência sofrida pelos negros reiterada em decisões daquela corte até '*Brown v. Board of Education*'. Contudo, apenas nos votos dissidentes de Sotomayor e Jackson que vemos os holofotes lançados às dificuldades sofridas por essas pessoas até hoje. Especificamente Jackson apresenta alguns dados de como o racismo impacta a vida dessa comunidade, como citamos anteriormente.

O fato é que com facilidade podemos encontrar dados que corroboram a grande desigualdade que afasta as expectativas de vida de negros e brancos dentro de um mesmo país. As ações afirmativas são apenas uma das frentes que as instituições podem promover para diminuir essa diferença.

Por fim, nos cabe dialogar com o argumento sobre os grupos que são prejudicados por essas políticas. Evidentemente, esse é um aspecto do qual não podemos discordar. No entanto, retornamos à teoria de Rawls para observar que cidadãos razoáveis estão dispostos a um sacrifício racional de bens pela manutenção da cooperação social - uma injustiça menor é suportada com o objetivo de evitar uma injustiça maior.³⁶³

O Juiz Clarence Thomas levantou um curioso ponto no processo: as ações afirmativas estariam apenas garantindo o acesso de pessoas negras e hispânicas em instituições de ensino mais competitivas do que normalmente ingressariam, mas não ofertando de fato mais oportunidades de entrada no nível superior a pessoas desses grupos³⁶⁴. Sob a perspectiva que trabalhamos, tal situação não seria um problema, já que também há escassez de profissional com diversidade de raça ou etnia altamente qualificados, sendo igualmente importante a presença deles em altos postos de trabalho.

Desse modo, observamos que as ações afirmativas promovidas pelas universidades nos Estados Unidos e discutidas na decisão da Suprema Corte do país atenderiam aos

³⁶³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.4. Tradução de Jussara Simões.

³⁶⁴ (EUA) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Students For Fair Admissions V. Harvard**. Washington, 29 jun. 2023. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf. Acesso em: 20 nov. 2024.

critérios aos critérios da justiça como equidade de John Rawls quando as compreendemos como objetos para o alcance da distribuição equitativa de oportunidades no contexto de uma sociedade liberal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No trabalho em tela, analisamos as ações afirmativas baseadas em raça e etnia para acesso ao ensino superior por meio da decisão da Suprema Corte estadunidense ‘*Students for Fair Admissions, INC. V President and Fellows of Harvard College*’, proferida em 2023, que as considerou ilegais. A sentença representou uma mudança no entendimento que vigorava no tribunal há 45 anos.

Seis dos nove juízes votaram a favor do *overruling*, que argumentou pela não observância da 14ª emenda à constituição do país, que protege a igualdade dos cidadãos; e do Título VI, seção 601, do Ato de Direitos civis de 1964, que proíbe que instituições que recebam recursos financeiros federais promovam ações que impliquem em discriminação racial. Os juízes também destacaram que não é possível mensurar as vantagens das políticas afirmativas para as universidades, que os critérios utilizados para distinção de raça ou etnia evocam estereótipos, além de dever haver uma previsão de tempo de duração dos programas, uma vez que pretendem eliminar as desigualdades que observam.

Os três juízes que votaram contra o posicionamento majoritário da corte destacaram os longos anos de segregação racial institucionalizada no país e a necessidade de medidas que combatam os efeitos que ainda perduram na sociedade. Apontaram que o fim das ações afirmativas causará uma queda do número de alunos representantes de minorias nas universidades, que raça ou etnia é apenas um dos vários critérios utilizados para a seleção, podendo ainda o candidato sequer manifestar essa informação, e que, no caso dos negros, o abismo que os separa dos brancos em termos de renda, acesso educacional e saúde ainda é bastante significativo.

Após a análise da decisão, apresentamos os conceitos da teoria de Rawls que são relevantes para discussão. Assim, vimos sua compreensão da sociedade como empreendimento cooperativo, que produz vantagens, mas que será sempre marcada pelo conflito de interesses, diante dos distintos conceitos de vida. Por isso, uma teoria da justiça deve abranger essas questões a fim de propor uma sociedade bem ordenada.

Essa sociedade bem ordenada seria embasada por dois princípios de justiça que são acordados por meio de uma ficção proposta pelo autor – o véu da ignorância. Desse modo, sem conhecer quais bens terão acesso na sociedade que se formará, os cidadãos estarão mais propícios a concordar com os princípios de justiça, mesmo que lhe sejam prejudiciais e prol de pessoas em grande desvantagem.

Os dois princípios que Rawls acredita que serão deliberados nessas condições específicas são aqueles que protegem as liberdades básicas de todos os sujeitos igualmente e estabelecem que as desigualdades sociais se justificam quando vinculadas a cargos e posições, desde que acessíveis a todos, com um limite de amplitude - o princípio da diferença.

Na última parte do trabalho, buscamos verificar se a teoria da justiça como equidade de Rawls contempla as ações afirmativas, confrontando os principais argumentos utilizados pelos juízes na decisão em análise. Observamos que, apesar de Rawls não propor um modelo diretamente aplicável a nossa sociedade atual, que ainda não preenche os critérios de performance de sua teoria, há indícios que as políticas afirmativas são contempladas pelo requisito da igualdade equitativa de oportunidades, elemento ausente no nosso contexto social pelas desigualdades provocadas pelas distinções raciais históricas.

Também destacamos o papel que as instituições operam na promoção dos princípios da justiça para Rawls, reiterando o papel educacional das universidades nesse contexto. Ainda, discutimos os argumentos acerca da ilegalidade das políticas, por meios da interpretação das normas pelo viés da justiça como equidade.

Ao fim, defendemos a hipótese de que, diante da comprovada desigualdade de acesso a bens primários das pessoas que são objeto das políticas afirmativas, encontramos elementos que justificam esses programas por meio da teoria da justiça como equidade de John Rawls.

REFERÊNCIAS

(EUA) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Congresso Federal. Poder Legislativo.

Constitution Annotated. 1878. Disponível em:

<https://constitution.congress.gov/browse/amendment-14/>. Acesso em: 04 dez. 2024.

(EUA) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Congresso Federal. Poder Legislativo. **Civil Rights Act. 1964.** Disponível em:

[https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/CivilRightsActOf1964.pdf.](https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/CivilRightsActOf1964.pdf)

Acesso em: 04 dez. 2024.

(EUA) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Students For Fair Admissions V. Harvard.** Washington, 29 jun. 2023. Disponível em:

[https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf.](https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf) Acesso em: 20 nov. 2024.

FORTES, Renivaldo Oliveira. **A teoria da justiça de John Rawls e as ações afirmativas:** reparar as contingências em direção à igualdade. 2018. 162 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: [https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8457.](https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8457)

Acesso em: 15 dez. 2024.

RAWLS, John; KELLY, Erin. **Justiça como eqüidade:** uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 306 p

RAWLS, John. **O liberalismo político.** São Paulo: Ática, 2000. 430 p.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Tradução de Jussara Simões.

SAUL, Stephanie; LEONHARDT, David. **What Happened to Enrollment at Top Colleges After Affirmative Action Ended.** The New York Times, New York, 15 jan. 2025.

Disponível em:

[https://www.nytimes.com/interactive/2025/01/15/upshot/college-enrollment-race.html.](https://www.nytimes.com/interactive/2025/01/15/upshot/college-enrollment-race.html)

Acesso em: 27 maio 2025.

O DIREITO DOS DESASTRES FRENTE ÀS ENCHENTES: ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS COMO FATOR EMERGENCIAL E AS MEDIDAS DE MITIGAÇÃO COMO ENFRENTAMENTO

DISASTER LAW AND FLOODING: CLIMATE CHANGE AS AN EMERGENCY FACTOR AND MITIGATION MEASURES AS A RESPONSE

Livia de Oliveira Quintana³⁶⁵

Felipe Kern Moreira³⁶⁶

RESUMO

Diante da emergência climática, o direito dos desastres surge como importante fonte teórica, servindo como base de respostas jurídicas necessárias na mitigação e controle de desastres no âmbito das mudanças climáticas. Essa pesquisa tem como objetivo descrever o atual conjunto teórico relativo ao Direito dos Desastres, sua relação com as mudanças climáticas, a ocorrência das enchentes e as necessárias medidas de mitigação. Esta pesquisa se justifica pela necessidade da discussão e do fortalecimento do arcabouço jurídico frente aos eventos extremos decorrentes das mudanças climáticas, com instrumentos normativos eficazes de prevenção, mitigação e resposta a desastres. Nesse sentido, procura-se responder ao seguinte problema de pesquisa: De que forma o Direito dos Desastres comprehende e enfrenta a ocorrência das enchentes, intensificadas pelas mudanças climáticas? Se tem como hipótese que o Direito dos Desastres, como campo jurídico em consolidação, reconhece as mudanças climáticas como fator de intensificação de eventos extremos e entende a ocorrência das enchentes como fator a ser observado em medida emergencial. O estudo se vale de metodologia qualitativa de revisão bibliográfica e documental, com base em fontes primárias e secundárias, tais como o Relatórios do Painel Intergovernamental de Mudanças do Clima, Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça, Opinião Consultiva do Tribunal

³⁶⁵ Mestranda em Direito e Justiça Social no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social – (PPGDJ-FURG). CV: <http://lattes.cnpq.br/0510176516929141>. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0002-9540-8318>.

³⁶⁶ Professor Associado (nível 4 da Classe D) no curso de Direito e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social - PPGDJS, da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Coordenador do Grupo de Trabalho de Direito Internacional do Law Schools Consortium do BRICS (gestão 2025). Membro do grupo de profissionais (Expert Aspectos Jurídicos Institucionais) responsáveis pelo Planejamento Espacial Marinho do Sul do Brasil (2024-2026). Agraciado com o Award de International Visitor Fellowship (2019), Ocean Frontier Institute, Dalhousie University, Halifax, Canada. Doutor (2009) e Mestre (2004) em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília-UnB. Scholarship Holder DAAD/CNPq (doutorado sanduíche) na Johann Wolfgang Goethe Universitaet Frankfurt am Main (2007-2009). Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande - FURG (2001). Revisor ad-hoc de dezenas de periódicos. Estudou e pesquisou no Center for Hemispheric Defense Studies, National Defense University, Washington DC (2003), no Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos, Rio de Janeiro (2005), na Academia de Direito Internacional das Nações Unidas, Haia, Países Baixos (2009) e no European University Institute, Florença, Itália (2009).

Internacional de Direito do Mar, entre outros, bem como da literatura especializada. Ao final, foi possível confirmar a hipótese, evidenciando que o Direito dos Desastres reconhece as mudanças climáticas como elemento agravante de desastres e coloca as enchentes como fator de alerta frente à emergência climática, com a necessidade de refinamento das medidas de mitigação.

Palavras-chaves: direitos dos desastres; mudanças climáticas; sustentabilidade.

ABSTRACT

In light of the climate emergency, disaster law emerges as an important theoretical source, serving as the basis for legal responses necessary for disaster mitigation and control in the context of climate change. This research aims to describe the current theoretical framework related to disaster law, its relationship with climate change, the occurrence of floods, and the necessary mitigation measures. This research is justified by the need to discuss and strengthen the legal framework in the face of extreme events resulting from climate change, with effective regulatory instruments for disaster prevention, mitigation, and response. In this sense, we seek to answer the following research question: How does disaster law understand and address the occurrence of floods, intensified by climate change? The hypothesis is that Disaster Law, as a legal field in consolidation, recognizes climate change as a factor in the intensification of extreme events and understands the occurrence of floods as a factor to be observed in emergency measures. The study uses qualitative methodology for bibliographic and documentary review, based on primary and secondary sources, such as Reports from the Intergovernmental Panel on Climate Change, Advisory Opinion from the International Court of Justice, Advisory Opinion from the International Tribunal for the Law of the Sea, among others, and specialized literature. In the end, it was possible to confirm the hypothesis, showing that Disaster Law recognizes climate change as an aggravating factor in disasters and places floods as a warning sign of the climate emergency, with the need to refine mitigation measures.

Key-words: *disaster law; climate change; sustainability.*

1. INTRODUÇÃO

A intensificação dos eventos climáticos extremos tem evidenciado, nas últimas décadas, a emergência de um novo paradigma jurídico voltado à prevenção, mitigação e resposta a desastres. Nesse contexto, o Direito dos Desastres constitui um campo teórico relevante para essa discussão. A crescente frequência e gravidade desses fenômenos, intensificados pela ação humana, desafiam o direito a formular instrumentos eficazes e articulados para a garantia e manutenção de direitos.

Este estudo se justifica pela intensificação de desastres naturais, em especial as enchentes, agravadas em decorrência das mudanças climáticas. Assim, a pesquisa tem como objetivo geral descrever o atual conjunto teórico relativo ao Direito dos Desastres e sua relação com as mudanças climáticas e a ocorrência das enchentes. Estabelecem-se como objetivos específicos: (I) expor o conjunto teórico do Direito dos Desastres; (II) analisar as

mudanças climáticas como fator emergencial; (III) examinar as enchentes e a intensificação de desastres.

Como problema de pesquisa, busca-se responder: De que forma o Direito dos Desastres comprehende e enfrenta a ocorrência das enchentes, intensificadas pelas mudanças climáticas? A partir desse questionamento, formula-se a hipótese de que o Direito dos Desastres, como campo jurídico, reconhece as mudanças climáticas como fator de intensificação de eventos extremos, acolhendo a incidência das enchentes como fator emergencial, dentro do entendimento de desastre natural.

Para a obtenção desse objetivo, adota-se uma abordagem metodológica qualitativa, com revisão bibliográfica e documental, com base em fontes primárias caracterizados em documentos governamentais, como Relatórios do Painel Intergovernamental de Mudanças do Clima, Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça, Opinião Consultiva do Tribunal Internacional de Direito do Mar, entre outros, e como fonte secundária artigos científicos e literatura especializada. Com isso, busca-se contribuir com o conjunto teórico do Direito dos Desastres, por meio da discussão da emergência climática e da gestão de riscos.

2. RECONHECIMENTO DA CRISE CLIMÁTICA: MUDANÇAS CLIMÁTICAS E OS DESASTRES

2.1 OS ÓRGÃOS DE CONTROLE INTERNACIONAL DO CLIMA

O cenário das mudanças climáticas e suas implicações vêm se tornando realidade em todo o mundo. Guerra³⁶⁷ entende que o cenário ambiental e social mundial vem sendo alterado pelas mudanças climáticas, e a população enfrentará dificuldades na adaptação frente a esses eventos extremos. Inicialmente, um desastre, de acordo com Thiago Marques³⁶⁸ não se caracteriza necessariamente como um fenômeno natural, mas sim no resultado de um fenômeno, podendo ser chamado de evento adverso ou evento extremo. Destaca-se que os seus efeitos podem ou não se tornar um desastre; as consequências e a intensidade das perdas dirão se se trata de um desastre.

³⁶⁷ GUERRA, Sidney. Catástrofes naturais e a emergência do Direito Internacional das Catástrofes. *Cadernos de Direito Actual*, n. 8, pp. 331-346, 2018. Disponível em:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6279844>. Acesso em: 21 set. 2025

³⁶⁸ MARQUES, Thiago Feltes. O nascimento do direito dos desastres no Brasil. *Revista Acadêmica Licencia&acturas*, Ivoiti, RS, v. 4, n. 1, p. 111, 2016. Disponível em:

<https://old.licenciaeacturas.com.br/index.php/licenciaeacturas/article/view/98>. Acesso em: 4 de maio de 2025.

As mudanças climáticas, por sua vez, se caracterizam por alterações estatisticamente significativas nas propriedades do clima, como temperatura média, precipitação, variabilidade climática e outros padrões meteorológicos, que persistem por longos períodos, sendo uma transformação a longo prazo nos padrões de temperatura e clima observados na Terra³⁶⁹. Diferenciando-se das flutuações naturais e sazonais do clima, essas mudanças são identificadas por meio de análises estatísticas que evidenciam sua relevância e permanência. Destacadamente, essa caracterização e entendimento são possíveis através dos relatórios do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), que trata-se do órgão das Organização das Nações Unidas responsável pelos registros científicos relativos às mudanças climáticas.

De modo que, para acompanhar este entendimento, com a recorrência dos desastres naturais surgiram instituições especializadas no controle e estudo dos eventos extremos. Pela Organização Mundial das Nações Unidas (ONU), por meio do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), e pela Organização Meteorológica Mundial (OMM), em 1988, foi criado o então Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), apresentando relatórios de abrangente conhecimento técnico e científico acerca das mudanças climáticas. O IPPC se mostra importante ferramenta frente às mudanças climáticas, pois estabelece a base de dados necessária para firmar as diretrizes de enfrentamento, mitigação e resiliência.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), a pedido da Assembleia Geral da ONU, respondeu à opinião consultiva sobre as mudanças climáticas, acerca das obrigações legais dos Estados em relação à crise climática. Inicialmente, a Corte reconhece que as mudanças climáticas são um desafio sem precedentes, de proporções civilizacionais e que o bem-estar das gerações atuais e futuras da humanidade depende de nossa resposta imediata e urgente a elas.³⁷⁰ Para Rehbein e Tybusch³⁷¹ as mudanças climáticas surgem como uma manifestação da crise ecológica contemporânea, desafiando os sistemas naturais, bem como o sistema humano e jurídico para a busca de respostas de mitigação.

³⁶⁹ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. [STOCKER, T. F. et al. (eds.)]. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar5/wg1/>. Acesso em: 10 jul. 2025.

³⁷⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Obligations of States in respect of Climate Change: Advisory Opinion of 23 July 2025. Haia: CIJ, 2025. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/187/advisory-opinions>. Acesso em: 13 out. 2025.

³⁷¹ REHBEIN, Katiele Da Silva; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Resposta estatal à desastres: as enchentes do Rio Grande do Sul (Brasil) e de Valência (Espanha) em perspectiva comparada. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 16, n. 1, p. 6, 2025. <https://doi.org/10.17345/rcda4141>.

Ademais, a Corte caracterizou as mudanças climáticas como “um problema existencial de proporções planetárias que põe em perigo todas as formas de vida e a própria saúde do nosso planeta”³⁷². Como primeiro passo importante, a Corte reconheceu o IPCC como a melhor evidência disponível como ciência climática, reafirmando que a meta de 1,5°C como essencial, embora ainda insuficiente para garantir segurança climática.³⁷³ De modo que ocorreu o importante reconhecimento legal da ciência climática, que serviu como base da opinião consultiva.

A Corte teve como conclusão que os Estados têm obrigações legais em relação à crise climática, que derivam de três fontes principais: Tratados ambientais (UNFCCC, Protocolo de Kyoto, Acordo de Paris, UNCLOS); Direito internacional consuetudinário, especialmente o dever de prevenir danos ambientais significativos e o dever de cooperação; e Direitos humanos internacionais, como o direito à vida, à saúde e a um ambiente limpo e sustentável³⁷⁴. Assim, de acordo com a Corte, para o enfrentamento das mudanças climáticas os estados devem: Adotar contribuições nacionalmente determinadas (NDCs) de maneira eficaz; Regulamentar atores privados que emitem gases de efeito estufa; Evitar subsídios e licenças para combustíveis fósseis, sob pena de cometer atos internacionalmente ilícitos³⁷⁵.

Em referência a decisão da corte Webb *et al.*³⁷⁶ comenta que o tribunal confirmou que os efeitos das mudanças climáticas “prejudicam significativamente” o gozo dos direitos humanos, incluindo o direito à vida, o direito à saúde, o direito a um padrão de vida adequado (incluindo acesso a alimentos, água e moradia), o direito à privacidade, à família e ao lar, e os direitos das mulheres, crianças e povos indígenas.

Destaca-se também a Opinião Consultiva do Tribunal Internacional de Direito do Mar (ITLOS) sobre Mudanças Climáticas, solicitada pela Comissão de Pequenos Estados Insulares sobre Mudança Climática e Direito Internacional (COSI). A opinião se preocupa em esclarecer as obrigações dos Estados sob a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS) devido aos impactos climáticos sobre os oceanos. De modo que foi decidida às seguintes conclusões: Por meio da UNCLOS, as emissões de gases de efeito estufa (GEE)

³⁷² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Obligations of States in respect of Climate Change: Advisory Opinion of 23 July 2025. Haia: CIJ, 2025. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/187/advisory-opinions>. Acesso em: 13 out. 2025.

³⁷³ *Op. Cit.*

³⁷⁴ *Op. Cit.*

³⁷⁵ *Op. Cit.*

³⁷⁶ WEBB, Stephen; BAJAJ, Gitanjali; ROBERTSON, Claire; STHOEGER, Eran. ICJ Climate Change Advisory Opinion: Key findings and impacts explained. DLA Piper, 2025. Disponível em: <https://www.dlapiper.com/en/insights/publications/2025/08/icj-climate-change-advisory-opinion-understanding-the-courts-findings-and-implications>. Acesso em: 13 out. 2025.

também são considerados poluição marinha, gerando acidificação dos oceanos, aquecimento das águas e elevação do nível do mar; Obrigações dos Estados de controle dessa poluição, com a melhor base científica possível³⁷⁷. De modo que, a obrigação estabelecida inclui a necessidade de: Legislação nacional eficaz; Regulação de atores privados; Cooperação internacional e assistência técnica; e Monitoramento ambiental contínuo³⁷⁸. Webb *et al.*³⁷⁹ entende que o Parecer Consultivo do ITLOS é um passo importante para uma maior ação climática, permitindo que a UNCLOS responda de forma eficaz ao fenômeno global das mudanças climáticas.

Em âmbito nacional, foi criado no Brasil o Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima - CIM (Decreto nº 6.263, de 21 de novembro de 2007, posteriormente restaurado pelo Decreto nº 11.550, de 5 de junho de 2023), com o intuito de instância de coordenação das políticas climáticas brasileiras. Após o implemento da Lei de Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei n. 12.608, de 10 de abril de 2012), houve uma mudança de horizonte frente ao enfrentamento dos desastres no âmbito jurídico no Brasil. Logo, em 2016, por meio da Portaria nº 150 foi instituído o Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima (PNA), que é um instrumento elaborado pelo governo federal em colaboração com a sociedade civil, setor privado e governos estaduais que tem como objetivo promover a redução da vulnerabilidade nacional às mudanças climáticas e realizar uma gestão do risco associada a esse fenômeno.

Ademais, foi criada pelo Ministério da Integração Nacional, no ano de 2012, a Classificação e Codificação Brasileira de Desastres (COBRADE), que age como aparato de gestão de desastres no Brasil, sendo obrigatório o seu uso em todos os órgãos e entidades que atuam na área de gestão de desastres no país. Para o Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional (MIDR)³⁸⁰, de acordo com a COBRADE, no Brasil, os desastres naturais se dividem nos seguintes cinco grupos: geológicos, hidrológicos, meteorológicos, climatológicos e biológicos. Diferentemente dos desastres tecnológicos, que são apresentados

³⁷⁷ WEBB, Stephen; BAJAJ, Gitanjali; ROBERTSON, Claire; STHOEGER, Eran. Key Insights from the ITLOS Climate Change Advisory Opinion. DLA Piper, 2024. Disponível em: <https://www.dlapiper.com/en/insights/publications/2024/06/climate-action-key-insights-from-the-itlos-climate-change-advisory-opinion>. Acesso em: 13 out. 2025.

³⁷⁸ *Op. Cit.*

³⁷⁹ *Op. Cit.*

³⁸⁰ BRASIL. Entenda a diferença entre os tipos de desastres naturais e tecnológicos registrados no Brasil. **Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional**. Brasília: Gov.BR, 11 jul. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/ultimas-noticias/entenda-a-diferenca-entre-os-tipos-de-desastres-naturais-e-tecnologicos-registrados-no-brasil>. Acesso em: 16 abr. 2025.

em ocorrências relacionadas a substâncias radioativas, produtos perigosos, incêndios urbanos, obras civis e transporte de passageiros e de cargas não perigosas.

Dentro das tipificações dos desastres, Carvalho e Damacena³⁸¹ entendem que os desastres geofísicos são os terremotos, maremotos, tsunamis e vulcões; os de caráter meteorológico são as tempestades, tornados e furacões; de natureza hidrológica, as inundações; de caráter climatológico, as temperaturas extremas, incêndios e secas; biológicos: epidemias e infestações de insetos. Carvalho³⁸² entende que a maioria dos desastres é mista, ocorrendo de uma ligação de fatores naturais e antropogênicos. Para Rehbein e Tybusch³⁸³, desastres naturais e antropogênicos possuem caráter híbrido, pois se relacionam com elementos naturais, ações humanas ou os dois juntos, sucedidos por eventos de grande proporção que acarretam perdas e danos ambientais e sociais consideráveis.

Nessa discussão, Sidney Guerra³⁸⁴ entende que o desencadear de um desastre pode se dar por fenômenos naturais ou por ações humanas, e em uma situação ou outra o desastre se apresenta como um episódio que produzirá danos severos e prejuízos para uma pessoa ou determinado grupo. Diante dessa consideração, torna-se importante a discussão acerca dos riscos enfrentados pela ocorrência dos desastres.

2.2 A SOCIEDADE DE RISCO FRENTE ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Em um contexto de desastres naturais, uma das causas mais evidentes e potencializadoras se atribui às mudanças climáticas. Carvalho³⁸⁵ entende que as mudanças climáticas ocorrem como multiplicadoras de riscos, potencializando as consequências, vindo a desestabilizar o meio ambiente e também as estruturas sociais, gerando mais pressão entre grupos acerca dos escassos recursos naturais. Por sua vez, Guerra³⁸⁶ identifica três fenômenos responsáveis por aumentar a frequência da ocorrência de catástrofes: o processo de globalização, a sociedade global e o risco. Se destaca nas duas observações o conceito de risco, abordado por Guerra e Carvalho, a compreensão do que seria o risco se remonta ao

³⁸¹ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³⁸² Op. Cit.

³⁸³ REHBEIN, Katiele Daiana Da Silva; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Resposta estatal à desastres: as enchentes do Rio Grande do Sul (Brasil) e de Valéncia (Espanha) em perspectiva comparada. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, v. 16, n. 1, p. 24, 2025. <https://doi.org/10.17345/rcta4141>.

³⁸⁴ GUERRA, Sidney. **O Direito Internacional das Catástrofes**. Curitiba: Instituto memória, p. 541, 2021.

³⁸⁵ CARVALHO, D. W. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 18, n. 3, p. 397–415, 2013. DOI: 10.14210/nej.v18n3.p397-415. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/5130>. Acesso em: 4 julho 2025.

³⁸⁶ GUERRA, Sidney. **O Direito Internacional das Catástrofes**. Curitiba: Instituto memória, 2021.

início do processo de globalização. Assim, se destaca que a exploração de recursos naturais e a industrialização contribuem significativamente para o aumento da poluição e, por consequência, para a degradação ambiental.

Dentro desse entendimento, Sidney Guerra³⁸⁷ observa inicialmente que há uma crise ambiental na sociedade de risco, e que o risco se demonstra em uma construção social, e a crise acelerada pelo ritmo da globalização, e a degradação, como consequência, produz sérios desdobramentos em matéria ambiental. A crise ecológica e a sua magnitude começaram a ser compreendidas quando a degradação ambiental alcançou índices alarmantes, começando a ser difundido que a preservação de um ambiente saudável está ligada à preservação da própria espécie humana³⁸⁸.

De acordo com as projeções do IPCC, a curto prazo, todas as regiões do mundo enfrentarão aumentos adicionais das ameaças climáticas (confiança média a alta, dependendo da região e da ameaça), aumentando os riscos múltiplos para os ecossistemas e os seres humanos (confiança muito alta)³⁸⁹. Guerra³⁹⁰ entende ainda que, na contemporaneidade, vivemos em uma sociedade global que convive com diversos riscos: econômicos, geopolíticas, sociais, industriais, tecnológicas, e inclusive risco ambiental. Para Yvette Veyret estudiosa do risco, ele se caracteriza por ser uma percepção de perigo, um sentimento de ameaça acerca de uma catástrofe em potencial, seja destinada a um indivíduo, grupo ou comunidade.

O risco se divide em escala de longo prazo e curto prazo, este último inclui o aumento da mortalidade e morbidade humanas, como por exemplo relacionadas ao calor (alta confiança); doenças transmitidas por alimentos; água e vetores (alta confiança); inundações em cidades e regiões costeiras e outras cidades e regiões baixas (alta confiança); perda de biodiversidade em ecossistemas terrestres, de água doce e oceânicos (confiança média a muito alta, dependendo do ecossistema) e uma diminuição da produção de alimentos em

³⁸⁷ GUERRA, S. A crise ambiental na sociedade de risco. **Lex Humana**, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 177–215, 2010. Disponível em: <https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/27>. Acesso em: 21 set. 2025.

³⁸⁸ *Op. Cit.*

³⁸⁹ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Summary for Policymakers. In: **Climate Change 2023: Synthesis Report**. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, H. Lee and J. Romero (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, 2023, pp. 1-34, doi: [10.59327/IPCC/AR6-9789291691647.001](https://doi.org/10.59327/IPCC/AR6-9789291691647.001).

³⁹⁰ GUERRA, Sidney. **O Direito Internacional das Catástrofes**. Curitiba: Instituto memória, p. 44, 2021.

algumas regiões (alta confiança)³⁹¹. Segundo Guerra³⁹² a sociedade de risco se estabelece na ambiguidade entre insegurança, novos princípios e configuração da sociedade, no relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado.

Dessa maneira, viver em uma sociedade de risco é compreender as mudanças climáticas juntamente com as mudanças sociais que os eventos extremos causam. Entendendo as consequências e desafios que viver neste estado propicia, a insegurança e o estado de risco, evidenciando a importância do direito dos desastres, para compreender e manejar tais inseguranças, em busca de um meio social e ambiental sustentável.

3. O DIREITO DOS DESASTRES: UM AR CABOUÇO TEÓRICO PARA O ENFRENTAMENTO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Frente ao cenário de mudanças climáticas e à ocorrência de eventos extremos, a resposta jurídica frente a essas consequências se mostra principalmente pela frente de estudos do Direito dos desastres, que podem ser vistos como o campo teórico-metodológico para as discussões legais, ambientais e sociais referentes aos desastres. Ferrari, Souza Neto e Neto³⁹³ entendem o campo do Direito dos Desastres, como interdisciplinar e integrado, especialmente quanto à prevenção e à elaboração de políticas e estratégias de mitigação das vulnerabilidades aos desastres.

O surgimento desse campo se dá principalmente pelas mudanças socioeconômicas e políticas drásticas, devendo-se levar em conta fatores como industrialização em larga escala, a exploração desenfreada dos recursos naturais, o aumento da população mundial e a falta de regulamentações efetivas.³⁹⁴ O Direito dos Desastres se preocupa sobretudo com as questões legais que se relacionam aos desastres naturais, na manutenção de direitos frente a essas questões. De acordo com Ferrari, Souza Neto e Neto³⁹⁵, o Direito dos Desastres compreende

³⁹¹ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Summary for Policymakers. In: **Climate Change 2023: Synthesis Report**. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, H. Lee and J. Romero (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, 2023, pp. 1-34, doi: [10.59327/IPCC/AR6-9789291691647.001](https://doi.org/10.59327/IPCC/AR6-9789291691647.001).

³⁹² GUERRA, Sidney. Catástrofes naturais e a emergência do Direito Internacional das Catástrofes. **Cadernos de Direito Actual**, n. 8, pp. 331-346, 2018. Disponível em:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6279844>. Acesso em: 21 set. 2025.

³⁹³ FERRARI, Flavia Jeane; SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de; SOUZA NETTO, José Laurindo de. Por uma abordagem multidimensional do direito dos desastres frente aos impactos das mudanças climáticas. **JURIS - Revista da Faculdade de Direito**, [S. l.], v. 33, n. 1, p. 115–130, 2024. DOI: 10.14295/juris.v33i1.16325. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/16325>. Acesso em: 7 set. 2025.

³⁹⁴ Op. Cit.

³⁹⁵ OP. Cit.

um conjunto de normas que agem com o objetivo de proteger bens sociais, como a vida, o meio ambiente, e promover a segurança e o bem-estar das comunidades afetadas.

Além desse aspecto, pode-se compreender o Direito dos Desastres como derivado do direito ambiental. No entendimento de Faber e Carvalho³⁹⁶ essa distinção ocorre quando o direito ambiental tem como foco o gerenciamento de riscos ambientais e a prevenção de seus impactos, enquanto o Direito dos Desastres lida com a exposição ao risco e a reparação desses danos, apresentando, por exemplo, o ciclo de soluções de desastres, apresentado posteriormente.

No âmbito internacional, Guerra teoriza o Direito Internacional das Catástrofes (DIC), que se mostra a partir de vários cenários, como crises ambientais, econômicas, pandêmicas, conflitos armados, para a criação de normas no sistema internacional, visando à prevenção, gestão e reparação de catástrofes³⁹⁷. O autor entende que o Direito Internacional das Catástrofes pode ser estabelecido como um conjunto de normas jurídicas:

(...) criadas com o claro intuito de impedir a ocorrência das catástrofes (natureza preventiva); minimizar os seus efeitos , quando não for possível evitar; estabelecer mecanismos próprios de salvaguarda dos interesses das pessoas afetadas; promover o correspondente dever de assistência, especialmente com a utilização de recursos próprios para tal (fundo internacional de catástrofes); cooperação entre estados para que ocorra atuação efetiva em favor daqueles que tenham sido afetados ou vitimados por catástrofes; restabelecimento das boas condições de funcionamento do estado, e por consequência dos indivíduos, com a utilização de recursos próprios para este fim (fundo internacional a ser destinado especificamente nas circunstâncias de catástrofes).³⁹⁸

Dentro do processo de globalização, mostra-se um cenário de grandes transformações, manifestando os riscos, como econômicos, geopolíticos, sociais e ambientais, considerado base para a construção do direito internacional das catástrofes³⁹⁹. O DIC interage com diferentes cenários de catástrofes, que impõem desafios específicos, tendo como objetivo investigar as possibilidades no âmbito internacional de proporcionar um sistema que consiga integrar todos os efeitos de eventos extremos em diferentes localidades⁴⁰⁰. De maneira que, o DIC se mostra como importante linha do direito dos desastres, servindo como fonte de estudo e manejo dos desastres no âmbito jurídico internacional.

³⁹⁶ FARBER, D. A.; CARVALHO, D. W. de. **Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas**. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

³⁹⁷ GUERRA, Sidney. **O Direito Internacional das Catástrofes**. Curitiba: Instituto memória, p. 63, 2021.

³⁹⁸ GUERRA, Sidney. **O Direito Internacional das Catástrofes**. Curitiba: Instituto memória, p. 104, 2021.

³⁹⁹ Op. Cit.

⁴⁰⁰ OP. Cit. p. 63.

Quando se trata do enfrentamento jurídico social das enchentes exige uma abordagem intersetorial, que combine para além apenas do Direito dos Desastres, sendo necessário a conexão com várias áreas, como o Direito Ambiental, Urbanístico, reconhecendo o direito à segurança ambiental e climática como desdobramento do direito fundamental à vida e à dignidade humana.

3.2 DIREITO DOS DESASTRES NO CAMPO JURÍDICO: AS MEDIDAS DE MITIGAÇÃO

Em termos de intersecção entre desastres naturais e o direito é importante pontuar o que entende Daniel Farber em seu livro “Disaster law and emerging issues in Brazil”. O autor apresenta o “cycle of disaster law”⁴⁰¹ que seria uma série de estratégias, que o direito deveria proporcionar para completar o ciclo de solução de desastres. As estratégias se caracterizam nas seguintes: mitigação, resposta de emergência, remuneração (indenização) e reconstrução⁴⁰². O ciclo de soluções de desastre se mostra como importante instrumento de controle jurídico para as consequências dos eventos extremos.

Farber⁴⁰³ traz que, na mitigação de riscos, já que os danos causados por desastres não estão fora do controle humano, com o planejamento adequado, o risco pode ser reduzido, inclusive de inundações, e assim as mudanças climáticas podem ser limitadas. Acerca da resposta de emergência, o autor traz que é a fase mais dramática do ciclo do desastre, nesse momento a estrutura jurídica deve fornecer linhas claras de autoridade para responder às condições de emergência, definindo o papel das forças armadas na resposta a desastres, juntamente com autoridades civis⁴⁰⁴. Por fim, o autor esclarece que as fases do ciclo estão relacionadas umas às outras, e isso deve acontecer, pois no contexto da lei de desastres, as normas jurídicas precisam interagir, e o ciclo dos riscos precisa envolver uma rede de estratégias interconectadas⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ Tradução livre: “ciclo da lei de desastres”

⁴⁰² FARBER, D. A.; CARVALHO, D. W. de. *Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas*. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

⁴⁰³ FARBER, Daniel. Disaster Law and Emerging Issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (reChTD), 4(1): 2-15, jan.-jun. 2012.

⁴⁰⁴ FARBER, D. A.; CARVALHO, D. W. de. *Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas*. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

FARBER, Daniel. Disaster Law and Emerging Issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (reChTD), 4(1): 2-15, jan.-jun. 2012.

⁴⁰⁵ Op. Cit. p. 7

Em um panorama nacional o autor traz também que, tradicionalmente, o Brasil apresenta uma exposição baixa a desastres naturais, o que vem se alterando nos últimos cinco anos, aumentando a frequência de eventos como chuvas fortes e inundações⁴⁰⁶. Diante desse cenário de intensificação das inundações, as medidas de mitigação assumem papel central na gestão de riscos e na efetividade do Direito dos Desastres. No contexto das enchentes, a mitigação envolve um conjunto de ações preventivas voltadas à redução da vulnerabilidade social, ambiental e estrutural das comunidades expostas.

Entre essas medidas destacam-se o planejamento urbano sustentável, a recuperação e preservação de áreas de drenagem natural, a implementação de sistemas de alerta precoce e a adoção de políticas públicas integradas de uso e ocupação do solo. Além disso, instrumentos jurídicos como o Plano Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC) e a Política Nacional de Mudança do Clima (PNMC) reforçam a necessidade de estratégias intersetoriais para prevenir e reduzir os impactos das enchentes, vinculando o planejamento urbano, ambiental e social. Assim, o Direito atua não apenas de forma reativa, mas também preventiva, consolidando a mitigação como etapa essencial para a construção de comunidades mais resilientes frente aos desastres naturais. Frente a gestão de enchentes Andrew Allan⁴⁰⁷ entende que a ocorrência das enchentes exige uma resposta institucional e setorialmente integrada que funcione de maneira eficaz em múltiplas escalas ao longo do tempo, se tornando um problema imensamente desafiador para os arcabouços jurídicos.

Entretanto, observa-se que, apesar das diretrizes legais e dos avanços normativos, a ausência de medidas eficazes de mitigação ainda constitui uma das principais fragilidades na gestão de desastres naturais no Brasil. Em muitos casos, as ações governamentais se concentram apenas na resposta emergencial, negligenciando etapas fundamentais de prevenção e planejamento de longo prazo. Essa postura reativa evidencia uma lacuna estrutural na implementação das políticas públicas, marcada pela descontinuidade administrativa, pela falta de integração entre os entes federativos e pela insuficiência de recursos destinados à defesa civil e à infraestrutura urbana. Nesse sentido, e nos casos de enchentes ou inundações Carvalho⁴⁰⁸ entende que a responsabilidade da Administração

⁴⁰⁶ Op. Cit. p. 6.

⁴⁰⁷ ALLAN, Andrew. Legal aspects of flood management. In: **Routledge Handbook of Water Law and Policy**. London: Routledge, 2017. P 137. Disponível em:

https://www.academia.edu/113995970/Legal_aspects_of_flood_management_. Acesso em: 13 out. 2025.

⁴⁰⁸ Carvalho, D. W. (2020). DISASTERS AND THE LAW: THE BRAZILIAN CONTEXT AND A PERSPECTIVE. **REVISTA DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**, 2(1), 30–54. Recuperado de <https://seer.unirio.br/rdpp/article/view/9533>

Pública está relacionada à omissão administrativa em realizar as obras necessárias para a prevenção, redução ou mitigação dos efeitos resultantes das enchentes.

A ineficiência na adoção de medidas preventivas, como o controle do uso do solo e a manutenção de sistemas de drenagem, potencializa os impactos sociais e econômicos das enchentes, atingindo de forma mais severa as populações vulneráveis. Carvalho⁴⁰⁹ entende que no Brasil ainda há ausência de uma cultura nacional de prevenção de riscos, resultado do baixo nível de percepção de risco e de poucos desastres prévios na memória coletiva, as ações e planos estão associados à Defesa Civil e são aplicados de forma isolada, tanto em nível estadual quanto municipal. Assim, a falta de uma cultura de mitigação e de um comprometimento institucional efetivo reforça o caráter cíclico da tragédia, em que a resposta ao desastre se repete sem que as causas estruturais sejam enfrentadas.

3.3 AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS COMO FATOR EMERGENCIAL

A ocorrência de desastres naturais está se tornando cada vez mais recorrente, e suas consequências são alarmantes e imediatas a todos no globo. Sidney Guerra⁴¹⁰ entende que, no momento em que estamos, o impacto negativo produzido pelas mudanças climáticas pode e deve se apresentar como uma das maiores preocupações da humanidade, já que seus efeitos alcançam todo o planeta, com diversos desdobramentos sociais e ambientais. As questões e consequências das mudanças climáticas devem ser analisadas sob a perspectiva de um fator emergencial, uma vez que a intensificação dos eventos extremos não pode mais ser tratada como um risco futuro, mas sim como uma realidade presente, que já gera consequências e exige respostas imediatas.

Segundo o Emergency Disaster Database (EM-DAT), banco de dados global sobre desastres, entre 1900 e 2025, foram registrados 26.914 desastres no mundo, dos quais 17.331 foram de origem natural, incluindo-se eventos hidrológicos, meteorológicos, climatológicos, entre outros. Desde o IPCC de 2007, já foi possível observar alarmantes constatações: em seu conteúdo final, foi possível afirmar ser muito provável (*very likely*, 90-100%) o aumento significativo dos impactos decorrentes das mudanças climáticas, sendo ocasionado pelo aumento da frequência e da intensidade de alguns eventos climáticos extremos.

⁴⁰⁹ Op. Cit. p. 22.

⁴¹⁰ GUERRA, Sidney. **O Direito Internacional das Catástrofes**. P. 538. Curitiba: Instituto memória, 2021.

Quando se trata de mudanças climáticas, uma questão importante a ser tratada é a influência das ações humanas. O Relatório Especial do Painel Intergovernamental para Mudanças Climáticas de 2012 evidencia que alguns eventos extremos apresentam mudanças a partir da influência humana, sendo que o que mais ganha destaque é o aumento da concentração atmosférica de gases efeito estufa. O relatório entende como provável (*likely*, 66-100%) que influências antropogênicas têm levado ao aquecimento da temperatura extrema diária mínima e máxima em escala global.

No contexto brasileiro, de acordo com os dados do Atlas Brasileiro de Desastres Naturais⁴¹¹, em uma abordagem entre os anos de 1991 a 2010, o Brasil teria registrado 31.909 (trinta e um mil, novecentos e nove) ocorrências de desastres, sendo que na década de 1990 foram registradas 8.671 (equivalente a 27%) ocorrências, já na década de 2000, 23.238 (73%). Fica evidenciado que houve um aumento significativo quando comparado com anos anteriores.

A ONU, por meio do escritório *Disaster Risk Reduction* (UNDRR), em seu relatório “The Human cost of disasters: an overview of the last 20 years (2000-2019)” traz que entre os anos de 2000 a 2019 houve ao menos 7.348 desastres naturais, matando mais de 1.2 milhões de pessoas, e afetando mais de 4 bilhões de pessoas. De acordo com o relatório, o resultado do custo humano de desastres depende de vários fatores como: o tipo de perigo, localização, duração e o tamanho e a vulnerabilidade da população em perigo.⁴¹²

No âmbito do Direito dos Desastres, e nas discussões de clima e contemporaneidade, são evidentes as preocupações com as consequências das mudanças climáticas, já que elas asseveram o potencial destrutivo e desestruturante de um desastre. Guerra⁴¹³ entende as mudanças climáticas como uma catástrofe global, abordando que, mesmo que as mudanças climáticas atinjam o mundo inteiro, em alguns locais o impacto é recebido de forma mais intensa, dependendo da capacidade de resiliência do país.

Segundo o IPCC as mudanças climáticas referem-se à transformação a longo prazo nos padrões de temperatura e clima da Terra (IPCC, 2013). O sexto relatório de avaliação

⁴¹¹ UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres. **Atlas Brasileiro de Desastres Naturais: 1991 a 2012** / Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres. 2. ed. P. 28. rev. ampl. – Florianópolis: CEPED UFSC, 2013. Disponível em: https://educacao.cemaden.gov.br/wp-content/uploads/2017/07/atlas_brasileiro_desastres_naturais.pdf. Acesso em: 10 set. 2025

⁴¹² UNITED NATIONS OFFICE FOR DISASTER RISK REDUCTION. **The Human Cost of Disasters: An Overview of the Last 20 Years (2000–2019)**. Brussels: UNDRR; CRED, 2020. Disponível em: <https://www.undrr.org/publication/human-cost-disasters-overview-last-20-years-2000-2019>. Acesso em: 12 set. 2025.

⁴¹³ GUERRA, Sidney. **O Direito Internacional das Catástrofes**. P. 544, Curitiba: Instituto memória, 2021.

(AR6, Sixth Assessment Report) Climate Change 2021: The Physical Science Basis), traz importantes e, mais do que nunca, alarmantes constatações sobre o clima e o desenvolvimento futuro das mudanças climáticas e seu impacto sobre as gerações. O relatório garante que a emergência climática é o principal problema da humanidade na atualidade, e ainda, que atingirá a população com consequências irreversíveis, considerando a ação humana a principal responsável pelas mudanças climáticas, por meio do aquecimento global⁴¹⁴.

O Relatório aponta também que as mudanças no clima representam alterações sem precedentes na história do planeta ao longo dos anos, tendo a capacidade de afetar todas as regiões do globo, apresentando consequências gravíssimas para toda a humanidade e para todas as formas de vida⁴¹⁵. Tais mudanças, de acordo com o relatório⁴¹⁶, são consequências do aquecimento global e se apresentam irreversíveis, apontando que, mesmo que a emissão de gases de efeito estufa cesse e as temperaturas se estabilizem, não será suficiente para a remissão das causas e efeitos.

E assim, de acordo com a ocorrência dessas mudanças se evidenciam os eventos extremos, em análise ao Summary for Policymakers, parte do Relatório destaca que

Muitas mudanças climáticas ocorrem com mais intensidade e rapidez por conta do aquecimento global acelerado pela ação humana, incluindo a ocorrência cada vez mais frequente e intensa de extremos de calor, ondas de calor marinhas e **chuvas intensas**, tempestades, secas agrícolas, bem como redução do gelo Ártico. (tradução própria)⁴¹⁷.

As mudanças climáticas então se caracterizam em desastres, ou catástrofes, que, de acordo com o Relatório atinge todo o globo, causando eventos climáticos extremos. E, por causa das mudanças climáticas, os desastres e catástrofes ambientais surgem com mais intensidade e rapidez, dificultando o tempo de resposta e a possibilidade de respostas emergenciais eficazes. Na Opinião Consultiva a CIJ⁴¹⁸ entende que as alterações climáticas causadas pelo homem já afetam muitos fenômenos meteorológicos e climáticos extremos em todas as regiões do globo, existindo uma janela de oportunidade que se fecha rapidamente para garantir um futuro habitável e sustentável para todos.

⁴¹⁴ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **Climate Change 2021: The Physical Science Basis**. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. [Masson-Delmotte, V. et al. (eds.)]. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/>. Acesso em: 13 jul. 2025.

⁴¹⁵ Op. Cit. p. 10.

⁴¹⁶ Op. Cit. p. 18-20.

⁴¹⁷ Op. Cit.

⁴¹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Obligations of States in respect of Climate Change: Advisory Opinion of 23 July 2025. Haia: CIJ, 2025. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/187/advisory-opinions> . Acesso em: 13 out. 2025.

Para Guerra⁴¹⁹ se trata de um assunto de política nacional, de necessários debates sobre a preocupação com as alterações climáticas, suas consequências e impactos na vida e no bem-estar humano. A CIJ entende que é necessário reconhecer que as mudanças climáticas são um desafio sem precedentes, e de proporções civilizacionais e que o bem-estar das gerações atuais e futuras da humanidade depende de nossa resposta imediata e urgente a elas⁴²⁰.

O IPCC⁴²¹, prevê que as mudanças climáticas, no futuro próximo, serão responsáveis por um aumento considerável no número de deslocados em virtude do aquecimento global, em especial por eventos climáticos extremos. Referente aos deslocados ambientais Moreira e Silva entendem que mesmo com o avanços em termos de garantir formas de resposta aos atingidos por esses fenômenos naturais, quando se fala em uma capacidade mais expressiva de gerar obrigações e compromissos para os Estados ainda são encontradas dificuldades. O que ocorre também com as pessoas atingidas pelas enchentes, mesmo as mudanças climáticas e suas consequências sendo vistas como fator emergencial, os impactos dos deslocados devem ser observados de forma a garantir segurança social e ambiental a essas pessoas, com medidas eficientes e responsivas.

Dessa forma, as mudanças climáticas, ao intensificarem eventos como enchentes, secas e deslizamentos, não apenas provocam deslocamentos forçados e perdas humanas, mas também exigem uma resposta estrutural dos Estados que vá além da assistência emergencial. O desafio, portanto, não se limita à proteção imediata das populações atingidas, mas envolve o planejamento preventivo e adaptativo frente aos riscos crescentes decorrentes do aquecimento global.

Muito se fala sobre a mudança do clima e suas consequências sobre a vida social e de direitos, mas a crise climática tem causado danos substanciais e, cada vez mais, perdas irreversíveis em ecossistemas terrestres, de água doce, criossféricos e costeiros e de oceano aberto (alta confiança)⁴²². Diante das mudanças irreversíveis e de dados alarmantes, há de se

⁴¹⁹ GUERRA, Sidney. **O Direito Internacional das Catástrofes**. Curitiba: Instituto memória, 2021.

⁴²⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Obligations of States in respect of Climate Change: Advisory Opinion of 23 July 2025. Haia: CIJ, 2025. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/187/advisory-opinions>. Acesso em: 13 out. 2025.

⁴²¹ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Summary for Policymakers. In: **Climate Change 2023: Synthesis Report**. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, H. Lee and J. Romero (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, 2023, pp. 1-34, doi: [10.59327/IPCC/AR6-9789291691647.001](https://doi.org/10.59327/IPCC/AR6-9789291691647.001)

⁴²² INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Summary for Policymakers. In: **Climate Change 2023: Synthesis Report**. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, H. Lee and J. Romero (eds.)]. P. 21. IPCC, Geneva, Switzerland, 2023, pp. 1-34, doi: [10.59327/IPCC/AR6-9789291691647.001](https://doi.org/10.59327/IPCC/AR6-9789291691647.001).

considerar que as consequências virão de forma brusca e inesperada, fazendo-se necessária uma abordagem de preparação para mitigação.

Diante desse panorama, é possível compreender que as mudanças climáticas configuram não apenas um desafio ambiental, mas uma crise social de caráter emergencial, cujas implicações ultrapassam fronteiras e demandam respostas articuladas em nível local, nacional e internacional. Assim, tratar as mudanças climáticas como um evento emergencial é primordial para o reconhecimento da gravidade da crise climática e para a adoção de medidas voltadas à garantia da proteção ambiental, à preservação da vida e à promoção da justiça social e ambiental. De modo que o Direito dos desastres e sua articulação socioambiental configuram importante instrumento de construção e fortalecimento jurídico, visando à proteção social frente às mudanças climáticas.

4. ENCHENTES: DESASTRE NATURAL MOVIDO PELAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Dentro da crescente intensificação dos desastres, e dos diversos tipos de desastres naturais, este artigo se propõe a observar a ocorrência de enchentes, que são consideradas desastres naturais, de natureza hidrológica. De acordo com Freitas e Ximenes⁴²³ as enchentes são consideradas desastres naturais que ocorrem com grande frequência, afetando a vida de milhares de pessoas a cada ano.

Uma encheente se inicia a partir de um evento climatológico, precipitação e chuva, com o prolongamento de chuvas, que elevam o volume de água em rios e córregos, fazendo com que a água ultrapasse o nível do leito natural e extravase para um leito maior. Em algumas situações e regiões, muitas vezes esse acontecimento ocorre alinhado a um fenômeno climático natural como o *El Niño*, mas quando impulsionado pela drasticidade dada pelas mudanças climáticas gera um evento extremo de grandes proporções. O IPCC⁴²⁴ alerta acerca da intensidade das precipitações: “O aumento projetado na frequência e

⁴²³ FREITAS, Carlos Machado de; XIMENES, Elisa Francioli. Enchentes e saúde pública: uma questão na literatura científica recente das causas, consequências e respostas para prevenção e mitigação. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 17, p. 1601-1616, 2012. <https://doi.org/10.1590/S1413-81232012000600023>.

⁴²⁴ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Summary for Policymakers. In: *Climate Change 2023: Synthesis Report*. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, H. Lee and J. Romero (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, 2023, pp. 1-34, doi: [10.5932/IPCC/AR6-9789291691647.001](https://doi.org/10.5932/IPCC/AR6-9789291691647.001).

intensidade da precipitação intensa (alta confiança) aumentará as enchentes locais geradas pela chuva (confiança média).”

O IPCC trata em seu relatório 11: *Weather and Climate Extreme Events in a Changing Climate*, sobre eventos climáticos extremos e mudanças climáticas, relaciona que o aumento na intensidade da precipitação se traduz em um aumento na frequência e magnitude das enchentes pluviais (inundações de águas superficiais e inundações repentinas) (alta confiança), uma vez que a inundaçāo pluvial resulta da intensidade da precipitação que excede a capacidade dos sistemas de drenagem naturais e artificiais⁴²⁵. Se tornando um ponto de alerta, quando possível identificar a possível ocorrēncia de muitas chuvas. O Relatório aponta que a probabilidade de inundaçāo composta (maré de tempestade, precipitação extrema e/ou vazão de rio) aumentou em algumas localidades (confiança média), e continuará a aumentar devido à subida do nível do mar e ao aumento da precipitação intensa, incluindo alterações na intensidade da precipitação associada a ciclones tropicais (alta confiança).⁴²⁶

Dentre tais caracterizações, se torna importante apresentar as principais ocorrēncias de enchentes atuais, contendo informações como: localização, causa e seus principais impactos, sendo elaborado de acordo com as informações do IPCC⁴²⁷.

Representative recent major floods

Location	Year	Primary climate driver	Main impacts
Western Europe (Belgium, Germany, Netherlands)	2021	Extreme precipitation; atmospheric rivers; saturated catchments	Riverine flooding; hundreds dead; major infrastructure and economic losses
Pakistan (Indus Basin)	2022	Intensified monsoon extreme rainfall; glacier/snowmelt contributions	Widespread inundation; millions displaced; severe agricultural and infrastructure damage
China (central and eastern provinces)	2020–2021	Intense summer precipitation; persistent circulation anomalies	River and flash floods; urban inundation; large economic losses
India and Bangladesh (Ganges-Brahmaputra basin)	recurrent (notably 2020–2022)	Stronger monsoon extremes; land-use and river management interactions	Extensive riverine flooding; displacement; crop and livelihood losses

⁴²⁵ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **Climate Change 2021: The Physical Science Basis.** Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. [Masson-Delmotte, V. et al. (eds.)]. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/>. Acesso em: 13 jul. 2025.

⁴²⁶ Op. Cit.

⁴²⁷ Op. Cit.

Location	Year	Primary climate driver	Main impacts
Eastern Australia (New South Wales, Queensland)	2022–2023	Intense rainfall events; compound coastal flooding in some areas	Urban and rural inundation; infrastructure damage; ecological impacts
United States (urban flash and hurricane-related floods)	recurrent (2017, 2021–2024)	Extreme precipitation; tropical cyclones with higher rainfall rates; urban runoff	Flash flooding; property and insured losses; major disruption to services
Western Mediterranean (DANA/Med storms)	2021–2024 (increasing)	Convective storms linked to warmer SSTs	Severe flash floods; urban damage; fatalities
Global coastal zones (many regions)	ongoing	Sea-level rise increasing baseline for storm surge; more intense storms	More frequent coastal overtopping, erosion, saltwater intrusion; amplified storm impacts

Sources: Elaboração própria a partir de IPCC, 2021.

Os autores Zhang, Zhou, *et al*⁴²⁸ em uma abordagem sobre o ano de 2024 entenderam se tratar de um ano marcado por extrema precipitação e alagamentos, destacando inúmeras enchentes ocorridas pelo mundo, referindo o período, características, e os impactos, entre outras informações. Os autores destacam inicialmente a ocorrência da enchente ocorrida na Ásia Central, Cazaquistão e Rússia, que se tratou de um evento Composto (Forte derretimento da neve, associado ao acúmulo de neve acima do normal no inverno anterior; Precipitação extrema recorde, consistente com a tendência de aumento sob o aquecimento climático; Nível de umidade do solo recorde, enfraquecendo a capacidade do solo de absorver água)⁴²⁹.

Por sua vez, no Emirados Árabes Unidos (EAU) e Omã, em meados de abril de 2024, registrou-se um volume de chuva extremo, quebrando o recorde diário de 75 anos, sendo o evento ocasionado por um sistema de baixa pressão associado ao El Niño.⁴³⁰ Destacam-se também os eventos ocorridos na Europa Central, que experimentaram o evento de precipitação mais intenso registrado nos últimos 100 anos, no mês de setembro⁴³¹.

⁴²⁸ ZHANG, Wenxia; ZHOU, Tianjun; YE, Wanheng; ZHANG, Tingyu; ZHANG, Lixia; WOLSKI, Piotr; RISBEY, James; WANG, Zhuo; MIN, Seung-Ki; RAMSAY, Hamish; BRODY, Michael; GRIMM, Alice; CLARK, Robin; REN, Kangnian; JIANG, Jie; CHEN, Xiaolong; FU, Shenming; LI, Lan; TANG, Shijie; HU, Shuai. A Year Marked by Extreme Precipitation and Floods: Weather and Climate Extremes in 2024. *Advances in Atmospheric Sciences*, v. 42, p. 1045–1063, 2025. Disponível em:

<https://link.springer.com/article/10.1007/s00376-025-4540-4>. Acesso em: 13 out. 2025

⁴²⁹ Op. Cit. p. 1050.

⁴³⁰ Op. Cit. p. 1046.

⁴³¹ Op. Cit.p. 1053

Igualmente, no final de outubro chuvas torrenciais atingiram Valência, na Espanha, com extrema precipitação em apenas 14 horas, resultando em mais de 220 mortes, evento que foi provocado por uma baixa isolada (DANA)⁴³².

Os autores tratam também da ocorrência das enchentes de maio de 2024 no Rio Grande do Sul, Brasil, que atingiu quase todos os municípios do Estado. As inundações ocorreram entre o final de abril e o início de maio de 2024, o estado registrou chuvas cumulativas, superando mais de um quarto do total anual do estado. Este evento foi impulsionado por um efeito combinado de oscilações climáticas, incluindo o final do El Niño e precipitação intensa⁴³³. A ocorrência dessa enchente revelou a conexão entre desastres naturais e falhas na gestão ambiental, ocasionando impactos devastadores em comunidades, economia e ecossistemas⁴³⁴. Carvalho⁴³⁵ acerca do histórico de desastres naturais no Brasil, destaca que o país limitou-se a enfrentar severas secas no Nordeste, mas esse padrão de longa data tem mudado amplamente e de forma rápida, houve uma intensificação dos desastres como um todo, com preocupações especiais sobre enchentes e deslizamentos.

A elevada precipitação ocorrida de modo geral no ano de 2024 ilustra o crescente papel da mudança climática na exacerbação dos impactos, principalmente por meio da intensificação dos eventos extremos, o que exige um foco contínuo na compreensão, atribuição e redução de riscos. Tais aspectos reforçam a importância de compreender as enchentes não apenas como fenômenos naturais, mas como desastres socioambientais, que resultam da combinação entre mudanças climáticas globais e falhas locais de gestão do risco.

Sob a ótica do Direito dos Desastres, eventos como esse demandam respostas normativas eficazes, capazes de assegurar mecanismos de prevenção, mitigação e adaptação.

⁴³² Op. Cit. p. 1053.

⁴³³ ZHANG, Wenxia; ZHOU, Tianjun; YE, Wanheng; ZHANG, Tingyu; ZHANG, Lixia; WOLSKI, Piotr; RISBEY, James; WANG, Zhuo; MIN, Seung-Ki; RAMSAY, Hamish; BRODY, Michael; GRIMM, Alice; CLARK, Robin; REN, Kangnian; JIANG, Jie; CHEN, Xiaolong; FU, Shenming; LI, Lan; TANG, Shijie; HU, Shuai. A Year Marked by Extreme Precipitation and Floods: Weather and Climate Extremes in 2024. *Advances in Atmospheric Sciences*, v. 42, p. 1045–1063, 2025. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s00376-025-4540-4>. Acesso em: 13 out. 2025

⁴³⁴ VALENÇA, S. M. C.; SOBREIRA, P. de A.; PRATES, J. B.; SOBREIRA, T. de A.; FRANÇA, P. H. S.; HOENEN, F. J. M.; CAROCA, T. P.; GAMA, F. R.; SILVA, G. H. de M.; ALVARENGA, M. V. B. Enchentes no Rio Grande do Sul: responsabilidade ambiental e políticas públicas para prevenção de futuros desastres.

Caderno Pedagógico, /S. I./, v. 22, n. 11, p. e19714, 2025. Disponível em:

<https://ojs.studiespublicacoes.com.br/ojs/index.php/cadped/article/view/19714>. Acesso em: 15 set. 2025.

⁴³⁵ CARVALHO, Délton Winter. O que devemos urgentemente aprender com o novo Direito dos Desastres.

Consultor Jurídico. Opinião, 29 jan. 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/delton-winter-devemos-aprender-direito-desastres/>. Acesso em: 16 abr. 2025.

O que inclui a criação de instrumentos jurídicos que fortaleçam políticas públicas locais, de proteção ambiental e de amparo às comunidades vulneráveis. Bem como a implementação de sistemas de alerta precoce e de planos emergenciais de assistência. Os casos recentes exemplificam, portanto, a necessidade urgente de integrar a perspectiva das mudanças climáticas à governança do risco e, principalmente, de reconhecer que eventos extremos tendem a se intensificar e, consequentemente, a exigir maior capacidade de resposta e resiliência do Estado e das localidades mais vulneráveis à ocorrência de um evento extremo. Allan⁴³⁶ entende que os esforços globais mostram que a proteção contra enchentes nunca pode ser absoluta, mas o planejamento, a gestão de risco, a resposta emergencial e a reabilitação podem mitigar seus impactos.

De maneira que, a análise das enchentes como um desastre natural de grande potência destrutiva, frente ao Direito dos Desastres e às mudanças climáticas revela o desafio de pensar a gestão dos riscos à luz de um planeta em transformação climática. Com a necessidade de ser tratado um viés ético e jurídico de garantia à justiça social e climática, de modo que o fortalecimento desse campo jurídico representa não apenas um avanço teórico, mas uma urgência prática diante da intensificação das enchentes e de outros eventos extremos que marcam a era das mudanças climáticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do contexto atual de emergência climática e da intensificação de eventos extremos, observa-se que o Direito dos Desastres vem se consolidando como um campo jurídico relevante e necessário na estruturação de respostas institucionais frente às catástrofes ambientais. Constata-se que as mudanças climáticas representam um fenômeno de caráter emergencial, capaz de intensificar desastres e provocar impactos irreversíveis na vida humana e no meio ambiente.

A análise dos relatórios internacionais, como Relatórios do Painel Intergovernamental de Mudanças do Clima, Opinam Consultiva da Corte Internacional de Justiça, Opinião Consultiva do Tribunal Internacional de Direito do Mar, entre outros. Bem como da literatura especializada, evidenciam que a crise climática deve ser compreendida como uma catástrofe global, exigindo respostas jurídicas, sociais e políticas urgentes. Ao longo da pesquisa, foi

⁴³⁶ ALLAN, Andrew. Legal aspects of flood management. In: **Routledge Handbook of Water Law and Policy**. London: Routledge, 2017. p. 1–20. Disponível em:

https://www.academia.edu/113995970/Legal_aspects_of_flood_management_. Acesso em: 13 out. 2025.

possível identificar que há uma crescente incorporação, por parte do direito dos desastres, da compreensão das mudanças climáticas como elemento de risco de catástrofes, exigindo instrumentos jurídicos preventivos e responsivos eficientes. A hipótese formulada foi confirmada: o Direito dos Desastres, reconhece as mudanças climáticas como fator de intensificação de eventos extremos, demandando o desenvolvimento de instrumentos normativos e políticas públicas voltados à mitigação, prevenção e resposta. E assim, compreendendo a ocorrência das enchentes, intensificadas pelas mudanças climáticas, como fenômenos que ultrapassam a dimensão meramente ambiental e se projetam como problema jurídico, social e humanitário.

Retomando o objetivo de descrever o atual conjunto teórico relativo ao Direito dos Desastres e sua relação com as mudanças climáticas e a ocorrência das enchentes, observou-se que o Direito dos desastres deve enfrentar as mudanças climáticas e suas consequências como fator emergencial e relevante, para que a resposta frente aos eventos extremos ocorra de forma satisfatória e certeira, considerando as enchentes como fenômeno a ser observado, de acordo com os recentes acontecimentos. Os objetivos propostos foram atingidos ao demonstrar que o Direito dos Desastres, como campo jurídico em consolidação, oferece fundamentos teóricos e normativos capazes de orientar políticas de mitigação, adaptação e resposta às enchentes agravadas pelas mudanças climáticas, porém ainda se torna necessário a melhoria de implementação dessas medidas de mitigação.

Respondendo ao problema de pesquisa, conclui-se que o Direito dos Desastres comprehende a ocorrência das enchentes intensificadas pelas mudanças climáticas como um fenômeno de natureza socioambiental e emergencial, que ultrapassa o mero caráter natural dos eventos hidrológicos normais. Reconhecendo que os desastres resultam da interação entre fatores naturais e humanos, e que as mudanças climáticas atuam como elemento agravante e multiplicador de riscos, exigindo do Estado e da sociedade respostas jurídicas articuladas e eficazes, principalmente diante da necessidade de tratamento das mudanças climáticas como fator emergencial. Dessa maneira, destaca-se a importância do melhor tratamento das medidas jurídicas de mitigação dos desastres, principalmente quando tratado de enchentes.

De modo que, os resultados desta pesquisa contribuem para o fortalecimento do arcabouço jurídico aos desastres, intensificados pelas mudanças climáticas, especialmente no contexto das enchentes. A pesquisa amplia a compreensão teórica do Direito dos Desastres como um campo interdisciplinar que articula o Direito Ambiental, o Direito Internacional e as políticas públicas de gestão de riscos, promovendo uma leitura jurídica capaz de integrar aspectos sociais, ambientais e climáticos. Assim, compreender os desastres, de forma jurídica

e orientada é reconhecer a emergência climática, para que seja possível construir parâmetros de mínima proteção social e ambiental para um futuro próximo.

REFERÊNCIAS

- ALLAN, Andrew. Legal aspects of flood management. In: **Routledge Handbook of Water Law and Policy**. London: Routledge, 2017. p. 1–20. Disponível em: https://www.academia.edu/113995970/Legal_aspects_of_flood_management. Acesso em: 13 out. 2025.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 10 jul. 2025
- BRASIL. Entenda a diferença entre os tipos de desastres naturais e tecnológicos registrados no Brasil. **Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional**. Brasília: Gov.BR, 11 jul. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/ultimas-noticias/entenda-a-diferenca-entre-os-tipos-de-desastres-naturais-e-tecnologicos-registrados-no-brasil>. Acesso em: 16 abr. 2025.
- CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- CARVALHO, D. W. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 18, n. 3, p. 397–415, 2013. DOI: 10.14210/nej.v18n3.p397-415. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/5130>. Acesso em: 4 julho 2025.
- CARVALHO, Délton Winter. O que devemos urgentemente aprender com o novo Direito dos Desastres. **Consultor Jurídico**. Opinião, 29 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/delton-winter-devemos-aprender-direito-desastres/>. Acesso em: 16 abr. 2025.
- Carvalho, D. W. (2020). DISASTERS AND THE LAW: THE BRAZILIAN CONTEXT AND A PERSPECTIVE. **REVISTA DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**, 2(1), 30–54. Recuperado de <https://seer.unirio.br/rdpp/article/view/9533>
- CENTER FOR DISASTER PHILANTHROPY. Disaster versus Catastrophes: The Difference Matter. Tanya Gulliver-Garcia. Octuber, 2019. Disponível em: <https://disasterphilanthropy.org/blog/hurricanes-typhoons/disasters-versus-catastrophes-the-difference-matters/>. Acesso em: 04 junho 2025.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Obligations of States in respect of Climate Change: Advisory Opinion of 23 July 2025. Haia: CIJ, 2025. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/187/advisory-opinions> . Acesso em: 13 out. 2025.

DELFORGE, Damien et al. *EM-DAT: The Emergency Events Database*. **International Journal of Disaster Risk Reduction**, v. 124, 105509, 2025. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ijdrr.2025.105509>. Acesso em: 10 jul. 2025.

FARBER, Daniel. Disaster Law and Emerging Issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (reChTD), 4(1): 2-15, jan.-jun. 2012.
 FARBER, D. A.; CARVALHO, D. W. de. **Estudos aprofundados em direito dos desastres:** interfaces comparadas. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

FERRARI, Flavia Jeane; SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de; SOUZA NETTO, José Laurindo de. Por uma abordagem multidimensional do direito dos desastres frente aos impactos das mudanças climáticas. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, [S. l.], v. 33, n. 1, p. 115–130, 2024. DOI: 10.14295/juris.v33i1.16325. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/16325>. Acesso em: 7 set. 2025.

FREITAS, Carlos Machado de; XIMENES, Elisa Francioli. Enchentes e saúde pública: uma questão na literatura científica recente das causas, consequências e respostas para prevenção e mitigação. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 17, p. 1601-1616, 2012.
<https://doi.org/10.1590/S1413-81232012000600023>.

GUERRA, Sidney. **O Direito Internacional das Catástrofes**. Curitiba: Instituto memória, 2021.

GUERRA, Sidney. NERY, Pedro. Revisitando o Direito Internacional das Catástrofes: Novos Desafios e Caminhos a serem percorridos . *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, [S. l.], v. 51, n. 2, p. 216–237, 2025. DOI: [10.14393/RFADIR-51.2.2023.68233.216-237](https://doi.org/10.14393/RFADIR-51.2.2023.68233.216-237).

GUERRA, Sidney. As mudanças climáticas como catástrofe global e o refugiado ambiental. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 537-559, maio/ago. 2021. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v7i2.641>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/641>. Acesso em: 06 julho de 2025.

GUERRA, Sidney; ARAÚJO, Brenda Maria Ramos; DE OLIVEIRA SANTOS, Celso. Para a criação da organização internacional para prevenção e redução de catástrofes. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 21, n. 37, pp. 50-82, 2023.
<https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v21i38.2023>.

GUERRA, Sidney. Catástrofes naturais e a emergência do Direito Internacional das Catástrofes. *Cadernos de Direito Actual*, n. 8, pp. 331-346, 2018. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6279844> . Acesso em: 21 set. 2025.

GUERRA, S. A crise ambiental na sociedade de risco. *Lex Humana* , [S. l.], v. 1, n. 2, p. 177–215, 2010. Disponível em:
<https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/27>. Acesso em: 21 set. 2025.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **Climate Change 2007: Synthesis Report**. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, Pachauri,

R.K and Reisinger, A. (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, 2007.
http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/syr/en/contents.html.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Summary for Policymakers. In: **Climate Change 2023: Synthesis Report**. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, H. Lee and J. Romero (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, 2023, pp. 1-34, doi: [10.59327/IPCC/AR6-9789291691647.001](https://doi.org/10.59327/IPCC/AR6-9789291691647.001).

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **Climate Change 2021: The Physical Science Basis**. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. [Masson-Delmotte, V. et al. (eds.)]. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/>. Acesso em: 13 jul. 2025.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change**. [STOCKER, T. F. et al. (eds.)]. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar5/wg1/>. Acesso em: 10 jul. 2025.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Chapter 11: Weather and Climate Extreme Events in a Changing Climate. In: IPCC. Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/chapter/chapter-11/>. Acesso em: 13 out. 2025

MARQUES, Thiago Feltes. O nascimento do direito dos desastres no Brasil. ***Revista Acadêmica Licencia&acturas***, Ivoiti, RS, v. 4, n. 1, p. 108–123, 2016. Disponível em: <https://old.licenciaeacturas.com.br/index.php/licenciaeacturas/article/view/98>. Acesso em: 4 de maio de 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The human cost of disasters: an overview of the last 20 years (2000–2019)**. Genebra: UNDRR, 2020. Disponível em: <https://www.undrr.org/publication/human-cost-disasters-overview-last-20-years-2000-2019>. Acesso em: 10 jul. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Draft articles on the protection of persons in the event of disasters, with commentaries**. Comissão de Direito Internacional. 2016. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/6_3_2016.pdf. Acesso em: 10 jul. 2025.

PIVA ALMEIDA LEITE, F.; MALTEZ, R. T. O regime jurídico ambiental da tríplice responsabilidade civil, administrativa e penal no âmbito do direito ambiental a partir dos desastres tecnológicos na modalidade rompimento de barragem. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 43, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/59995>. Acesso em: 12 set. 2025.

PORTELA, Antônio José Santiago. **As catástrofes: capacidade e vontade de encontrar soluções.** Lusíada. Economia & Empresa., Lisboa, n. 11, 2010. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lee/article/view/879/956>.

REHBEIN, Katiele Daiana Da Silva; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Resposta estatal à desastres: as enchentes do Rio Grande do Sul (Brasil) e de Valência (Espanha) em perspectiva comparada. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, v. 16, n. 1, 2025. <https://doi.org/10.17345/rcda4141>.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **Managing the risks of extreme events and disasters to advance climate change adaptation.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 7-9. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139177245>.

VALENÇA, S. M. C.; SOBREIRA, P. de A.; PRATES, J. B.; SOBREIRA, T. de A.; FRANÇA, P. H. S.; HOENEN, F. J. M.; CAROCA, T. P.; GAMA, F. R.; SILVA, G. H. de M.; ALVARENGA, M. V. B. Enchentes no Rio Grande do Sul: responsabilidade ambiental e políticas públicas para prevenção de futuros desastres. **Caderno Pedagógico, [S. l.]**, v. 22, n. 11, p. e19714, 2025. Disponível em: <https://ojs.studiespublicacoes.com.br/ojs/index.php/cadped/article/view/19714>. Acesso em: 15 set. 2025.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres. **Atlas Brasileiro de Desastres Naturais: 1991 a 2012** / Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres. 2. ed. rev. ampl. – Florianópolis: CEPED UFSC, 2013. Disponível em: https://educacao.cemaden.gov.br/wp-content/uploads/2017/07/atlas_brasileiro_desastres_naturais.pdf. Acesso em: 10 set. 2025

UNITED NATIONS. **Paris Agreement.** United Nations Framework Convention on Climate Change. Paris: UN, 2015. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf. Acesso em: 10 de jul. de 2025.

UNITED NATIONS. **Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015–2030.** Geneva: United Nations Office for Disaster Risk Reduction, 2015. Disponível em: https://www.preventionweb.net/files/43291_sendaiframeworkfordrren.pdf. Acesso em: 10 de jul. de 2025.

UNITED NATIONS. **Draft Articles on the protection of persons in the event of disasters.** 2016. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/6_3_2016.pdf. Acesso em: 02 julho 2025.

UNITED NATIONS OFFICE FOR DISASTER RISK REDUCTION. **The Human Cost of Disasters: An Overview of the Last 20 Years (2000–2019).** Brussels: UNDRR; CRED, 2020. Disponível em: <https://www.undrr.org/publication/human-cost-disasters-overview-last-20-years-2000-2019>. Acesso em: 12 set. 2025.

WEBB, Stephen; BAJAJ, Gitanjali; ROBERTSON, Claire; STHOEGER, Eran. ICJ Climate Change Advisory Opinion: Key findings and impacts explained. DLA Piper, 2025. Disponível em:

<https://www.dlapiper.com/en/insights/publications/2025/08/icj-climate-change-advisory-opinion-on-understanding-the-courts-findings-and-implications>. Acesso em: 13 out. 2025.

WEBB, Stephen; BAJAJ, Gitanjali; ROBERTSON, Claire; STHOEGER, Eran. Key Insights from the ITLOS Climate Change Advisory Opinion. DLA Piper, 2024. Disponível em: <https://www.dlapiper.com/en/insights/publications/2024/06/climate-action-key-insights-from-the-itlos-climate-change-advisory-opinion>. Acesso em: 13 out. 2025.

ZHANG, Wenxia; ZHOU, Tianjun; YE, Wanpeng; ZHANG, Tingyu; ZHANG, Lixia; WOLSKI, Piotr; RISBEY, James; WANG, Zhuo; MIN, Seung-Ki; RAMSAY, Hamish; BRODY, Michael; GRIMM, Alice; CLARK, Robin; REN, Kangnian; JIANG, Jie; CHEN, Xiaolong; FU, Shenming; LI, Lan; TANG, Shijie; HU, Shuai. A Year Marked by Extreme Precipitation and Floods: Weather and Climate Extremes in 2024. Advances in Atmospheric Sciences, v. 42, p. 1045–1063, 2025. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s00376-025-4540-4>. Acesso em: 13 out. 2025

GENOCÍDIO: DIMENSÕES INTERNACIONAIS E A SUA REGULAÇÃO INTERNA NO DIREITO BRASILEIRO PELA LEI 2.889/56

*GENOCIDIO: DIMENSIONES INTERNACIONALES Y SU TIPIFICACIÓN
POR LA LEY 2.889/56 EN BRASIL*

Marcus Vinicius Xavier de Oliveira⁴³⁷

RESUMO

O presente trabalho objetiva apresentar um panorama acerca das dimensões normativas internacional e nacional do crime de genocídio, tendo como problema central tanto a discussão acerca da sua tipificação como crime internacional próprio pela Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, como aquela operada em nível interno pela Lei 2.889/1956 e os problemas de caráter político e dogmáticos que incidem sobre o ele. O método adotado foi o crítico e a metodologia de pesquisa a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Penal Internacional. Crimes Internacionais Próprios. Genocídio. Direito Penal. Tipificação Interna

RESUMÉN

El trabajo tiene por objetivo general presentar un panorama sobre las dimensiones normativas internacional e nacional del crimen de genocidio, teniendo por problema central la discusión sobre su tipificación como un crimen internacional stricto censo por la Convención para la Prevención e Represión al Crimen de Genocidio y aquella hecha por la Ley 2888/1956 en Brasil, como también los problemas políticos y dogmáticos inherentes a el. El método fui el crítico y la metodología la pesquisa bibliográfica.

Palabras claves: Derecho Penal Internacional. Crímenes Internacionales Stricto Senso. Genocidio. Derecho Penal. Tipificación por el Derecho Nacional

1 NOTA INTRODUTÓRIA SOBRE A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O senso comum dos trabalhadores do Direito de países periféricos leva-os a compreender a internacionalização do Direito em geral, e a do Direito Penal em particular,

⁴³⁷ Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos da Universidade Federal de Rondônia. Mestre (UFS) e Doutor (UERJ) em Direito. Lider do Jus Gentium - Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional, CNPq. Advogado. Tradutor.

pelo fenômeno noventista da globalização econômica, imediatamente ligada àquilo que se denominou de *annus mirabilis* de 1989, vale dizer, a queda do Muro de Berlim, evento paradigmático de *defidum* da Guerra Fria decorrente do desmonte do regime soviético⁴³⁸, o que teria gerado o aumento das integrações e interações econômicas entre os Estados e sociedades.

Essa, por exemplo, é uma das linhas seguidas por Silva Sanches em seu relevantíssimo *La Expansión del Derecho Penal*, que associa o surgimento de novas criminalidades e tipificações penais às complexidades suportadas pela sociedade internacional com a globalização econômica⁴³⁹.

Não se podendo afirmar que referida compreensão seja em tudo incorreta, haja vista a efetiva expansão normativa do Direito Penal por meio dos crimes transnacionais, é possível afirmar-se, no entanto, que é parcial, uma vez que é bastante evidente, desde uma perspectiva histórica, que a “internacionalização” do Direito Penal corre *pari passu* ao surgimento do Estado e do Direito Internacional modernos com a Paz de Westfália.

A todos quantos trabalham com o tema, a expressão *hostis humani generis* não lhes é estranha. Mas quem, no contexto do início da internacionalização do Direito Penal eram considerados “inimigos da humanidade”? Os autores da pirataria em alto mar, cuja tipificação por normas internacionais consuetudinárias a partir dos séculos XV e XVI deu ao ilícito o *status* de crime internacional *par excellence*, conforme expressão empregada por M. Cherif Bassiouni⁴⁴⁰, sendo, também, considerado “[...] o fundamento da jurisdição criminal universal em relação aos crimes internacionais *jus cogens*”⁴⁴¹. Em síntese: se os Código Penais desde o século XIX autorizam o exercício da jurisdição penal extraterritorial com fundamento na justiça cosmopolita, é porque essa previsão encontra fundamento histórico-normativo na persecução à pirataria *qua* crime internacional desde sua origem.

Com efeito, como evidenciado no *affaire Lotus* (França vs. Turquia), da Corte Permanente de Justiça Internacional, os Estados têm o direito internacional de exercer jurisdição penal sobre pessoas fora de seu território porque, de um lado, não existe uma norma proibitiva, aplicando-se, nesse sentido, o princípio geral da liberdade, também

⁴³⁸ HÄBERLE, P. (2010). O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional. *Direito Público*, 1(2), 2010. Recuperado de <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1395>, Acessado em 30.jan.2011.

⁴³⁹ SILVA SANCHES, Jesus María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 2^a ed. Madri: Civitas, 2001, p. 81-112.

⁴⁴⁰ “[...] a pirataria, [é] reconhecida pelo Direito Internacional costumeiro como crime internacional *par excellence* [...]”. BASSIOUNI, M. Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law* 42, n. 81, 2001. Livre tradução.

⁴⁴¹ BASSIOUNI, Universal jurisdiction for international crimes..., p. 15.

conhecido como princípio Lotus⁴⁴², e de outro se caracterizar, historicamente, como uma forma de prevenção à impunidade, constituindo-se num verdadeiro princípio do sistema westfaliano, conforme alude José Bremer, que assim o enuncia “Em certos e especiais casos, os sujeitos do direito internacional podem pretender jurisdição sobre coisas ou pessoas fora de sua jurisdição territorial”⁴⁴³.

Que hoje *hostis humani generis* sejam genocidas, traficantes de pessoas ou os autores de crimes contra a humanidade e/ou de guerra, dentre outros crimes graves, faz-se importante a compreensão histórico-institucional do fenômeno que ora se reporta no contexto internacional, com as suas profundas transformações e viragens, em particular com relação ao crime de genocídio em suas dimensões internacional e nacional.

2 CRIMES INTERNACIONAIS. CONCEITO, ESPÉCIES E FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO

Existindo, pois, uma dimensão internacional daquilo que, muito latamente, se poderia denominar de política criminal⁴⁴⁴, quais seriam as principais características da internacionalização do Direito Penal? Segundo Bassiouni, são as seguintes:

- 1) o reconhecimento expresso ou implícito de que a conduta proscrita se constitui em um crime internacional; 2) o reconhecimento implícito de que a natureza penal desse comportamento estabelece o dever de proibir, prevenir, exercer a persecução penal e punir os autores desses fatos, ou 3) a obrigação de tipificar internamente (*criminalization*) a conduta proscrita; 4) a obrigação de exercer a persecução penal; 5) a obrigação de sancionar a conduta proscrita; 6) a obrigação de extraditar; 7) a obrigação de cooperar na persecução e punição (inclusive mediante cooperação judicial); 8) o estabelecimento dos fundamentos jurídico-internacionais para o exercício legítimo da jurisdição penal sobre crimes internacionais pelos Estados; 9)

⁴⁴² “[...] os Estados podem agir, tanto quanto não haja proibição explícita ou implícita, que obstrua ou condene a ação ou omissão. O direito internacional enseja uma série de restrições, que obrigam aos Estados da comunidade internacional. Na expressão do Presidente da Corte Internacional, em tradução livre minha da versão inglesa do julgado: [“]O Direito Internacional governa as relações entre Estados independentes. O direito que vincula aos Estados decorre consequentemente das próprias vontades dos Estados, tais como expressas nos tratados ou nos usos geralmente aceitos como indicativos de princípios de direito, fixados com o objetivo de regular as relações entre as comunidades independentes coexistentes ou com vista à obtenção de objetivos comuns. Restrições impostas aos Estados não podem ser presumidas. A primeira e mais importante restrição imposta pelo direito internacional a um Estado é que, na existência de regra permissiva contrária, o Estado não pode exercitar seu poder, de nenhuma forma, no território de outro Estado. Nesse sentido, a jurisdição é certamente territorial; não pode ser exercida por um Estado em território que não seja seu, exceto por força de regra permissiva que decorra de um costume ou tratado internacional[”]. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. História do Direito Internacional: o Caso Lótus (1927). Revista do Mestrado em Direito da UCB, v. 3, nr. 2, 2009.

⁴⁴³ JOSÉ BREMER, Juan. De Westfalia a post-Westfalia: hacia un nuevo orden internacional. Cuidad de México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 67.

⁴⁴⁴ “The criminal laws of nations, expressed both legislative action and the common law, constitute a vital component of ICL. International rules are generally imperfect and imprecise, not least because of the political difficulties in their drafting and in reaching agreement among competing national interests”. BANTEKAS, Ilias; NASH, Susan. International Criminal Law, 3th ed., London: Routledge Cavendish, 2007, p. 1-2.

a alusão à constituição de um Tribunal Penal Internacional ou de um Tribunal Internacional com características penais; e 10) a exclusão da “*defence*” do cumprimento de ordens do superior hierárquico⁴⁴⁵.

Se há crimes internacionais – os quais, em sentido formal, podem ser identificados como “[...] qualquer comportamento humano a que uma norma internacional, convencional ou consuetudinária⁴⁴⁶, atribua, como uma consequência de sua realização, uma sanção penal”⁴⁴⁷, legitimando, outrossim, que a persecução penal possa ser exercida pelos próprios Estados, de conformidade com os seus ordenamentos jurídicos, ou por Tribunais Penais Internacionais, há bens e interesses jurídicos internacionais que são tutelados por meio de referidas normas, o que qualifica a compreensão dos crimes internacionais em uma dimensão substancial, a saber:

1) Proteção à paz e segurança internacionais: Crime de Agressão. 2) Proteção a interesses humanos não associados a outros interesses internacionalmente protegidos Genocídio; Crimes contra a humanidade; Crimes de guerra; A posse, o uso, o armazenamento e o comércio ilegais de armas, incluídas as armas nucleares; Terrorismo nuclear; Apartheid; Escravidão, redução à condição análoga à escravidão e tráfico de pessoas humanas; Tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante ou punição; Experimentação humana ilegal; Desaparecimento forçado de pessoa e execuções extrajudiciais; Mercenarismo. 3) Proteção a interesses humanos associados a outros interesses internacionalmente Pirataria e atentados contra a segurança da navegação marítima e a segurança das plataformas em alto mar; Tomada de reféns e atentados contra a segurança da segurança aérea; Ameaça e/ou o uso de força contra sujeitos internacionalmente protegidos e servidores das Nações Unidas; O sequestro de civis; Uso de explosivos; Financiamento do terrorismo; O uso ilegal dos meios de comunicação internacional, em especial correio; 4) Proteção de interesses sociais e culturais Tráfico ilícito de drogas e substâncias estupefacientes; Crime organizado; Destrução ou roubo de tesouros nacionais; Atos ilegais contra determinados interesses internacionalmente protegidos relacionados ao desenvolvimento; Tráfico internacional de material obsceno; Falsificação e contrafação; Interferência ilícita nos cabos submarinos internacionais; Corrupção e suborno de servidores públicos estrangeiros⁴⁴⁸.

Embora não tenha sido citado por Bassiouni, o crime de lavagem de capitais toma parte nessa última classificação⁴⁴⁹, uma vez que ele se constitui em espécie de ilícito

⁴⁴⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. Introduction to International Criminal Law, 2th edition, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 143-144.

⁴⁴⁶ Os aspectos penais do Direito Internacional derivam das “convenções”, “costumes” e “princípios gerais do direito”, todos os quais são uma das fontes dessa disciplina jurídica tal como enunciado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça”. BASSIOUNI, Introduction to International Criminal Law, p. 9. Livre tradução.

⁴⁴⁷ DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Estudos sobre a jurisdição (penal) internacional: formas de implementação, expansão, fragmentação e actio popularis. Porto Velho: EDUFRO, 2020, p. 78.

⁴⁴⁸ BASSIOUNI, Introduction to International Criminal Law, p. 142-143; 150-216. Livre tradução

⁴⁴⁹ STESSENS, Guy. Money laundering: a new international law enforcement model, 2th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 84-87.

transnacional previsto nos tratados internacionais que versam sobre crimes transnacionais de caráter econômico.

Se em sentido lato a incriminação do comportamento decorre de norma internacional *quodlibet*, a natureza do bem jurídico tutelado – se categorizável como um valor fundamental da sociedade internacional ou um interesse comum da comunidade internacional – implica na diferenciação entre crimes internacionais próprios e crimes internacionais impróprios.

Os crimes internacionais próprios – também identificados pelas expressões *core crimes*, *international crimes jus cogens*, *international crimes strictu senso* etc -, são assim considerados por pelo menos quatro grandes fundamentos: a) lesionam ou põe em risco de lesão a valores essenciais da comunidade internacional – e.g. segurança e paz internacionais, direitos humanos face a agressões multitudinárias e sistemáticas, normas dos Direito Internacional Humanitário e a proteção de combatentes e civis em período de guerras, internacionais ou civis, pluralismo existencial do gênero humano etc -, b) são diretamente incriminados por normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias -, ensejando a responsabilidade penal direta do indivíduo perante o Direito Internacionais, carecendo, portanto, que os Estado tenham tipificado os comportamentos em seus ordenamentos jurídicos para que ocorra a legítima persecução internacional, c) legitimam, como consequência desse segundo fundamento, o exercício da jurisdição penal internacional supranacional de Tribunais Penais Internacionais ou dos Estados, na forma da jurisdição penal extraterritorial na forma da jurisdição universal, e d) são praticados no contexto de uma macrocriminalidade política⁴⁵⁰ ou de “política de Estado, e que

[...] significa a conduta ilícita de agentes estatais no exercício de poderes e recursos públicos sob um disfarce legal (*under colour of Law*) para cometer condutas ilícitas (*harmful*) contra a população civil. Isso inclui qualquer indivíduo ou grupo capaz de usar os poderes e recursos do governo para institucionalizar a violência contra a população civil. Às vezes é o governo pelo terror, mas na maioria das vezes é o exercício abusivo do poder de formas menos visíveis, mas que, no entanto, causa danos significativos em nível humano numa parte indefesa da população civil. Em razão de sua natureza e escala, [os] CAH [Crimes contra a Humanidade] requerem o uso das instituições governamentais, estruturas, recursos e pessoal atuando no exercício de suas funções e recursos sem se sujeitar a controles legais eficazes [...] A relevância do elemento da política de Estado para os agentes estatais repousa primeiramente numa categoria distintiva [em relação aos] crimes similares de natureza interna, e segundo em distinguir os CAH de outros crimes internacionais que proíbem conduta idêntica ou similar⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ AMBOS, Kai (2008). A parte geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática, tradução de Carlos E. A. Japiassú e Daniel A. Raizman, São Paulo: RT, 2008, p. 54-59.

⁴⁵¹ BASSIOUNI, M. Cherif. Crimes Against Humanity: historical evolution and contemporary application, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 14-17.

Os crimes internacionais próprios tipificam na facticidade histórica do Direito Penal Internacional os chamados Princípios do Direito Internacional Reconhecido pela Carta do Tribunal de Nuremberg e nos Julgamentos desse Tribunal⁴⁵².

Logo, o tema central que envolve os crimes internacionais próprios e o Direito Internacional Geral é a ocorrência de uma sobreposição (*overlap*) entre responsabilidade penal direta do indivíduo perante o Direito Internacional e a responsabilidade do Estado pela prática daquilo que os *Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts* da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas denomina de *exceptionally serious wrongful act* em seus artigos 12-39⁴⁵³.

Já os crimes internacionais impróprios – também denominados de crimes internacional largo senso, crimes transnacionais, *treaty-based crimes*⁴⁵⁴ -, e que conformam aquilo que se tem denominado de sistemas globais de proibição que abrange a parte mais substancial dos crimes internacionais, incrimina “[...] os crimes transnacionais, isto é, aqueles que por suas características, extensão e consequências ultrapassam fronteiras, envolvendo, portanto mais de um Estado, estejam ou não previstos em tratados e convenções bilaterais, multilaterais ou universais”⁴⁵⁵. Três são os fundamentos de suas incriminações, a saber: a) a lesão ou ameaça de lesão a um interesse comum da comunidade internacional, b) a decisão político-internacional de se tutelar este interesse por meio da incriminação internacional e c) o estabelecimento de um regime de cooperação internacional penal na prevenção e repressão aos comportamentos incriminados.

A principal distinção entre as duas modalidades é que os crimes internacionais próprios são incriminados por serem essencialmente lesivos aos valores da sociedade internacional, enquanto os crimes internacionais largo senso o são por necessidade, mormente por estarem imbricados em macrocriminalidade econômica, o mesmo que criminalidade organizada transnacional, uma vez que os Estados percebem, conforme delineado por Celso

⁴⁵² UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 11 DEC 1946. Disponível em <http://www.un-documents.net/a1r95.htm>, acessado em 20.Fev.2012.

⁴⁵³ UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMISSION. Drafts articles on Responsibility of States for Internationally Wrogfull Acts, with commentaries 2001. Disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, acessado 20. Out. 2007.

⁴⁵⁴ AMBOS, Kai. Treatise on International Criminal Law, vol II, Oxford: Oxford University Press, 2014, 222-226.

⁴⁵⁵ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano . O Direito Penal Internacional. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020, p. 44-48.

D. de Mello, que a prevenção ao “[...] crime somente será eficaz com a cooperação internacional”⁴⁵⁶.

Contudo, a distinção não é somente importante no plano dos fundamentos, mas tem relevantes implicações na prática internacional e nas formas de exercício da jurisdição penal internacional, aqui compreendida como o modo e o conjunto de instituições que têm competência-legitimidade para o exercício da persecução criminal em todos os níveis que essa expressão conota.

Assim, os crimes internacionais próprios se constituem na única modalidade a ensejar a implementação direta da jurisdição penal internacional, assim compreendida como o exercício da persecução criminal por instituições criminais internacionais independentes como os Tribunais Penais Internacionais ou os Tribunais Penais Internacionais mistos, uma vez que as suas competências são estabelecidas diretamente por normas internacionais. Para Bassiouni, a implementação direta se constitui no “[...] regime aplicável às instituições judiciais internacionais que têm o poder para executar seus mandatos (*have the power of enforcing their orders*) e julgamentos sem passar pelos Estados ou qualquer outra autoridade legal”⁴⁵⁷.

Historicamente, nesse modelo foram vários os critérios de determinação internacional da jurisdição criminal direta, abrangendo desde a jurisdição

a) **exclusiva**, adotada em Nuremberg e Tóquio, já que estes tribunais tinham por competência exercer a persecução criminal em face dos “[...] major war criminals of the European Axis” (artigos 1 e 6 do Estatuto de Nuremberg) e dos “[...] major Far Eastern war criminals [...]” (artigos 1 e 5 do Estatuto de Tóquio), passando pelo critério da

⁴⁵⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público, V 2 2 V, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 976.

⁴⁵⁷ BASSIOUNI, Introduction to International Criminal Law, p. 22.

b) **primazia**, adota tanto nos Julgamentos de Guerra de Nuremberg⁴⁵⁸, como nos Tribunais Penais Internacionais da Ex-Iugoslávia (artigo 9, 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia) e Ruanda (artigo 8, 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda), como também no Tribunal Especial para Serra Leoa (artigo 8, 1), Tribunal Especial para o Líbano (artigo 4, 1) e no Mecanismo Residual Internacional dos Tribunais Penais. Por esse critério, prevalece a competência internacional das Cortes Internacionais, podendo esta, a seu critério, remeter o caso para uma corte nacional. Para Bazelaire e Cretin, esse “[...] parece ser [o critério] mais bem apto para garantir a imparcialidade, que é uma condição indissociável da ideia de justiça. Deixando os protagonistas de um conflito resolverem sozinhos [...] o desfecho do conflito, garantimos a continuidade das lutas por processos judiciais interportos”⁴⁵⁹, e também o da

c) **subsidiariedade ou complementariedade**, adotado pelo Estatuto do Tribunal Penal Interacional, *ex vi* de seu Preâmbulo e artigos 1 e 17. Ele é subsidiário ou complementar porque as jurisdições nacionais têm a primazia para o exercício da persecução criminal, operando a jurisdição do Tribunal Penal Internacional como um soldado de reserva em face das seguintes circunstâncias: i) o Estado territorialmente competente não quiser ou não puder exercer a persecução penal, ii) tenha aberto investigação preliminar e decidido pelo arquivamento da causa, desde que reste comprovado o desinteresse ou impossibilidade de exercer a persecução nos termos dos princípios internacionais que estabelecem um processo equitativo, iii) desde que não haja violação à proibição de *ne bis in idem* contida no artigo 20, §3º, o que se daria na hipótese de já ter ocorrido julgamento pelo Estado competente, seja qual tenha sido o resultado, nos termos do artigo 14, 7 do PIDCP, iv) não restar comprovada a gravidade do comportamento a ponto de ensejar a intervenção da jurisdição do TPI , e v) não

⁴⁵⁸ Há que se diferenciar os diversos julgamentos havidos. Aquilo que se convencionou denominar de Julgamento de Nuremberg, fez-se, conforme dito, com fundamento no Estatuto de Nuremberg e visou os principais líderes do regime nazista, incluindo o Partido, que foi proscrito como modelo de organização criminal. Este julgamento é referido como “Jubiley”. Os Julgamento de Guerra de Nuremberg, por seu turno, foram efetuados pelas forças de ocupação com fundamento na Control Council Law n. 10. Conforme Werle, “O fundamento jurídico comum para os julgamentos nas zonas ocupadas, a Lei nº 10 para a Punição das Pessoas Culpadas de Crimes de Guerra, Crimes Contra a Paz e Crimes Contra a Humanidade (CCL Nº 10), foi promulgada [*issued*] pelo Conselho do Controle Aliado em 20 de dezembro de 1945... Com essa norma, o Conselho do Controle Aliado acata e aperfeiçoa o modelo do julgamento por crimes de guerra de Nuremberg. A norma pretendeu assegurar que os julgamentos posteriores nas quatro zonas ocupadas estivessem [*would rest*] sob uma base legal uniforme [...] os doze denominados julgamentos de Nuremberg [foram] realizados por tribunais militares dos EUA até meados de 1949 [...] Cada um desses doze julgamentos se concentraram em um grupo específico de acusados; muitos [deles] foram altos representantes das profissões médicas, jurídicas, militares, da economia e a indústria, bem como oficiais do alto-comando do Estado e do Partido Nazista”. WERLE, Gerhardt. Principles of International Criminal Law, Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, p. 12-14.

⁴⁵⁹ BAZELAIRE, Paul, CRETIN, Thierry (2004). A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia, trd. Luciana Pinto Venâncio, Barueri: Manole, 2004, p. 95-96.

tenha ocorrido, nos termos do 17, 2, c, simulacro de julgamento, isto é, o “[...] processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter sido ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça”.

Outra forma de implementação é a indireta (*indirect enforcement*), assim denominada porque é caracterizada pelo exercício da persecução penal dos crimes internacionais próprios e impróprios pelos Estados em regime de cooperação internacional em matéria penal. Conforme Bassiouni, a implementação indireta tem dois aspectos importantes, sendo o que

[...] primeiro aspecto é a assunção pelos Estados de incorporarem em seus ordenamentos jurídicos as obrigações decorrentes do [Direito Penal Internacional]. Este processo de internalização (*domestication*) do [Direito Penal Internacional] destina-se, em parte, a que as obrigações decorrentes dos tratados sejam reguladas segundo o direito nacional. Assim, a internalização do [Direito Penal Internacional] torna-o aplicável pelo sistema normativo nacional em conformidade com as suas exigências. O segundo aspecto deriva do primeiro, e consiste [em] que os Estados exerçam seus procedimentos legais não somente para executar as suas obrigações em nível interno (*obligations domestically*), mas também para cumprir suas obrigações de cooperar internacionalmente. A expressão “cooperação interestatal em matéria penal” aplica-se às modalidades invocadas pelos Estados em suas relações bilaterais para dar eficácia às suas respectivas normas penais⁴⁶⁰.

Esse regime tem como princípio fundamental (*cornerstone*) a máxima processar ou extraditar (*aut dedere aut judicare*). Por esta máxima, os Estados têm obrigações alternativas no tocante à prevenção/repressão dos crimes internacionais. No plano preventivo, geralmente em decorrência da existência de mandados de criminalização do comportamento, os Estados devem tipificar o comportamento, bem como exercer a persecução penal dos autores de crimes internacionais, quer eles tenham sido praticados em seus territórios ou fora dele. De outro lado, caso não queiram ou não possam exercê-la, extraditar o acusado para o Estado que se julgar competente para fazê-lo ou entregá-lo para um tribunal penal internacional. Com isso, resta prevenido a ocorrência de impunidade fática⁴⁶¹.

3 A CONVENÇÃO DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO GENOCÍDIO

⁴⁶⁰ BASSIOUNI, Introduction to International Criminal Law, p. 87.

⁴⁶¹ AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o Direito Penal Internacional, Revista Brasileira de Ciências Criminais a. 12, v. 49, São Paulo: RT, 2004, p. 48-88.

A Convenção de Prevenção e Repressão ao Genocídio é o primeiro tratado internacional do sistema onusiano de Direitos Humanos⁴⁶².

Se a Carta das Nações Unidas dá gênese ao sistema ao prever como um de seus objetivos primordiais a proteção dos Direitos Humanos em favor de todas as pessoas (princípio da universalidade), a Convenção e a Declaração Universal dos Direitos Humanos dão origem ao contínuo desenvolvimento da internacionalização dos Direitos Humanos em nível global⁴⁶³, sendo a primeira de natureza convencional, e a segunda originalmente uma resolução – soft law –, muito embora, desde a década de 1960, tenha adquirido progressivamente natureza consuetudinária – hard law –⁴⁶⁴.

Esse ponto é bastante importante, haja vista que antes da aprovação da Convenção não existia jurídico-internacionalmente o crime de genocídio. Com efeito, nos Julgamentos de Nuremberg e Tóquio, os Estatutos dos Tribunais Militares não previram o tipo genocídio, mas somente os crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade⁴⁶⁵.

Isso decorreu do fato de os Aliados não terem acolhido a proposta que Raphäel Lenkim apresentou em seu seminal *Axis rule in occupied Europe* de 1944, o qual, no famoso capítulo IX denominou como genocídio aquilo que ele identificou como uma prática inovadora no domínio territorial germânico em relação particularmente aos judeus, mas também a outros grupos étnicos, raciais, linguísticos e religiosos, todos vitimados pelo projeto de os destruir política, econômica, cultural, biológica, física, religiosa e moralmente. Em suas palavras,

Novas concepções requerem novos termos. Por “genocídio” nós entendemos a destruição de uma nação ou de um grupo étnico. Esta nova palavra, cunhada pelo autor para denotar uma prática antiga em seu moderno desenvolvimento, é composta pelo termo grego antigo *genos* (raça, tribo) e pelo latim *cide* (homicídio), e que em sua formação corresponde a outras palavras como tiranicídio, homicídio, infanticídio etc. Em termos gerais, o genocídio não significa necessariamente a destruição imediata de uma nação, exceto quando seguida pelo assassinato em massa de todos os seus membros. Com ele se identifica um plano coordenado de diversas ações que têm por objetivo a destruição dos fundamentos essenciais de vida de grupos nacionais, com finalidade primordial de aniquilá-los... O genocídio é

⁴⁶² Para esclarecer qualquer dúvida, consultar a United Nations Treaty Collection, na seção Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, subseção Chapter IV: Human Rights. Disponível em https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&clang=_en. Acessado em 20.jun.2023.

⁴⁶³ A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, antecedeu em poucos meses a Declaração Universal. Importa frisar a distinção: aquela inaugura os sistemas regionais de proteção ao Direitos Humanos, a Declaração e Convenção de Genocídio, o universal.

⁴⁶⁴ HANNUM, Hurst (1996). The status of the Universal Declaration of Human Rights in national and International Law. Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 25, n. 1, 1996, p. 287-397.

⁴⁶⁵ DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro: problemas decorrentes da interconexão entre Direito Penal Internacional e Direito Penal. Porto Alegre: Editora, Fi, p. 163-164.

cometido diretamente contra o grupo nacional como uma unidade (entity) com as ações praticadas diretamente contra indivíduos, e não em sua existência individual (individual capacity), mas como membros do grupo nacional⁴⁶⁶.

Lenkim, nesse sentido, parece concordar com a afirmação de Jean-Paul Sartre, para quem é “[...] fato que o genocídio é tão antigo como a humanidade”⁴⁶⁷, distendendo, no entanto, sobre a resposta que se deveria dar em relação à amplitude do genocídio perpetrado pelos alemães em face a diversos grupos étnicos, raciais, religiosos, políticos etc, sendo uma delas a necessidade de se incriminar o genocídio *qua* genocídio por meio de um Tratado Internacional específico, tornando-o um *delicta juris gentium*⁴⁶⁸.

Como indicado por Phillippe Sands, desde o momento em que os Aliados se comprometeram a levar a julgamento os autores dos crimes cometidos pelo Eixo, foram realizados diversos estudos nos EUA e no Reino Unido para a identificação dos crimes que lhes seriam imputados, devendo-se lembrar que os crimes contra a paz e dos crimes de guerra já conheciam formas de incriminação com o término da 1ª Guerra Mundial e a tentativa de levar a julgamento ao Kaiser Wilhelm II.

Nos EUA forjou-se, inicialmente, uma propensão pela incriminação na forma do genocídio; no Reino Unido na forma dos crimes contra a humanidade, em trabalho capitaneado por Hersch Lauterpacht, sendo que este último, quando concitado a se manifestar sobre a proposta norte-americana, rechaçou a tipificação *qua* genocídio por entender que o tipo penal carecia de densidade normativa suficiente (aquilo que mais à frente a ciência penal chamará de princípio da taxatividade), constituindo-se, pois, numa forma de “recessão” à proteção dos direitos humanos individuais. Lauterpacht já havia publicado uma resenha à obra de Lenkim, na qual ele rechaçou a ideia de incriminação, por ter clara que a principal função da lei seria a proteção de indivíduos, não de grupos⁴⁶⁹.

Em julho de 1945, a comissão norte-americana aportou em Londres para, junto às comissões inglesa, francesa e soviética, elaborarem o draft do Estatuto de Nuremberg que seria logo mais assinado em 8 de agosto, em cujo artigo 6 “[...] incluiu os crimes contra a humanidade – conforme a sugestão de Lauterpacht –, mas não o genocídio. Lenkim ficou

⁴⁶⁶ LEMKIN, Rapahel (1944). Axis rule in occupied Europe: Laws of occupation, analysis of government, proposal for redress. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 79. Livre tradução.

⁴⁶⁷ Apud SCHABAS, William. Genocide in International Law: the crime of the crimes, 2th edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 1.

⁴⁶⁸ LEMKIN, Axis rule in occupied Europe..., p. 94.

⁴⁶⁹ SANDS, Phillip. East West Street: on the origins of “genocide” and “crimes against humanity. New York: Alfred A. Knopf, 2016, p. 157-158.

amargamente desapontado e suspeitou que os ingleses desempenharam um papel tortuoso [nesse sentido]”⁴⁷⁰.

Interessante notar que o extermínio e assassinato em massa de pessoas foi punido como forma de crime contra a humanidade, *ex vi* do artigo 6 dos Estatutos de Nuremberg e Toquio, mas não, como se tem dito, *qua* genocídio.

Pode-se afirmar que a Lenkim, no contexto de Nuremberg, tenha tido aquilo que se pode denominar de uma vitória de Pirro, uma vez que a palavra genocídio foi empregada uma única vez por ocasião do indiciamento dos acusados perante o Tribunal Militar preparada pela equipe do Procurador Robert H. Jackson, nada obstante a conhecida objeção inglesa, no qual o conceito foi usado como modalidade de crime de guerra na forma de tratamento cruel e/ou homicídio de civis nos territórios ocupados, entendido como “genocídio intencional [deliberate] e sistemático”⁴⁷¹.

O genocídio aparece novamente em cena no contexto do Direito Internacional no início de 1947, quando o Secretário-geral das Nações Unidas, cumprindo o determinado na Resolução 96 (I) da Assembleia Geral no qual se declarara que ele se constituía em “*crime under International Law*”, razão pela qual competiria ao Conselho Econômico e Social elaborar um *draft* de Convenção Internacional com essa finalidade, sugerindo que o trabalho fosse realizado por comissão *ad hoc* da Divisão de Direitos Humanos. Essa última consultou a três especialistas para a elaboração do projeto de resolução – Lemkim, Henri Donnedieu de Vabres (que havia o juiz francês em Nuremberg) e Vespasian V. Pella (professor de Direito Penal de nacionalidade romena e presidente da Associação Internacional de Direito Penal).

O resultado foi um projeto de Convenção com 24 artigos em que, além de definir o genocídio como o comportamento caracterizado pela intenção de destruir um determinado grupo de pessoas, constituindo-se, por isso, em um crime contra o *jus gentium*, minudenciando o sujeito passivo pelas categorias de raça, nacionalidade, língua, religião e política, também previu a criação de um tribunal penal internacional de natureza permanente, acolhendo sugestão do Secretário-geral. Por fim, o *draft* tipificou o genocídio em três possibilidades distintas – eliminação física, biológica ou cultural -, contando a defesa enfática de Vabres e Pella em relação a este ponto por entenderem que o genocídio cultural representa uma clara extensão das outras formas, o que perfazia a necessidade de sua tipificação como forma de proteção das minorias⁴⁷².

⁴⁷⁰ SANDS, East West Street..., p. 255.

⁴⁷¹ SANDS, East West Street..., p. 258.

⁴⁷² SCHABAS, Genocide in International Law..., p. 59-61.

Esse projeto do Secretário-geral, que vinha acompanhado de comentários dos seus autores, foi submetido ao Conselho Econômico e Social na sessão de julho-agosto de 1947. Tendo os Estados-parte da ONU convocados para apresentarem seus comentários ao projeto, fizeram-no de forma bastante esparsa e, em muitos sentidos, contrária à proposta.

Por resolução da Assembleia-Geral, o Conselho Econômico e Social nomeou, no ano de 1948, uma Comissão *ad hoc* para trabalhar em uma nova proposta de resolução, colhendo as propostas e críticas dos Estados. A comissão, composta por representantes da China, França, Líbano, Polônia, União Soviética, Estados Unidos e Venezuela reuniu-se por volta de 20 ocasiões entre os meses de abril e maio de 1948, apresentando, ao final dos trabalhos, memorando conjunto indicando a existência de um sério dissenso não somente em relação ao *draft* do Secretário-geral, mas também entre eles, bem como a dificuldade em se diferenciar o genocídio dos crimes contra a humanidade. O dissenso abrangia desde o escopo protetivo do crime de genocídio – e.g., a exclusão da categoria grupo político pela União Soviética ou do genocídio cultural pela França e os EUA; por sua vez, a China defendia a manutenção do genocídio cultural, a jurisdição universal para a persecução do crime e o estabelecimento de uma Corte Internacional permanente; manifestou-se também dúvidas sobre a relação do genocídio com os crimes contra a humanidade.

Nas sessões presenciais do Comitê *ad hoc* ocorreu algo bastante interessante: o projeto do Secretário-geral não foi apreciado em momentos algum, mas somente as propostas apresentadas pelos EUA, pela União Soviética, denominada “Princípio básicas para a Convenção de Genocídio”, e pela China. Apesar de ter ocorrido algum acordo mínimo na formulação da proposta, o Comitê manifestou a dificuldade encontrada para compatibilizá-la com o Princípio de Nuremberg recém-aprovados pela Assembleia-geral, pelo que o projeto foi encaminhado para apreciação da Comissão de Direito Internacional⁴⁷³.

Os desacordos manifestados por ocasião do Comitê *ad hoc* persistiram até a ocorrência da 3ª Sessão da Assembleia-geral no Palais de Chaillot em Paris em dezembro de 1948, na qual, além da discussão acerca da proposta de convenção sobre o genocídio, também se fez – e aprovou a 10 de dezembro de 1948 – a Declaração Universal de Direitos Humanos⁴⁷⁴.

A 9 de dezembro, a Assembleia-geral discutiu a proposta de Convenção para a Repressão e Prevenção do Crimes de Genocídio preparada pelo Comitê *ad hoc* e aprovado por ocasião da Sexta Comissão do Conselho Econômico e Social entre setembro e dezembro

⁴⁷³ SCHABAS, Genocide in International Law..., p. 61-73.

⁴⁷⁴ SCHABAS, Genocide in International Law..., p. 77.

de 1948, composta por representantes da Australia, Bélgica, Brasil, China, Irã, Egito, Polonia, URSS, EUA, China, Reino Unido, dentre outros, redundando em sua aprovação por meio da Resolução 260 (III) pelo voto unânime dos Estados-partes⁴⁷⁵.

A estrutura da Convenção é conhecida, pelo que se adotará uma descrição sumária de seu conteúdo.

Artigo I - As partes - contratantes confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, o qual elas se comprometem a prevenir e a punir.

O artigo I declara o reconhecimento da sociedade internacional de que o crime de genocídio é um *crime under International Law*, vale dizer, um crime internacional próprio, pelo qual todos os Estados têm a obrigação objetiva de prevenção e repressão, tenha ele sido cometido em tempos de guerra ou de paz, conforme proposta de emenda apresentada pelo Reino Unido⁴⁷⁶.

Artigo II - Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como : assassinato de membros do grupo; dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; transferência forçada de menores do grupo para outro.

Já o artigo II – “the heart of the Convention”⁴⁷⁷ – define o que seja o genocídio, bem como todas as suas modalidades de realização. Textualmente, o genocídio consiste no cometimento

qualquer um dos seguintes atos cometidos com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: (a) Matar membros do grupo; (b) Causar sérios danos físicos ou mentais a membros do grupo; (c) Infligir deliberadamente ao grupo condições de vida calculadas para provocar sua destruição física, total ou parcial; (d) Impor medidas destinadas a prevenir nascimentos dentro do grupo; (e) Transferir crianças do grupo à força para outro grupo.

Trata-se, como se pode observar, de crime comissivo e doloso caracterizado pelo especial fim de agir de “destruir, no todo ou em parte”, a um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal, abrangendo, desta forma, o extermínio físico (homicídio) e/ou biológico nas modalidades das alíneas b a e. Claramente se observa que o genocídio pode ser praticado

⁴⁷⁵ SCHABAS, Genocide in International Law..., p. 79-80.

⁴⁷⁶ SCHABAS, Genocide in International Law..., p. 81.

⁴⁷⁷ SCHABAS, Genocide in International Law..., p. 81.

por diversas modalidades de crimes, não se circunscrevendo somente ao homicídio. Em síntese, é um crime de ação múltipla ou conteúdo variado.

Por emenda proposta pela URSS a expressão constante no *draft* “grupos políticos” foi substituída pela de “grupos étnicos”, tendo sido aprovada. Além disso, não foi acolhido, por sugestão do Sexto Comitê, da forma genocídio cultural em razão da dificuldade em se definir, com clareza e objetividade, a sua tipificação⁴⁷⁸.

Artigo III - Serão punidos os seguintes atos: o genocídio; o conluio para cometer o genocídio; a incitação direta e pública a cometer o genocídio; a tentativa de genocídio; a cumplicidade no genocídio.

O artigo III tipifica as formas de participação no cometimento do crime de genocídio, assim vazado: a) Genocídio; b) Conspiração para cometer genocídio; c) Incitação direta e pública para cometer genocídio; d) Tentativa de cometer genocídio; e) Cumplicidade no genocídio.

Em síntese são punidos o genocídio na sua forma consumada (a) ou tentada (d), a incitação pública e direta para o cometimento do genocídio (c) e, na forma da modalidade de concurso de agentes, a conspiração e a cumplicidade (b e e).

A conspiração é uma figura do direito penal anglo-saxão que não encontra perfeita adequação no Direito Penal de matriz romano-germânica, conforme apontado por Japiassu, significando “[...] um acordo de vontades para um plano preconcebido. Seria uma figura assemelhada à participação em hipóteses de concursos de pessoas, em que depende da existência de crime efetivamente praticado para se configurar”⁴⁷⁹.

Já a cumplicidade identifica a figura da participação, entendida como toda ação de cooperação no planejamento e execução do crime⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ SCHABAS, Genocide in International Law..., p. 82.

⁴⁷⁹ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 53-54.

⁴⁸⁰ AMBOS, Kai (2005). La parte general del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática. Tradução de Ezequiel Malarino, Montvideo: Fundación Konrad-Adenauer/Temis, 2005, p. 123.

O artigo IV da Convenção afasta a *defence*⁴⁸¹ da condição de oficial superior – governantes, servidores civis e/ou militares e particulares -, afastando-se, com isso, a alegação de que tais condições político-jurídicas imunizariam esses indivíduos da responsabilidade penal pelo cometimento do genocídio em todas as suas formas. Além disso, por definir a responsabilidade do oficial superior como regra é que Reino Unido e França sustentaram a necessidade de criação de um Tribunal Penal Internacional como “a função essencial da convenção de genocídio”⁴⁸².

No entanto, é importante lembrar que o primeiro Chefe de Estado condenado pelo cometimento de crimes internacionais próprio foi o Charles Taylor, da Libéria. Com efeito, o Tribunal Especial para Serra Leoa⁴⁸³, tendo sido constituído para apurar a responsabilidade dos graves crimes internacionais que ocorreram durante a guerra civil em Serra Leoa desde 1996, indiciou o então Presidente da Libéria Charles Taylor por seu envolvimento nos

⁴⁸¹ Faz-se essa nota para entendimento do que se afirma nesse parágrafo: é “[...] importante frisar que os crimes internacionais – e o Direito Penal Internacional em geral – é fortemente influenciado pela *Common Law*, tanto no aspecto relativo à estrutura do crime, como na forma de sua conformação – mormente através da jurisprudência internacional – e interpretação jurisprudencial e doutrinária, já que ainda não se logrou a codificação do Direito Penal Internacional, sendo o ETPI o documento internacional que mais se assemelharia, em sua estrutura, a este projeto internacional. Conforme Kai Ambos, [a] *Common Law* anglo-americano [...] tem determinado decisivamente, quase de maneira exclusiva, a evolução da jurisprudência e das codificações de direito penal internacional [...] Por isso, para a inteligência do direito penal internacional e, especialmente do ETPI, é irrenunciável a compreensão de figuras e da terminologia jurídico-penal do *common law*. [...] No Direito Penal Internacional [...] o crime é subdividido em duas categorias distintas, responsabilidade e *defenses*. No tema relativo à responsabilidade se estrutura, por seu turno, nos seguintes tópicos: a) formas de intervenção criminal punível: 1. domínio por organização, na qual se aplica a teoria da *joint criminal enterprise* (empresa criminal conjunta); 2. responsabilidade de comando e omissão; 3. conspiração; 4. tentativa; 5. pertencimento a uma organização criminosa. b) tipo subjetivo ou pressupostos subjetivos: especial conhecimento ou intenção (denominado *mens rea* ou *mental element*); c) elemento objetivo, identificado com o tipo objetivo (denominado de *actus reus*). AMBOS, La parte general del Derecho Penal Internacional p. 89-101; 134-153. Livre tradução. Já no tema relativo às *defenses*, isto é, as hipóteses que excluem ou a ilicitude, ou a culpabilidade ou mesmo vícios e circunstância prejudiciais de caráter processual que impedem a atribuição da responsabilidade penal, a doutrina tem apontado o seu caráter assistemático, vale dizer, o seu tratamento não na forma de categorias teóricas, mas na de objeções compatíveis com o sistema do Direito Penal Internacional, de forma que, em sendo admitida a *defense*, o acusado não poderá ser punido pelo fato que se lhe atribui”. DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Dos crimes interacionais: o fato punível no Direito Penal Internacional. Uma análise a partir dos crimes contra a humanidade, in Estudos e interlocuções em Direito Internacional, Filosofia Política e literatura. São Carlos: De Castro, 2022, p. 76-94.

⁴⁸² SCHABAS, Genocide in International Law..., p. 83.

⁴⁸³ O Tribunal Especial para Serra Leoa, por intermédio do Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Residual Special Court of Sierra Leone, foi substituído pelo Tribunal Residual Especial para Serra Leoa, que deu prosseguimento nas funções jurisdicionais da corte primeva. RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Residual Special Court of Sierra Leone*, disponível em <http://www.rscsl.org/Documents/RSCSL%20Agreement%20and%20Statute.pdf>, acessado em 20.mai. 2015.

conflitos havidos naquele país, acusando-o da prática de crimes de guerra, sobrevindo, pois, a sua condenação à pena de 50 anos⁴⁸⁴, confirmado, depois, pela Câmara de Apelações⁴⁸⁵.

Artigo V - As Partes - contratantes assumem o compromisso de tomar, de acordo com as respectivas Constituições, as medias legislativas necessárias a assegurar a aplicação das disposições da presente Convenção e, sobretudo, a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III.

O artigo V regulamenta uma espécie indireta de mandado de criminalização do comportamento pelos Estados, na medida em que determina em que eles devem “[...] tomar, de acordo com as respectivas Constituições, as medias legislativas necessárias a assegurar a aplicação das disposições da presente Convenção e, sobretudo, a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III”.

Embora, como também já visto, os processos normogenéticos de criação de normas do Direito Penal no contexto internacional estejam marcados por uma política criminal “aleatória e incoerente”, daquelas 10 características comuns apresentadas, três são relevantes para a compreensão desse tópico: a) o reconhecimento expresso ou implícito de que a conduta proscrita constitui-se em um crime internacional; b) o reconhecimento implícito de que a natureza penal desse comportamento estabelece o dever de proibir, prevenir, exercer a persecução penal e punir os autores desses fatos, e c) a obrigação de tipificar internamente (*criminalization*) a conduta proscrita.

A primeira característica diz respeito ao conceito formal de crime internacional – próprios e impróprios -, isto é, todo comportamento humano a que uma norma internacional qualifica como ilícito de caráter penal⁴⁸⁶. A segunda característica alude à criação de obrigações internacionais que estabelecem elementos comuns para a prevenção geral e especial em nível nacional, mas também a cooperação internacional em matéria penal entre os Estados a partir da regra *aut dedere aut judicare*. Já a terceira característica atine à possibilidade de que a fonte internacional estabeleça um mandado internacional de criminalização de comportamento.

⁴⁸⁴ RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. Trial Chamber II. *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 30 May 2012, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/1285/SCSL-03-01-T-1285.pdf>, acessado em 20. Jun. 2013.

⁴⁸⁵ RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. Appeals Chamber. *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 26 September 2013, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1389/SCSL-03-01-A-1389.pdf>, acessado em 20.fev. 2014.

⁴⁸⁶ DE OLIVEIRA, Estudos sobre a jurisdição (penal) internacional..., p. 78.

Pois bem, há de se entender por mandado internacional de criminalização os dispositivos expressos (mandado de criminalização direto) ou implícitos (mandado de criminalização indireto) contidos em um tratado internacional e que criam para o Estado a obrigação internacional de exercer sua jurisdição prescritiva (*prescriptive jurisdiction*), de forma que o comportamento internacionalmente proibido seja tipificado no ordenamento jurídico nacional segundo os seus princípios constitucionais, caso seja atípico.

É importante destacar nesse tópico a diversidade conteudística de obrigações internacionais presentes nos inúmeros tratados internacionais em matéria penal no que atine à regulação das obrigações internacionais dos Estados, podendo, concretamente, haver ou não um mandado internacional de criminalização do comportamento.

São vários os tratados internacionais em matéria penal que contêm mandados internacionais de criminalização de comportamento, sejam eles expressos ou implícitos. Esta última modalidade pode ser identificada pelas diversas disposições contidas em preâmbulos ou em dispositivos normativos de tratados internacionais nos quais os Estados negociadores fazem constar cláusula de caráter programático, pela qual concitam aos Estados a legislarem internamente para, segundo os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, tipificar o crime.

O caso do genocídio é um exemplo claríssimo de mandado internacional de criminalização implícito, conforme se pode aferir o conteúdo do artigo 5º da Convenção.

Conforme afirma Schabas,

[O] Genocídio pode ser processado por tribunais internacionais ou nacionais. A preferência do direito internacional [em relação a esta] última pode ser visto na decisão dos redatores da Convenção ao estabelecer a obrigação de reprimir o genocídio sem, ao mesmo tempo, criar uma jurisdição internacional, embora tal possibilidade tenha sido certamente contemplada e, na verdade, esperada em algum momento no futuro. [...] [O] Artigo V da Convenção sobre Genocídio exige que os Estados implementem suas obrigações no direito interno, especificamente, exercendo o julgamento e [a] punição dos responsáveis pelo crime. [...] De acordo com o Artigo V [...]. A necessidade de tal disposição tinha sido prevista por Raphael Lemkin no *Axis Rule in Occupied Europe*. "Um tratado internacional multilateral deve prever a introdução, não só na Constituição, mas também no código penal de cada país, de disposições que protejam os grupos minoritários da opressão por causa de sua nacionalidade, religião ou raça", escreveu Lemkin. "Cada código penal deve ter disposições [para impor] sanções para práticas genocidas"⁴⁸⁷ (Destaque no original).

Assim, embora Raphael Lemkin tenha defendido a constitucionalização e a internalização em normas penais da proibição do crime de genocídio, o que havia sido,

⁴⁸⁷ SCHABAS, Genocide in International Law..., p. 400-401.

inclusive, acatado pelos redatores do primeiro anteprojeto⁴⁸⁸, referida obrigação internacional, quando posta em discussão entre os Estados, foi rechaçada pelos EUA sob a alegação de que, devido a seu sistema federativo, o mandado de criminalização criaria dificuldades para ser cumprido, pelo que propôs uma regulação internacional de caráter mais dúctil. Já a URSS propôs que a redação explicitasse de forma pormenorizada as formas de cumprimento da obrigação pactuada⁴⁸⁹. Ao final das rodadas de discussão e negociação, a proposta estadunidense prevaleceu, pois, conforme Schabas, a necessidade de um mandado internacional de criminalização expresso seria supérflua em razão das especificidades do crime de genocídio, bastando a sua formalização de forma implícita, e que segundo o relator especial do projeto da convenção – Nicodème Ruhashyankiko, “[...] era compatível com a prática já estabelecida para convenções em matéria de Direito Penal”⁴⁹⁰.

A questão central, portanto, é a seguinte: seria possível exercer-se a persecução penal do crime de genocídio em nível interno sem que se procedesse à sua tipificação autônoma, em especial no tocante à definição do bem jurídico tutelado?

Este questionamento é importante porque, no contexto brasileiro, a discussão sobre a matéria opôs, em polos distintos, dois grandes penalistas ativos na década de 1960.

O texto, como se verifica, não determina expressamente a incriminação do comportamento *qua* genocídio, mas de prevenção e persecução criminal como forma de se impedir a impunidade fática dos autores do crime, podendo se dar, inclusive, por meio da tipificação interna do comportamento.

Artigo VI - As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes - contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição. Artigo VII - O genocídio e os outros atos enumerados no artigo III não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição. As Partes - contratantes se comprometem, em tal caso, a conceder a extradição de acordo com sua legislação e com os tratados em vigor.

Já o artigo VI estabelece o princípio *aut dedere aut judicare* na forma da obrigação internacional alternativa que se impõe aos Estados: julgar ou entregar e/ou extraditar os

⁴⁸⁸ O artigo VI do anteprojeto tinha o seguinte conteúdo: “The High Contracting Parties shall make provision in their municipal law for acts of genocide as defined by Articles I, II, and III, above, and for their effective punishment”. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide - the Secretariat and Ad Hoc Committee Drafts. Secretariat Draft First Draft of the Genocide Convention, Prepared by the UN Secretariat, [May] 1947 [UN Doc. E/447], disponível em <http://www.preventgenocide.org/law/convention/drafts/>, acessado em 20.jan. 2015.

⁴⁸⁹ SCHABAS, Genocide in International Law..., p. 401-402.

⁴⁹⁰ SCHABAS, Genocide in International Law..., p. 403.

autores para serem julgados por outros Estado que se declarem competentes para fazê-lo ou o Tribunal Penal Internacional. Por seu turno, o artigo VII proíbe que se atribua ao genocídio o estatuto de crime político, com o qual se vedaria a possibilidade da extradição.

Como já discorrido em linhas acima, pela regra *aut dedere aut judicare*, o Estado territorialmente competente tem o dever jurídico-internacional de exercer a persecução penal ou, não o querendo ou não o podendo, extraditar o acusado para o Estado que se declare competente.

Assim, subsidiariedade e concorrência, longe de serem conceitos que se excluem na forma de uma diáde ou/ou, se complementam na forma do e/ou da regra *aut dedere aut iudicare*. De fato, tanto uma como a outra excluem, de um lado, que os demais Estados intervenham em assuntos de jurisdição interna, e de outro afastam a possibilidade de “*che i giudici vindici fossero della sensibilità degli uomini*”, para ficar no tópico de Beccaria⁴⁹¹, constituindo-se em duas possibilidades de regulação nacional pelos Estados no tema em questão.

O Direito Penal Internacional, por ser o Direito Penal da sociedade internacional⁴⁹², exige, como condição de concretização de suas finalidades preventivas, a atuação dos Estados em regime cooperativo.

Como se tem dito de forma repetida ao longo desse trabalho, muito embora os fundamentos nos quais ele se assenta criem alternativas a possíveis omissões ou impossibilidades efetivas de levar a julgamento autores de crimes internacionais pelos Estados, mormente aqueles territorialmente competentes para o exercício da persecução penal, ele não é, ainda, um regime de implementação direta e automática que age apesar dos Estados. Em outros termos, o Direito Penal Internacional precisa se manifestar na sociedade internacional como um “[...] mécanique qui fonctionne en silence [...]”⁴⁹³, provocando o menor estrépito possível nas relações entre Estados, de forma que, aquilo que hoje é sentido como uma exceção, se torne uma regra, a saber: a redução da impunidade fática dos autores de crimes internacionais.

Artigo VIII - Qualquer Parte - contratante pode recorrer aos órgãos competentes das Nações Unidas, a fim de que estes tomem, de acordo com a Carta das Nações Unidas, as medidas que julguem necessárias para a prevenção e a repressão dos atos de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III.

⁴⁹¹ BECCARIA, Cesare. Opere, 2 v. V. I, Firenze: Sansoni, 1958, p. 95.

⁴⁹² BARBOZA, Julio. International Criminal Law, RCADI, vol. 287, 1999, p. 24-26.

⁴⁹³ WEIL, Prosper. Le Droit International em quête de son identité, RCADI, v. 237, 1992, p. 48.

Pelo artigo VIII qualquer Estado poderá provocar a ação das Nações Unidas para prevenir ou reprimir atos de genocídio que estejam ocorrendo, não abrangendo referida faculdade somente aos Estados-membro da ONU.

Artigo IX - As controvérsias entre as Partes - contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III, serão submetidos à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia.

Por fim, o artigo IX estabelece a jurisdição da Corte Internacional de Justiça para resolver qualquer dissenso entre os Estados-parte em relação à Convenção.

Sobre este último tópico, foram várias as causas levadas à Corte Internacional de Justiça com relação à Convenção, sendo o primeiro deles o já comentado **Parecer Consultivo sobre Reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio**, 1951 e os casos contenciosos já julgados pela Corte **Aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio** (Bósnia-Herzegovina v. Montenegro), de 2007 e **Aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio** (Croácia v. Sérvia), de 2015, encontrando-se atualmente pendente de julgamento os casos **Aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio** (Gâmbia v. Mianmar), de 2019, **Alegação da Prática de Genocídio conforme a Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio** (Ucrânia v. Federação Russa - e que conta com a intervenção de 32 Estados na condição de *amici curiae* desde que proposta em 2022 -), **Aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio na Faixa de Gaza** (África do Sul v. Israel) e **Acusação de Descumprimento de determinadas obrigações internacionais com relação ao Território Palestino ocupado** (Nicarágua v. Alemanha).

É importante considerar, nesse sentido, que a existência de tantas demandas perante a Corte Internacional de Justiça acerca da aplicação da Convenção se constitui numa comprovação da legítima e necessária preocupação internacional em relação ao efetivo cumprimento das obrigações internacionais relacionadas à prevenção e persecução criminal dos autores de genocídio.

4 A INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO PELA LEI 2889/56

A ratificação pelo Brasil da Convenção sobre Genocídio se deu através do Decreto 30.822, de 06 de maio de 1952, tendo sido tipificado no ordenamento nacional através da Lei 2.886, de 01 de outubro de 1956, cujo projeto de lei fora proposto pelo Deputado Federal Adroaldo Costa em 1951, logo após a aprovação congressual da convenção pelo Decreto Legislativo n. 02/49.

A Lei do Genocídio, conforme as lições de Fragoso, é extremamente defeituosa sob a perspectiva da técnica legislativa, já que opera a cominação sancionatória de forma mediata, isto é, “[...] reproduz, em seu art. 1º, as cinco hipóteses de ação delituosa prevista no art. 2º da convenção. Contudo, ao invés de cominar penas determinadas, remete às penas atribuídas aos tipos penais já previsto no Código Penal, como seja, as penas previstas nos arts. 121, §2º, 129, §2º, 270, 125 e 148 do CP”⁴⁹⁴.

Esse é o texto da Lei:

Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo; Será punido: Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a; Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b; Com as penas do art. 270, no caso da letra c; Com as penas do art. 125, no caso da letra d; Com as penas do art. 148, no caso da letra e; Art. 2º Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior: Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos. Art. 3º Incitar, direta e publicamente alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1º: Pena: Metade das penas ali cominadas. § 1º A pena pelo crime de incitação será a mesma de crime incitado, se este se consumar. § 2º A pena será aumentada de 1/3 (um terço), quando a incitação for cometida pela imprensa. Art. 4º A pena será agravada de 1/3 (um terço), no caso dos arts. 1º, 2º e 3º, quando cometido o crime por governante ou funcionário público.

Art. 5º Será punida com 2/3 (dois terços) das respectivas penas a tentativa dos crimes definidos nesta lei. Art. 6º Os crimes de que trata esta lei não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição.

Pois bem. Fragoso, além de criticar a forma mediata de cominação do preceito sancionador aos comportamentos tipificados como modalidades de consumação do

⁴⁹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Genocídio, Revista de Direito Penal n. 09/10, Rio de Janeiro/São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 30.

genocídio, também o faz com a possibilidade de tipificá-lo, no tangente ao bem jurídico tutelado, como espécie de crime contra a pessoa, na medida em que todas

[...] as ações que configuram o crime de genocídio não se dirigem, em primeira linha, contra a vida do indivíduo, mas sim contra grupos de pessoas, na sua totalidade. Como bem jurídico tutelado surge, portanto, a vida em comum dos grupos de homens, na comunidade dos povos, em primeiro plano. Como diz MAURACH, § 48, II A, o bem jurídico tutelado no crime de genocídio reside em ideais humanitários: o entendimento de que todos os povos e grupos de pessoas, não obstante suas diferenças, têm pretensão ao reconhecimento de sua dignidade humana e existência. Não se trata, pois, de considerar a humanidade como bem jurídico, mas, sim, de identificar valores particularmente dignos de proteção jurídica no respeito humano de pessoas que integram certos grupos que de outros se destacam apenas por sua nacionalidade, raça ou religião⁴⁹⁵.

A crítica formulada por Fragoso teve sua razão de ser não por conta da Lei 2.886, mas do anteprojeto de Código Penal formulado por Nelson Hungria, a quem fora incumbido dito mister em 1961⁴⁹⁶. Com a sua publicação em 1963, iniciou-se ampla discussão, tendo Fragoso sido nomeado pela Seccional da OAB do então Estado da Guanabara para formular parecer em nome da instituição, e depois, em diversas circunstâncias particularmente desafortunadas para o Direito Penal brasileiro, em especial o Golpe Militar de 1964 e a persecução criminosa e sangrenta de dissidências sob o apotegma da segurança nacional, circunstância em que ele foi um dos mais destacados advogados de presos políticos, como membro da Comissão de elaboração daquilo que viria a ser o Código Penal de 1969.

Nesse contexto, Fragoso aponta o equívoco presente no anteprojeto, que ao regular o crime de genocídio, fê-lo alocando-o como espécie de crimes contra a pessoa, pelo que ele asseverou, com muita propriedade, que a

[...] inclusão do genocídio entre os crimes contra a pessoa constitui, a nosso ver, um dos equívocos mais graves, e, também mais evidentes, do anteprojeto. Desde que a designação foi inventada, desde logo com grande sucesso, por LEMKIN, serviu para designar vários atos dirigidos intencionalmente à destruição de um grupo humano. Isso está dito no próprio art. 2º da convenção de 9 de dezembro de 1948: “Na presente convenção, entende-se por genocídio qualquer dos atos que a seguir serão determinados, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.”

O que caracteriza o genocídio, precisamente, é sua projeção no campo internacional e sua transcendência ao simples quadro do homicídio, como crime contra a pessoa. Nesse sentido é unânime a opinião dos autores.

Dentro de um Código penal, a única possível classificação desses crimes, seria num título especial, à semelhança do que faz o Código Iugoslavo, que os inclui sob a

⁴⁹⁵ FRAGOSO, Héleno Cláudio. Subsídios para a História do Novo Código Penal, Revista de Direito Penal n. 3, Rio de Janeiro: Borsoi, jul/set 1971, p. 31-32.

⁴⁹⁶ DOTTI, René Ariel. Os Caminhos da Reforma e o Direito a Constituir, Revista de Informação Legislativa, a. 15, n. 59 jul/set, Brasília, 1978, p. 7-12.

rúbrica *Ações puníveis contra a humanidade e o direito das gentes* (art. 124). O projeto alemão de 1960 seguiu também esse critério, classificando o genocídio num título especial: *Straftaten gegen die Volkergemeinschaft*.

Essa seria a única possível solução técnica. O genocídio já é, entre nós, punível por lei especial, com a qual o Brasil ratificou a convenção internacional. A natureza dessa espécie de fatos puníveis aconselha claramente que o código penal não se ocupe desses crimes. Pensamos que o artigo 128 do anteprojeto deve ser pura e simplesmente suprimido⁴⁹⁷.

Apesar de todas as críticas levantadas pela doutrina especializada ao referido anteprojeto, com o golpe civil-militar de 1964 iniciou-se, conforme indicado por Dotti, um açodamento e urgência incompatíveis com a elaboração de um Código Penal, pelo que, e apesar disso e de todos os défices técnicos do anteprojeto Hungria, foi promulgado através do Decreto-Lei 1.004, de 21 de outubro de 1969, editado pela Junta Militar que assomou ao poder logo após a morte do General Costa e Silva.

Este dado é importante porque, conforme se pode verificar do disposto no artigo 131 do Código Penal de 1969, o crime de genocídio, apesar de sua especificidade e das críticas irrespondíveis de Fragoso, foi tipificado como espécie de crime contra a pessoa, e não tivesse essa norma tido a sua entrada em vigor adiada de forma reiterada até a sua efetiva revogação pela Lei 6.578/78, teria o Brasil dado novamente um tratamento claramente incompatível em nível interno a referido delito como, de resto, ocorre com o Código Penal Militar, em que o genocídio está tipificado no capítulo dos crimes contra pessoa tanto nos crimes militares em tempo de paz como em tempo de guerra (artigos 208 e 401, respectivamente). Inclusive, na forma de crime militar em tempo de guerra, comina-se para o genocídio, alternativamente, ou a pena de reclusão de 30 anos ou a pena de morte, se em grau máximo (artigo 81, §2º c/c segunda parte do artigo 401), que no caso brasileiro se dá por meio do fuzilamento (artigo 56).

Os dispositivos normativos são os seguintes:

Art. 208. Matar membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou pertencente a determinada raça, com o fim de destruição total ou parcial desse grupo: Pena - reclusão, de quinze a trinta anos. Casos assimilados Parágrafo único. Será punido com reclusão, de quatro a quinze anos, quem, com o mesmo fim: I - inflige lesões graves a membros do grupo; II - submete o grupo a condições de existência, físicas ou morais, capazes de ocasionar a eliminação de todos os seus membros ou parte deles; III - força o grupo à sua dispersão; IV - impõe medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; V - efetua coativamente a transferência de crianças do grupo para outro grupo. Art. 401. Praticar, em zona militarmente ocupada, o crime previsto no art. 208: Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

⁴⁹⁷ FRAGOSO, Héleno Cláudio. A Reforma da Legislação III, disponível em http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002200643-a_reforma_legislacao_penal_3.pdf, acessado em 15.jan. 2021, 15 p.

Importante verificar que o inciso III do artigo 208, parágrafo única prevê expressamente a figura da limpeza étnica (*ethnic cleasing*) na forma da remoção forçada dos membros dos grupos tutelados como espécie de genocídio.

Outro exemplo de incriminação do genocídio no direito brasileiro é a previsão no 17 da Lei de Planejamento Familiar, que pune a instigação ou o induzimento da esterilização cirúrgica forçada contra membros de coletividades.

O texto normativo é o seguinte:

Art. 17. Induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica. Pena, reclusão, de um a dois anos. Parágrafo único. Se o crime for cometido contra a coletividade, caracteriza-se como genocídio, aplicando-se o disposto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Assim, e tomado uma posição clara pela tese de Fragoso, é bastante claro que o bem jurídico tutelado pelo genocídio não é a vida da pessoa humana, mesmo porque, conforme visto acima, se trata de um crime de ação múltipla ou variada – homicídio, lesão corporal, incitação ao crime, contra a autonomia parental e planejamento familiar etc -, pois a conduta é destinada, especificamente, à intenção de destruir, no todo ou em parte, os membros de um grupo enquanto tal. Não se tutela a pessoa, mas o grupo.

Para o então Min. Cezar Peluso do Supremo Tribunal Federal,

O objeto jurídico tutelado imediatamente pelo crime de genocídio há de ser [...] a existência do grupo nacional, étnico, racial ou religioso. A lesão à vida, à integridade física, à liberdade de locomoção etc, são apenas meios de ataque ao bem jurídico tutelado [...] que não se confunde com os bens primários também lesados por essas ações instrumentais⁴⁹⁸.

Não se constitui, pois, num crime contra a pessoa, mas contra a humanidade enquanto tal por violar a sua pluralidade existencial e cultural, em particular de minorias, e que por isso devem ser objeto de especial tutela penal. Assim, a internacionalização do Direito Penal implica na determinação do bem jurídico tutelado pela norma penal nacional.

Em se tratando de genocídio contra indígenas, dada a tutela constitucional derivada do artigo 231 c/c artigo 109 da Constituição Federal de 1988, a competência sempre será da Justiça Federal, e não da Estadual conforme precedente do Supremo Tribunal Federal:

COMPETÊNCIA - GENOCÍDIO - INDÍGENAS. A competência para julgar a ação penal em que imputada a figura do genocídio, praticado contra indígenas na disputa

⁴⁹⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 351487, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2006, DJ 10-11-2006.

de terras, e da Justiça Federal. Na norma definidora da competência desta para demanda em que envolvidos direitos indígenas, inclui-se a hipótese concernente ao direito maior, ou seja, a propria vida⁴⁹⁹.

Ademais, em consequência do fato de o bem jurídico tutelado não ser a vida, a competência penal não é do Tribunal do Juri, uma vez que no direito brasileiro ele a tem exclusiva para julgar os crimes dolosos contra a vida.

O Tribunal do Juri somente será competente se ocorrer, no caso concreto, o concurso formal ou material do genocídio com crime doloso contra a vida, devendo ficar evidenciado a ocorrência de desígnios autônomos entre os crimes perpetrados⁵⁰⁰.

Por fim, existem alguns casos importantes em que ocorreu a aplicação da Lei de genocídio no Brasil.

O primeiro foi o caso “Manoel Lucindo da Silva”, julgado pelo Tribunal do Juri da Comarca de Guajará-Mirim, Estado de Rondônia, envolvendo o genocídio perpetrado contra os Oro Win, um dos casos mais invisibilizados de genocídio indígena ocorrido no Brasil.

Conforme o relato apresentado pelo Instituto Sociambiental sobre os Oro Win, em particular sobre os fatos havidos, o

[...] último massacre contra os Oro Win foi em agosto de 1963, organizado pelo então seringalista Manoel Lucindo da Silva, que fora denunciado em 1978 e condenado em 1994 pelo Tribunal do Júri Popular a 15 anos de prisão pelo crime de genocídio. Entretanto, o Lucindo, por razão de sua idade avançada, cumpriu prisão domiciliar em sua residência. Nos autos do Processo Crime de nº 6.362/78, destaca-se dois depoimentos sobre o genocídio:

1) Maria Pi’ Nowa (Mixem Toc) Oro Win “relata que se encontrava no mato recolhendo milho quando escutou os tiros. Assustada retornou para a aldeia e quando lá chegou encontrou vários índios feridos e que, nessa ocasião, o Sr. Manoel apontou para ela uma arma. Logo o Sr. Manoel mandou que os índios feridos sentassem no chão. Quando ouviu vários tiros e soube então que haviam matado 04 crianças e 02 velhas. Após os tiros foi levada para o seringal do Sr. Manoel Lucindo, onde ficou alguns dias e porque apanhava muito fugiu. Que na maloca da sua tribo havia apenas uma casa grande e que foi queimada pelo Sr. Manoel. Relata que a sua mãe havia morrido em um tiroteio de seringalistas no rio Cautário há algum tempo. Disse também que teve conhecimento que o Sr. Manoel tomou a mulher de seu pai e manteve relação com ela até que ficou grávida e depois veio a falecer, não sabendo o motivo de sua morte. Que depois disso o Sr. Manoel chamou ela, Mixem Toc Oro Win, para morar com ele e que a depoente negou, dizendo que já tinha marido”.

2) Maria Piwan (Piunã) Oro Win “conta Piunã que se encontrava na tribo juntamente com seu pai, quando ouviram vários tiros. Correram para a mata e que tais fatos ocorreram cedo do dia. Quando ela e seu pai retornaram no final da tarde para a aldeia, encontraram crianças mortas, uma moça e mais três adultas. Que seu pai cavou um buraco e enterrou os 07 corpos. Após, ela e o pai fugiram”.

Calcula-se, a partir dos relatos dos sobreviventes, que, de um grupo de 52 indivíduos, foram mortos 31 Oro Win. A mãe de Pi’ Nowa e Piwan, chamada de

⁴⁹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 179485, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 06/12/1994, DJ 10-11-1995.

⁵⁰⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 351487.

Saji, era esposa de Ti'omi. Saji fora morta grávida, amarrada em uma árvore com o ventre aberto com facão, no massacre do rio Cautário. A segunda esposa de Ti'omi foi roubada pelo seringalista Manoel Lucindo, e posteriormente envenenada. Após o massacre de 1963, Ti'omi, único homem adulto sobrevivente, conduziu seu grupo pela mata, contudo, sem tempo para as roças e para construir as malocas, viviam perambulando, ora fugindo dos seringueiros, ora dos Uru-eu-wau-wau.

Conforme relato de Ti'omi, após o massacre terminaram presos pelo seringalista Manoel Lucindo e obrigados trabalhar em regime de escravidão no seringal São Luís. Além de trabalharem por comida, as mulheres eram constantemente violentadas pelo seringalista e por seus filhos. Nesse período, sofreram um intenso surto de gripe e sarampo, ocasionando mortes e deficientes. Por volta do início da década de 1980, a Funai levou os Oro Win que estavam no seringal São Luís para o Posto Indígena Rio Negro-Ocaia. Lá permaneceram até 1991, quando enfim o seringalista Manoel Lucindo foi expulso e os Oro Win puderam retornar para suas terras. Nessa ocasião foi criado o Posto Indígena São Luís⁵⁰¹.

Outro caso importante foi o assim chamado Massacre dos Índios Tikuna ou Massacre do Capacete, ocorrido no Estado do Amazonas.

Em 1988, a Funai informou a conclusão da demarcação da terra indígena, tendo ordenado a desintrusão da área. Os ocupantes se recusaram a sair e passaram a ameaçar a integridade física dos indígenas. Estes, em resposta, marcaram uma assembleia para 28 de março.

Nesse dia, no transcurso da reunião, 14 homens armados e com as faces cobertas, invadiram a área desferindo tiros com os indígenas reunidos, provocando a morte e o ferimento de 14 e 23 indígenas, respectivamente. Entre os mortos, cinco crianças.

O Massacre do Capacete fora perpetrado a mando de Oscar Castelo Branco, madeireiro que atuava na região. Inicialmente tratado como homicídio pelo Ministério Público Federal, foi reclassificado para genocídio.

Em âmbito recursal, o Tribunal Regional da 1ª Região assim julgou o tema:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE GENOCÍDIO. COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR. PROVA DA AUTORIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AGENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. APELAÇÃO: EFEITO EXTENSIVO. 1. O crime de genocídio, tipificado na Lei nº 2.889, de 1º/10/1956, não tem como bem jurídico tutelado a vida, considerada em si mesma, em ordem a atrair a competência do Tribunal do Júri (CF - art. 5º, inciso XXXVIII), e sim uma etnia, a vida de grupos humanos raciais, religiosos ou nacionais, configurando-se como um crime contra a humanidade, devendo ser julgado pelo juiz singular. Precedente do STJ (Recurso Especial nº 222.653 - RR - DJ 30/10/00). 2. "O genocídio é uma negação ao direito à existência de grupos humanos inteiros, enquanto que o homicídio é a negação do direito à vida de um indivíduo" (Assembléia Geral da ONU - 1946). 3. Tendo a sentença, concreta e objetivamente, demonstrado, pela análise da prova dos autos, a participação dos agentes no crime - morte e desaparecimento de indígenas e lesões corporais em membros da etnia -, é de confirmar-se a condenação, exceto quanto à pena privativa de liberdade aplicada, que, em se tratando de acusados primários e sem antecedentes, foi posta, sem a

⁵⁰¹ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Povos Indígenas no Brasil: Oro-Win. Disponível em https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Oro_Win, acessado em 20.Jan. 2022.

devida justificativa, em patamares muito superiores ao mínimo legal de 12 (doze) anos. 4. Não abonando a prova, por ilação lógica e objetiva, a afirmativa do julgado, de que um dos agentes contribuiria com o crime através do oferecimento de apoio logístico, propiciando aos acusados transporte (em barcos), combustível, armas e munições, é de dar-se pela absolvição (art. 386, VI - CPP). No concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos demais (art. 580 - CPP). 5. Provimento da apelação de um dos acusados, para fins de absolvição, e parcial provimento do recurso dos demais, para fins de redução de pena. Extensão do resultado aos acusados que não recorreram⁵⁰².

Um terceiro caso a ser citado ficou conhecido como “Massacre da Aldeia Haximú”, em que garimpeiros invadiram e mataram e ou lesionaram indígenas da etnia Yanomani na fronteira Brasil-Venezuela, Estado de Roraima.

Julgado por juiz federal singular da Seção Judiciária de Roraima, foi interposto Apelo Criminal ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, este se manifestou no seguinte arresto:

PENAL. PROCESSO PENAL. GENOCÍDIO E ASSOCIAÇÃO PARA O GENOCÍDIO. ARTS. 1º E 2º DA LEI 2.889/56. POVOS INDÍGENAS YANOMAMIS. ALDEIA HAXIMU. LOCALIZAÇÃO. APLICABILIDADE DA LEI BRASILEIRA. COMPETÊNCIA DO JUIZ FEDERAL SINGULAR. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. CRIME DE DANO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. LAVRA GARIMPEIRA E CONTRABANDO. QUADRILHA OU BANDO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. 1. A competência para processar e julgar acusados da prática do crime de genocídio contra etnia indígena, quando não houver denúncia também pela prática do crime de homicídio, é do juízo federal singular, e não do Tribunal do Júri Federal, porquanto o objeto jurídico tutelado nesse delito não é a vida em si mesma, mas, sim, a sobrevivência, no todo ou em parte, de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. 2. Independentemente de os fatos terem ocorrido em território brasileiro ou venezuelano, não está afastada a jurisdição da Justiça brasileira para julgar o crime de genocídio, consoante preceitua a letra d do inc. I do art. 7º do Código Penal, uma vez que os acusados são brasileiros e domiciliados no Brasil. Trata-se de caso especial de extraterritorialidade incondicionada pelo princípio da justiça universal. Há aplicação da lei brasileira ainda que o agente seja absolvido ou condenado no estrangeiro, segundo dispõe o § 1º do art. 72 do Código Penal. 3. Não sendo possível a realização do exame cadavérico, tendo em vista que os índios, não se afastando dos seus costumes, queimaram os corpos de seus entes, pilaram-nos, transformando-os em cinza, guardando-os em cabaças, a comprovação da morte se dá pelos depoimentos das testemunhas que viram os corpos estraçalhados à bala e a facão, o que supre o exame de corpo de delito, consoante disposto no art. 167 do Código de Processo Penal. 4. Prova testemunhal uniforme, precisa, categórica, constante dos autos, não deixa dúvidas da ocorrência dos fatos, bem como de que os acusados Pedro Erniliiano Garcia, vulgo Pedro Prancheta; Eliézio Monteiro Nero, vulgo Eliezer; Juvenal Silva, vulgo Curupuru; Francisco Alves Rodrigues, vulgo Chico Ceará; e João Pereira de Moraes, vulgo João Neto; foram os autores do crime de genocídio tipificado no art. 1º, letras a, b e c da Lei 2.889/56. 5. Inexistindo prova suficiente da participação dos acusados Wilson Alves dos Santos, vulgo Neguinho, e Waldinéia Silva Almeida, conhecida por Ouricada, deve ser mantida a sentença que os absolveu da prática de tais delitos. 6. Diante de exame pericial, nas duas malocas e três acampamentos (tapiris) utilizados pelos índios, na região de Haximu, o qual constatou que as cabanas e os tapiris foram destruídos pelo fogo e

⁵⁰² BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Criminal 0040339-02.2001.4.01.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TERCEIRA TURMA, DJ 10/12/2004 PAG 06.

por bala e que foram encontrados panelas com perfurações de projéteis de arma de fogo, cartuchos de arma de fogo deflagrados, cabelo humano, fragmentos de projéteis encravados em árvores e no cercado da maloca, caracterizado está o crime de dano, previsto no art. 163, incisos I, II, e IV, do Código Penal. 7. A prova testemunhal confirma que os acusados praticaram o genocídio e ocultaram os cadáveres dos índios mortos na chacina, enterrando-os para que não fossem descobertos, o que caracteriza o crime de ocultação de cadáver. 8. Inexistindo prova dos crimes de associação para o genocídio, de lavra garimpeira, de contrabando e de formação de quadrilha ou bando, deve ser mantida a sentença na parte em que absolveu os acusados da prática de tais delitos. 9. Fixação do regime inicialmente fechado para cumprimento da pena de reclusão. A vedação à progressão do regime de cumprimento da pena para os crimes hediondos é inconstitucional. Fere o inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal. Essa vedação é tão hedionda como o próprio crime. A inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 82.959-SP. 10. Não sendo conhecido o recurso de alguns dos acusados, estende-se a estes os efeitos benéficos da apelação conhecida, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal⁵⁰³.

Inconformados, recorreram via Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça e via Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Nesta última instância, o recurso foi relatado pelo Ministro César Peluso, o qual, tendo-o desacolhido, manifestou o julgamento na seguinte ementa:

EMENTAS: 1. CRIME. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidade executórias. Inteligência do art. 1º da Lei nº 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc. 2. CONCURSO DE CRIMES. Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. Submissão teórica ao art. 70, caput, segunda parte, do Código Penal. Condenação dos réus apenas pelo delito de genocídio. Recurso exclusivo da defesa. Impossibilidade de reformatio in peius. Não podem os réus, que cometaram, em concurso formal, na execução do delito de genocídio, doze homicídios, receber a pena destes além da pena daquele, no âmbito de recurso exclusivo da defesa. 3. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Conexão. Concurso formal entre genocídio e homicídios dolosos agravados. Feito da competência da Justiça Federal. Julgamento cometido, em tese, ao tribunal do júri. Inteligência do art. 5º, XXXVIII, da CF, e art. 78, I, cc. art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. Condenação exclusiva pelo delito de genocídio, no juízo federal monocrático. Recurso exclusivo da defesa. Improvimento. Compete ao tribunal do júri da Justiça Federal julgar os delitos de genocídio e de homicídio ou homicídios dolosos que constituíram modalidade de sua execução⁵⁰⁴.

⁵⁰³ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Criminal 0015050-09.1997.4.01.0000, JUIZ TOURINHO NETO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 11/09/2009 PAG 256.

⁵⁰⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 351487.

Fato importante relacionado a esse caso relaciona-se à circunstância de que todos os acusados, à exceção do líder da empreitada criminosa, lograram impunidade fática em razão de, embora condenados, não chegaram a cumprir a pena imposta. Exceção, como dito, foi o caso de Eliézio Monteiro Nerj, que foi preso pela Polícia Federal quase 30 anos após o Massacre da Aldeia Haximú no interior do Território Yanomani, onde exercia atividades ilícitas de extração mineral⁵⁰⁵ (Folha de São Paulo, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do que acima se discutiu, pode-se afirmar o que segue com relação ao crime objeto deste pequeno trabalho.

O genocídio é uma espécie de crime internacional próprio, do que decorre que sua incriminação é decorrente tanto de normas internacionais convencionais - Convenção de Prevenção e Repressão ao Genocídio, Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, Estatutos do Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia, Ruanda e Tribunal Penal Internacional, dentre outros -, como consuetudinárias, na medida em que Corte Internacional de Justiça no Parecer Consultivo sobre as Reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Genocídio, de 1951, reconheceu que o dever de prevenção e persecução criminal independe de o Estado ser parte da Convenção.

Com efeito, é bastante conhecida a passagem do aludido Parecer Consultivo em que a Corte inaugura, por assim dizer, o instituto das obrigações internacionais objetivas no contexto do Direito Internacional da Carta, posto evidenciar-se, a todo rigor, a ausência de sinalagma nas relações jurídicas gizadas como de natureza objetiva:

Os princípios nos quais ela se fundamenta são reconhecidos pelas nações civilizadas, como obrigatórios aos Estados, independentemente de serem normas de uma Convenção Internacional; ela foi concebida como uma convenção de alcance universal; sua finalidade é puramente humana e civilizadora; os contratantes não auferem nem vantagens, nem desvantagens individuais; nem interesses próprios, mas um interesse comum. De onde é permitido concluir-se que o objeto e a finalidade da Convenção implicam, tanto no que respeita à Assembleia Geral,

⁵⁰⁵ “Condenado por assassinato de yanomamis é preso quase 30 anos após crime. Massacre do Haximu deixou 12 indígenas mortos na serra da Parima, região de Roraima”. Folha de São Paulo, 05 de maio de 2022, disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2022/05/condenado-por-massacre-contra-yanomamis-e-preso.shtml>. Acessado em 05.Mai. 2022.

quanto aos Estados que a adotam, a intenção de reunir o maior número possível de participação⁵⁰⁶.

Logo, a prevenção e repressão do crime de genocídio constitui-se numa obrigação objetiva que o Estado tem para com a sociedade internacional, não encontrando-se presente algo como uma vantagem ou interesse a ser perseguido.

Materialmente, o tipo penal internacional tutela a um valor essencial da comunidade internacional, e por isso mesmo, segundo o Tribunal Penal Internacional para Ruanda no caso *Prosecutor vs. Kambanda*, constitui-se no crime de todos os crimes segundo o Direito Internacional⁵⁰⁷. Sobre esse tema em específico, ele será discutido em linhas à frente.

Na qualidade de crime internacional próprio, está submetido tanto ao regime da implementação direta como à indireta, devendo-se ter especial atenção à regra *aut dedere aut judicare*.

Nesse sentido, os Estados devem priorizar o julgamento dos acusados da prática de genocídio em todas as suas formas ou, se não puderem ou não quiserem exercer a persecução criminal, deverão extraditar para um Estado que o tenha requerido ou entregá-lo a um Tribunal Penal Internacional que tenha competência para fazê-lo e queira a entrega.

Assim, é inadmissível, por violação a um princípio estruturante do Direito Penal Internacional que não seja exercida a persecução criminal, ensejando a impunidade fática, que deve ser entendida da seguinte forma:

A lacuna é fática, e não jurídica, porque a maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos punem, com graus bastante variados de penas, a maioria dos crimes que constituem os crimes internacionais próprios, muito embora não os tenha tipificado especificamente nessa rubrica. O problema é fático-político, na medida em que estes crimes, sendo praticados segundo uma decisão política de Estado, não são ou não serão punidos por razões políticas, e não jurídicas, como ocorre, na maioria dos casos, com a promulgação das leis de anistia⁵⁰⁸.

Por fim, é bastante importante assentar-se que no caso do genocídio há, de fato, um mandado internacional de criminalização do comportamento na Convenção de 1948, bem como a especificidade de que se reveste o crime em razão do especial fim de agir que

⁵⁰⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Advisory Opinion of May 28 1951. Disponível em <http://www.icjci.org/docket/files/12/4283.pdf>. Acessado em 31.Jul.2007. Livre tradução.

⁵⁰⁷ “[...] genocide constitutes the crime of crimes [...].” UNITED NATIONS. International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. Case The Prosecutor v. Jean Kambanda (ICTR-97-23). Judgement and Sentence, 4 September 1998. Disponível em <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-97-23/MSC14050R0000529818.PDF>. Acessado em 31.Jan.2013.

⁵⁰⁸ AMBOS, Impunidade por violação dos direitos humanos e o Direito Penal Internacional..., p. 48.

qualifica como comportamento essencialmente doloso, isto é, a intenção de destruir, no todo ou em parte, os grupos tutelados pelo tipo penal.

Com efeito, o genocídio se constitui em espécie de crime comissivo e doloso (*mens rea*) caracterizado pelo especial fim de agir de “destruir, no todo ou em parte” (*dolus specialis*) a um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal, abrangendo, desta forma, o extermínio físico (homicídio) e/ou biológico. Claramente se observa que o genocídio pode ser praticado por diversas modalidades de comportamentos, não se circunscrevendo somente ao homicídio. Em síntese, é um crime de ação múltipla ou conteúdo variado, estritamente tipificado pelo especial fim de agir previsto pelo tipo incriminador (*genocidal intent*).

Isso se evidencia, por exemplo, pelo contido nos Elementos dos Crimes do Estatuto do Tribunal Penal Internacional em relação à necessidade de se provar a intensão genocida para a tipificação do artigo 6º do ETPI em todas as suas modalidades, mediante a previsão da seguinte cláusula comum: “Que o autor tenha agido com a intensão de destruir, total ou parcialmente, a esse grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal”. Como regra geral de interpretação, esse elemento é comprovado pela escala das atrocidades cometidas, a natureza lesiva desses comportamentos no contexto de uma região ou país e a seleção de indivíduos pertencentes a grupos protegidos pelo tipo penal em razão dessa pertença, com exclusão de membros de outros grupos.

Nesse sentido, o Brasil deu cumprimento à obrigação internacional de tipificação interna do genocídio tanto por meio da Lei 2.889/56, cuja técnica legislativa é bastante deficiente, como através do Código Penal Militar, em que se procedeu a distinção entre genocídio em tempos de paz e genocídio em tempos de guerra, este último com a possibilidade de condenação à pena de morte, como, por fim, pela Lei de Planejamento Familiar, em que se pune de forma autônoma a instigação pública do genocídio na forma da proibição de nascimentos no seio do grupo protegido.

Referências

- Povos Indígenas no Brasil: Oro Win”, Instituto Sociambiental (ISA), disponível em https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Oro_Win, acessado em 15.fev. 2021.
- Condenado por assassinato de yanomamis é preso quase 30 anos após crime”. Folha de São Paulo, disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2022/05/condenado-por-massacre-contra-yanomami-s-e-preso.shtml>, acessado em 5.maio.2022.
- AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o Direito Penal Internacional, Revista Brasileira de Ciências Criminais a. 12, v. 49, São Paulo: RT, 2004, p. 48-88.

- AMBOS, Kai. La parte general del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática. Tradução de Ezequiel Malarino, Montvideo: Fundación Konrad-Adenauer/Temis, 2005.
- AMBOS, Kai. A parte geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática, tradução de Carlos E. A. Japiassú e Daniel A. Raizman, São Paulo: RT, 2008.
- AMBOS, Kai. Treatise on International Criminal Law, vol II, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BANTEKAS, Ilias, NASH, Susan. International Criminal Law, 3th ed., London: Routledge Cavendish, 2007.
- BARBOZA, Julio. International Criminal Law, RCADI, vol. 287, 1999.
- BASSIOUNI, M. Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. Virginia Journal of International Law 42, n. 81, 2001.
- BASSIOUNI, M. Cherif. Crimes Against Humanity: hitorical evolution and contemporary application, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- BASSIOUNI, M. Cherif. Introduction to International Criminal Law, 2th edition, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- BAZELAIRE, Paul, CRETIN, Thierry. A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia, trd. Luciana Pinto Venâncio, Barueri: Manole, 2004.
- BECCARIA, Cesare. Opere, 2 v. V. I, Firenze: Sansoni, 1958
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 179485, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 06/12/1994, DJ 10-11-1995.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 351.487/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cesar Peluso, j. 03/08/2006, 609 p.
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 1^a REGIÃO. Apelação Criminal 0015050-09.1997.4.01.0000, JUIZ TOURINHO NETO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 11/09/2009, p. 256.
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 1^a REGIÃO. Apelação Criminal 0040339-02.2001.4.01.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TERCEIRA TURMA, DJ 10/12/2004, p. 06.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *The case of S. S. Lotus*, Série A, n. 10, de September 7th, 1927, disponível em http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf, acesso em: 30 jan. 2009.
- DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro: problemas decorrentes da interconexão entre Direito Penal Internacional e Direito Penal. Porto Alegre: Editora, Fi, 2016.
- DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Dos crimes interacionais: o fato punível no Direito Penal Internacional. Uma análise a partir dos crimes contra a humanidade, in Estudos e interlocuções em Direito Internacional, Filosofia Política e literatura. São Carlos: De Castro, 2022.
- DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Estudos sobre a jurisdição (penal) internacional: formas de implementação, expansão, fragmentação e actio popularis. Porto Velho: EDUFRO, 2020.

- DOTTI, René Ariel. Os Caminhos da Reforma e o Direito a Constituir, Revista de Informação Legislativa, a. 15, n. 59 jul/set, Brasília, 1978, p. 37-52.
- EUGENIO ZAFFARONI, Raul, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal: Parte Geral, 2 ed., São Paulo: RT, 1999.
- FRAGOSO, Héleno Cláudio. A Reforma da Legislação III, disponível em http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002200643-a_reforma_legislação_penal_3.pdf, acessado em 15.jan. 2021, 15 p.
- FRAGOSO, Héleno Cláudio. Genocídio, Revista de Direito Penal n. 09/10, Rio de Janeiro/São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- FRAGOSO, Héleno Cláudio. Subsídios para a História do Novo Código Penal, Revista de Direito Penal n. 3, Rio de Janeiro: Borsoi, jul/set 1971, p. 7-12.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. História do Direito Internacional: o Caso Lótus (1927). Revista do Mestrado em Direito da UCB, v. 3, nr. 2, 2009.
- HÄBERLE, Peter. O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional. Direito Público, 1(2), 2010. Recuperado de <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1395>, Acessado em 30.jan.2011.
- HANNUM, Hurst. The status of the Universal Declaration of Human Rights in national and International Law. Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 25, n. 1, pp. 287-397, 1996.
- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Povos Indígenas no Brasil: Oro-Win. Disponível em https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Oro_Win, acessado em 20.Jan. 2022.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Advisory Opinion of May 28 1951. Disponível em <http://www.iccij.org/docket/files/12/4283.pdf>. Acessado em 31.Jul.2007.
- JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. O Direito Penal Internacional. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020.
- JOSÉ BREMER, Juan. De Westfalia a post-Westfalia: hacia un nuevo orden internacional, Cuidad de México: Universidad Nacional Autonoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- LEMKIN, Raphael. Axis rule in occupied Europe: Laws of occupation, analysis of government, proposal for redress. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público, V 2 2 V, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANDS, Phillip. East West Street: on the origins of “genocide” and “crimes against humanity. New York: Alfred A. Knopf, 2016.
- SCHABAS, William. Genocide in International Law: the crime of the crimes, 2th edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- SILVA SANCHES, Jesus María. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales, 2^a ed. Madrid: Civitas, 2001.

STESSENS, Guy. Money laundering: a new international law enforcement model, 2th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 11 DEC 1946. Disponível em <http://www.un-documents.net/a1r95.htm>, acessado em 20.Fev.2012.

UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMISSION. Drafts articles on Responsibility of States for Internationally Wrogfull Acts, with commentaries 2001. Disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, acessado 20/10/2007.

UNITED NATIONS. International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. Case The Prosecutor v. Jean Kambanda (ICTR-97-23). Judgement and Sentence, 4 September 1998. Disponível em

<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-97-23/MSC14050R0000529818.PDF>. Acessado em 31.Jan.2013.

UNITED NATIONS. RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. Appeals Chamber. Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, 26 September 2013, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1389/SCSL-03-01-A-1389.pdf>, acessado em 20.fev. 2014.

UNITED NATIONS. RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. Trial Chamber II. Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, 30 May 2012, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/1285/SCSL-03-01-T-1285.pdf>, acessado em 20. Jun. 2013.

WEIL, Prosper. Le Droit International em quête de son identité, RCADI, v. 237, 1992.

WERLE, Gerhardt; Principles of International Criminal Law, Hague: T.M.C. Asser Press, 2009.

POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA: DESENCRIPTANDO O MODELO TRANSCENDENTE QUE OCULTA AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS SOCIAIS E DADOS RELACIONADOS AO CADÚNICO NO MUNICÍPIO DE MONTES CLAROS/MG

*HOMELESS POPULATION: DECRYPTING THE TRANSCENDENT MODEL
THAT HIDES PUBLIC POLICIES FOR THE GRANTING OF SOCIAL
BENEFITS AND DATA RELATED TO THE UNIFIED REGISTRY
(CADÚNICO) IN THE MUNICIPALITY OF MONTES CLAROS/MG.*

Sabrina Durães Veloso Neto⁵⁰⁹

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, realizar um resgate histórico do processo de urbanização no Brasil e analisar sua correlação com o déficit habitacional que o país enfrenta atualmente. A urbanização, ao longo das décadas, contribuiu para o crescimento desordenado das cidades, gerando problemas estruturais e acentuando as disparidades sociais, especialmente em relação à moradia. O estudo também busca investigar a realidade da população em situação de rua no município de Montes Claros, utilizando dados provenientes do Cadastro Único do Governo Federal. A análise visa identificar as características e as necessidades desse grupo populacional, além de fornecer subsídios para a formulação de diagnósticos mais precisos e para o desenvolvimento de políticas públicas mais eficazes voltadas à inclusão social dessa população vulnerável. Sob a ótica da teoria da encriptação do poder, o estudo propõe uma abordagem crítica sobre o modelo político vigente, que, segundo essa teoria, oculta as reais intenções e limita o acesso das populações marginalizadas aos benefícios sociais. A proposta é desvendar essas camadas ocultas e contribuir para a melhoria das políticas públicas direcionadas a essa população.

Palavra-chave: População em situação de rua. Teoria da Encriptação do Poder. Políticas Públicas.

ABSTRACT

This study aims, through bibliographical and documentary research, to provide a historical overview of the urbanization process in Brazil and analyze its correlation with the housing deficit the country currently faces. Over the decades, urbanization has contributed to the

⁵⁰⁹ Doutoranda em Direito pela PUCMG (2023/2027). Mestra em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Faculdade de Ciências Humanas - Universidade FUMEC (2016). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES - (2013). Advogada e Consultora Jurídica na área Direito Público e Privado. Experiência docente na área de Direito Público e de Direito Privado. Professora do curso de direito na Universidade Estadual de Montes Claros e nas Faculdades Prominas.

uncontrolled growth of cities, creating structural problems and accentuating social disparities, especially in relation to housing. The study also seeks to investigate the reality of the homeless population in the municipality of Montes Claros, using data from the Federal Government's Unified Registry (Cadastro Único). The analysis aims to identify the characteristics and needs of this population group, as well as provide support for the formulation of more accurate diagnoses and the development of more effective public policies aimed at the social inclusion of this vulnerable population. From the perspective of the theory of the encryption of power, the study proposes a critical approach to the current political model, which, according to this theory, conceals its true intentions and limits the access of marginalized populations to social benefits. The goal is to unveil these hidden layers and contribute to the improvement of public policies aimed at this population.

Keywords: Homeless population. Theory of Encryption of Power. Public Policies.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo apresentar informações sobre a população em situação de rua no município de Montes Claros, com base na análise dos dados fornecidos pelo Cadastro Único do Governo Federal, a fim de subsidiar o diagnóstico e as ações voltadas às políticas públicas direcionadas a esse grupo.

A Política Nacional para a População em Situação de Rua, vigente desde 2009, estabelece que a população em situação de rua é composta por um grupo heterogêneo, caracterizado pela pobreza extrema, vínculos familiares interrompidos ou fragilizados, e a falta de moradia convencional regular, sendo que essas pessoas utilizam espaços públicos e áreas degradadas como moradia e sustento, de forma temporária ou permanente, além de unidades de acolhimento para pernoite temporário ou moradia provisória⁵¹⁰. O estudo deste grupo visa compreender os processos que os conduzem à invisibilidade social, assim como as condições que os colocam em situação de rua.

Este artigo está estruturado em quatro partes. Na primeira, será abordada a relação entre o processo de urbanização brasileiro e o déficit habitacional, analisando como esses fatores contribuem para o surgimento da população em situação de rua. Na segunda parte, será

⁵¹⁰ BRASIL. **Lei nº11.977, de 07 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso 23 dezembro de 2024.

discutido o contexto político-econômico em que foram criadas as leis habitacionais do século XXI e os critérios de acesso à moradia, destacando a preterição da universalização dessas políticas devido ao simulacro político presente em sua criação e implementação.

A terceira parte apresenta uma análise dos dados da população em situação de rua no município de Montes Claros/MG, com base no Cadastro Único, a fim de compreender o crescimento dessa população na última década e realizar uma análise crítica sobre os reais objetivos implícitos na criação das políticas habitacionais.

Por fim, na última parte, será feita uma descriptuação do modelo transcendente que oculta as políticas públicas de concessão de benefícios sociais para a população em situação de rua.

2. DÉFICIT HABITACIONAL E O SURGIMENTO DA POPULAÇÃO INVISÍVEL

O processo de urbanização das cidades brasileiras teve um impacto direto nas questões habitacionais do país. É fundamental analisar as transformações do espaço urbano geradas pela urbanização para entender a dinâmica da ocupação socioespacial das cidades, o consequente déficit habitacional e o surgimento da população em situação de rua como resultado desses fenômenos.⁵¹¹

Com as mudanças nas formas de produção e o acúmulo do capital iniciado no século XVIII e consolidado no século XX há um inchaço das cidades brasileiras. O cenário histórico é a abolição da escravidão com a consequente chegada dos negros libertos nas cidades, o início do processo de urbanização e consolidação do processo de industrialização. Consequentemente, a infraestrutura urbana não acompanhou esse inchaço das cidades⁵¹².

A chegada excessiva de pessoas para as cidades por um lado foi caracterizada pela concentração de renda e por outro lado pela inexistência de políticas públicas urbanas e habitacionais que suprissem a demanda crescente por moradia.⁵¹³

A urbanização ocorreu sem que houvesse intervenção do poder público, vez que o seu desenvolvimento foi pautado pelos interesses da iniciativa privada. Houve aqui o fortalecimento da propriedade privada como forma de estimular a economia, criar empregos e

⁵¹¹ BERNARDES, Flávio; CLARK, Giovani; NETO, Sabrina Durães Veloso. **PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA E A SUA BASE MERCADOLÓGICA DE UMA POLÍTICA ECONÔMICA HABITACIONAL**. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza, 2023. Disponível <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/pxt3v6m5/a043f745/sx97V5ri9Z9C2CIR.pdf>. Acesso em 24 de novembro 2024.

⁵¹² Op. Cit.

⁵¹³ Op. Cit.

promover um simulacro de estabilidade social⁵¹⁴.

É sabido que o Brasil possui grandes problemas sociais, se destacando dentre eles a questão da moradia, que apesar de ser um direito fundamental positivado no texto constitucional não é acessível a todos.

Com o aumento das pessoas vivendo em moradias precárias ou até mesmo não possuindo uma e o elevado custo dos alugueis urbanos tem-se aqui a conjugação “perfeita” dos fatores que levam ao contínuo e crescente déficit habitacional e perpetuação da população em situação de rua⁵¹⁵. Assim, se tornou comum se deparar, diariamente, com pessoas em situação de rua, contudo, também se tornou comum a ausência de preocupação em saber o porquê dessa população permanecer e cresceu ao longo dos anos, sem que haja um diagnóstico e consequente solução para esse problema de responsabilidade social e coletiva.

Mas afinal quem é esse indivíduo em situação de rua? outrora era o mendigo, o vagabundo? E hoje quem é esse indivíduo?

Esse indivíduo continua sendo o morador do passado, vez que a sua realidade não mudou e muito menos melhorou, exceto que agora é possível quantificá-lo, já que o Cadastro Único tem sido utilizado como proxy que estima e acompanha a evolução e perfil dessa população no país.

Excluídos dos Censos Demográficos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE, as pessoas em situação de rua permaneceram oficialmente ocultadas nas estatísticas oficiais do país. É dizer, que o Estado, oficialmente, invisibiliza a existência dessas pessoas.

Até o último Censo Demográfico, essas pessoas não eram recenseadas havendo assim a perpetuação de sua invisibilidade. Apesar de serem detentores de todos os direitos fundamentais inerentes a qualquer cidadão, na prática não é isso que ocorre, já que o próprio Estado oculta formalmente esses indivíduos.

A estimativa divulgada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA⁵¹⁶ era de que a população em situação de rua perfazia, em 2022, 281,4 mil

⁵¹⁴ Op. Cit.

⁵¹⁵ BERNARDES, Flávio; CLARK, Giovani; NETO, Sabrina Durães Veloso. **PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA E A SUA BASE MERCADOLÓGICA DE UMA POLÍTICA ECONÔMICA HABITACIONAL**. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza, 2023. Disponível <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/pxt3v6m5/a043f745/sx97V5ri9Z9C2ClR.pdf>. Acesso em 24 de novembro 2024.

⁵¹⁶ **PROGRAMA POLOS DE CIDADANIA da UFMG**. Nota Técnica inédita elaborada pelo Programa Polos de Cidadania da UFMG sobre o CadÚnico em Belo Horizonte. Belo Horizonte: Polos de Cidadania da UFMG, 2021. Disponível em: <https://polos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2021/09/Nota-Tecnica-inedita-elaborada-pelo-Programa-Polos-de-Cidadania-da-UFMG-sobre-o-CadUnico-em-Belo-Horizonte.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2025.

pessoas. Houve o crescimento desse segmento de maneira significativa tendo como um dos impactos a pandemia Covid-19.

De acordo com o último levantamento realizado pelo Observatório Brasileiro de Políticas Públicas com a População em Situação de Rua (OBPopRua/POLOS-UFMG), em fevereiro de 2025, 332.180 pessoas em situação de rua encontram-se registradas no CadÚnico no Brasil. Contudo, há questionamentos sobre se esses números são fidedignos à realidade atual, uma vez que há indícios de que nem toda a população foi catalogada.

Apesar dos números expressivos, frise-se, que até então essa população não era contabilizada. A falta de contagem dessas pessoas tem efeito direito na elaboração e execução efetiva de políticas públicas, posto que é através das políticas públicas que o Estado pode atuar na garantia de acesso aos cidadãos aos seus direitos basilares, neles incluso o direito à moradia.

No âmbito internacional também há a “preocupação” em solucionar o aumento da população em situação de rua, tanto é que a terminologia “situação de rua” está inclusa na pauta da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, tema global que traz um conjunto de diretrizes a serem cumpridas pelos Estados para erradicar a situação de rua até o ano de 2030. Estão inclusos objetivos que fomentam o enfrentamento dos principais desafios sociais atuais.

Sobre o ponto de vista da fundamentalidade do direito à moradia é dever do Estado assegurar a todos o seu acesso, contudo, se analisarmos o crescente aumento da população em situação de rua percebe-se que há um simulacro sob o ponto de vista do acesso a seus direitos basilares garantidores do mínimo existencial.

A

Constituição assegura a universalização do direito à moradia, sem requisitos para seu acesso, garantindo a gratuidade e universalidade de vários serviços e bens sociais, contudo o liberalismo cria uma simulação intensa de democracia, posto ser uma permanente cifragem de acesso à política que institui qualificações rigorosas à subjetividade⁵¹⁷.

No modelo de democracia liberal a política e suas decisões são reservadas a uma pequena parcela de sujeitos que se apropriam de toda a linguagem e de todos os seus códigos de programação. As leis, como qualquer máquina de produção de sentidos da linguagem, já estão programada desde o início para responder ao mestre que a programou.⁵¹⁸

Partindo dessas reflexões, em seguida será feita uma análise das principais políticas públicas habitacionais do séc. XXI, a fim de verificar a presença ou

⁵¹⁷ SANÍN-RESTREPO, RICARDO. **Esclarecimentos fundamentais sobre a cifragem do poder e o povo oculto como categorias fundamentais de uma nova democracia.** 2018.

⁵¹⁸ *Op. Cit.*

ausência da encriptação do poder, por meio de um processo no qual certos indivíduos tomam decisões cujos impactos afetam de maneira devastadora os mais vulneráveis.

3. A POROSIDADE DA SOBERANIA ESTATAL NO BRASIL: A INFLUÊNCIA DO NEOLIBERALISMO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA DO SÉC. XXI

O direito à moradia antes de ser inserido no texto constitucional de 1988 já era reconhecido como um direito fundamental implícito, com base no artigo 23, IX, CRFB/88 que prevê a competência dos entes federativos para promover programas de construção de moradias, assim como a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.⁵¹⁹

Contudo, apenas, no ano 2000, com a aprovação da Emenda Constitucional nº26, o direito à moradia foi expressamente incluído no texto constitucional de 1988, que a contemplou como direito fundamental e social, *in verbis*: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, **a moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.⁵²⁰

Apesar de estar inserido em norma de natureza principiológica, o direito à moradia deve ser garantido na maior medida possível, contudo, a limitação e escassez orçamentária (reserva do possível) impede o seu alcance em grau máximo desejável⁵²¹.

No Brasil, a soberania do Estado é porosa, pois é influenciada por centros de poder vinculados à racionalidade neoliberal, que utilizam a legalidade (como a Lei 11.124/2005, que instituiu o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, o Decreto nº 7.053 de 23/12/2009, que estabeleceu a Política Nacional para a População em Situação de Rua, e a Lei 14.21/2024, que criou o Programa Minha Casa Minha Vida) para neutralizar esse grupo social.

Um dos principais obstáculos para a plena realização do direito à moradia são os interesses privados envolvidos no acesso a ela, o que impede a efetivação desse direito,

⁵¹⁹ BERNARDES, Flávio; CLARK, Giovani; NETO, Sabrina Durães Veloso. **PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA E A SUA BASE MERCADOLÓGICA DE UMA POLÍTICA ECONÔMICA HABITACIONAL**. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza, 2023. Disponível <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/pxt3v6m5/a043f745/sx97V5ri9Z9C2ClR.pdf>. Acesso em 24 de novembro 2024.

⁵²⁰ BERNARDES, Flávio; CLARK, Giovani; NETO, Sabrina Durães Veloso. **PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA E A SUA BASE MERCADOLÓGICA DE UMA POLÍTICA ECONÔMICA HABITACIONAL**. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza, 2023. Disponível <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/pxt3v6m5/a043f745/sx97V5ri9Z9C2ClR.pdf>. Acesso em 24 de novembro 2024.

⁵²¹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

que permanece violado ao longo dos anos. Apesar de ser um direito fundamental e social garantido pela Constituição, a atuação do Estado, por meio de políticas urbanas e habitacionais, foi por muito tempo inexistente e permanentemente insuficiente.

Depois das reformas neoliberais na última década do século XX, as discussões sobre políticas públicas voltadas para o desenvolvimento foram negligenciadas, dando prioridade aos interesses dos mercados internacionais e ao crescimento modernizador.⁵²²

A Emenda Constitucional nº 95/2016 foi expedida neste contexto, vez que estabelece limites para os investimentos públicos em políticas sociais vinculando-os aos valores orçamentários de 2017, que serão ajustados anualmente de acordo com os índices oficiais de inflação, com base em uma previsão de 20 anos.

A emenda é inconstitucional, pois, além de não restringir o pagamento da dívida pública, ela bloqueia institucionalmente a implementação dos princípios da Constituição de 1988 e os direitos nela previstos. Isso ocorre porque ela torna financeiramente inviáveis as políticas públicas voltadas ao desenvolvimento, à qualificação e expansão dos serviços públicos, ao apoio a segmentos sociais vulneráveis, ao fomento a alternativas de produção, ao emprego, entre outras áreas.⁵²³

Nesse cenário, indaga-se, portanto, se as previsões normativas de políticas públicas para a concessão de benefícios sociais são criadas para efetivamente assegurar o acesso universal aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição ou se tratam de um simulacro de democracia.

Agora passasse à uma breve análise das principais leis de política habitacional do séc. XXI para responder a indagação alhures.

A Lei nº 11.124/2005, institui o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social - SNHIS que tem como principal objetivo a implementação de políticas e programas de promoção do acesso à moradia a população de mais baixa renda.

Interessante frisar que o SNHIS foi criado a partir de um projeto de lei de iniciativa popular submetido ao Congresso Nacional em 1992, com mais de um milhão de assinaturas, arrecadadas com o apoio das Comunidades Eclesiais

⁵²² CLARK, Giovani; CÔRREA, Leonardo; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **O DIREITO ECONÔMICO, O PIONEIRISMO DE WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA E O DESAFIO EQUILIBRISTA: a luta histórica de uma disciplina entre padecer e resistir.** Revista Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n.73, p.301-324, jul./dez.2018. Disponível em <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1950>. Acesso 14/02/2025.

⁵²³ *Op. Cit.*

de Base, predominantemente vinculadas à Igreja Católica. Para o seu funcionamento é preciso a iniciativa do ente federado através da criação de Fundo de Habitação de Interesse Social e Conselho Gestor do Fundo de Habitação de Interesse Social, bem como a apresentação anual do plano de habilitação de interesse social e dos relatórios de Gestão do Fundo.

Dentro do desenho institucional do programa fica evidente que para a sua implementação e funcionamento se fazia necessária uma atuação ativa do ente federado que possui a faculdade de aderir ou não ao sistema.

Embora houvesse a expectativa de que o SNHIS, como política habitacional, resultasse em uma execução viável e eficiente, na prática isso não ocorreu, devido as disputas político-partidárias. O governo federal em busca de ampliação de coalizão foi "forçado" a abandonar a proposta de desenvolvimento urbano integrado o que levou ao progressivo enfraquecimento do SNHIS.⁵²⁴

Neste contexto, o governo federal privilegiou o Programa Minha Casa Minha Vida como a política habitacional a ser adotada, posto o seu viés econômico que ajudaria no aquecimento da economia frente as repercussões da crise financeira mundial.

Vigente desde de 2009 a Política Nacional para a População em Situação de Rua instituída pelo Decreto nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009, traz a definição desse grupo social como grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória⁵²⁵.

A Lei nº 14.821/2024, que institui a Política Nacional de Trabalho Digno e Cidadania para a População em Situação de Rua (PNTC PopRua), tem como objetivo expandir e consolidar os direitos e mecanismos de proteção, reconhecendo as necessidades específicas desse grupo e implementando iniciativas para sua reintegração social e econômica. Contudo, desde a sua

⁵²⁴ FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo; FERREIRA, Geniana Gazotto; CALMON, Paulo; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. **A Política habitacional no Brasil: uma análise das coalizões de defesa do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social versus o Programa Minha Casa, Minha Vida.** Disponível em <https://www.scielo.br/j/urbe/a/jmR7Y6NdPqRwZf3PgQsVNjN/>. Acesso 15 jan, 2025.

⁵²⁵ BRASIL. **Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009.** Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 04 janeiro 2025.

criação há um aumento significativo da população em situação de rua o que comprova a sua ineficiência decorrente de uma má execução.

Apesar dos progressos legislativos e das intenções expressas nas normativas, os dados mostram uma realidade que ainda está distante das metas estabelecidas. O crescimento constante da população em situação de evidencia as falhas na implementação e na eficácia das políticas públicas criadas para lidar com essa questão.

A situação da população em situação de rua não deve ser tratada de forma sensacionalista nem considerada como um cenário homogêneo. Assim como em outras questões sociais, esses indivíduos não podem ser vistos como um grupo único. Portanto, é essencial que sejam desenvolvidos projetos específicos para atender às necessidades de cada segmento dessa população.

Por sua vez, representando a ideia de criação de políticas públicas, em 2024 foi instituída a Lei 14.21/2024, que criou o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV). Contudo, sua criação possui um viés econômico encriptado.

O PMCMV, criado para universalizar o acesso à moradia, na prática, não foi implementado com esse objetivo, pois a moradia se tornou um bem de consumo no mercado. A política foi executada de forma focalizada, com critérios de contemplação que beneficiaram o setor privado, priorizando a produção de habitação voltada para o crescimento imobiliário e da construção civil eficaz.⁵²⁶

Embora as pessoas em situação de rua sejam formalmente destinatárias da política habitacional do PMCMV, elas não foram efetivamente contempladas. A moradia, tratada como uma política pública econômica, perdeu seu caráter fundamental e impediu a universalização do acesso. Embora o PMCMV tenha sido a principal estratégia para reduzir o déficit habitacional, seus resultados mostraram que foi insuficiente para resolver completamente o problema. O programa, apesar de reduzir timidamente o déficit habitacional, falhou em resolver questões como o custo da terra e a democratização do acesso à moradia. Seu foco econômico privilegiou interesses privados em detrimento das necessidades coletivas eficaz⁵²⁷

Nesse contexto, as políticas de concessões de benefícios sociais evidenciam que as leis são parte

⁵²⁶ BERNARDES, Flávio; CLARK, Giovani; NETO, Sabrina Durães Veloso. **PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA E A SUA BASE MERCADOLÓGICA DE UMA POLÍTICA ECONÔMICA HABITACIONAL**. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza, 2023. Disponível <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/pxt3v6m5/a043f745/sx97V5ri9Z9C2CIR.pdf>. Acesso em 24 de novembro 2024.

⁵²⁷ *Op. cit.*

funcional de um sistema extrativista e opressor. A lei que não for descriptografada sempre será uma arma letal nas mãos de qualquer sistema opressor.⁵²⁸

Pode-se dizer que o arranjo institucional dessas políticas de acesso à moradia é justificado pelo fortalecimento do sistema de encriptação que impede o seu alcance em grau máximo.

O crescente número de pessoas em situação de rua revela não apenas os desafios socioeconômicos estruturais das políticas públicas, mas também a urgência de revisão e fortalecimento dessas políticas direcionadas a esse grupo vulnerável da população.

Esse crescimento coloca em xeque a constitucionalidade dos direitos e garantias asseguradores da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do acesso à moradia, à saúde, dentre tantas outras previstas no texto constitucional.

Se analisarmos que esses sujeitos estavam oficialmente ocultados até a realização do último censo e que sempre foi detentor de direitos consagrados a todos no texto constitucional, bem como figura em quase todo tipo de espécie normativa, sendo inclusive destinatário de política pública, conclui-se que os seus direitos fundamentais são negligenciados pelo Estado.

A constitucionalidade é o mecanismo de encriptação mais avançado da colonialidade, uma expressão de poder e dominação que se sustenta na neutralização dos "diferentes", do povo invisível, e na destruição da política entendida como a linguagem comum entre os seres diversos⁵²⁹. Ou seja, as políticas públicas funcionam como uma forma de encriptação do poder, em que certos indivíduos tomam decisões cujos impactos afetam de maneira devastadora os mais vulneráveis.

4. POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA EM MONTES CLAROS NOS NÚMEROS DO CADÚNICO

O Cadastro Único – CadÚnico contém o registro de pessoas cadastradas em situação de rua, contudo os dados contabilizados se referem a dados de pessoas desse grupo que, de alguma maneira, efetivamente, acessaram a política de assistência social e foram, devidamente, cadastradas. No entanto, os dados contabilizados não abrangem necessariamente toda a população em situação de rua do país, vez que exclui as que não tiveram acesso a política de assistência social. Informações extraídas do Cadastro Único indicam que, em dezembro de 2022, havia 236.400 pessoas em situação de rua no Brasil

⁵²⁸ SANÍN-RESTREPO, RICARDO. *Esclarecimentos fundamentais sobre a cifragem do poder e o povo oculto como categorias fundamentais de uma nova democracia*. 2018.

⁵²⁹ SANÍN-RESTREPO, Ricardo. *Por qué no Habermas: del engaño liberal a la democracia radical*. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 12, n. 12, p. 264-284, 2012.

registradas nesse sistema, o que equivale a 1 a cada 1.000 habitantes do país vivendo nessa condição. Em termos de distribuição geográfica, 3.354 municípios brasileiros apresentaram pelo menos uma pessoa em situação de rua, o que representa 64% do total de cidades do país.

O que se tem percebido é um contínuo aumento do número de pessoas vivendo em situação de rua em todo o país. De acordo com dados do Observatório Brasileiro de Políticas Públicas com a População em Situação de Rua, da Universidade Federal de Minas Gerais, em fevereiro de 2025, havia 332.180 pessoas registradas no CadÚnico em situação de rua no Brasil, sendo:



Fonte: OBPoPRua/POLOS-UFMG

Ao colocarmos em análise os dados do CadÚnico no município de Montes Claros/MG, entre os anos de 2012 a 2025, é perceptível o aumento contínuo nos últimos anos, apesar de ter ocorrido uma variação no ano de 2021, quando excepcionalmente houve um decréscimo no número de pessoas registradas:

Município	Total Município por Ano	Perfil (Sexo)	Total Perfil (Sexo)	Proporção Perfil (Sexo)
Montes Claros	237	Masculino	201	84,81%
Montes Claros	237	Feminino	36	15,19%
Montes Claros	275	Masculino	231	84,00%
Montes Claros	275	Feminino	44	16,00%
Montes Claros	244	Masculino	211	86,48%
Montes Claros	244	Feminino	33	13,52%
Montes Claros	212	Masculino	184	86,79%
Montes Claros	212	Feminino	28	13,21%
Montes Claros	167	Masculino	144	86,23%
Montes Claros	167	Feminino	23	13,77%
Montes Claros	137	Masculino	118	86,13%
Montes Claros	137	Feminino	19	13,87%
Montes Claros	71	Masculino	54	76,06%
Montes Claros	71	Feminino	17	23,94%
Montes Claros	44	Masculino	32	72,73%
Montes Claros	44	Feminino	12	27,27%
Montes Claros	26	Masculino	18	69,23%
Montes Claros	26	Feminino	8	30,77%
Montes Claros	4	Masculino	2	50,00%
Montes Claros	4	Feminino	2	50,00%

Fonte: OBPopRua/POLOS-UFGM

Esses dados evidenciam que, nos últimos anos 10 anos, ocorreu um aumento de mais de 10.000% (dez mil por cento) da população em situação de rua no município de Montes Claros. Esse aumento alarmante reflete a realidade da região sudeste, que conta com o maior quantitativo de pessoas em situação de rua cadastradas no CadÚnico, concentrado 62% (sessenta e dois por cento) do total país.

Tabela 2 – Número de Pessoas em Situação de Rua (PSR) cadastradas no Cadastro Único em dezembro de 2022, por Unidade da Federação (UF).

UF	POPULAÇÃO TOTAL 2022	PSR NO CADASTRO ÚNICO 2022	% PSR NA POPULAÇÃO TOTAL	% DO TOTAL DE PSR DO PAÍS
Brasil	203.062.512	236.400	0,12	100
SP	44.420.459	95.195	0,21	40,3
MG	20.538.718	25.927	0,13	11,0
RJ	16.054.524	21.025	0,13	8,9
PR	11.443.208	13.384	0,12	5,7
BA	14.136.417	12.604	0,09	5,3
RS	10.880.506	10.877	0,10	4,6

Fonte: OBPopRua/POLOS-UFGM

Por óbvio, esses dados representam apenas uma parcela do problema, uma vez que se referem apenas às pessoas em situação de rua que, em algum momento, tiveram acesso aos benefícios socioassistenciais, revelando o número de indivíduos contemplados dentro dos limites da atuação estatal.

Nesse contexto, é importante ressaltar que, para ser incluído no CadÚnico, é necessário apresentar o Cadastro de Pessoa Física (CPF) ou a certidão de nascimento. Uma das principais necessidades das pessoas em situação de rua é o acesso a serviços de emissão de documentos, especialmente a segunda via de documentos pessoais como RG, CPF e certidões, uma vez que é comum que esses documentos sejam furtados, extraviados, perdidos ou danificados.

De acordo com os dados do Observatório Brasileiro de Políticas Públicas com a População em Situação de Rua, 23% (vinte e três por cento) dessa população cadastrada informaram ter registro de nascimento, mas não possuem o documento. Assim, há a dificuldade de traçar um perfil dessa população e, por conseguinte, as políticas públicas são construídas abaixo do padrão de eficiência a ser atingido.

Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal – ADPF 976 MC – Ref/DF:

“Além do desafio de se obter informações e de ter acesso documentos de identificação e registro, dado que estima-se que cerca de três milhões de brasileiros não possuem certidão de nascimento e em torno de 50 milhões não têm CPF, muitas

das políticas públicas destinadas a essa população não levam em conta essa vulnerabilidade para seu estabelecimento.”⁵³⁰

Dessa forma, levanta-se a questão de como exercer a cidadania sem ter acesso ao registro civil, o que resulta na invisibilidade diante de uma série de serviços essenciais de assistência social. Ademais, importante destacar que, o aumento da população em situação de rua pode ser atribuído ao fortalecimento do CadÚnico como principal ferramenta de registro dessa condição e de acesso às políticas públicas sociais, bem como à falta ou à inadequação das políticas públicas estruturantes direcionadas a essa população.

Se atribuído ao fortalecimento do cadastro único e demais sistemas de coleta de dados a sua manutenção, ampliação e estabilização gerará dados reais sobre esses indivíduos invisibilizados à margem ou à beira da vulnerabilidade o que poderá contribuir para a efetivação de direitos fundamentais na medida em que esses dados servirão de fontes para a implementação de políticas públicas de financiamento, as quais irão salvar e ressignificar a vida dessas pessoas. Assim, com o fortalecimento das investigações experimentais dos estudos da população em situação de rua será possível acompanhar e compreender os processos que a produzem e levam o crescente aumento de indivíduos à condição de invisibilidade.

A má gestão do CadÚnico viola não apenas os direitos das pessoas em situação de rua, mas principia a corrosão da linha extrema que separa a democracia dos regimes autoritários.⁵³¹

Por sua vez, se o aumento da população em situação de rua for atribuído à falta ou à inadequação das políticas públicas estruturantes direcionadas a essa população estaremos diante de um simulacro das políticas públicas de benefícios sociais que na verdade correspondem a estrutura econômico da política de morte e do deixar morrer.

Essa atribuição corresponde a escolha e adoção deliberada de uma Necropolítica, determinada pela lógica da Necroeconomia, na qual a política de fazer e deixar morrer é considerada economicamente mais viável financeiramente que a promoção e o fortalecimento de modos de (re)existir na cidade⁵³².

⁵³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770954718>. Acesso em: 13 fev. 2025.

⁵³¹ POLOS DE CIDADANIA da UFMG. *Nota Técnica inédita elaborada pelo Programa Polos de Cidadania da UFMG sobre o CadÚnico em Belo Horizonte*. Belo Horizonte: Polos de Cidadania da UFMG, 2021. Disponível em: <https://polos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2021/09/Nota-Tecnica-inedita-elaborada-pelo-Programa-Polos-de-Cidadania-da-UFMG-sobre-o-CadUnico-em-Belo-Horizonte.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2025

⁵³² PROGRAMA POLOS DE CIDADANIA da UFMG. *Nota Técnica inédita elaborada pelo Programa Polos de Cidadania da UFMG sobre o CadÚnico em Belo Horizonte*. Belo Horizonte: Polos de Cidadania da UFMG, 2021. Disponível em:

Nesse sentido, as políticas públicas habitacionais representam uma forma de encriptação do poder, configurando um espaço de "política de morte", pois envolvem a resolução de conflitos sociais que, inevitavelmente, resultam na perda de vidas. Assim, encriptar o poder reflete o uso legítimo da força por uma parte significativa dos poderes para governar.

5. DESENRIPTANDO O MODELO TRANSCENDENTE QUE OCULTA AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS SOCIAIS PARA A MORADIA

A política de concessão de benefícios sociais para acesso à moradia, por ser um simulacro, oculta a universalidade do acesso aos direitos e garantias constitucionais, privilegiando os interesses de uma minoria. Isso ocorre sob o discurso de um Estado Democrático de Direito, que supostamente assegura o acesso de todos aos direitos fundamentais, criando uma falsa realidade de inclusão por meio da implementação de políticas públicas de concessão de benefícios sociais. Neste contexto, a constitucionalidade atua como o meio mais eficaz de encriptação da colonialidade, uma expressão de poder concebida para neutralizar o sujeito invisível e destruir a política, entendida como a linguagem compartilhada entre os seres distintos.⁵³³

O processo constitucional de implementação das leis de planejamento orçamentário foi criado para refletir, no imaginário social, a ideia de promoção da democracia, com o objetivo principal de garantir a universalização do acesso aos direitos sociais. Na prática esse processo reflete o modelo transcendente utópico que na sua concretude em nada contempla a política de equidade⁵³⁴

A soberania do Estado no Brasil é influenciada por centros de poder neoliberais, que utilizam a legalidade (como leis e decretos sobre habitação e políticas para a população em situação de rua) para justificar a concessão de benefícios sociais com fins econômicos, ocultando, assim, a população em situação de rua enquanto sujeitos de direito.

No modelo de democracia liberal, a política e suas decisões ficam restritas a uma pequena elite que domina toda a linguagem e

<https://polos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2021/09/Nota-Técnica-inédita-elaborada-pelo-Programa-Polos-de-Cidadania-da-UFMG-sobre-o-CadÚnico-em-Belo-Horizonte.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2025.

⁵³³ SANÍN-RESTREPO, Ricardo. *Por qué no Habermas: del engaño liberal a la democracia radical*. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 12, n. 12, p. 264-284, 2012.

⁵³⁴ SANÍN-RESTREPO, RICARDO E MARINELLA MACHADO ARAUJO. 2020. “A Teoria da encriptação do poder: itinerário de uma ideia.” Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 23, n. 45, p. 1-17.

seus códigos de programação. As leis, assim como qualquer dispositivo de produção de sentido, são programadas desde o início para responder àqueles que as criaram.⁵³⁵

O crescimento da população em situação de rua, resultante da falta ou da inadequação das políticas públicas estruturais voltadas a esse grupo, reflete o simulacro das políticas públicas brasileiras, que, de forma implícita, se configuram como uma política de morte, caracterizada pela produção e abandono dos invisíveis.⁵³⁶

Sob

a ótica da Teoria da Encriptação as políticas públicas representam o processo no qual certos indivíduos tomam decisões cujos impactos afetam de forma devastadora os mais vulneráveis.

A encriptação do poder presente nas políticas públicas habitacionais representa um espaço de política de morte⁵³⁷, pois diz respeito à resolução de conflitos sociais necessariamente com a perda de vidas. Neste contexto, encriptar o poder é a face do uso legítimo da força que uma parte significativa dos poderes detém para governar.

O crescimento da população em situação de rua está atrelado com o aumento da vulnerabilidade dessas pessoas e, por conseguinte, a diminuição dos cuidados do Estado. O que se vê na prática é a promoção da encriptação do poder da política de deixar morrer. Em grande medida o sentido da morte aqui utilizado não está associado apenas a interrupção da vida.

Há uma simulação do discurso jurídico articulado nas organizações estatais, sob a pretensão de defesa dos direitos sociais, é preciso desencriptá-la para compreender a realidade subjacente. É preciso desencriptar o discurso jurídico para compreender até que ponto vai a conivência estatal em isentar-se das questões relativas à população em situação de rua. É preciso identificar se está ocorrendo uma atuação estatal positiva na perpetuação da marginalização desses indivíduos, na classificação desse grupo como povo oculto e, consequentemente, na manutenção da invisibilização de seus direitos.

Mesmo que, na prática, não exista um discurso estatal de negação explícita para que as demandas desse grupo não sejam atendidas, o que se extrai da postura conivente do Estado é uma atuação positiva de neutralização desse grupo.

⁵³⁵ SANÍN-RESTREPO, RICARDO. *Esclarecimentos fundamentais sobre a cifragem do poder e o povo oculto como categorias fundamentais de uma nova democracia*. 2018.

⁵³⁶ UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. *Programa Polos de Cidadania. Nota técnica inédita elaborada pelo Programa Polos de Cidadania da UFMG sobre o CadÚnico em Belo Horizonte*. Belo Horizonte: UFMG, 2021. Disponível em:

<https://polos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2021/09/Nota-Tecnica-inedita-elaborada-pelo-Programa-Polos-de-Cidadania-da-UFMG-sobre-o-CadUnico-em-Belo-Horizonte.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2025.

Por outro lado, é necessário analisar até que ponto os direitos de participação realmente atendem aos interesses dos povos – ou seja, dos seus principais destinatários – ou se são usados como um instrumento para fins hegemônicos e eurocêntricos, ou ainda, predominantemente institucionais, desvinculados da realidade do "povo" que se pretende ouvir dentro da estrutura da "democracia social".

Em conclusão, a política de concessão de benefícios sociais para acesso à moradia, como um simulacro, revela a profundidade das contradições dentro do sistema jurídico e político brasileiro. Sob o pretexto de garantir a universalidade do acesso aos direitos constitucionais, ela esconde uma realidade de exclusão e marginalização, favorecendo os interesses de uma minoria e perpetuando a invisibilidade da população em situação de rua.

O uso da constitucionalidade como instrumento de encriptação da colonialidade demonstra a manipulação do poder para manter o status quo e neutralizar aqueles que, na prática, deveriam ser os beneficiários das políticas públicas.

A implementação das leis de planejamento orçamentário, embora projetada para promover a democracia e garantir a equidade, muitas vezes resulta em um modelo de governança que ignora as necessidades reais da população vulnerável.

Ao observar a dinâmica entre o Estado e a população em situação de rua, percebesse que o discurso jurídico e as políticas públicas se tornam ferramentas de controle e marginalização, em vez de instrumentos de inclusão e proteção.

O desafio está em desencriptar esse discurso para entender até que ponto a conivência estatal contribui para a perpetuação da marginalização e invisibilização da população em situação de rua, transformando as políticas públicas em mecanismos que, longe de promoverem o bem-estar, contribuem para o fortalecimento da política de morte que exclui e nega os direitos fundamentais desses indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de urbanização nas cidades brasileiras, aliado à falta de políticas públicas habitacionais adequadas, tem contribuído significativamente para o aumento do déficit habitacional e da população em situação de rua.

Embora o direito à moradia seja garantido pela Constituição de 1988, sua efetivação encontra obstáculos devido às limitações orçamentárias, interesses privados e à

ausência de políticas públicas eficazes.

As falhas nas políticas habitacionais, como o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social e o Programa Minha Casa Minha Vida, e as restrições orçamentárias impostas pela Emenda Constitucional nº 95/2016, agravaram a situação, deixando a população em situação de rua cada vez mais marginalizada e invisibilizada.

O Cadastro Único (CadÚnico), apesar de ser uma ferramenta importante de monitoramento, não abrange toda a população em situação de rua, especialmente aqueles que não possuem documentos essenciais, dificultando a efetivação de políticas públicas adequadas. A crescente população em situação de rua é, em grande parte, resultado da inadequação das políticas públicas, que muitas vezes funcionam como uma "política de morte", negligenciando os direitos e a dignidade desses indivíduos.

As políticas habitacionais, em vez de promoverem a inclusão e a equidade, frequentemente servem como um simulacro que mascara a verdadeira exclusão social.

O uso da constitucionalidade e das leis como instrumentos de encriptação do poder contribui para a marginalização da população em situação de rua, desconsiderando suas necessidades reais e perpetuando a exclusão.

Para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, é necessário desencriptar o discurso jurídico e reconhecer a conivência estatal na perpetuação da marginalização dessa população. Em última análise, a implementação de políticas públicas habitacionais deve ser repensada para verdadeiramente atender às necessidades das populações vulneráveis, promovendo a inclusão e o respeito aos direitos humanos.

Somente uma visão decolonizada na atuação política tornará possível a desencriptação das políticas públicas e, por conseguinte a sua efetivação. É preciso repensar o modelo implementado, garantindo que as políticas voltadas para a população em situação de rua não sejam tratadas de forma sensacionalista nem como uma realidade uniforme. Assim como em outras questões sociais, esses indivíduos não devem ser vistos como um grupo homogêneo. Portanto, é essencial desenvolver projetos específicos que atendam às necessidades de cada segmento dessa população.

7. REFERÊNCIAS:

BRASIL. Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Brasília: Diário Oficial da União, 2005. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm. Acesso 10/01/2025.

BRASIL. Lei nº11.977, de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso 23 dezembro de 2024.

BRASIL. Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 04 janeiro 2025.

BRASIL. Lei nº14.620, de 13 de julho de 2023. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida, altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (Lei da Desapropriação), a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990 (Lei do FGTS), a Lei nº 8.677, de 13 de julho de 1993, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, a Lei nº 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, a Lei nº 14.063, de 23 de setembro de 2020, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a Lei nº 14.300, de 6 de janeiro de 2022, e a Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022, e revoga dispositivos da Lei nº 14.118, de 12 de janeiro de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Lei/L14620.htm. Acesso 23 dezembro de 2024.

BRASIL. Lei nº 14.821, de 16 de janeiro de 2024. Institui a Política Nacional de Trabalho Digno e Cidadania para a População em Situação de Rua (PNTC PopRúa). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/L14821.htm. Acesso 10/01/2025.

BERNARDES, Flávio; CLARK, Giovani; NETO, Sabrina Durães Veloso. **PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA E A SUA BASE MERCADOLÓGICA DE UMA POLÍTICA ECONÔMICA HABITACIONAL.** XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza, 2023. Disponível <https://site.conpedi.org.br/publicacoes/pxt3v6m5/a043f745/sx97V5ri9Z9C2ClR.pdf>. Acesso em 24 de novembro 2024.

CLARK, Giovani; CÔRREA, Leonardo; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **O DIREITO ECONÔMICO, O PIONEIRISMO DE WASHINGTON PELUSO ALBINO DE**

SOUZA E O DESAFIO EQUILIBRISTA: a luta histórica de uma disciplina entre padecer e resistir. Revista Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n.73, p.301-324, jul./dez.2018. Disponível em <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1950>. Acesso 14/02/2025.

FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo; FERREIRA, Geniana Gazotto; CALMON, Paulo; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. **A Política habitacional no Brasil: uma análise das coalizões de defesa do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social versus o Programa Minha Casa, Minha Vida.** Disponível em <https://www.scielo.br/j/urbe/a/jmR7Y6NdPqRwZf3PgQsVNjN/>. Acesso 15/01/2025.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Nota Técnica nº 103: Estimativa da população em situação de rua no Brasil (2012-2022).** Brasília: Ipea, 2023b. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11604/4/NT_103_Disoc_Estimativa_da_Populacao.pdf. Acesso 20/02/2025.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Plano de Ação e Monitoramento para Efetivação da Política Nacional para a População em Situação de Rua.** Disponível em www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/dezembro/governo-federal-lanca-201cplano-ruas-visiveis-pelo-direito-ao-futuro-da-populacao-em-situacao-de-rua201d-com-investimento-de-cerca-de-r-1-bilhao/copy2_of_V3_plano_acoes_populacao_de_rua1.pdf. Acesso 10/01/2025.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

PROGRAMA POLOS DE CIDADANIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Nota Técnica inédita elaborada pelo Programa Polos de Cidadania da UFMG sobre o CadÚnico em Belo-Horizonte.** Disponível em: <https://polos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2021/09/Nota-Tecnica-inedita-elaborada-pelo-Programa-Polos-de-Cidadania-da-UFMG-sobre-o-CadÚnico-em-Belo-Horizonte.pdf>. Acesso 07/01/2025.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Programa Polos de Cidadania. Nota técnica inédita elaborada pelo Programa Polos de Cidadania da UFMG sobre o CadÚnico em Belo Horizonte.** Belo Horizonte: UFMG, 2021. Disponível em: <https://polos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2021/09/Nota-Tecnica-inedita-elaborada-pelo-Programa-Polos-de-Cidadania-da-UFMG-sobre-o-CadÚnico-em-Belo-Horizonte.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2025.

SANÍN-RESTREPO, RICARDO E MARINELLA MACHADO ARAUJO. 2020. “**A Teoria da encriptação do poder: itinerário de uma ideia.**” Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 23, n. 45, p. 1-17.

SANÍN-RESTREPO, RICARDO. **Esclarecimentos fundamentais sobre a cifragem do poder e o povo oculto como categorias fundamentais de uma nova democracia.** 2018.

SANÍN-RESTREPO, Ricardo. **Por qué no Habermas: del engaño liberal a la democracia radical.** Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 12, n. 12, p. 264-284, 2012.

SAMBIASE, A. G. F., de OLIVEIRA, B. C., BASTOS, B. B., CURRALERO, C. R. B., *and et al* (2018). **Manual do Pesquisador: Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal.** Brasília.

SANTOS, Milton. **A Urbanização brasileira.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770954718>. Acesso em: 13 fev. 2025.