



ORGANIZADORES

ANA CAROLINA GONDIM DE A. OLIVEIRA  
EMÍLIO SANTORO  
MARIA LUÍZA P. DE ALENCAR MAYER FEITOSA

# TEORIAS DOS DIREITOS HUMANOS, DIREITO E SOCIEDADE

GENEALOGIA E PROSPECTIVAS  
DO PENSAMENTO JURÍDICO

Teorias dos direitos humanos, direito e sociedade:  
genealogia e perspectivas do pensamento jurídico



**UNIVERSIDADE  
FEDERAL DA PARAÍBA**

**Reitora** MARGARETH DE FÁTIMA FORMIGA MELO DINIZ  
**Vice-Reitora** BERNARDINA MARIA JUVENAL FREIRE DE OLIVEIRA

**Pró-Reitora PRPG** MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA



**EDITORA UFPB**

**Diretora** IZABEL FRANÇA DE LIMA  
**Supervisão de Administração** GEISA FABIANE FERREIRA CAVALCANTE  
**Supervisão de Editoração** ALMIR CORREIA DE VASCONCELLOS JÚNIOR  
**Supervisão de Produção** JOSÉ AUGUSTO DOS SANTOS FILHO

**CONSELHO EDITORIAL**

ADAILSON PEREIRA DE SOUZA (Ciências Agrárias)  
ELIANA VASCONCELOS DA SILVA ESVAEL (Linguística, Letras E Artes)  
FABIANA SENA DA SILVA (Interdisciplinar)  
GISELE ROCHA CÔRTEZ (Ciências Sociais Aplicadas)  
ILDA ANTONIETA SALATA TOSCANO (Ciências Exatas e da Terra)  
LUANA RODRIGUES DE ALMEIDA (Ciências da Saúde)  
MARIA DE LOURDES BARRETO GOMES (Engenharias)  
MARIA PATRÍCIA LOPES GOLDFARB (Ciências Humanas)  
MARIA REGINA VASCONCELOS BARBOSA (Ciências Biológicas)

ANA CAROLINA GONDIM DE A. OLIVEIRA  
EMÍLIO SANTORO  
MARIA LUÍZA P. DE ALENCAR MAYER FEITOSA  
(ORGANIZADORES)

TEORIAS DOS DIREITOS HUMANOS, DIREITO E  
SOCIEDADE: GENEALOGIA E PROSPECTIVAS DO  
PENSAMENTO JURÍDICO

João Pessoa  
Editora UFPB  
2019

Direitos autorais 2020 – Editora UFPB

Efetuada o Depósito Legal na Biblioteca Nacional,  
conforme a Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS À EDITORA UFPB**

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio

A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998)  
é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do autor

**Impresso no Brasil. Printed in Brazil**

Projeto Gráfico                      Editora UFPB

Editoração  
Eletrônica e Design  
da Capa

Imagens da Capa

---

T314 *Teorias dos direitos humanos, direito e sociedade: genealogia e perspectivas do pensamento jurídico / Ana Carolina Gondim de A. Oliveira, Emilio Santoro, Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa (organização) – João Pessoa: Editora UFPB, 2019. 399p. : il.*

ISBN: 978-85-237-1502-1

1 Direitos Humanos. 2. Teorias dos Direitos Humanos. I . Oliveira, Ana Carolina Gondim de A. II. Santoro, Emilio. III. Feitosa, Maria Luiza Alencar Mayer. IV. Título.

---

UFPB/BC

CDU 342.7

---

**EDITORA UFPB**

Cidade Universitária, Campus I, Prédio da editora Universitária, s/n  
João Pessoa – PB

CEP 58.051-970

<http://www.editora.ufpb.br>

E-mail: [editora@ufpb.br](mailto:editora@ufpb.br)

Fone: (83) 3216.7147

**Editora filiada à:**



Associação Brasileira  
das Editoras Universitárias

Livro aprovado para publicação através do Edital Nº 01/2019, financiado pelo Programa de Apoio a Produção Científica - Pró-Publicação de Livros da Pró-Reitoria de Pós-Graduação da Universidade Federal da Paraíba.

## SUMÁRIO

Prefácio .....9

### Título I

#### Violações de Direitos Humanos e Acesso à Justiça

**AS LINGUAGENS DO (IN)VISÍVEL: DO CURTA-METRAGEM PARAIBANO “CRUA” AOS INSTRUMENTOS POLÍTICOS DE VISIBILIDADE DE MULHERES QUE TRABALHAM COM PROSTITUIÇÃO SEXUAL..... 23**

*Eduardo Ramalho Rabenhorst*

*Maria Luíza Caxias Albano*

**INCONFORMIDADES ENTRE A RESOLUÇÃO Nº 213/2015 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A REALIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM JOÃO PESSOA-PB.50**

*Gustavo Barbosa de Mesquita Batista*

*Lucas de Oliveira Bernardo*

*Marília Maria Teixeira Nunes*

*Paloma Alcoforado Bessa*

*Sophia Brito Lira Germoglio*

**LEI MARIA DA PENHA, TRANSEXUALIDADE E TRAVESTILIDADE: OS RUÍDOS DE UMA PAUTA NAS TRAMAS DO ESTADO ..... 83**

*Adriana Dias Vieira*

*Tuanny Soeiro Sousa*

**O DIREITO COMO PRÁTICA SOCIAL E A LUTA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS: REFLEXÕES SOCIOLOGICAS SOBRE A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE, PELO ACESSO À CANNABIS SATIVA MEDICINAL NO BRASIL 105**

*Lucas Lopes Oliveira*

*Luciano Nascimento Silva*

**Título II**

**Pluralismo, Não-discriminação e Direitos Humanos de Refugiados e Migrantes**

**DIGNITÀ, PLURALISMO, ANTIDISCRIMINAZIONE. DECODIFICARE LE DISCRIMINAZIONI GIURIDICAMENTE RILEVANTI ..... 122**

*Sofia Ciuffoletti*

**DIREITO HUMANO, DIREITO AO REFÚGIO E ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL ..... 162**

*Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira*

*Maria Luiza P. Alencar Mayer Feitosa*

*Tiago Medeiros Leite*

**(IM)POSSIBILIDADE DE EMISSÃO DE DECLARAÇÃO DE RESIDÊNCIA PARA O/A VENEZUELANO/A ABRIGADO/A ..... 188**

*Cárita Chagas Gomes*

**MINORI MIGRANTI. IL NOSTRO FUTURO VULNERABILE ..... 208**

*Lucia Re*

### **Título III**

#### **Direito ao Desenvolvimento, Direito Internacional, Sul Global e Paz Internacional.**

**DEMOCRACIA E VONTADE: O EQUÍVOCO DOS  
ENGANADOS E A DEGENERESCÊNCIA DOS  
CORROMPIDOS..... 228**

*Ana Carolina Monteiro Lins de Albuquerque e Souto  
Fredys Orlando Sorto*

**GLOBALIZAÇÃO NO SÉCULO XXI: DESAFIOS PARA A  
CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE GLOBAL..... 253**

*Márcio Flávio Lins de Albuquerque e Souto  
Rômulo Rhemo Palitot Braga*

**NOTAS SOBRE A PAZ INTERNACIONAL E A  
INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.... 277**

*Rômulo Rhemo Palitot Braga  
Tâmisa Rúbia Santos do Nascimento Silva*

**SUL DIRITTO ALL'EQUILIBRIO CLIMATICO..... 297**

*Katia Poneti*

**WELFARE, POVERTÀ E CORREZIONALISMO ..... 347**

*Giuseppe Caputo*



## Prefácio

O livro *Teorias dos direitos humanos, direito e sociedade: genealogia e perspectivas do pensamento jurídico* resulta das pesquisas desenvolvidas por docentes e discentes do doutorado em *Direitos Humanos e Desenvolvimento* do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), em parceria decorrente de Acordo de Cooperação Internacional firmado entre a UFPB e a Universidade de Firenze (UNIFI), Itália, em 2002, renovado pela quinta vez, em 2019. O plano de trabalho dessa cooperação interuniversitária, no caso específico, instituiu uma terceira linha de pesquisa no curso de doutorado indicado, a partir do quadriênio Capes 2017-2020, que leva o mesmo título do livro ora prefaciado e dá-se no sentido da propositura futura de um doutorado internacional em rede.

A ideia principal dessa cooperação internacional é ampliar o reforço de construções epistemológicas interdisciplinares, de natureza filosófica, sociológica, histórica, política, econômica e/ou outra, que interessam a

ambos os Programas de Pós-Graduação, a partir de projetos de pesquisas que se inserem nas interfaces das áreas jurídicas, sociais, econômicas e humanas, abastecendo-se mutuamente de dados, casos e abordagens doutrinárias, em conjugações que geram, na prática, atuação investigativa comum e teses doutorais em regime de cotutela e dupla titulação.

O principal enquadramento teórico da linha de pesquisa indicada ajusta-se a contextos epistemológicos como o *Direito e Sociedade (Law and Society)*, amoldando-se ao arquétipo político-jurídico-sociológico dos temas abordados. Assim, do ponto de vista da fundamentação, as principais sustentações da linha 3 do doutorado do PPGCJ abrangem o caráter ideológico da distinção entre direito e política, direito e economia, direito e linguagem, ou outras, em perspectiva que enfrenta esta e outras dicotomias típicas da relação do direito com as demais ciências humanas e sociais.

De um modo geral, as pesquisas internacionais abrangem questões relativas à cidadania dos excluídos, como refugiados, migrantes e detentos; à reconceituação do disciplinamento jurídico de questões atuais relevantes; à natureza dúplice dos fenômenos *jus-sociológicos*, criticando

a elaboração hegemônica de conceitos; à relação entre direitos humanos e outros ramos científicos, como a economia, a política, a psicologia, a arte etc; ao paradigma teórico da justiça de transição; à continuidade e descontinuidade dos discursos que envolvem diversidade, identidade, gênero e sexualidade, entre outras abordagens.

O livro que temos a satisfação de prefaciar se divide em três títulos, a saber: (i) violações de Direitos Humanos e acesso à justiça; (ii) pluralismo jurídico, não-discriminação e Direitos Humanos de refugiados e migrantes; (iii) Direito ao Desenvolvimento, Direito Internacional, Sul Global e Paz Internacional.

No primeiro título, *Violações de Direitos Humanos e Acesso à Justiça*, o capítulo de abertura “As Linguagens do (in)visível: do curta-metragem paraibano “Crua” aos instrumentos políticos de visibilidade de mulheres que trabalham com prostituição sexual” traz os autores Eduardo Ramalho Rabenhorst e Maria Luíza Caxias Albano em releitura sociológica e filosófica dos direitos humanos a partir do debate da (in)visibilidade de sujeitos sociais, em abordagem transdisciplinar, no marco contextual da cultura da imagem. O pano de fundo é o curta-metragem “Crua”, que detalha os problemas e as angústias de uma

mulher prostituta na cidade de João Pessoa, Paraíba, pela narrativa da construção de movimentos sociais de mulheres prostitutas para a reivindicação de pautas políticas, em torno de marcos teóricos que passeiam de Flusser a Deleuze e Nancy Fraser, num tipo de análise filosófica denunciativa da crise do texto no contexto da concepção de justiça social, remetendo à formação de identidades.

No ensaio “Inconformidades entre a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça e a realidade das audiências de custódia em João Pessoa-PB”, os autores Gustavo Barbosa de Mesquita Batista, Lucas de Oliveira Bernardo, Marília Maria Teixeira Nunes, Paloma Alcoforado Bessa e Sophia Brito Lira Germoglio, pesquisadores do “Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos” da UFPB, abordam o papel das audiências de custódia para a racionalização das prisões em flagrante, na tentativa de averiguar possíveis causas e soluções para o hiperencarceramento no Brasil, coibindo práticas que violem os Direitos Humanos. Apresentam a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em 2015, que gerou

ampla discussão acerca da situação de maus tratos prisionais no país. O projeto observou 184 Audiências de Custódia, durante quatro meses de atuação.

O capítulo intitulado “Lei Maria da Penha, Transexualidade e Travestilidade: os ruídos de uma pauta nas tramas do Estado”, de autoria de Adriana Dias Vieira e Tuanny Soeiro Sousa, oferece análise sobre a aplicabilidade da Lei 11.340/2006 a mulheres transexuais e travestis, examinando documentos estatais que trabalham a possibilidade ou não de aplicação da Lei Maria da Penha a esses casos. No contexto teórico geral, são discutidos os temas da violência doméstica como violência de gênero; das experiências identitárias de transexuais e travestis como legítimas demandantes do reconhecimento de sua condição de vítimas de violência doméstica e intrafamiliar, conforme o disposto na Lei mencionada; e das decisões estatais sobre o assunto, neste caso, através de farta análise documental.

O texto “O Direito como prática social e a luta dos Movimentos Sociais: reflexões sociológicas sobre a construção do Direito à Saúde, pelo acesso à *cannabis sativa* medicinal no Brasil”, dos autores Lucas Lopes Oliveira e Luciano Nascimento Silva, apresenta a articulação entre o

saber produzido pela sociologia jurídica, notadamente através do pensamento do sociólogo italiano Emílio Santoro, da UNIFI, acerca de uma concepção do direito como prática social, e as possíveis contribuições que essa perspectiva epistemológica pode trazer para compreensão do fenômeno da construção judicial do direito à saúde, nomeadamente do acesso à *cannabis sativa* para fins medicinais, tema muito atual no Brasil.

O título II da obra prefaciada, *Pluralismo, Não-discriminação e Direitos Humanos de Refugiados e Migrantes*, apresenta reflexões acerca do fenômeno migratório e seus desdobramentos, evidenciando importante ponto de convergência entre as pesquisas realizadas por docentes e discentes da linha três do doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento do PPGCJ, UFPB, e o programa de doutorado em Direito da UNIFI.

O ensaio de Sofia Ciuffoletti, **pesquisadora do Centro de Pesquisa “L’altro diritto”**, denominado “Dignidade, Pluralismo e Não-discriminação, decodificando as discriminações juridicamente relevantes”, apresenta o chamado *Direito Antidiscriminatório* a partir da análise dos fenômenos discriminatórios nas sociedades

contemporâneas, como categoria conceitual aberta, inflexionada desde a etimologia linguística do termo até chegar à sua semântica jurídica, como os ‘discriminantes’ penais e outros, numa operação de decodificação jurídica que acaba por alcançar o contexto social da desigualdade. São apontadas como características centrais da tutela antidiscriminatória na atualidade a necessária conexão com a questão da disparidade e a identificação de fatores constitutivos das premissas ideológicas de comportamentos excludentes e discriminatórios.

No ensaio “Direito Humano, Direito ao Refúgio e Acesso à Justiça no Brasil”, os autores Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira, Maria Luiza P. Alencar Mayer Feitosa e Tiago Medeiros Leite abordam a atual onda de mobilidade humana no mundo pela análise das migrações coletivas forçadas, decorrentes de conflitos armados, conjunturas políticas e econômicas desfavoráveis, desastres ambientais ou outros, como uma crise humanitária sem precedentes, que desrespeita e afronta a dignidade da pessoa humana. O Brasil hoje se constitui rota de migração de pessoas que pedem refúgio, sejam migrantes transcontinentais ou transfronteiriços. O texto analisa a Lei nº 13.445/2017, por intermédio dos princípios do Direito Internacional dos

Direitos Humanos e da Constituição Federal, primando pela não criminalização da imigração, com inclusão laboral e social do refugiado, e procurando mostrar se o Estado brasileiro garante o acesso à justiça das pessoas refugiadas, a partir da legislação existente.

No capítulo seguinte, a autora Cárta Chagas Gomes enfrenta o tema da “(Im)Possibilidade de Emissão de Declaração de Residência para o(a) venezuelano(a) abrigado(a)” no caso do fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil, provocado pela crise humanitária que assola aquele país. O artigo resulta do trabalho de campo da pesquisa doutoral da autora no confronto com a Medida Provisória nº 820/2018, convertida na Lei 13.684/2018, que estabeleceu medidas assistenciais para o acolhimento de pessoas em situação de vulnerabilidade, criando o Comitê Federal de Assistência Emergencial, instância de governança intersetorial das ações. O problema de pesquisa questiona se o abrigo pode ser considerado residência para venezuelanos/as ali fixados provisoriamente, com a finalidade de emissão de declaração de residência.

O artigo oferecido por Lucia Re, professora da UNIFI e **pesquisadora do Centro de Pesquisa “L’altro diritto”**, intitulado “Menores Migrantes. O nosso futuro vulnerável”,



traz à lume a delicada questão dos traumas familiares dos refugiados, simbolizado pela trágica imagem do pequeno Alan Kurdi, que se afogou no trajeto do refúgio, numa praia turca, e o seu corpo sem vida foi fotografado, imagem que abalou o mundo, considerada necessária para alguns e desrespeitosa para outros, de qualquer modo, representativa da morte de milhares de crianças na travessias migratórias, nas costas europeias ou em outras fronteiras. O fato é que, passados três anos daquela fotografia, o problema continua e piora: os EUA, por exemplo, decidiram separar deliberadamente as crianças “clandestinas” de seus genitores, na fronteira com o México. São “vidas descartáveis”, vidas “indignas de luto”, a terrível tragédia do século XXI. A autora mostra que Meucci, pai da reforma do direito processual infantil italiano, alertava que se nem todos os filhos são nossos, é nosso (ou de nossa responsabilidade) o futuro da humanidade, por isso, é preciso enfrentar a questão e dar-lhe a guarida jurídica necessária.

Por fim, o livro possui ainda um terceiro título, que abraça as causas do Direito ao Desenvolvimento, do Direito Ambiental e do Direito Internacional, nos contextos do Sul

Global, pontuando aspectos relativos à cidadania e à paz internacional.

No capítulo “Democracia e Vontade: o equívoco dos enganados e a degenerescência dos corrompidos”, Ana Carolina Monteiro Lins de Albuquerque e Souto e Fredys Orlando Sorto abordam temas como democracia, cidadania, vontade geral, autodeterminação e liberdade, na relação entre governantes, governados e cidadãos, permeada pela qualidade da participação popular nos processos políticos, em contextos de democracia precarizada, pela dificuldade de se extrair a efetiva vontade geral do seio de equações travestidas de interesse geral, mas comandadas por interesses escusos de determinados grupos e atores, restando aos cidadãos o papel suficiente de “não atrapalhar e deixar-se representar” passivamente.

Em “Globalização no Século XXI: desafios para a construção de uma sociedade global”, Márcio Flávio Lins de Albuquerque e Souto e Rômulo Rhemo Palitot Braga discutem o fenômeno da globalização em seus aspectos conceituais e abordam a chamada “macrocrise dos direitos humanos no século XXI”, em contexto de genocídio de minorias, nacionalismo xenofóbico, protecionismo econômico sectário, destruição do patrimônio cultural da

humanidade e outros fatores de instabilidade geopolítica que levam a guerras e ao terrorismo global.

No capítulo “Notas sobre a Paz Internacional e a Instrumentalização dos Direitos Humanos”, Rômulo Rhemo Palitot Braga e Tâmisia Rúbia Santos do Nascimento Silva denunciam, concordando com Douzinas, que a ascensão do capitalismo neoliberal coincidiu com uma virada cosmopolita e humanitária, pela qual os direitos humanos perderam seu caráter de discurso e prática da resistência contra a dominação para se tornarem retórica legitimadora de um sistema materialmente desigual, “a retórica da mais recente missão civilizatória ocidental” (DOUZINAS, 2009). A ideia é discutir o uso dos direitos humanos como instrumento de missão civilizatória ocidental à luz da vinculação do projeto de paz internacional, iniciado no pós-Segunda Guerra, trazendo revisão bibliográfica sobre a interlocução entre a paz internacional e a instrumentalização dos direitos humanos, a partir de Costas Douzinas, Johan Galtung e Danilo Zolo, este último mentor do Centro de Pesquisa “Jura Gentium” da Escola de Florença e da criação da linha 3 do doutorado do PPGCJ, UFPB, recentemente falecido.

Em “Do Direito ao Equilíbrio Climático”, Katia Poneti destaca a importância de se vincular o tema da mudança climática à linguagem dos direitos, em particular dos direitos fundamentais, tendo como premissa necessária a análise da questão climática, como parte do problema ambiental ou na sua própria especificidade. As alterações relevantes para o enfrentamento da questão são apresentadas à luz da relação entre a revolução tecnológica, as políticas públicas e os direitos fundamentais, assim, a proteção contra as mudanças climáticas pode ser analisada como obrigação moral e também jurídica, constituindo-se em espaço teórico no qual poder-se-ia afirmar o chamado *Direito Fundamental ao Equilíbrio Climático*.

Em “Welfare, Pobreza e Correção”, **Giuseppe Caputo**, pesquisador do Centro de Pesquisa “L’altro diritto”, analisa o modelo teórico penitenciário fundado sobre o tipo ideal corretivo, formalizado pela *Europeam prison rules*, do Conselho da Europa, de 1987 e 2006, e pelas *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, das Nações Unidas, de 1955 e 2015, como parte de um processo reformista de afirmação do Estado social. Para ele, o cárcere como paradigma reeducativo pelo condicionamento da narrativa solidarística da sociedade de

bem estar que propunha políticas sociais a partir da compreensão da pobreza e do desemprego como fenômenos fisiológicos da industrialização e da economia de mercado, se baseia sobre um modelo antropológico do indivíduo visto como cidadão, trabalhador assalariado e consumidor.

Para finalizar, aduz-se que a obra em apreciação, publicada em dois idiomas, quais sejam português e italiano, evidencia as interfaces das pesquisas doutorais das Universidades parceiras, mostrando o compromisso dos envolvidos no projeto, pelo aprofundamento da compreensão teórica interdisciplinar dos temas enfrentados.

É o que prazerosa e respeitosamente se oferece ao(à) leitor(a).

João Pessoa/Firenze, 20 de junho de 2019

Ana Carolina Gondim de A. Oliveira

Emilio Santoro

Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa

**Título I**  
**Violações de Direitos Humanos e Acesso à Justiça**

# **AS LINGUAGENS DO VISÍVEL: DO CURTA-METRAGEM PARAIBANCA” AOS INSTRUMENTOS POLÍTICOS DE VISIBILIDADE DE MULHERES QUE TRABALHAM COM PROSTITUIÇÃO SEXUAL**

Eduardo Ramalho Rabenhorst\*  
Maria Luiza Caxias Albano\*\*

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente ensaio foi ensejado a partir de discussões nas aulas da disciplina “Estética Social, Estudos Visuais e Direito”, ministrada pelo Prof. Dr. Eduardo Rabenhorst no semestre de 2017.1 no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) na Universidade Federal da

---

\* Pós-Doutor em Direito pela Université de Aix-Marseille (França). Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (CCJ/UFPB). E-mail: rabenhorst\_1@hotmail.com.

\*\* Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento-Linha 3. E-mail: marialuiza.caxias@gmail.com.

Paraíba (UFPB) juntamente com a experiência pessoal na área de pós-produção (editoração e montagem) do curta-metragem “Crua”, atuando como assistente de montagem, acompanhando e intervindo nas discussões com o montador Abraão Bahia e o diretor Diego Lima no período de julho a setembro de 2017. Destaco que o curta em questão foi financiado pelo edital Prêmio Walfredo Rodrigues de Cinema ano 2015/2016 da Fundação Cultural de João Pessoa (FUNJOPE) através do Fundo Municipal de Cultura (FMC), via Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) da Agência Nacional de Cinema (ANCINE). Se por um lado eu preciso ser avaliada de alguma forma, por outro, a disciplina desenvolveu um acoplamento estrutural à minha linha de pesquisa no doutorado, que diz respeito à (re)leitura dos direitos humanos a partir do debate da (in)visibilidade no cinema (ou em filmes). Desde então, o tema da (in)visibilidade atrelada aos estudos visuais, e, portanto, transdisciplinares, tem sido algo que venho desenvolvendo.

O tema da (in)visibilidade foi abordado tendo como marco contextual a cultura da imagem. Nesse espectro, desenvolve-se a questão de que para além de uma virada linguística, há em curso uma virada visual (JAY,



2003/2004). É possível verificar uma difusão contemporânea da imagem na mão da construção de uma “civilização da imagem” sentida através da produção e do consumo massivo de imagens (SOARES, 2016). Na apresentação da disciplina, a estética foi utilizada como ponto epistemológico através do qual o tema da (in)visibilidade foi tratado pelo viés da ciência dos sentidos (ou do sensível) e não do belo. A estética, portanto, foi colocada como a assunção de uma tentativa de desenvolvimento de uma semiótica das próprias experiências sensíveis (LANDOWSKI, 2005, 2016), conhecer o mundo através da sensibilidade.

Esse conhecimento formado através da sensibilidade é o que traz no presente trabalho a possibilidade de colocar a produção cinematográfica, ou melhor, o produto fílmico “Crua” como possibilidade de (com)partilhamento de experiências e vivências de forma sensível e ampliada (a partir do processo de apresentação – mostragem – e distribuição desse produto artístico). Tal curta-metragem, que mais à frente será esmiuçado, traz as problemáticas e as angústias da vida de uma mulher paraibana de periferia que trabalha como prostituta na cidade de João Pessoa. A temática não é necessariamente inovadora, outros curtas

paraibanos já adentraram no assunto, como “O cão sedento” de Bruno de Sales (2005) e “O terceiro velho” de Marcos Vilar (2013). Acontece que em “Crua” há a experiência da colocação de outra estrutura narrativa e, principalmente, de uma montagem baseada no afeto (DELEUZE, 1985). No caso, a estética do curta-metragem será o ponto de partida para a abordagem do tema da (in)visibilidade, atravessando a construção de sua narrativa fílmica até às possibilidades de utilização dos instrumentos de tomada de narrativa (ou do relato) na construção de movimentos sociais de mulheres prostitutas na reivindicação de pautas políticas.

Isso porque a questão da (in)visibilidade foi desenvolvida por meio da intersecção de três setores: 1) visibilidade enquanto reconhecimento social; 2) visibilidade enquanto vigilância (a era das imagens como uma era da vigilância); e 3) visibilidade na política e na crise de representatividade. Esse foi o corte epistemológico realizado durante a disciplina, e que no presente trabalho atento como prioridade para os aspectos de (in)visibilidade política, crise representacional e reconhecimento social. Considerando a arte como associada às condições de produção e não necessariamente do belo (BENJAMIN,

1994), a relação da pesquisa sobre (in)visibilidade à fase de pós-produção cinematográfica também diz respeito à colocação da arte como em um campo de luta política, de disputa e de conflito. Parto para a utilização de teorias do cinema, em especial de teorias de montagem da narrativa audiovisual, para pensar instrumentos de reivindicação política por parte de coletividades (in)visíveis (ou vulneráveis) socialmente.

Por fim, contextualizo que os marcos de fundamentação teórica a respeito da imagem, utilizados para a análise fílmica em questão, Flusser (2011) e Deleuze (1985), então inseridos em uma filosofia que coloca a crise do texto e o naufrágio da História. Utilizo também Nancy Fraser (2002) para colocar sua concepção de justiça social, que traz em seu bojo a questão da formação de nichos identitários por meio das vivências afetadas como formação de cultura política propícia a lutas por reconhecimento. Ainda destaco que o presente ensaio não pretende esgotar o assunto, pelo contrário, surge como a propositura de interligações entre áreas do conhecimento a serem aprofundadas.

## **2 A MONTAGEM AFETIVA COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO SENSÍVEL NA NARRATIVA**

## **AUDIOVISUAL: A QUESTÃO DA (IN)VISIBILIDADE NO CURTA-METRAGEM “CRUA”**

O curta-metragem “Crua” foi gravado sobre um roteiro conceitual (GIRONDI, 2012) desenvolvido a partir de uma pesquisa experimental do próprio diretor e roteirista, Diego Lima. Por roteiro conceitual há o entendimento daquele construído sem necessariamente existir a criação de uma história na qual se retrate de forma linear a passagem do tempo: não há início, meio e fim bem determinados na organização da informação e na construção da personagem. Diante de experiências no mundo do sensível<sup>1</sup>, Diego Lima coloca uma mulher que trabalha com prostituição no centro da narrativa audiovisual: a pretensão é desenvolver a visibilidade da personagem como protagonista da trama, uma vez que a constatação é de invisibilidade social diante de circunstâncias estruturais. Assim, uma das premissas de elaboração desse curta é a emergência da figura dessa mulher,

---

<sup>1</sup> A sensibilidade no olhar auferido por meio de vivências junto a mulheres de periferia que trabalham com prostituição é a possibilidade de produção pelo roteirista/diretor de uma obra audiovisual verossimilhante. Ou seja, é através da sensibilidade despertada no processo de fabricação da obra que a verossimilhança estará presente na (re)leitura da narrativa audiovisual por parte do/a espectador/a e, que, por sua vez, também experimentará a partir disso a partilha do sensível a respeito do assunto tratado no trabalho.

que trabalha como prostituta, no centro da narrativa. Mais do que se localizar no centro da narrativa, ela própria aparece como aquela que narra imagetivamente a sua trajetória subjetiva em um cotidiano de miserabilidade: miserável não por exercer necessariamente a função de prostitua, mas para além disso, por estar submetida a condições sociais adversas.

Nesse sentido, as imagens no curta-metragem “Crua” são apresentadas sequencialmente na tentativa de tradução<sup>2</sup> da invisibilidade social para um protagonismo até então não impresso em realidade. Ou seja, é a tentativa de trazer a experiência de uma vida condicionada à invisibilidade social com o objetivo de que a/o espectador/a (com)partilhe da mesma angústia passada pela personagem: a vida de uma mulher periférica em contexto paraibano submetida a condições de subdesenvolvimento político-econômico-social, ou seja, em estado de vulnerabilidade. O conceito de imagem aqui utilizado, por questões metodológicas, está associado às fundamentações de Deleuze. Para Deleuze (1985), é possível colocar uma interpretação de imagem sem sua necessária ligação à ideia

---

<sup>2</sup> “Traduzir: mudar de um código para outro, portanto, saltar de um universo a outro”, consoante o entendimento de Flusser (2011, p. 20.).

de representação (como em um “duplo das coisas”): as imagens são elas as próprias coisas, o conjunto daquilo que é (RANCIÉRE, 2001).

A condição de “imagem” para Flusser é diversa: primeiro define imagem em seu vocabulário como “superfície significativa na qual as ideias se inter-relacionam magicamente” (FLUSSER, 2011, p. 18) e depois coloca que “imagens são superfícies que pretendem representar algo” (FLUSSER, 2011, p. 21) mas que essa representação se dá através do processo de imaginação, o qual “é a capacidade de codificar fenômenos de quatro dimensões em símbolos planos e decodificar as mensagens assim codificadas. *Imaginação* é a capacidade de fazer e decifrar imagens.” (FLUSSER, 2011, p. 21). Por isso, o próprio Flusser trabalha a questão da imagem enquanto representação não a partir de interpretações “denotativas” do “receptor” mas “conotativas”, ou seja, são conjuntos de símbolos que não necessariamente terão significados inequívocos. Para Deleuze, a imagem-movimento terá processos de interpretação ou de reporte que nos será acessado no processo de (de)codificação e isso ocorrerá por centros de indeterminação e eventualidade (da coincidência – ou não – entre sujeito e objeto) na produção de imagem-percepção,

imagem-ação e imagem-afecção; Em cada um de nós, a (de)codificação da imagem-movimento “[...] nada mais é que um agenciamento das três imagens, um consolidado de imagens-percepção, imagens-ação e de imagens-afecção.” (DELEUZE, 1985, p.3).

De forma pragmática, tanto Flusser (2011) quanto Deleuze (1985) trabalham a questão da imagem inserida em uma “virada visual” em termos de decadência da História e fim da Palavra, ambos interseccionalizam entendimentos a respeito desse contexto, mas divergem quanto à função da imagem nessa conjuntura: para Flusser considerar imagem como ela em si uma realidade é uma disfunção, uma “idolatria”, uma vez que o propósito da imagem seria de representar o mundo e, nesses casos, “o homem, ao invés de se servir das imagens em função do mundo, passa a viver em função de imagens. Não mais decifra as cenas da imagem como significados do mundo, mas o próprio mundo vai sendo vivenciado como conjunto de cenas” (FLUSSER, 2011, p. 23).

Quanto à narrativa audiovisual, em se tratando especificamente do curta-metragem “Crua”, esse não é um curta-denúncia mas um curta-experiencial: a preocupação é de transporte da vivência da personagem enquanto

mensagem (ou imagem-movimento). Isso se dá através do processo sensorial realizado por meio de técnicas na pós-produção das imagens-movimento, ou seja, na montagem. É possível ou provável que o objetivo de gerar o (com)partilhamento sensível a respeito da trama não seja alcançado a depender da/o receptor/a, assim como é verdade que a construção da linguagem audiovisual nesse processo de criação foi diverso daqueles que tem como primeiro propósito denunciar algo. Não há dúvidas que há a denúncia, mas, no caso, o filme se torna político pela sua montagem em gerar a angústia vivenciada pela personagem e não necessariamente pelo conteúdo de denúncia que eventualmente poderia ser narrado.

Na estrutura deleuziana, a montagem aparece como o “agenciamento das imagens-movimento, portanto, o iteragenciamento das imagens-percepção, imagens-ação e imagens afecção” (DELEUZE, 1985, p. 93). Em cada filme, é considerável a predominância de algum dos tipos de imagem-movimento, havendo, portanto, a depender da primazia, a montagem perceptiva, ativa ou afetiva (DELEUZE, 1985). No que diz respeito à montagem afetiva, as relações entre os planos cinematográficos apresentados estão conectadas entre si por meio do afeto: esse talha um



espaço-tempo que sem tal perspectiva os planos apareceriam isolados uns dos outros. Assim, planos que aparecem como que casos particulares, se analisados a partir de uma ótica linear de disposição espaço-temporal, colocados em termos de fluência afetiva, formam um único plano sequencial. Desse modo, Deleuze coloca que “[...] se trata do afeto como entidade espiritual complexa: o espaço branco das conjunções, reuniões e divisões, a parte do acontecimento que não se reduz ao estado de coisas, o mistério desse presente recomeçado.” (DELEUZE, 1985, p. 127). Seria uma atualização do que Eisenstein coloca enquanto técnica de montagem intelectual: “[...] é a montagem não de sons atonais geralmente fisiológicos, mas de sons e atonalidades de um tipo intelectual, isto é, conflito-justaposição de sensações intelectuais associativas” (EISENSTEIN, 2002, p. 87).

A técnica da montagem baseada, portanto, na construção afetiva tem por lei a fragmentação, uma vez que a narrativa audiovisual de representação é o lugar do qual se pretende escapar: fragmentando, as partes independentes se tornam vinculadas entre si, agora, por meio de uma nova dependência, a afetiva. Assim, o plano sequencial será construído através do sensível (ou do afeto) na base de uma

interrelação entre os cortes fragmentados. Isso requer uma dinamicidade de amostragem dos planos independentes e uma rapidez nas idas e voltas de suas apresentações, ao menos, foi essa a instrumentalidade na montagem do curta-metragem “Crua”. Isso porque, o processo sensorial da protagonista previsto para ser apresentado no curta é de um cotidiano angustiante e vazio de sentido, onde a perspectiva de continuidade da própria vida é a todo tempo cortada por situações que lhe tolhem qualquer esperança de tempos melhores. Vejamos.

Trarei algumas sequências colocadas no corte final do filme para que possa ser demonstrada a elaboração da montagem. Na sequência inicial do curta-metragem há corpos de mulheres desnudados que se movimentam em uma dinâmica automaticista, provavelmente própria da utilização de seus corpos na função de trabalhadoras do sexo diariamente. Segue-se para a colocação dessas mulheres que dançam à noite ao redor de um carrinho de camelô de CD. O espaço em que as mulheres vendem seus serviços sexuais é o Pavilhão do Chá em João Pessoa, nas proximidades da Praça dos Três Poderes, ao lado territorialmente do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, ponto que, ironicamente, comporta nichos de

marginalização como a prostituição de mulheres periféricas e o consumo de crack. Isso para introduzir e caracterizar a vivência em questão: a condição de uma mulher que, por situações que não vem ao caso, está submetida a realidades de vulnerabilidade.

É importante destacar que a prostituição não é necessariamente em si um indicativo de vulnerabilidade, mas na situação da protagonista, por conta das já escassas possibilidades de existência, o trabalho com a venda de serviços sexuais acaba se tornando um agravante na sua condição de marginalização social.

No decorrer da narrativa fílmica, as circunstâncias adversas restam ainda mais evidentes: na terceira sequência, em montagem reversa, há a tentativa de estupro e espancamento em um canavial realizado por um casual cliente; na quarta sequência há a expressão de cansaço da protagonista perante uma amiga na praça onde trabalha; já a quinta sequência retrata a ida da personagem central a um presídio, como em uma visita a alguém íntimo, e acaba passando pelo constrangimento de uma revista vexatória. A saída do presídio está rodeada pela expressão de choro e desilusão. Essas circunstâncias são colocadas sem necessariamente estarem vinculadas a uma sequência

linear temporal de fluxo contínuo: a fragmentação possibilitou a montagem e a apresentação dos episódios como em lapsos temporais diversos, de forma rápida e dinâmica, permitindo a criação de sensação da angústia e melancolia pela qual passa a personagem em seu cotidiano. Por fim, resta a tentativa de impressão da ideia de invisibilidade social em uma cena na Estação de trem no bairro de Mandacaru: diante da movimentação de diversas pessoas em suas idas e vindas do trem, multidão, a protagonista aparece no canto da tela, sem destaque e desaparece de forma discreta e desapercibida, como em um passe de mágica.

A invisibilidade social da condição de mulher periférica e prostituta foi o que, no olhar do roteirista/diretor, a tornou central na narrativa audiovisual, colocando-a em um lugar de protagonismo. Ou seja, a partir do movimento de escaneamento<sup>3</sup> da invisibilidade da condição de mulheres periféricas e prostitutas, há a tentativa de tradução para a linguagem audiovisual dessa invisibilidade através do protagonismo da personagem. Mas devo admitir que a impressão da invisibilidade na última cena foi algo de difícil

---

<sup>3</sup> Para Flusser (2011, p. 18), “*scanning*” é o movimento de varredura que decifra uma ação.

construção, o que levou a constatar que o movimento de visibilidade diante do invisível é sanado pela ocupação do local de fala, ou do local da narrativa imagética pela personagem, no caso do filme. Mas a apresentação da sua própria invisibilidade no centro da questão é algo de maior complexidade para se realizar no âmbito do audiovisual.

### **3 A TRANSPOSIÇÃO DA CONDIÇÃO DE INVISÍVEL PARA O ESPAÇO DE VISIBILIDADE: A ORGANIZAÇÃO COLETIVA E O LOCAL DE FALA COMO INSTRUMENTOS POLÍTICOS DE MULHERES QUE TRABALHAM COM PROSTITUIÇÃO SEXUAL**

Se através da linguagem audiovisual fica perceptível que a condição de invisibilidade é invertida pela realocação da personagem como protagonista, tomando a narrativa para si, e transferindo, por meio da montagem afetiva, a própria sensação de se encontrar em um espaço de vulnerabilidade social; em termos de política, a estratégia não diverge.

Como Foucault, por política considero a reprodução de desequilíbrio de forças manifestadas em episódios de luta por poder(es). Ainda em situações de aparente “paz civil”, os confrontos políticos são demarcados como reflexos das permanências e modificações das relações de força e poder: “[...] tudo isso deve ser interpretado apenas como continuidades da guerra, como episódios, fragmentações, deslocamentos da própria guerra” (FOUCAULT, 2016, p. 275).

Nesse sentido, os instrumentos utilizados por mulheres que trabalham com prostituição sexual de maneira periférica na visibilização de suas pautas políticas têm sido primeiramente a organização coletiva em torno de movimentos e associações, o que já é em si uma luta. Desse modo, é paradigmática a formação da Rede Brasileira de Prostitutas em 1987<sup>4</sup>, por iniciativa de Gabriela Leite, que, *a priori*, funcionou para denunciar principalmente a violência policial praticada em tempos de ditadura (e perpetuada ainda por tempos depois como prática

---

<sup>4</sup> Disponível em: <[http://www.umbeijoparagabriela.com/?page\\_id=2579](http://www.umbeijoparagabriela.com/?page_id=2579)>. Acesso: 15 out. 2017. Destaco a existência do filme “um beijo para Gabriela” de Laura Murray a respeito do assunto em torno da formação da Rede Nacional de Prostitutas.

“aceitável”) direcionada às prostitutas como forma de “moralização”. Casos como as prevenções a respeito de epidemias de AIDS e o reconhecimento do trabalho sexual como profissão também fizeram/fazem parte das principais pautas dessas organizações<sup>5</sup>. A(s) vivências(s) experienciadas por mulheres periféricas e prostitutas, portanto, deixa(m) de ser completamente invisíveis e compõe de forma reconhecida o campo da disputa política.

A partir da formação de movimentos que conglomeram pautas específicas por meio do compartilhamento dessas vivências de vulnerabilidade social, tem-se o acoplamento de reivindicações, passa-se para o plano de representação de tais discursos. Nesse aspecto, organizar-se em movimento para essas mulheres é também formar a sua própria identidade enquanto existente (ou visível): “[...] a identidade cultural e a diversidade se carregam pois de significados simbólicos capazes de mobilizar poderosamente e criar, à sua imagem, os grupos que elas designam” (MONTERO, 1997, p. 63). Não só criar como também mover ações políticas direcionadas a tais grupos a

---

<sup>5</sup> Há em tramitação o Projeto de Lei 4.211/12, chamado de Gabriela Leite, que regulamenta a atividade dos profissionais do sexo, de autoria do ex-deputado federal Jean Wyllys (PSOL-RJ).

partir das lealdades afetivas e personalizadas cultivadas dentro deles. Há, portanto, a construção de redes de sociabilidade nas quais sejam possíveis a troca de experiência e a detecção de vivências compartilhadas: será por meio dessa malha que virá a formulação de políticas e objetivos que visam o melhor acoplamento à realidade que vivem.

O que se pretende destacar com isso diz respeito à formação das reivindicações como projeção de visibilidade política: surgem como forma de questionar o(s) poder(es) existentes em todas as suas estruturas e que subjagam todos os outros meios de saber, conhecer, falar, viver, por meio da força e da violência oculta nas estruturas hegemônicas. Não à toa, o processo de relato das vivências marginalizadas, no caso, de mulheres de periferia que trabalham com sexo, passam por conceitos como “empoderamento” e “local de fala”. O empoderamento de tais mulheres seria justamente a retomada do poder de localização do seu discurso enquanto vivencia de realidades que não condizem com o modelo ideal de vida e, que, só por isso, já ocupam um lugar social de violência (opressão). O “local de fala” (RIBEIRO, 2017) aparece como ponto estruturador e emergente de tal identidade coletiva: como os discursos identitários são



construídos a partir das experiências compartilhadas, somente aquelas que dividem essas vivências poderão falar sobre elas de forma legítima, a disputa é de realidades constituídas enquanto verídicas, o poder do relato (ou da narrativa). Assim, a questão está voltada para uma política da identidade que trabalha a partir de posições concretas das sujeitas, ao invés de lugares de narrativas oniscientes.

É de se destacar que não existe uma condição de “prostituição” universal (OLIVAR, 2007, p. 110). Nesse sentido, a prostituição deve ser compreendida a partir de sua inserção no contexto cultural que se trata e através de mulheres concretas. Isso porque, apesar de pontos de interseccionalidade, devido ao próprio exercício do trabalho, há uma distinção entre a condição de prostituição de Bruna Surfistinha, advinda de classe média alta e autora do livro “O doce veneno do escorpião”, daquela desenvolvida no curta-metragem “Crua”, por exemplo. Nesse sentido, em termos de contextualização da prostituição a partir do local do exercício da cultura, o curta-metragem em questão acaba auxiliando na ambientação de uma das faces da prostituição na cidade de João Pessoa. Essa possibilidade traz à tona prováveis contribuições no fortalecimento de reivindicações locais e

regionais colocadas pela Associação das Prostitutas da Paraíba (APROS-PB).

É importante destacar que tais discursos não surgem exclusivamente como forma de protestar por direitos (essa é uma consequência advinda da própria pressão social ou dos movimentos ou da social-democracia como forma de controlar os conflitos), mas sim por redistribuição do poder: por isso o termo “empoderamento”. O que diz respeito não só à concessão institucional de direitos mas também como a desconstrução de culturas hegemônicas e moralistas a respeito das condições de (in)visibilidade. É a retomada necessária do poder para si daqueles/as que existem nas fronteiras de marginalização social. Isso tem relação com o que Nancy Fraser defende como a politização generalizada da cultura, especialmente nas lutas pela identidade e diferença (FRASER, 2002, p. 8). Esse efeito trouxe à tona o que a autora nomeia como lutas pelo reconhecimento<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Há outros desenvolvimentos teóricos a respeito do que venha a ser os processos envolvidos nesse local de “lutas por reconhecimento”, a exemplo de Honneth e Butler. Opto, porém, por Nancy Fraser de forma pragmática: diz mais respeito à estrutura metodológica de construção do pensamento que qualquer outra crença ideológica em tal teoria.

O debate está centrado na redistribuição e no reconhecimento. Dentro de uma contestação da redistribuição, centrados principalmente nas críticas marxistas e suas desenvolvimentos, a questão gira em torno da redistribuição de riquezas: o problema seria a pauperização da classe trabalhadora em termos de exploração formatada em uma estrutura capitalista de produção dos lucros através da detenção de propriedade (burguesia). Acontece que com o desenvolvimento dessas possibilidades de produção de relatos (e, portanto, de identidades), percebe-se que não se trata apenas de uma redistribuição de riquezas, mas também de um valor moral, como justiça, em termos de identidade.

No caso, por exemplo, para as mulheres de periferia que trabalham com sexo não bastaria a redistribuição de renda, uma vez que ainda assim, permaneceriam sofrendo violências advindas de uma cultura moralista e machista. Ou seja, ainda mulheres que trabalham com sexo de classe alta, permanecem submetidas a sistemas culturais de opressão, como o machismo, por exemplo. A questão da classe agora passa a ser mais um sistema do grande pilar oprimido/a/opressor/a a depender da estrutura de poder na qual estaria inserido/a. Já a questão do reconhecimento

estaria associada a “[...] um novo entendimento da justiça social” (FRASER, 2002, p. 2), ou seja, não diz respeito apenas à questão de classe como também abrange outras questões de subordinação, incluindo, no caso, a questão de gênero (FRASER, 2002).

A justiça social tem, portanto, sido ressignificada a partir de tais debates e movimentos sociais. Essa é a tentativa de Nancy Fraser a considerar o “problema de substituição”: não se trata de uma substituição das lutas de redistribuição pelas lutas de reconhecimento, mas uma relação de complementariedade entre ambas, tendo como resultado uma “concepção bidimensional de justiça”. Nesse sentido, rejeita-se “[...] formulações sectárias que caracterizam a distribuição e o reconhecimento como visões mutuamente incompatíveis da justiça, tal concepção tem de abrangê-las a ambas” (FRASER, 2002, p.11). Assim, a injustiça passa a ter tanto a face de desigualdade econômica em termos de marginalização financeira, como também o desrespeito, a dominação cultural e o não-reconhecimento de identidades forjadas na diferenciação das estruturas de poder.

Nesses termos, a ideia de justiça estaria associada à participação paritária entre os membros de uma sociedade, ou seja, é necessário um rearranjo social para que todos/as

os seus membros interajam entre si como se pares fossem (essa é uma utopia que permeia praticamente todas as discussões a respeito dos direitos humanos). Para tanto, deve-se considerar a questão tanto da redistribuição (distribuição material de recursos) como reconhecimento (a garantia de “voz” igualitária entre sujeitos/as em uma questão de valoração cultural).

Acontece que a própria Nancy Fraser identifica uma questão que tem se tornado um dilema dentro dos movimentos de identidade/sociais: “[...] as lutas pelo reconhecimento estão hoje a proliferar apesar (ou por causa) do aumento da interação e comunicação transculturais” (FRASER, 2002, p. 14), o que vem acarretando o sectarismo entre as próprias identidades (identitarismo) que reivindicam o seu espaço de fala em detrimento do discurso formatado em torno do sujeito hegemônico. A esse problema, Nancy Fraser chama de “reificação” (FRASER, 2002). Tal reificação está associada ao ocultamento de eixos entrecruzados de poder/subordinação/dominação quando lidamos com identidades. Por tais razões, Nancy Fraser propõe uma possibilidade de reconhecimento (ou formação dessas identidades) como uma questão de estatuto social na

formação de lealdades afetivas compartilhadas: “o que requer reconhecimento no contexto da globalização não é a identidade específica de um grupo, mas o estatuto individual dos seus membros como parceiros de pleno direito na interação social” (FRASER, 2002, p. 15).

Tal compreensão de estatuto individual diz respeito justamente à ligação do afeto que os/as sujeitos/as de determinada coletividade compartilham entre si. Isso por um lado garante a permanência da visibilidade de lutas por reconhecimento enquanto não cai na dispersão pulverizada de identitarismos planejados e (re)produzidos por uma sociedade capitalística (GUATTARI; ROLNIK, 2005). Nesse sentido, é possível a visibilidade de grupos marginalizados através de movimentos de identidade/sociais sem necessariamente recair somente na ideia de reivindicação de direitos em um sistema institucional socialdemocrata. Ou seja, para além de outras questões, o que constato aqui através das elaborações de análise do curta-metragem “Crua” é que a visibilidade em espaços políticos passa por questões de (re)tomada do poder da narrativa (ou do relato de si) por meio de movimentos sociais/identitários auto-organizados, uma vez que são capazes de criar uma malha

de compartilhamento de vivências na elaboração de políticas adequadas para tanto.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Nos termos anteriormente colocados, o presente ensaio trouxe como possibilidade a aplicação do instrumento de (re)tomada da narrativa audiovisual, transportando a personagem de uma eventual invisibilidade social para o protagonismo do filme, como instrumento de prática política na formação de movimentos sociais/identitários que visam a reivindicação de justiça social. Através da montagem afetiva, aquela que tem por objetivo não o relato representacionista, mas, principalmente, a afetação daqueles/as que experienciam a angústia e melancolia de uma protagonista que se encontra em uma situação de vulnerabilidade social, é possível se pensar também em movimentos políticos formados por sujeitos/as que de forma (auto)organizada compartilham das mesmas experiências e que, por isso, conseguem determinar de acordo com essa afetação as pautas políticas a serem pleiteadas.

## REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica**. In: \_\_\_\_\_. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Obras escolhidas. V. 1. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 165-196.

DELEUZE, G. **A Imagem-Movimento**. São Paulo: Brasiliense, 1985 – (Cinema 1).

EISENSTEIN, Sergei. **A forma do filme**. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

FLUSSER, Vilém. **Filosofia da caixa preta**: ensaios para uma futura filosofia da fotografia. São Paulo: Annablume, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machad. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 63, p. 7-20, Out./2002.

Disponível em:<

<https://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/.../63/RCCS63-Nancy%20Fraser-007-020.pdf>>. Acesso: 02 abr. 2019.

GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. **Micropolítica: cartografias do desejo**. Petrópolis: Vozes, 2010.

GIRONDI, Ariane. **A concepção de roteiros para artefatos audiovisuais digitais interativos na forma de mapa conceitual para aprimorar a disseminação do**



**conhecimento.** Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

JAY, Martin. Relativismo cultural e a virada visual. **Aletria. Revista de Estudos de Literatura**, v. 10-11, p. 14-29, 2003/2004. Disponível em:<  
file:///C:/Users/Maria%20Luiza%20Caxias/Desktop/RAB ENHORST/JAY,%20Martin.%20Relativismo%20cultural%20e%20a%20virada%20visual.pdf>. Acesso: 01 out. 2017.

LANDOWSKI, Eric. Entre Comunicação e Semiótica, a interação. **Parágrafo**, São Paulo, v. 4, nº 2, p. 207-216, Jul./Dez. 2016. Disponível em:<  
revistaseletronicas.fiamfaam.br/index.php/recicofi/article/view/489  
>. Acesso: 01 out. 2017.

\_\_\_\_\_, Eric. Para uma Semiótica do Sensível. **Revista Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 30, nº 2, p. 93-106, Jul./Dez 2005. Disponível em:<  
<https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/12417/7347>>. Acesso: 01 out. 2017.

MONTERO, Paula. Globalização, identidade e diferença. **Revista Novos Estudos**, nº 49, p. 47-64, Nov./1997. . Disponível em:<  
[www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_nlinks&ref=000110&pid=S0104...lng](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000110&pid=S0104...lng)>. Acesso: 01 out. 2017.

OLIVAR, José Miguel Nieto. O direito humano de ser puta: uma reflexão sobre direitos sexuais no universo da prostituição feminina em Porto Alegre. **Teoria e Sociedade**, nº 15.2 , p. 108-137, Jul./Dez. 2007.

RANCIÉRE, Jacques. **De uma imagem à outra?** Deleuze e as eras do cinema. Trad. Luiz Felipe G. Soares. Disponível em:< [www.intermidias.com](http://www.intermidias.com)>. Acesso: 10 out. 2017.

RIBEIRO, Djamila. **O que é:** lugar de fala? Belo Horizonte: Letramento, Justificando, 2017.

SOARES, Rosana de Lima. **Cultura da imagem e sociedade do espetáculo.** Série Comunicação na Contemporaneidade. *In:* MORAES, Ana Luiza Coiro Moraes; COELHO, Cláudio Novaes Pinto (Org.). São Paulo: UNI, 2016, p. 11-24.

**INCONFORMIDADES ENTRE A RESOLUÇÃO Nº 213/2015 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A REALIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM JOÃO PESSOA-PB**

Gustavo Barbosa de Mesquita Batista\*  
Lucas de Oliveira Bernardo\*\*  
Marília Maria Teixeira Nunes\*\*\*  
Paloma Alcoforado Bessa\*\*\*\*  
Sophia Brito Lira Germoglio\*\*\*\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa debater o papel das audiências de custódia para a racionalização da porta de entrada do sistema penitenciário: as prisões em flagrante. Motiva-se pela crescente necessidade de fiscalização de rotinas envolvidas nas prisões preventivas, em processos sem julgamento definitivo, com o intuito de averiguar possíveis causas e soluções para o estado de hiperencarceramento registrado no país, bem como coibir práticas que violem os Direitos Humanos.

---

\* Doutor em Direito pela UFPE. Professor do quadro permanente do PPGCJ/CCJ/UFPB (Mestrado e Doutorado) e do PPGDH/CCHLA/UFPB (Mestrado). E-mail: gustavobm.batista@gmail.com.

\*\*Discente do Curso de Direito. Bolsista PROBEX. E-mail: lucasobernardo@hotmail.com.br.

\*\*\*Discente do Curso de Direito, Colaborador PROBEX. E-mail: maritnunes@yahoo.com.br.

\*\*\*\*Discente do Curso de Direito. Colaboradora. E-mail: palomaalcoforadob@gmail.com.

\*\*\*\*\*Discente do Curso de Direito. Colaboradora. E-mail: sophiagermoglio@live.com

Pretende-se, aqui, também discutir a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, impetrada pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) no ano de 2015, proporcionando uma ampla discussão acerca da situação de maus tratos prisionais no Brasil.

É dentro dessa conjuntura que o projeto de pesquisa quantitativo/qualitativa, vinculado ao Grupo de Pesquisas de Política Criminal e Prisões (GPOC) do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos e do Departamento de Direito Público da Universidade Federal da Paraíba foi desenvolvido dentro da Atividade de Extensão do PROBEX 2017/UFPB intitulada: “Assessoria Técnico-Jurídica e de Pesquisas Quantitativo-qualitativas para o fortalecimento da Política Estadual de Prevenção e Combate à Tortura e ao Tratamento Cruel e Desumano”, coordenada pelos Professores do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB, Gustavo Barbosa de Mesquita Batista e Adriana Dias Vieira.

Foram observadas 184 Audiências de Custódia, durante quatro (04) meses de atuação do Projeto. No desenvolvimento da pesquisa de campo, foi utilizado formulário elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (DPJ/CNJ) para

a obtenção dos resultados expostos na obra “Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais – Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra”, a qual tem como coordenador-geral Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (PUCRS-FBSP) e como coordenadores técnicos Jacqueline Sinhoretto (UFSCAR) e Renato Sérgio de Lima (FGV-FBSP). Tal formulário tem como base a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e contém os principais direcionamentos a serem considerados em práticas e rotinas dos agentes de segurança pública e do judiciário no momento da realização de realização das audiências, mas foi elaborado para a realidade de outras regiões e, portanto, alguns itens foram passíveis de interpretação diferenciada no contexto paraibano e adaptados para atender objetos de interesse de informação de órgãos locais de proteção e defesa dos Direitos Humanos.

Ressalte-se que foi obtida a autorização da Direção do Fórum Criminal para a realização dessa pesquisa e a possibilidade de posterior divulgação dos resultados, desde que resguardada a identidade dos envolvidos. Ademais, os dados obtidos estão sobre a guarda dos pesquisadores

envolvidos e consolidam o corpus de informações utilizadas na explicitação dos resultados da presente pesquisa.

## **2 GARANTISMO PENAL E O IMPASSE DO “ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURANTE” NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

A teoria garantista, na esfera penal, adota uma postura ideal, combinando convencionalismo penal e legalidade estrita com cognitivismo processual e estrita jurisdicionariedade pelo que objetiva criar um ambiente de segurança jurídica.

O convencionalismo se dirige ao legislador, atrelado ao princípio da legalidade, sendo indicado como “técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter "constitutivo" e não "regulamentar" daquilo que é punível” (FERRAJOLI, 2002, p. 31). O cognitivismo se refere ao processo de acepção e aplicação da norma, sendo, portanto, direcionado aos membros do judiciário e afeto, em maior grau, ao momento de justificação das decisões (FERRAJOLI, 2002, p. 33).

No garantismo penal, a combinação do convencionalismo com o cognitivismo buscou, fundamentalmente, a certeza na determinação do desvio punível e a separação entre direito e moral (FERRAJOLI, 2002). Com Ferrajoli, o garantismo se enviesa para uma abordagem mais próxima da realidade, numa tentativa de harmonizar os preceitos concernentes ao formalismo com a concretização normativa no sentido de que “o sistema seria mais garantista quando conseguisse minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico” (MAIA, 2000, p.42).

O ponto mais interessante é que, para Ferrajoli, “o garantismo surge exatamente pelo descompasso entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundadas nelas” e que “as atuações administrativas e policiais andam em descompasso com os preceitos estabelecidos nas normas estatais” (MAIA, 2000, p. 42). É justamente nesse âmbito de descompasso entre norma e realidade que surge o chamado ativismo judicial estrutural, impulsionado pelos três pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional – conceito que será detalhado no próximo tópico desse artigo –, quais sejam: 1) “violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que

afeta a um número amplo de pessoas”, 2) “verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação” e 3) o envolvimento de uma pluralidade de órgãos para a superação das falhas (CAMPOS, 2015).

Há certo receio quanto a um possível desequilíbrio entre as funções e separação dos poderes num cenário de “farta utilização do ativismo judicial”. Nesse sentido, o que Santoro (2005, p. 112) pontua como sendo uma judicialização da política nos leva a um impasse quanto à postura do STF, visto que assuntos polêmicos que deveriam ser debatidos na esfera política, no âmbito do Parlamento e da participação popular direta, estão cada vez mais sendo decididos na esfera jurídica. Se, por um lado, isso pretensamente agiliza a resolução de conflitos negligenciados pelos demais poderes do Estado, por outro lado, concentra muito poder no judiciário. Ferrajoli (2002, p. 709) diz que “o pressuposto de todo totalitarismo é sempre uma visão finalista do poder como bom, ou, seja como for, dotado de valor ético, graças à fonte de legitimação que o detém”, isso nos convida a refletir se tal concentração de poder pode vir a se tornar um risco para o Estado Democrático de Direito.



### **3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ADPF 347 E O DIÁLOGO ENTRE CORTES**

Tendo seu berço na Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, a expressão “estado de coisas inconstitucional” foi incorporada ao debate jurídico brasileiro por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Deve-se, posto isto, compreender a problemática da inserção deste conceito no Brasil, analisando seus pressupostos, sua associação com a ADPF 347, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente à discussão para, enfim, definir suas consequências e viabilidade.

O “Estado de Coisas Inconstitucional” é invocado em meio à presença de graves violações aos direitos humanos de um grande número de pessoas, tendo por objetivo a idealização de soluções para superar este cenário.

[...] uma situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (BRASIL, STF, ADPF nº 347, p. 2015).

É neste contexto que se insere a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, a qual trata da precariedade, ineficiência e barbaridade do sistema prisional brasileiro.

As prisões no Brasil são palcos de constantes violações aos direitos humanos. Embora exista uma rede de diversos dispositivos legais que assegurem os direitos dos presos, tanto na esfera nacional, por exemplos a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal; como no âmbito internacional, ressaltando-se, no caso brasileiro, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, todos os direitos e parâmetros de custódia estabelecidos por esta normativa são utopia diante de um déficit de vagas estrutural apresentado por um sistema que, conforme dados do INFOPEN, já ultrapassou a marca de 700.000 presos.

Diante desta situação de calamidade estrutural, buscando o reconhecimento de violações aos direitos humanos, e, conseqüentemente, a constatação do estado de coisas inconstitucional feita pelo STF busca uma superação do problema a partir de iniciativas conjuntas das instituições envolvidas com a problemática do sistema

penitenciário. Foi, então, pedido na ADPF 347 de 2015 e deferido, parcialmente, a liminar, em especial, a fim de que se realizem audiências de custódia para que o preso compareça, em até 24 horas, perante um juízo criminal, verificando-se, assim, a necessidade de manter a prisão, bem como, a possível ocorrência de abusos ou maus tratos decorrente da atividade de repressão estatal, assegurando o direito à ampla defesa e ao contraditório, princípios basilares do *devido processo penal* (SCARANCE FERNANDES, 2002). Neste ponto, exige a motivação expressa da impossibilidade por parte do juiz de aplicar penas alternativas à privativa de liberdade, tendo em vista o quadro tormentoso e caótico de hiperencarceramento.

Ultrapassando a distinção de nomenclatura entre ativismo camuflado e ativismo estrutural (CAMPOS, 2014, p. 314-322), a alegação do “estado de coisas inconstitucional” é um ativismo Judicial em seu fim, a medida em que, no caso estudado junto ao STF, sai do seu papel de julgar e garantir a constitucionalidade das normas, para adentrar no universo da realidade institucional, impondo ao Executivo e ao Legislativo o dever de elaborarem soluções para o problema. Aí é onde se encontra o cerne da questão: estaria o Judiciário

adentrando na competência da elaboração de políticas públicas ou sendo “apenas” um fiscalizador da efetivação das normas constitucionais, como se escusam os defensores da tese do ECI?

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade (MARCO AURÉLIO, BRASIL, STF, ADPF N<sup>o</sup> 347, 2015).

Incorporar um conceito de outro país, com as peculiaridades e desafios diariamente enfrentados pelo Brasil, apresenta-se de forma muito preocupante. Desde inferir o que, dentre tantos temas, é passível de ser declarado inconstitucional e será abordado pela ideia de ECI até a permissão de um ativismo judicial, o caminho se mostra um tanto quanto inseguro. Incorporar o sistema político à Corte Constitucional não figura como solução para as diversas mazelas do país, mas antes, mostra-se como uma complicação “sob o pretexto de dar eficácia aos

direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça” (DI GIORGI; CAMPILONGO, 2018).

Disposta esta problemática do “estado de coisas inconstitucional”, voltemos à análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), abordando o sistema prisional brasileiro, seus entraves e a posição do STF frente à questão. Nesse sentido, a necessidade de adotar providências urgentes acerca das prisões no país não surgiu apenas agora com o advento da arguição, mas é sim uma pauta antiga que já fora tratada, ademais, no plano internacional culminando em condenações por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil.

A ocorrência de medidas tomadas após a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 pelo Supremo Tribunal Federal, como a implantação das audiências de custódia, a necessidade de motivação e fundamentação na decisão, evitando a cooperação para o hiperencarceramento e a liberação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional para o seu real fim, são providências que já deviam ter sido adotadas e não têm sua origem propriamente na atividade jurisdicional da Corte. Este fato

encerra uma postura concernente ao “ativismo judicial estruturante”.

## **4 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: UM ATALHO PARA A EFETIVA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

### **4.1 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL**

Previsto nos mais diversos tratados internacionais de direitos humanos, as audiências de apresentação, “juizados de garantias” ou audiências de custódia, assim chamadas no Brasil, surgem com o escopo de encaminhar um preso provisório ao comparecimento de um juiz para que este analise a necessidade ou não de uma prisão, ocorrência de maus-tratos ou ilegalidade da prisão, desse modo, na tentativa de garantir o respeito aos direitos fundamentais do preso (MARQUES, 2016, p. 14). Entre os diversos tratados internacionais de direitos humanos que tratam do assunto, merece destaque, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também chamado de Pacto de San José da Costa Rica, que previu, em 1969, a necessidade de uma apresentação do preso à um juiz o quanto antes após sua prisão em seu artigo 7.5: “Toda pessoa presa,

detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”.

Vale ressaltar, que este tema foi igualmente abordado no Pacto de Direitos Civis e Políticos, em 1966, em seu artigo 9.3. Tal assunto também é relevante para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que em julgado de Acosta Calderón Vs. Equador, caracteriza a audiência de custódia: “[...] como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones” (CIDH, Caso Acosta Calderón v. Equador, 2005).

Contudo, passados quase 20 anos, em 2011, já com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem interna com caráter supralegal, começa-se a discutir no Brasil a implantação das audiências de custódia, principiando, de forma modesta e lenta, com a iniciativa do PLS 554/2011 que ainda hoje está em tramitação na Câmara dos Deputados, mas que foi de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, com o intuito de propor a alteração do art. 306 do Código de Processo Penal brasileiro, assim regulamentando as audiências de custódia

vinculadas ao momento da prisão (CHOUKR, 2016, p. 106). A apresentação do preso a um magistrado, de forma mais imediata possível após sua prisão, é uma garantia jurisdicional observada em boa parte das democracias contemporâneas. No Brasil, vigorava um entendimento falho de que: “[...] tendo em vista as peculiaridades da prisão em flagrante, o legislador deu à autoridade policial poder anômalo de verificar, em um primeiro momento, a presença do *fumus boni juris*” (SCARANCE FERNANDES, 2002, p. 168), em razão do disposto no art. 304 do Código de Processo Penal.

A imposição das audiências de custódia remodela esta perspectiva que dava à autoridade policial um imenso poder no momento da prisão. Talvez, daí, em parte tanta resistência apresentada junto às polícias em virtude da adoção deste modelo que basicamente impõe um controle judicial imediato. As avaliações tanto do *fumus boni juris* como do *periculum libertatis* requisitos para se determinar a prisão em flagrante jamais poderiam ser afastadas da apreciação judicial. A situação decorrente é grave em virtude da determinação de encarceramento, daí a relevância desta apreciação imediata de um juiz e a omissão deste monitoramento servia para naturalizar um



poder estranho à autoridade policial e agravar a situação de graves violações aos direitos humanos, muitas vezes, inclusive, pela completa ausência de comunicação da prisão ao juiz competente para avaliar os seus requisitos.

Ressalte-se que a inércia do Estado brasileiro acerca desse assunto apenas foi interrompida graças às condenações sofridas junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que apressou a adoção de medidas para dotar de maior racionalidade o problema de superpopulação carcerária observado no Brasil e seus efeitos sobre as condições do encarceramento, os maus tratos prisionais e outras graves violações aos direitos humanos observadas (torturas, etc.). Entre uma das principais mudanças levantadas pelo Senador estava a criação de um prazo máximo de 24 horas para a apresentação do preso à presença um juiz após sua prisão, para que seja garantida a integridade física e psíquica, coibindo qualquer tortura e qualquer possível ilegalidade da prisão.(BRASIL, SENADO FEDERAL, PLS nº 554, 2011) Certamente, este remodelamento trouxe inconvenientes para o exercício de poder anômalo por parte da autoridade policial acima descrito.

## 4.2 PROJETO “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”

Criado no início de 2015 em uma colaboração do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), o projeto “audiência de custódia”, encabeçado pelo então presidente do STF Ministro Ricardo Lewandowski, visava justamente a implantação das audiências de custódia para garantir a integridade física e prevenir o potencial abuso e atentado aos direitos humanos dos presos. O projeto contou no início com 15 estados brasileiros aceitando participar, entre eles, no Nordeste brasileiro, os estados da Paraíba e de Pernambuco (MARQUES, 2016, p.11).

Impulsionado pelo crescimento dos números de presos provisórios, que segundo dados da época (2014), chegavam a 41% do total de presos no Brasil, o CNJ se justificando na possível perda de legitimidade do direito de punir e o alto custo financeiro do preso para o Estado buscou mitigar esse número de presos provisórios com medidas cautelares diversas da prisão que serão analisadas e aplicadas durante as audiências de custódia (BRASIL, CNJ, Audiência de Custódia, p. 3).

### 4.3 A RESOLUÇÃO N° 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Datada de 15 de dezembro de 2015, a Resolução N° 213 do CNJ, que entrou em vigor em fevereiro de 2016, surge para regulamentar as audiências de custódia enquanto não é aprovada lei federal que trate do assunto. O instrumento que serviu de base a presente pesquisa foi produzido com base nas normas e diretrizes contidas na presente Resolução.

As audiências de custódia no Brasil estão fundamentadas no Pacto de São José da Costa Rica e na decisão transitada em julgado de setembro de 2015, no qual o Supremo Tribunal Federal concedeu, parcialmente, a cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 de requerimento do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Nesta ADPF 347, foi solicitado, entre outras coisas, que os juízes e tribunais começassem a realizar audiências de custódia, assegurando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados da prisão (BRASIL, STF, ADPF nº 347/2015). A partir daí, ficou decidido que os juízes e tribunais deveriam implantar as tais audiências de

custódia, em até noventa dias da publicação da Resolução nº 213, conforme artigo 15 da respectiva resolução (BRASIL, CNJ, Resolução nº 213/2018).

Contando com 17 artigos, um protocolo com os procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão e um protocolo com os procedimentos para a oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis. Definido este processo de forma organizada, o próprio CNJ providenciou um fluxograma de como deveriam funcionar as audiências de custódia<sup>7</sup>:

É clara, portanto, a importância das audiências de custódia neste contexto de violações aos direitos humanos e hiperencarceramento, visto que um dos diversos problemas no sistema penitenciário brasileiro é o número de prisões provisórias. A imediata apreciação judicial abre espaço para a fiscalização de abusos do poder de polícia e a avaliação da proporcionalidade na medida imposta.

## **5 MONITORAMENTO DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM JOÃO PESSOA-PB**

---

<sup>7</sup> Fluxograma disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>.

O monitoramento das audiências de Custódias em João Pessoa, no Estado da Paraíba, foi realizada por uma extensão da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), desenvolvida no âmbito do PROBEX 2017, intitulada: “Assessoria Técnico-Jurídica e de Pesquisas Quantitativo-qualitativas para o fortalecimento da Política Estadual de Prevenção e Combate à Tortura e ao Tratamento Cruel e Desumano”, vinculada ao Grupo de Pesquisas de Política Criminal e Prisões (GPOC) do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos e do Departamento de Direito Público da UFPB. Dentre outros objetivos, buscou fiscalizar e identificar possíveis incongruências entre a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o procedimento prático das audiências de custódia na capital pessoense, assim como auxiliar o Conselho Estadual de Direitos Humanos (CEDH) e o Comitê Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (CEPCT), fornecendo dados concretos para a sua atuação.

O campo de coleta dos dados foi o Fórum Criminal Ministro Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello, em João Pessoa. A base de dados desta pesquisa é proveniente do preenchimento de um total de 184 formulários.

## 5.1 RESULTADOS

### 5.1.1 Perfil dos custodiados

Ficou registrado que a maioria dos presos corresponde àquele estereótipo padrão de criminoso: homens, negros, jovens, desempregados ou com trabalhos informais e com filhos dependentes. Diante disso, seguem alguns dados, referentes às categorias específicas presentes no formulário padrão utilizado como instrumento de pesquisa:

I) **Gênero:** segundo os dados obtidos, 78,95% eram homens, enquanto o número de mulheres foi de 20,75%, sendo registrada, ainda, uma custodiada que era transexual feminina (0,3%).

II) **Raça/cor:** apesar de ter existido dificuldades por parte dos extensionistas no preenchimento desse dado, pois não havia autodeclaração, chegou-se à conclusão de que os negros representam a maior população entre os custodiados, somando 47,87%, enquanto que os brancos totalizaram 27,4% e os pardos 24,7%, estes últimos estando relativamente equiparados<sup>8</sup>. Assim sendo, negros e pardos representam mais de 60% dos custodiados, considerando o perfil étnico aproximado;

---

<sup>8</sup> Esta análise foi feita por fenótipo.

III) **Estereótipo de criminoso:** esse tópico foi polêmico entre os discentes e coordenadores envolvidos no projeto, pois, no próprio formulário feito com base na Resolução nº 213 do CNJ constava tal quesito para ser preenchido de acordo com a subjetividade de cada um dos extensionistas, remetendo à observância de uma “presunção de periculosidade” e as possíveis características de um criminoso nato, teoria desenvolvida com emprego do método positivista por Cesare Lombroso, em 1876, e que se encontra superada nos dias atuais. Apesar disso, houve o entendimento que a maioria dos custodiados não apresentavam o estereótipo padrão de criminoso (57,2%) e em 5,75% dos casos os discentes não souberam opinar. A reflexão foi feita com base no imaginário social dos próprios pesquisadores o que torna igualmente uma categoria falha e que merece ser desprezada em termos de universalização dos resultados obtidos, sob o risco de se legitimar claramente uma “teoria de sujeitos e classes perigosas”;

IV) **Idade:** a pesquisa mostra que a maioria é jovem, entre 18 e 25 anos (41,02%), enquanto quase 1/3 representa custodiados entre 25 e 40 anos (31,25%), em seguida, o intervalo entre 40 e 55 anos é minoritário

(10,6%). Ainda assim, existiram audiências em que o juiz não perguntou a idade do custodiado (17,1%);

V) **Residência fixa:** a maioria dos custodiados tinham residência fixa (79,3%), mas houve casos em que não foi informado (14,7%). A minoria não tinha residência fixa (6%). Vale ressaltar que, os juízes consideravam como residência fixa o endereço no qual o réu poderia ser encontrado, entretanto, algumas vezes eles não sabiam dizer o próprio endereço;

VI) **Trabalho:** o número de custodiados que trabalhavam informalmente (52,2%) é maior do que os que tinham trabalho formal (14,4%), sendo como critério para a distinção a assinatura na carteira de trabalho. O número de desempregados representava quase  $\frac{1}{4}$  (24,37%), e em algumas audiências o trabalho não foi questionado (8,75%). O conjunto que engloba trabalho formal e residência fixa se mostrava como propulsor da liberdade provisória;

VII) **Antecedentes:** o número de custodiados com antecedentes (38,02%) e sem antecedentes (39,72%) eram aproximados. Houve uma controvérsia nesse tópico no que tange aos crimes cometidos durante a menoridade (1,57%), processos em curso (4,75%) e antecedentes prescritos



(1,82%), que foram considerados sob o argumento de que isto influencia no perfil subjetivo do custodiado. Entretanto, alguns dos crimes cometidos durante a menoridade não foram considerados como antecedentes (3,62%), e em poucos casos a questão dos antecedentes não foi levantada (10,2%).

### **5.1.2 A defesa, o crime imputado na audiência e a decisão do juiz**

Em relação à defesa dos custodiados, 62% foram defendidos por advogados particulares e 38% por defensores públicos. Nesse contexto foram aferidos dados sobre a instrução e comunicação prévias do custodiado com a defensoria pública. Dos entrevistados, 51% não foi comunicado previamente sobre sua defesa; 34% afirmou que não foi informado em momento algum; 3% foi informado pouco antes da audiência e 12% foi comunicado durante a audiência sobre a assistência da defensoria pública.

Dos crimes imputados na audiência, a maioria era de roubo, estando incluído, nessa categoria, suas variadas formas: impróprio, qualificado e tentado. O crime de furto e o de tráfico também foram classificados dessa maneira. Ressalte-se que a questão do tráfico qualificado consistia na

entrada, em presídios masculinos, de mulheres com drogas inseridas em partes íntimas, sendo inclusive um dos crimes mais frequente imputados nas audiências às mulheres.

Nesta perspectiva, dos custodiados, 21% fora imputado por roubo; 16% por tráfico; 8% por furto; 3% por violência doméstica e 52% por outras modalidades delituosas.

Comparativamente à realidade da cidade do Rio de Janeiro há diferenças sensíveis em relação a João Pessoa. Naquela observa-se que 33% dos custodiados respondem por roubo; 22% por tráfico; 28% por furto; 3% por receptação e, finalmente, 14% por crimes outros.

Apesar dos crimes tratados na audiência de custódia serem de percentuais um pouco distintos em João Pessoa e no Rio de Janeiro, a decisão do juiz é o que mais os aproxima. Dentre as outras medidas adotadas pelo Judiciário de João Pessoa, encontra-se o encaminhamento para a CAPS ou para a Vara de Execuções Penais.

Em João Pessoa observou-se que em 55% dos casos a decisão foi pela prisão preventiva; 38% liberdade com medida cautelar; 4% o relaxamento da prisão; 1% liberdade sem medida cautelar e 2% outras decisões. 64% dos casos, o juiz determinou a prisão. Em contra-partida, no Rio de Janeiro aferiu-se que 64% das decisões foram pela

prisão preventiva; 31% liberdade com medida cautelar; 2,8% relaxamento da prisão e 2,2% liberdade sem medida cautelar.

### **5.1.3 Verificação dos maus tratos**

O juiz, ao não perguntar acerca dos maus tratos, está descumprindo as ordens estabelecidas pela Resolução nº 213 do CNJ, mais especificamente em seu art. 8º, incisos V e VI. Na pesquisa constatou-se que, de forma explícita, apenas em 49,9% dos casos o juiz perguntou sobre a ocorrência de maus tratos; 19,4% afirmou que a indagação quanto aos maus tratos se deu de forma indireta e em 30,6% não houve a indagação. Nos casos em que a arguição sobre maus tratos se deu de forma direta, 15,02% afirmou que ocorreram maus tratos e destes, por sua vez, 17,35% com indícios físicos e 82,65% dos casos não havia indícios físicos de agressão ou maus tratos. A autoridade judicial encaminhou ao órgão competente apenas 27,07% dos custodiados. Os que afirmaram a não ocorrência de maus tratos atingiu percentual de 84,97%.

Ademais, em 100% dos casos, havia agentes (polícia militar ou agentes penitenciários) na sala de audiências, estando, em alguns episódios, encapuzados ou com armamentos pesados. Tal fator, acreditamos, é um forte inibidor quanto ao momento de questionamento sobre os maus tratos no momento da prisão. Isto dificulta o funcionamento correto das Audiências de Custódia, embora, pelo menos, deveria ser assegurado que os condutores, responsáveis pela prisão, não participassem deste momento, porque é sobretudo uma oportunidade para a defesa.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pesquisa de campo pautou-se numa comparação entre o disposto na Resolução nº 213 do CNJ e a prática judiciária em termos de audiências de custódia. A partir da análise do art. 8º, inciso I, da resolução supracitada, que estabelece a necessidade de o juiz explicar o que é a audiência de custódia e quais questões serão analisadas pelo juízo durante a ocorrência dela, verificou-se que 56,1% dos juízes seguiram a determinação de tal artigo, enquanto 43,9% não cumpriram tal determinação. Assim, a média

dos juízes que não informavam o funcionamento e fundamentos da Audiência de Custódia e sua função para a defesa do réu aproxima-se da metade dos casos.

Ademais, o inciso II do artigo supracitado garante o direito do custodiado de ser entrevistado sem o uso de algemas, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito. Entretanto, o uso de algemas no Fórum Criminal de João Pessoa constitui a regra e não a exceção, visto que, em 98% dos casos, os réus se encontravam algemados, devido a Portaria nº 01/2015, que foi editada pelos próprios juízes do Fórum, basicamente suprimindo o uso excepcional de algemas e estabelecendo-o como regra. A Portaria considerou algumas questões, como a estrutura física das salas do andar e resolveu, de forma geral e abstrata, que todos os presos devem ingressar e permanecer de algemas.

Quanto ao inciso III, é disposto que o juiz deverá explicitar ao custodiado seu direito de permanecer em silêncio, sem que incorra em prejuízo para este. Entretanto, em 35,07% dos casos os juízes não explicaram, enquanto que em 65,17% sim. Ao analisarmos cada juiz separadamente, obtivemos o seguinte resultado: i) Juiz 1:

em 51% dos casos não explicitou o direito de o custodiado permanecer em silêncio; ii) Juiz 2: Em nenhum caso explicitou o direito de o custodiado permanecer em silêncio; iii) Juiz 3: em 17% dos casos não explicitou o direito de o custodiado permanecer em silêncio e; iv) Juiz 4: em 71% dos casos não explicitou o direito de o custodiado permanecer em silêncio.

Nesse sentido, é possível fazer uma conexão entre o não reconhecimento do direito de permanecer em silêncio e a confissão do crime, algo que pode ser observado no fato de que, apesar de 44,07% terem negado a prática do crime, 35,82% confessaram espontaneamente, enquanto o juiz perguntava detalhes sobre o ocorrido, 4,8% confessaram por pressão do juiz e 15,32% não confessaram.

Por fim, levando-se em consideração a ideia da audiência de custódia como instrumento de desencarceramento, o que foi observado é que, na prática, não é bem isso o que ocorre, porque, conforme demonstrado no presente artigo, no caso de João Pessoa, 55% das custódias em flagrante importaram na decretação de preventiva, liberdade com medida cautelar foi aplicada em 39% dos casos e as demais hipóteses: relaxamento, liberdade sem medida cautelar e outros (confusão de autoria, presença de justificção etc.)

não chegaram a 6% das hipóteses de custódias objeto da presente pesquisa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. **Audiência de custódia**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso: 05 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais. Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra**. Coordenador-geral Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (PUCRS-FBSP) e coordenadores técnicos Jacqueline Sinhoretto (UFSCAR) e Renato Sérgio de Lima (FGV-FBSP).

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. **Resolução nº 213 de 15/05/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso: 05 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso: 05 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

**Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso: 05 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado PLS 554/2011**. Altera o §1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2947033&disposition=inline>>. Acesso: 05 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, data da decisão 09 de mar. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso: 05 mar. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Acosta Calderón v. Equador, 2005. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf)>. Acesso: 05 mar. 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Audiência de custódia: resultados preliminares e percepções teórico-práticas. *In*: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: Fmp, 2016. Disponível em:



<[http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-Book-AUDIENCIA\\_DE\\_CUSTODIA.pdf](http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf)>. Acesso: 05 mar. 2018.

DI GIORGI, R.; CAMPILONGO, C.; FARIA, J. E. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso: 05 mar 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em :<<https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>>. Acesso: 05 mar. 2018.

INSTITUTO DE ESTUDOS DA RELIGIÃO (ISER). Imparcialidade ou Cegueira: um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais. **Comunicações Iser**. Rio de Janeiro, ano 35, nº 70, dez./2016. Disponível em: <[https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Artigo-Audiencias-de-custodia\\_Comunicacoes-ISER.pdf](https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Artigo-Audiencias-de-custodia_Comunicacoes-ISER.pdf)>. Acesso: 05 mar. 2018.

KURY, Mário da Gama. Têmis. *In*: \_\_\_\_\_. **Dicionário de mitologia grega e romana**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 145, p.41-46, jan. /mar. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/553>>. Acesso: 05 mar. 2018.

MARQUES, Mateus. Sobre a implantação da audiência de custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível. *In*: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: Fmp, 2016. Disponível em: <[http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-Book-AUDIENCIA\\_DE\\_CUSTODIA.pdf](http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf)>. Acesso: 05 mar. 2018.

SANTORO, Emilio. **Estado de Direito e Interpretação**: Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

# LEI MARIA DA PENHA, TRANSEXUALIDADE E TRAVESTILIDADE: OS RUÍDOS DE UMA PAUTA NAS TRAMAS DO ESTADO

Adriana Dias Vieira\*  
Tuanny Soeiro Sousa\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a análise da aplicabilidade da Lei 11.340/2006 a mulheres transexuais e travestis. Nossa proposta é analisar como o Estado tem se manifestado em relação a essa demanda.

Para isso, examinemos os documentos estatais que trabalham a (im)possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais e travestis no Brasil. Trata-se, portanto, de uma pesquisa documental que elege como documentos de análise: 1) os enunciados da Comissão Permanente de Violência Doméstica e Familiar contra a

---

\* Doutora em Direito pela Università degli Studi di Firenze (2015). Professora da Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: adrianadvieira@yahoo.com.br.

\*\* Doutoranda em Ciências Jurídicas no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento- Linha 3. E-mail: tusoeiro@hotmail.com.

Mulher (CONPEVID) do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPNG); 2) o Procedimento Administrativo nº MPPR-0046.16.034637-8; 3) oito decisões judiciais encontradas em sítios dos Tribunais de Justiça e dos Diários de Justiça dos estados e do Distrito Federal concernentes ao tema.

Tais documentos são frutos de um levantamento que vem sendo realizado em pesquisa doutoral no intuito de traçar as linhas discursivas estatais sobre a nova demanda de aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais e travestis.

O estudo está dividido em três partes: na primeira, analisamos a violência doméstica como violência de gênero; na segunda, examinamos as experiências identitárias transexuais e travestis como legítimas demandantes do reconhecimento de que podem ser vítimas da violência doméstica e intrafamiliar disposta na Lei Maria da Penha; por último, analisamos as decisões estatais sobre o assunto através de análise documental.

## **2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO**

A Lei 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, tem como intuito a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Trata-se de uma das principais legislações protetivas de mulheres em situação de violência, já tendo sido considerada uma das melhores legislações do mundo.

Esse instituto é um produto das demandas dos movimentos feministas brasileiros que, desde a década de 70, lutaram para que o Estado reconhecesse o caráter especial da violência doméstica, visto ser um produto de um contexto social de desigualdade existente entre homens e mulheres. É partindo dessa perspectiva que a legislação define, em seu art. 5º, a violência doméstica e familiar contra a mulher como sendo “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (grifo nosso).

O gênero diz respeito às normas sociais que produzem e cristalizam no imaginário popular as idealizações hierárquicas sobre o que é ser homem e o que é ser mulher. Estas são normas produzidas no seio da história e servem de base para o modo como os sujeitos performatizam seus atos e reconhecem uns aos outros. Sendo, portanto, um

dispositivo cultural, o gênero não pode ser reduzido à natureza, ainda que em determinados momentos tenha uma aparência reificada (BUTLER, 2004; 2015).

Em geral, os discursos e normas de gênero definem e hierarquizam os padrões de feminilidade e masculinidade que circulam no seio social. Tratam-se de características que tentam encerrar, de uma vez por todas, a divisão binária entre homens e mulheres, atribuindo aos primeiros alguns atributos – racionalidade, violência, competitividade –, e outros – fragilidade, docilidade, passividade – às segundas (LOURO, 2010).

Na complexidade do social, é impossível que os sujeitos consigam corporificar com sucesso e sem falha tais padrões, entretanto esses atributos servem de caldo cultural para o conjunto de atos que definem a expressão identitária de homens e mulheres em um determinado momento histórico, incluindo o processo de hierarquização de uma identidade sobre a outra (LOURO, 2010).

Nesse sentido, afirmar que a violência doméstica e familiar contra a mulher é uma violência de gênero, significa elencar as relações de poder desiguais entre homens e mulheres como sendo o ponto nodal de

reprodução de diversas formas de violências, sejam elas simbólicas, físicas ou letais (BANDEIRA, 2014).

A demanda feminista pelo reconhecimento da violência doméstica pelo Estado como uma violência de gênero é bem expressa na frase: “em briga de marido e mulher se mete a colher”. Isso porque antes da criação das primeiras Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher na década de 80, não existia qualquer instituição estatal que assistisse mulheres em situações de violência doméstica, especialmente por se acreditar que o âmbito privado não deveria sofrer intervenções estatais (BANDEIRA, 2014).

Ao destacar que a violência doméstica é um problema político, os movimentos feministas legitimam o Estado a interferir nas relações familiares e conjugais para proteger mulheres que sofrem em razão de um contexto de desigualdade social entre os gêneros.

O termo gênero aqui é especialmente polêmico. Isso porque, como afirmamos anteriormente, os atos que performatizam suas normas costumam falhar e é nesse momento que conseguimos observar o surgimento de práticas identitárias que não se alinham à coerência e continuidade entre os termos sexo e gênero. É o caso da transexualidade e da travestilidade. Se é possível que

alguém se reconheça como mulher e como feminina independentemente do sexo que lhe foi designado no nascimento, seria possível afirmar que esse sujeito também sofre violência de gênero? É o que analisaremos na seção seguinte.

### **3 TRANSEXUALIDADE, TRAVESTILIDADE E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

A transexualidade e a travestilidade são fenômenos identitários nos quais a reificação do gênero pode ser observada como falha, pois, apesar de designados como pertencentes a determinado sexo no momento do nascimento, esses sujeitos se reconhecem como pertencentes ao outro gênero (BENTO, 2006; 2008; LEITE JUNIOR, 2011; TEIXEIRA, 2013).

No caso específico das mulheres transexuais e travestis, observa-se a designação do sexo masculino, mas expressões identitárias do gênero feminino. Isso significa dizer que as mulheres transexuais são mulheres, pois performatizam os atos classificados como próprios desse gênero. Já as travestis não costumam se afirmar mulheres,



apesar de demandarem um tratamento feminino (DUQUE, 2011; PELÚCIO, 2009).

Não se pode afirmar que existe uma “mulher verdadeira” e uma “mulher transexual”, ou seja, uma “mulher falsa”. Tampouco se pode afirmar que existe uma “mulher biológica” e uma “mulher transexual”. Como vimos anteriormente, o gênero advém de constructos culturais, e assim, as expressões identitárias, seja de homens ou mulheres, são construídas socialmente. Podemos falar em mulheres-cis, aquelas que foram designadas com o gênero com o qual se identificam no momento do nascimento, e mulheres trans, incluídas nesse termo guarda-chuva as mulheres transexuais e travestis.

Nesse sentido, não existe uma hierarquia entre as experiências, apesar de existirem diferenças em qualquer forma de vivenciar a mulheridade, pois essa expressão identitária é sempre atravessada por outros marcadores sociais como a raça e a classe social (SAFFIOTI, 2004).

Logo, por estarem inseridas em um contexto de desvalorização dos atributos femininos responsáveis pela hierarquia existente entre homens e mulheres, mulheres transexuais e travestis também estão suscetíveis a vivenciar a violência doméstica e familiar.

Por mais que não existam estudos brasileiros que especificamente destaquem a violência doméstica e familiar como um problema vivenciado por esses sujeitos, são nos documentos judiciais analisados que percebemos como essa violência se manifesta. Para exemplificar, observe-se o trecho da seguinte decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

Trata-se de Inquérito policial que apura crimes de ameaças e lesões corporais praticados por Rafael Souza Fernandes contra R.A.D. conhecido no meio social como Raquel. Consta que no dia 23/09/2017, por volta de 03h00, ao chegar em sua casa [...], o seu companheiro a agrediu com socos no rosto, quebrando-lhe o nariz, provavelmente contrariado porque ela saía para tomar cerveja com uma amiga. Raquel trancou-se no banheiro, mas Rafael conseguiu arrombar a porta e continuou a agredi-la, dessa vez usando um pedaço de madeira com o qual a golpeou várias vezes no ombro. A vítima conseguiu fugir e procurou se refugiar na casa dos vizinhos, os quais trancaram a porta para não se envolverem na contenda. O agressor continuou a espancá-la com pauladas, causando fratura no joelho esquerdo, enquanto proferia ofensas morais e ameaças de matá-la. Só parou quando percebeu a chegada de policiais militares, quando fugiu do local.

Como vítimas da violência doméstica, as mulheres transexuais e travestis demandam para si a aplicação da Lei Maria da Penha. Cabe destacar que o art. 2º do referido diploma legal preceitua toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Neste sentido, destaca-se que a norma objetiva a proteção de “Toda mulher”. Desse modo presume-se que as mulheres transexuais também estejam protegidas pela legislação, apesar de não haver expressa menção ao assunto como há no caso da orientação sexual.

O art. 5º, em seu parágrafo único, afirma que: “as relações enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. O termo orientação sexual é utilizado pela militância LGBT (Lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) para se referir ao desejo sexual dos sujeitos, ou seja, para designar a identidade de gays e lésbicas, enquanto o termo identidade de gênero é utilizado para designar a experiência transexual e travesti (FACCHINI; SIMÕES, 2009). Nesse caso, como a Lei Maria da Penha é uma legislação voltada para o combate e prevenção da violência doméstica praticada contra mulheres, poderíamos

inferir que o parágrafo único do art. 5º está se referindo às agressões ocorridas em um contexto homoafetivo entre lésbicas.

O Projeto de Lei (PL) 8.032/2014, de autoria de Jandira Feghali, tem o intuito de deixar expressa a proteção prevista na Lei 11.340/2006 às pessoas transexuais através da modificação do parágrafo único do art. 5º que passaria a ter a seguinte redação: “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual e se aplicam às pessoas transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres”. Entretanto, por mais que tal Projeto afirme querer ampliar a proteção da Lei Maria da Penha a transexuais e transgêneros, não parece contemplar a identidade travesti.

Vale ressaltar que o termo “transgênero” entra no Brasil através da influência dos movimentos transexuais internacionais que estiveram em diálogo com as militantes trans brasileiras. É derivado do termo inglês “transgender” utilizado, nos Estados Unidos, como guarda-chuva para se referir às experiências de gênero dissonantes, ou seja, aquelas que não seguem a ordem e coerência entre o sexo, o gênero e o desejo. No Brasil, passou a ser utilizado como uma palavra útil para contemplar as identidades de

travestis e transexuais, entretanto, foi rejeitada por algumas redes de militância, em decorrência do não reconhecimento identitário no termo, especialmente por tratar de experiências de outros países (CARVALHO; CARRARA, 2013). Portanto, ainda que o Projeto enuncie o termo “transgênero”, é perceptível, através da linguagem utilizada em sua justificativa, que se trata somente de mulheres transexuais. Independentemente da aprovação do Projeto, iniciam-se os diálogos institucionais sobre a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais e travestis e é sobre os documentos coletados na pesquisa que nos debruçamos na próxima seção.

#### **4 LEI MARIA DA PENHA, TRANSEXUALIDADE E TRAVESTILIDADE NAS TRAMAS DO ESTADO**

Um dos enunciados da Comissão Permanente de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (CONPEVID) criada pelo Grupo Nacional dos Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPGE) que tem por intuito orientar os Promotores de Justiça em relação à aplicação da Lei Maria da Penha,

dispõe: “A lei Maria da Penha pode ser aplicada a mulheres transexuais e/ou travestis, independente de cirurgia de transgenitalização, alteração do nome ou sexo no documento civil”. Nesse caso, não só estão contempladas mulheres transexuais e travestis, como também dispensa a necessidade de retificação dos documentos ou realização de cirurgia de transgenitalização.

Tal tentativa de unificação da orientação dos Promotores de Justiça em relação ao tema passa a ser uma importante ferramenta de fiscalização da aplicação das garantias previstas na Lei Maria da Penha a travestis e transexuais. Além disso, tende a evitar que membros do Ministério Público possam solicitar a não aplicação da LMP nesses casos, como aconteceu na Ação 20113873908 da 1ª Vara Criminal de Anápolis, na qual o Promotor de Justiça, diante de um caso de violência doméstica praticada contra uma mulher transexual, afirmou que não se aplicaria a Lei 11.340/2006 em razão de serem vítima e agressor pessoas do mesmo sexo.

Diante do enunciado da CONPEVID, o Ministério Público do Estado do Paraná, através do Procedimento Administrativo nº MPPR-0046.16.034637-8, manifestou-se pela plena aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres

transexuais e travestis, determinando o atendimento desses sujeitos pela Delegacia da Mulher do Estado do Paraná. Tal procedimento foi instaurado em decorrência da recusa da Delegacia da Mulher em atender uma mulher transexual. Em sua resposta à Promotoria, a Delegada da instituição afirmou que, diante do Decreto 7.844/2013, compete à Delegacia da Mulher adotar medidas necessárias para investigação, prevenção, repressão e processamento das infrações penais praticadas contra pessoas do sexo feminino, fato que não abarcaria as experiências de mulheres transexuais e travestis. Além disso, afirmou a carência estrutural para atendimento das demandas já existentes quando relata que a Delegacia em questão apenas em 2016 instaurou 2.382 inquéritos policiais com trabalho ininterrupto de 24 h, reiterando que não consegue atender as necessidades das Mulheres Curitibanas, chamando atenção para a impossibilidade de “ainda arcar com o atendimento e cuidados merecidos pelas vítimas transexuais de violência doméstica e sexual”

Para fundamentar a sua decisão de aplicabilidade da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais e travestis, com consequente atendimento nas Delegacias da Mulher, o Ministério Público do estado do Paraná parte de duas linhas

de argumentação: de um lado, afirma a dignidade humana e acesso aos direitos de travestis e transexuais; e de outro, coloca esses sujeitos no mesmo contexto de outras mulheres que sofrem violência doméstica em decorrência da desigualdade existente entre os gêneros na sociedade.

Afirma o Ministério Público que gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT) sofrem discriminação tanto por parte da sociedade, quanto por instâncias do poder público ao pretenderem tratamento igualitário no que tange às promessas de cidadania já contempladas pelo ordenamento jurídico. Também destaca pesquisa da Associação Nacional de Travestis (ANTRA) que aponta que a expectativa de vida das mulheres trans é de 35 anos, que 90% desses sujeitos estão envolvidos com o mercado sexual, e que 40% deles já tentaram cometer suicídio. Diante dessa situação, a instituição ministerial afirma que travestis e transexuais encontram-se constitucionalmente respaldados a possuir direitos igualitários e uma vida sem preconceitos, necessitando ter suas dignidades resguardadas.

Além disso, o Ministério Público relembra que o objetivo de criação da Lei Maria da Penha é combater a violência doméstica e familiar diante de um contexto que relega um



local secundário a mulheres tanto nas sociedades, quanto no âmbito das famílias. Nesse sentido, as mulheres transexuais e travestis sofrem discriminações ampliadas, não apenas por possuírem o gênero feminino, como também por rejeitarem o sexo que lhes fora designado no momento do nascimento.

A instituição relembra que o art. 5º da Lei Maria da Penha trata de violência baseada no gênero, destacando a importância dos papéis socialmente construídos e não das determinações biológicas. Em atitude contrária à Delegacia da Mulher do Estado do Paraná que se recusou a atender uma mulher transexual, o Gabinete do Delegado Geral da Polícia Civil do Estado do Ceará, através da Portaria nº 30/2017, ampliou o atendimento especializado nas Delegacias de Defesa da Mulher às mulheres transexuais e travestis sob o argumento de que a Lei Maria da Penha tem o intuito de prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher em razão do gênero, e não do sexo biológico, não excluindo, portanto, dessa proteção, aqueles sujeitos que se identificam com o gênero feminino, apesar de terem sido designadas como pertencentes ao sexo masculino no momento do nascimento.

No campo Judiciário, encontramos oito ações concernentes à demanda de aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais. Abaixo segue a descrição dos casos: i) Processo 201103873908 da 1ª Vara Criminal de Anápolis, jugado em 2011, concernente à prática de violência doméstica contra mulher transexual, abrangendo agressões físicas e verbais, expulsão de casa, injúrias, ofensas à integridade física, ameaças, e danos materiais aos seu imóvel. O Ministério Público alegou que, por serem vítima e agressor do mesmo sexo, não se aplicaria a Lei 11.340/2006, e sim a Lei 9.099/95. A magistrada do caso decidiu pela aplicação da LMP à vítima; ii) Mandado de Segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000 julgado pela 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo referente ao indeferimento de medida protetiva de urgência à uma mulher transexual pela Vara Central de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher sob o argumento de que as medidas pleiteadas têm por objetivo a prevenção e coibição de violência doméstica e familiar motivada por desigualdade de gênero em face da mulher, excluindo a aplicação no caso de vítima biologicamente pertencente ao sexo masculino. O Tribunal de Justiça

decidiu pela aplicação da Lei Maria da Penha à vítima transexual.

Ainda no que diz respeito as ações concernentes à demanda de aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais: iii) Agravo de Instrumento nº 31230/2015 julgado pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso concernente à indeferimento de medida protetiva de urgência pela 2ª Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Cuiabá/MT a uma mulher transexual em razão da vítima ser biologicamente do sexo masculino. O Tribunal decidiu por aplicação da Lei Maria da Penha à vítima; iv) Processo nº 0018790-25.2017.8.19.0004 julgado pelo Juízo de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Gonçalo. Trata-se de pedido de deferimento de medida protetiva de urgência em face de uma mulher transexual contra a mãe que tentou interná-la sem sua vontade no intuito de “curar” sua transexualidade. O Juiz decidiu por aplicação da Lei Maria da Penha com conseqüente deferimento de medida protetiva de urgência; v) Agravo de Instrumento nº 1.0382.15.013206-8/001 julgado pela 1ª Câmara Criminal do tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais referente ao indeferimento de

medida protetiva e urgência em face de uma mulher transexual sob a alegação de que a vítima seria do sexo masculino. O Tribunal decidiu por aplicação da Lei Maria da Penha à vítima;

No mesmo sentido: vi) **Processo nº 0004269-86.2017.814.0401** referente à decisão de incompetência da 3ª Vara do Juizado de Violência Doméstica da comarca de Belém em decorrência da vítima ser do sexo masculino, apesar de se identificar como transexual. O mesmo processo passou pela 4ª Vara de Juizado Especial Criminal, que declarou conflito negativo de competência por compreender que a vítima deveria ter a Lei Maria da Penha aplicada a si. Diante desse impasse, o Tribunal de Justiça do estado do Pará decidiu pela aplicação da Lei Maria da Penha à vítima; vii) Agravo de Instrumento nº 008555-53.2017.8.19.0000 julgado pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual houve indeferimento de pedido de medida protetiva de urgência por parte do Juízo de Direito do V Juizado de Violência Doméstica da Comarca do Rio de Janeiro a uma mulher transexual agredida pelo seu namorado, um homem transexual. O Tribunal decidiu pela aplicação da lei Maria da Penha, com consequente aplicação de medida protetiva

de urgência à vítima; viii) Processo nº 20171610076127RSE julgado pela 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Tratou-se de recurso interposto pelo Ministério Público contra decisão do Juizado de Violência Doméstica que declinou a competência para julgar caso envolvendo violência doméstica contra uma mulher transexual em razão de seu sexo biológico. O Tribunal decidiu pela aplicação da Lei Maria da Penha à vítima.

É perceptível, através de breve análise dos casos, significativo número de Juizados de Violência contra a Mulher e Tribunais de Justiça vêm se manifestando pela aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais. Nenhuma dessas ações, entretanto, trata de questões referentes à aplicabilidade da legislação a travestis.

Vale a pena mencionar também o Enunciado nº 46 aprovado em 2017 no Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher (FONAVID) que conta com a seguinte redação: “A lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei 11.340/2006”. O FONAVID é um encontro nacional que

ocorre anualmente com Juízes de Violência Doméstica contra a Mulher. Seus enunciados têm o intuito de orientar os procedimentos dos operadores do Direito e servidores que trabalham com os casos de violência doméstica em todo país.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A violência doméstica e familiar contra a mulher pode ser classificada como uma violência de gênero. Isso significa afirmar que ela acontece no contexto de desigualdade existente entre homens e mulheres. Foi nesse contexto de desigualdade que os movimentos feministas brasileiros, diante das altas taxas de violência doméstica contra mulheres, pleiteiem frente ao Estado a produção de uma legislação específica de combate à violência doméstica. Assim nasceu a Lei Maria da Penha.

Como a violência doméstica é um fenômeno que, em geral, manifesta-se contra pessoas do gênero feminino, é possível afirmar que as mulheres transexuais e travestis também podem ser vítimas desse tipo de agressão. Logo demandam para si a aplicação da Lei Maria da Penha. Apesar de não existir um dispositivo expreso nessa

legislação que ampare as mulheres transexuais e travestis, assim como o faz com as mulheres lésbicas, algumas instituições estatais vêm se manifestando a favor dessa aplicação, especialmente porque a lei deixa claro que a violência doméstica é uma violência de gênero.

Nos documentos levantados e analisados, observamos a manifestação do Ministério Público através dos enunciados da Comissão Permanente de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (CONPEVID) e do Procedimento Administrativo nº MPPR-0046.16.034637-8. Além disso, notamos uma tendência das instituições judiciais em deferir a aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais e travestis.

## **REFERÊNCIAS**

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico de investigação. In: **Revista Sociedade e Estado**. v. 29, nº 2, Maio/Agosto de 2014.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**. Sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Gramond, 2006.

\_\_\_\_\_. **O que é transexualidade.** São Paulo: Brasiliense, 2008.

BUTLER, Judith. **Undoing gender.** New York: Routledge, 2004.

\_\_\_\_\_. **Problemas de gênero:** Feminismo e subversão de identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

DUQUE, Tiago. **Montagem e desmontagem.** Desejo, estigma e vergonha entre travestis adolescentes. São Paulo: Annablume, 2011.

CARVALHO, Mario. CARRARA, Sergio. Em direção a um futuro trans? Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. **Sexualidad, Salud y Sociedad. Revista Latinoamericana**, nº. 14, p. 319-351.

FACCHINI, Regina; SIMÕES, Júlio Assis. **Na trilha do arco-íris.** Do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

LEITE JR, Jorge. **Nossos corpos também mudam.** A invenção das categorias “travesti” e “transexual” no discurso científico. São Paulo: Annablume, 2011.

LOURO, Guacira. O corpo educado: pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira (Org). **O corpo educado:** pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2010

PELÚCIO, Larissa. **Abjeção e desejo:** uma etnografia travesti sobre o modelo preventivo de aids. São Paulo: Annablume, 2009.



SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

TEIXEIRA, Flávia. **Dispositivos de dor: saberes – poderes que (con)formam a transexualidade**. São Paulo: AnnaBlume, 2013.

**O DIREITO COMO PRÁTICA SOCIAL E A LUTA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS: REFLEXÕES SOCIOLÓGICAS SOBRE A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE, PELO ACESSO À *CANNABIS SATIVA* MEDICINAL NO BRASIL**

Lucas Lopes Oliveira\*  
Luciano Nascimento Silva\*\*

---

\* Doutorando em Ciências Jurídicas pela UFPB, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento- Linha 3. E-mail: lucasoliveira.sol74@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente texto trata-se de uma articulação entre o saber produzido pela sociologia jurídica, notadamente a reflexão de Emílio Santoro sobre a concepção de direito como prática social, e as possíveis contribuições que esta perspectiva epistemológica pode trazer na produção de compreensão do fenômeno da construção judicial do direito ao acesso à *cannabis sativa* para fins medicinais. Neste sentido, este ensaio teórico reflexivo promove a inter-relação discursiva entre o referencial teórico proposto e um dado fenômeno social investigado. Partimos então para um diálogo sobre as contribuições de Emílio Santoro à sociologia jurídica, para então promover uma análise do tema em questão. Assim, este texto constitui-se de reflexões iniciais sobre a aproximação do referencial teórico da sociologia jurídica e o objeto de estudo doutoral desenvolvido junto ao PPGCJ/UFPB, intitulado 'Etnografando a construção do direito ao acesso à maconha

---

\*\*Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela Università del Salento, Itália (2016). Colaborador Permanente no PPGCJ e no PPGDH, ambos da UFPB. E-mail: lucianonascimento@hotmail.com.

medicinal em um contexto proibicionista: desafios e possibilidades frente aos direitos humanos', em desenvolvimento.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

## **2 DIREITO ENQUANTO PRÁTICA SOCIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMULAÇÃO DE EMÍLIO SANTORO**

A matriz epistemológica do direito tem sido algo de constante debate desde o século XIX. Houveram várias tentativas de legitimar, deslegitimar o relegitimar o direito enquanto saber científico. Para tanto era necessário a reflexão sobre seus métodos, objetos e princípios. Houveram teorias que buscavam compreender o direito enquanto ciência jurídica. Cleve (1983) a partir de seu estudo busca demonstrar a emergência destas teorias. As primeiras de base mais sociológica, chamadas de sociologismos, buscavam aproveitar muito dos deslocamentos teóricos proposto pela sociologia, principalmente a partir dos estudos de Durkheim (2007) que consagrou as ciências sociais como uma ciência voltada

para os estudos dos fatos sociais a partir de metodologias causais.

Outra corrente buscava se afastar deste modelo causal-explicativo e buscava ver o direito como uma ciência valorativa. Assim, este direito que por ser valorativo se expressava enquanto ciência jurídica normativa. O principal expoente desta corrente foi Hans Kelsen (1998) que construiu uma das mais importantes teorias do direito: a teoria pura do direito. Esta teoria buscava encarar o direito como puro dever ser. A partir daí seria construído uma teoria do direito que se afastasse da sociologia, da antropologia, da ciência política e etc. Para fazer isto reduziu o estado a um ordenamento jurídico escalonado em forma de pirâmide (SANTORO, 2005). Neste sentido, seria direito o que conseguisse validade normativa a partir de um critério formal de vigência, que seria a correspondência com a norma hierarquicamente superior.

A formulação de Kelsen, conforme bem observou Santoro (2005), de grande engenhosidade e inovação, provou por mostrar-se obsoleta frente a gradual incorporação de valores materiais e princípios ao corpo normativo das Constituições, principalmente no Pós-Segunda Guerra Mundial. Estes valores punham em xeque a

metodologia meramente formal de análise Kelseniana. A subsunção do fato à norma, método por excelência do positivismo normativista, se tornaria ineficaz para ler realidades principiológicas e com certa carga de materialidade.

Neste ponto, vivemos um paradigma em crise e a compreensão do direito e formulações de metodologias de análise tornam-se fundamentais para a ciência do direito contemporânea. Isto em um contexto de gradual corrosão das soberanias, fontes tradicionais de legitimidade do direito moderno, e imposição de pressões políticas dos mercados. Esta imprevisão é chamada por Bauman (1998) de modernidade líquida, que corrói a solidez de muito dos pilares fundantes da ciência contemporânea a partir da dissolução das formas sociais.

Neste contexto de instabilidade política provocado pela globalização (ZOLO, 2010) e de crise epistemológica do direito, Emílio Santoro (2005) pensou no direito sobre uma matriz de pensamento que se liga a contribuição dos pensadores das ciências sociais ao direito. Para Santoro o direito seria uma prática social, no sentido de ser expressão de um fazer a partir da comunidade de interpretes do direito. Esta perspectiva se analisada com calma pode

provocar importante leitura sobre as ciências jurídicas em tempos de crise epistemológica e de grande dinamicidade social.

Observar o direito enquanto uma prática social nos permite garantir a formação de uma perspectiva socio-jurídica que se possa aproximar do fenômeno jurídico e das manifestações sociais. Unindo direito e sociedade, a partir do agir e do fazer da comunidade de interpretes, permite observar que o direito é dinâmico e social por excelência. Isto nos permite aproximar nossa análise das demandas sociais que chegam ao direito e exigem respostas efetivas dos operadores jurídicos.

### **3 A LUTA PELO ACESSO À MACONHA MEDICINAL: UMA CONSTRUÇÃO DO DIREITO A PARTIR DA SOCIEDADE**

Nosso objeto de estudo doutoral que está em curso visa analisar o processo de construção social do direito ao acesso à cannabis medicinal no Brasil. Tentaremos fazer esta análise a partir dos Direitos Humanos em diálogo com a sociologia jurídica e a antropologia jurídica. Está aí nossa aproximação com a problemática acima apresentada por Emílio Santoro.

A cannabis, no Brasil, se encontra proscrita pela atual Lei de Drogas, que criminaliza várias condutas relacionados a produção, uso e comercialização de drogas tidas pelo Estado como ilícitas. Ocorre que esta criminalização data de um momento histórico específico. Diferente da retórica hegemônica, que tenta transparecer o presente como eternamente continuado, a proibição da cannabis sativa data historicamente do começo do século XX e foi capitaneado pelos EUA respondendo a um movimento interno de restrição do uso de drogas e outros vícios tidos como perigosos ao capitalismo (RODRIGUES, 2008). Antes desta proibição, a cannabis era vendida em farmácia e em feiras livres como remédio indicado para várias doenças (CARLINI, 2010), ou seja, estava incorporada nas práticas de cura popular. A partir da reestruturação da política sobre a vida, chamada por Foucault (2014) de biopolítica, e da ascensão do discurso médico, foi possível a estruturação de um controle policial sobre drogas que iria dividi-las em dois grupos: as lícitas, na qual se estruturaria toda uma tecnologia econômica de poder, e as ilícitas que seriam reprimidas e relegadas ao mercado clandestino.

A matriz epistemológica que fundamenta este processo adveio dos discursos médicos e jurídicos da época. É

importante destacar a influência dos discursos do racismo científico nesta construção discursiva e na prática das epistemologias médicas e jurídicas (SCHWARCZ, 1993). Entre os grandes teóricos do proibicionismo estavam representantes das teorias da eugenia, como Rodrigues Dória (2016), cujo ensaio pioneiro dos fundamentos epistemológicos da criminalização da maconha a partir dos pressupostos da antropologia criminal e medicina legal da época, intitulado “Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício”, unia as ideias de inferioridade racial ao uso da maconha. Esta formulação científica foi muito útil ao controle social da época que se voltou ao controle sobre as classes populares e a população negra. Esta repressão acabou incidindo no encobrimento de práticas culturais relacionadas a medicina popular e a espiritualidade da população negra (SAAD, 2013). Ver-se, portanto, que a criminalização da maconha se deu com fundamento em discursos racistas. Ver-se, também, que o proibicionismo se sustenta, na atualidade, sobre a atuação de um sistema penal caracterizado pelo racismo como componente operativo do sistema penal (CARVALHO, 2013). É importante destacar que a maioria das pessoas presas por tráfico de drogas no Brasil são negras e pobres em situação



socioeconômica que pode se caracterizar como de vulnerabilidade social (CASTILHO, 2009; JESUS, 2011).

Após quase um século de proibição, o discurso repressivo já mostra desgaste. Uma das principais fontes de descredito da repressão como regra discursiva são as demandas dos movimentos sociais que se agregam na luta pelo direito ao acesso a uma planta proscrita pelo proibicionismo, mas de fundamental importância no tratamento de diversas doenças: a cannabis sativa.

As descobertas recentes da medicina no que diz respeito aos canabinoides e seu potencial terapêutico nos convida e refletir sobre a possibilidade de uma revisão na classificação da cannabis como substância proscrita (ZUARDI, 2006). A luta de várias mães, pais, familiares no geral e pacientes de cannabis medicinais trouxe à tona o lado mais contraditório do proibicionismo: alegar defender a saúde pública, mas violando concretamente o direito à saúde. Uma das estratégias de luta, muito usada pelos movimentos sociais no Brasil, foi a de judicialização.

Através de ações judiciais foi possível conseguir várias mudanças que trouxeram significativo impacto no direito ao acesso à maconha medicinal. Desde a primeira ação judicial sobre o tema que garantiu a menina Anny Ficher o

direito de importar remédios à base de canabidiol (CBD) no Brasil, várias outras ações seguiram e são momentos importantes desta luta. Na Paraíba um grupo de 16 famílias conseguiu, via Ação Civil Pública, o direito de importar medicamentos à base de CBD, sendo a primeira ação coletiva no Brasil sobre este tema. Logo após várias ações judiciais neste sentido a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) teve de reclassificar os canabinoides, primeiramente o CBD e logo após o Tetra-hidrocanabinol (THC). Também recentemente uma associação, a Associação Brasileira de Apoio Cannabis Esperança (Abrace Esperança), também na Paraíba, conseguiu o direito de cultivar cannabis para a produção de medicamentos à base de CBD e THC. Outras estratégias judiciais envolvem ações que visavam garantir o fornecimento gratuito de medicamentos à base de canabinoides pelo Sistema Único de Saúde e a impetração de *habeas corpus* com o intuito de garantir o direito à liberdade daqueles que plantam cannabis para o tratamento e fabricam seus remédios por via fitoterápica.

Observa-se que pouco do arcabouço normativo mudou por via de atos do legislativo. Na prática estes avanços se deram com uma mudança cultural na sociedade que

promoveu a conscientização sobre o tema e, principalmente, por via de ações judiciais. Até as mudanças no contexto da ANVISA que reclassificou CBD e THC como substâncias não mais proscritas, mas sim de uso controlado se deram após um contexto de derrotas judiciais por parte da autarquia sanitária. Assim, a importância da luta dentro do judiciário para os pacientes de cannabis medicinal e seus familiares tem destaque. Apesar de que ainda falta muito o que se conseguir, afinal estes provimentos foram restritos se considerar a crescente demanda, podemos observar que de meados de 2014 onde todas as formas de uso de derivados de cannabis estavam proscritas à ilegalidade, para hoje onde observamos um número crescente de pessoas que conseguem sucesso no seu tratamento por via da cannabis. Muitas destas pessoas usando dentro da legalidade a partir de provimentos judiciais. Encontra-se aí um importante local onde foi possível reverberar as demandas dos movimentos sociais em defesa da cannabis medicinal.

É de olho nestas formas de judicialização que tentamos realizar um diálogo com o pensamento de Emílio Santoro e sua contribuição para a sociologia do direito. Ao se afastar da antropologia liberal e sua concepção de direito já dado

na lei, permite que se compreenda o direito enquanto dinâmica social, com possibilidade interpretativa e de construção intersubjetiva. Para descobrir o direito seria necessário olhar a práxis da comunidade de interpretes e como os marcos jurídicos são interpretados à luz das demandas sociais e das mudanças culturais.

Esta formulação nos permite compreender a dinâmica social e como o direito é chamado a responder por conflitos novos a cada dia. As descobertas científicas constituem um importante local sobre os quais demandam novas regulamentações e desconstituições de antigas regulamentações baseadas em paradigmas científicos em crise (KUHN, 2006). Nesta dinâmica intensa de transformação social e informacional provocada pela globalização corre-se o risco de o direito perder cada vez mais seu potencial de andar a passos largos em sentido oposto às demandas sociais. Estes desafios demandam uma postura que oxigenasse o direito e que dê respostas a estas demandas.

Sendo o direito uma prática social torna-se fundamental a compreensão dos *habitus* (BOURDIEU, 1996) dos juristas e das lutas sociais daqueles que demandam positivamente o judiciário. Assim, cultura e sociedade se ligam intimamente

ao direito e apenas a partir desta visão dinâmica, que se afasta da antropologia liberal, é que se pode refletir na construção de uma cultura jurídica transformadora e que possa superar velhos paradigmas normativos. O direito ao acesso à maconha medicinal no Brasil está em processo de construção e advém, em grande parte, de uma mudança na cultura jurídica realizada pela militância e pelos atores jurídicos que participaram deste processo.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente texto, estruturado sob a forma de ensaio, buscou refletir sobre os impactos das contribuições do pensamento de Emílio Santoro nos estudos sociológicos do Direito e como tal ferramenta discursiva pode ajudar a trazer luz sobre a temática doutoral que propomos a investigar, qual seja, o direito ao acesso à maconha medicinal no Brasil.

Nosso estudo parte de uma análise genealógica em diálogo com a antropologia jurídica de forma a evidenciar como ocorre o processo de constituição do direito ao acesso à cannabis no Brasil. Ao afirmarmos que tal direito é construído por via de judicialização de pacientes e seus

familiares nos atentamos justamente para o caráter dinâmico do direito, nunca dado e sempre em constante modificação a partir do fazer da comunidade de interpretes e das teses que lhes são submetidas a apreciação. Assim, os atores jurídicos desempenharam um importante papel ao se permitirem aliar-se aos movimentos sociais e modificar o paradigma jurídico por via de seu fazer.

Com destaque temos a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), órgão do Ministério Público Federal, que no estado da Paraíba, promoveu duas importantes Ações Cíveis Públicas que visavam garantir o direito ao acesso à cannabis medicinal, tanto pela via da autorização para importação, quanto pela via da tentativa de fornecimento gratuito de remédios pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Também a PFDC atuou como fiscal da lei na ação que garantiu a uma associação o direito de plantar e produzir estratos de cannabis sativa no Brasil, opinando pela legalidade da prática da referida associação. Também, em muitos locais, a parceira com as Defensorias Públicas foram importantes parceiras do movimento social ao levar suas demandas ao judiciário. A advocacia como uma instituição essencial a administração da justiça, por via de vários advogados que lutaram por esta causa, também

exerceu importante papel nesta construção. Importância impar também, e principalmente, é o trabalho de associações de pacientes como a Liga Canábica da Paraíba e a ABRACE, que fizeram importante trabalho cultural de luta contra um preconceito relacionado a esta planta. Este discurso em defesa da maconha medicinal ao chegar nos órgãos do judiciário e nos tribunais conseguiram provocar importantes mudanças no direito, gerando precedentes e decisões importantes que produziram mudanças em termos de efetividade dos direitos humanos das pessoas que usam maconha medicinal no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalization**. The Human Consequences. Cambridge: Polity Press, 1998.

CARLINI, Elisaldo A. Pesquisas com a maconha no Brasil. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo , v. 32, supl. 1, p. 53-54, maio 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44462006000200015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000200015&lng=en&nrm=iso)>. Acesso: 15 fev. 2019.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CLÉVE, Clemerson Merlin. **O Direito e os Direitos** - Uma Introdução a Análise do Direito Contemporâneo. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, 1983.

BOURDIEU, Pierre. **Razões Práticas:** sobre a teoria da ação. Campinas: Papyrus Editora, 1996.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. et ali (Org.). **Série Pensando o Direito:** Tráfico de Drogas e Constituição. Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro/Universidade de Brasília: Rio de Janeiro/Brasília, 2009.

DÓRIA, Rodrigues. Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício. *In:* MACRAE, Eduard. et ali (Org.). **Fumo de Angola:** cannabis, racismo, resistência cultural e pespiritualidade. Salvador: EDUFBA, 2016.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1:** A vontade de saber. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

JESUS, Maria Gorete Marques de (Org.). **Prisão Provisória e Lei de Drogas:** um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudo da Violência da USP, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Perspectiva, 2006.



RODRIGUES, Thiago. Trafico, guerra e proibição. In: LABATE, Beatriz Caiuby e outros (Org.). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: EDUFABA, 2008.

SAAD, Luísa Gonçalves. “**Fumo de negro**”: a criminalização da maconha no Brasil (c. 1890-1932). Dissertações de Mestrado (PPGH). Universidade Federal da Bahia, 2013.

SANTORO, Emilio. **Estado de Direito e interpretação**. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

ZUARDI, Antonio Waldo. História da cannabis como medicamento: uma revisão. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 153-157, Jun./2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44462006000200015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000200015&lng=en&nrm=iso)>. Acesso: 15 fev. 2019.

**Título II**  
**Pluralismo, Não-discriminação e Direitos Humanos de**  
**Refugiados e Migrantes**

**DIGNITÀ, PLURALISM**  
**DECODIFICARE LE DISCF**  
**RILEVANTI**

**ANTIDISCRIMINAZIONE.**  
**ZIONI GIURIDICAMENTE**

*Quando a una parola faccio far tanto lavoro, le pago sempre un extra-Humpty Dumpty<sup>9</sup>*

## 1 PREMESSA

Il terreno del diritto antidiscriminatorio, così come l'analisi dei fenomeni discriminatori all'interno delle società contemporanee, sconta un livello di incertezza ineliminabile, insito nella natura stessa del termine che incorpora significati molteplici e si presenta come categoria necessariamente aperta.

Partendo dall'etimologia, infatti, il vocabolo 'discriminare' deriva dal latino *discrimināre*, derivato di *discrīmen -inis* 'separazione' e da *discernĕre* 'discernere' e nel suo significato primo implica, quindi, un'attività conoscitiva di attribuzione valutativa, ossia "distinguere, separare, fare una differenza: *la storia ... non può d. i fatti in*

---

\*PhD em Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa (Itália). Pesquisadora na Universidade de Florença (Itália) e no Centro interuniversitário. E-mail: sofia.ciuffoletti@unifi.it.

<sup>9</sup> CARROLL, L. **Through the Looking-Glass, and What Alice Found There**. Macmillan, 1871 (trad. mia).

*buoni e cattivi* (B. Croce)”<sup>10</sup>. Se, poi, pensiamo alla semantica giuridica, il termine chiama tradizionalmente alla memoria le cosiddette ‘discriminanti’ o ‘scriminanti’ in ambito penale.

Nella accezione negativa il termine passa a significare la condotta del “trattare con evidente disparità di giudizio e di trattamento, anche assol.: d. gli anziani] ≈ emarginare, ghettizzare, isolare, penalizzare, segregare<sup>11</sup>”. Il termine contrario indicato è, infatti, rappresentato dal vocabolo ‘integrare’. Ed è in questo passaggio linguistico che il termine si lega indissolubilmente con la categoria della ‘disparità’, cui resterà legato fatalmente nell’operazione di decodifica giuridica. Sembra, quindi, che la discriminazione acquisti valore negativo in quanto categoria giuridica legata alla disuguaglianza. La conseguenza logica è stata una costruzione relazionale della tutela antidiscriminatoria e una forzata ricerca di comparazione nell’analisi e nell’individuazione delle discriminazioni giuridicamente rilevanti.

Se operiamo una decodifica *prima facie* della struttura di riferimento della tutela antidiscriminatoria ci appare chiaro

---

<sup>10</sup> Cf: <<http://www.treccani.it/vocabolario/discriminare>>

<sup>11</sup> *Ibidem.*

come questa sia costruita *per relationem* rispetto a una serie di fattori (i cosiddetti *grounds of discrimination*) che hanno la caratteristica di costituire una lista aperta i cui termini sono variabili, mai costanti e soggetti a cambiamenti e interventi, solitamente di carattere additivo.

Ecco, dunque, due caratteri centrali della tutela antidiscriminatoria oggi, la necessaria connessione con l'ambito della disparità e la identificazione di un fattore che costituisce quella che potremmo chiamare la premessa ideologica del comportamento discriminatorio.

## **2 I CARATTERI SALIENTI DELLE DISCRIMINAZIONI GIURIDICAMENTE RILEVANTI**

Parallelamente al principio di uguaglianza, uno dei caratteri tipici della tutela anti-discriminatoria è rappresentato dalla trasversalità giuridica (costituita dai campi giuridici in cui opera, che vanno dal diritto costituzionale, al diritto del lavoro, dal diritto risarcitorio civile, al diritto penale). Questa “crisi di identità del diritto antidiscriminatorio” (KHAITAN, 2015, p. 24) alla ricerca di una propria autonomia, in realtà costituisce forse il più rilevante vantaggio in una prospettiva teorica che vede

nell'attività giurisdizionale il perno della vitalità del sistema di protezione dei diritti<sup>12</sup>.

Tradizionalmente, infatti, la tutela antidiscriminatoria si è costruita attraverso le decisioni giurisprudenziali delle corti, dapprima a livello domestico e, successivamente, in ambito internazionale e sovranazionale europeo, grazie alla spinta acceleratrice della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti Umani (MICOLANO, 2009).

Questa dimensione pragmatica della tutela antidiscriminatoria ha permesso, nel tempo, di costruire una griglia concettuale dei caratteri che hanno informato la nozione di discriminazione all'interno della prassi giurisprudenziale della comunità degli interpreti.

Esiste una forte connessione tra quella che in ambito di *common law* possiamo chiamare "*equal protection clause*" e in ambito continentale è tradotta nel principio di uguaglianza formale e sostanziale e la nascita della tutela antidiscriminatoria. Storicamente la dottrina fa risalire la nascita della tutela anti-discriminatoria a livello statale alla vicenda che ha portato all'emanazione del XIV

---

<sup>12</sup> Per una discussione in prospettiva gius-realista e anti-formalista del diritto si veda: SANTORO, 2008.

emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America nel 1870. L'eco della "*equal protection clause*" come formulata nel XIV emendamento fu, poi adottata, dagli ordinamenti di India, Canada e Sudafrica<sup>13</sup>. In particolare la vicenda indiana inserisce l'ambito antidiscriminatorio nella propria Costituzione all'art. 14 con una clausola in tutto simile alla *equal protection clause* statunitense<sup>14</sup>, ma aggiunge all'art 15 un mandato specifico per le *affirmative actions* che sono state uno strumento essenziale per attuare quell'opera di costituzionalizzazione della realtà sociale.

Il forte accento egualitario, in queste prime esperienze di tutela antidiscriminatoria, è fondato sulla necessità di operare all'interno di società fortemente diseguali (gli Stati Uniti dominati dal modello schiavista e segregazionista, l'India del sistema delle caste, il Sudafrica *post-apartheid* (TARNOPOLSKY, 1982)<sup>15</sup>, costruite secondo una gerarchizzazione di gruppi secondo il modello gruppo

---

<sup>13</sup> Un interessante lavoro comparativo sugli ordinamenti di Stati Uniti, India, Sudafrica e Canada è il report di: FREDMAN, S. **Comparative study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South Africa and India**, European Commission, 2013. Disponibile: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/014f442a-abe3-4dfd-b688-43cda49c15db/language-en>>.

<sup>14</sup> "The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India"

<sup>15</sup> Il caso del Canada è diverso ed è legato alla forte impronta pluralista dell'esperienza sociale canadese.

dominante-gruppi subalterni. Come afferma Granville Austin con riferimento alla Costituzione dell'India indipendente, la tutela antidiscriminatoria è stato uno degli strumenti che ha permesso all'ordinamento giuridico di imprimere so much impetus toward changing and rebuilding society for the common good (AUSTIN, 1999).

## 2.1 SOGGETTIVITÀ E DISCRIMINAZIONE

Accanto all'alleanza fra principio di uguaglianza e tutela anti-discriminatoria, sin dai primi strumenti a livello domestico e internazionale e ancor più compiutamente con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del Consiglio d'Europa (1950) e il Patto Internazionale per i diritti civili e politici delle Nazioni Unite (1966), comincia a delinearsi un'altra linea di congiuntura destinata a plasmare indelebilmente il concetto di anti-discriminazione e il nostro modo di intendere oggi le discriminazioni giuridicamente pertinenti. Basti osservare la formulazione di alcuni fra questi strumenti:

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such



as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status (Article 14, European Convention for the Protection of Human Rights).

[...] the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status (Article 26, International Covenant on Civil and Political Rights).

Il punto di congiunzione tra le due norme è costituito dai fattori di discriminazione che, anche questo è un dato giuridicamente pregnante, sono concepiti nello schema della categoria aperta. Questa dimensione liquida dei fattori rilevanti ai fini della tutela antidiscriminatoria costituisce il perno attorno a cui è ruotata la portata evolutiva della giurisprudenza in tema di antidiscriminazione a livello globale. Basti pensare che tra i fattori classici di discriminazione, quelli per intenderci riassunti nei due strumenti di diritto internazionale appena citati, è assente la discriminazione per età, ossia quella tipologia di discriminazione che si è attestata nel tempo come uno dei principali fattori di discriminazione all'interno della

giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>16</sup>.

Così, a livello transnazionale, le corti hanno lavorato per l'espansione dei fattori di discriminazione<sup>17</sup> e riconosciuto la rilevanza di fattori come il peso (KRISTEN, 2002), l'aspetto fisico (POST, APPIAH, BUTLER, 2001.) o l'identità genetica (SILVERS, STEIN, 2002). Questa opera di espansione giurisprudenziale della tutela a includere fattori di discriminazione nuovi, legati ai mutamenti sociali e alla maggiore consapevolezza e tutela del pluralismo sociale e giuridico è stato definito da Fiss come "proliferazione della tutela" (FISS, 1974, p. 742-748)<sup>18</sup> e costringe gli studiosi dell'antidiscriminazione a osservare costantemente i molteplici interventi della giurisprudenza non solo italiana

---

<sup>16</sup> La discriminazione per età è stata definita la "cenerentola tra i fattori di discriminazione" (cfr. AMATO, F. **Discriminazione per età: Cenerentola troverà la sua scarpetta?** 2009. Disponibile: <<http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=269>>).

<sup>17</sup> Come ricorda Khaitan, op.cit., la Corte Suprema Canadese in *Law v. Canada*, [1999] 1 SCR 497, offre una ricostruzione attenta (con ampie citazioni dalla dottrina) dell'espansione giurisprudenziale della tutela antidiscriminatoria a includere fattori di discriminazione 'analoghi' a quelli espressamente indicati nella Section 15 della Canadian Charter of Rights and Freedoms.

<sup>18</sup> Per una discussione teorica si veda anche: MCCRUDDEN, C. Introduction, *In*: MCCRUDDEN, C. (Ed.). **Anti-Discrimination Law**. Ashgate, 2004.

ed europea, ma anche transnazionale (pensiamo alla tradizione giurisprudenziale canadese, indiana, sudafricana e statunitense) per provare ad ‘anticipare’ le nuove frontiere della tutela antidiscriminatoria.

D'altra parte, i cosiddetti *grounds* o fattori discriminazione operano un doppio livello di conversione dei fenomeni a livello sociale in fenomeni giuridicamente rilevanti. Da una parte tali fattori associano il concetto di discriminazione a una specifica caratteristica individuale, dall'altra costruiscono (con una vera e propria *fictio iuris*) una realtà sociale suddivisa in gruppi di appartenenza.

Come ricorda Lippert-Rasmussen (2014), infatti, la discriminazione opera una incorporazione dell'individuo all'interno di un gruppo sociale rilevante. Ritroviamo qui, quella tensione fra individuo e gruppo che è caratteristica del contesto antidiscriminatorio. Se, infatti, il diritto a non subire discriminazioni appare come diritto soggettivo perfetto, al contempo la tutela antidiscriminatoria restituisce l'immagine di uno spazio sociale organizzato in gruppi di affini (*cognate groups*) che sono riconosciuti come tali dal resto dei consociati a partire dalla teoria per cui la formazione dell'io è necessariamente sociale (BUTLER, 2001, p. 22-40) e dalle teorie sociali su identità (individuale

e collettiva), riconoscimento e appartenenza (EPSTEIN, 1978; FESTINGER, 1973; GOFFMAN, 1961; LÉVI-STRAUSS, 1977; MAUSS, 1938; MEAD, 1934; PARSONS, 1968). Eppure, nella conversione giuridica, il gruppo di riferimento perde qualsiasi sostrato di solidarietà, coerenza, senso identitario, storia condivisa, linguaggio o cultura. Si tratta, insomma, di un concetto lato di 'gruppo di affini' che non richiede, per essere accertato giuridicamente, alcuna riflessione intorno al criterio soggettivo della coscienza di appartenere a quel gruppo. Insomma, il soggetto è immediatamente percepito come appartenente al gruppo, al di là della propria auto-percezione. Il risultato di questa operazione, dunque, è un eterno ritorno all'individuo, che non è però visto nella sua sfera di autonomia individuale.

## 2.2 IL RISULTATO DELLA DISCRIMINAZIONE. IL CRITERIO DEL TRATTAMENTO DIFFERENZIALE SFAVOREVOLE

Questa condizione ci aiuta nella decodifica della rilevanza giuridica dei fenomeni di discriminazione, ponendo l'accento sul risultato e non sulle intenzioni dell'agente della discriminazione.

Sull'intento discriminatorio, la giurisprudenza si è a lungo interrogata e ha scelto strade diverse. Se, infatti, negli Stati Uniti è ancora necessario provare sempre l'intento discriminatorio per dimostrare una violazione del XIV emendamento<sup>19</sup>, in quasi tutte le altre giurisdizioni è ormai pacifica la natura oggettiva delle discriminazioni. In Italia la vicenda è stata affrontata con alterne fortune nell'ambito gius-lavoristico, fino alla recente sentenza della Cassazione<sup>20</sup> che riallinea la tutela italiana al modello costruito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. A fronte di un licenziamento a seguito della manifestata volontà della lavoratrice di sottoporsi a fecondazione *in vitro*, la Corte di Cassazione ha, infatti, affermato che la condotta discriminatoria, nella fattispecie per motivi di genere, è idonea, di per sé, a determinare la nullità del licenziamento, indipendentemente dalla prova di un intento soggettivo illecito. La sentenza richiama direttamente una pronuncia della Corte di Giustizia

---

<sup>19</sup> Per una discussione sull'intenzionalità delle azioni pubbliche discriminatorie negli Stati Uniti si veda: SEDLER, R. *The Role of Intent in Discrimination Analysis*. In: LOENE, T.; RODRIGUES, P. (Eds.). **Non Discrimination Law: Comparative Perspective**. Kluwer: The Hague, 1999.

<sup>20</sup> Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza n. 6575 del 18.12.2015/5.4.2016.

dell'Unione (sentenza del 26 febbraio 2008, causa C 506/06) che stabilisce che gli interventi diretti alla fecondazione assistita riguardano direttamente soltanto le donne. “Ne consegue che il licenziamento di una lavoratrice a causa essenzialmente del fatto che essa si sottoponga a questa fase importante di un trattamento di fecondazione *in vitro* costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso”.

D'altra parte, si sostiene tradizionalmente, l'idea stessa di un trattamento sfavorevole implica una riflessione comparativa: sfavorevole rispetto a cosa? Come dicevamo *supra* riguardo all'operazione di divisione della società in gruppi sociali rilevanti, anche la condizione del trattamento relativamente sfavorevole costringe l'operatore a una prospettiva comparata. Il gruppo entro cui l'individuo è incorporato deve scontare un grado di subalternità a livello sociale, deve, insomma esistere una diade gruppo sociale dominante/gruppo sociale marginale o subalterno (GUHA, 1982; GUHA, R.; SPIVAK, 1988; SPIVAK, 1988) <sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> A partire dalla nozione di subalternità sviluppata da: GRAMSCI, A. **Quaderni del carcere**. Torino: Einaud, 1977), la dottrina indiana dei Subaltern Studies ha costruito una categoria teorica ricca di spunti per la discussione critica della costruzione necessariamente comparativa della discriminazione.

## 2.3 IL MODELLO DI COMPARAZIONE

Questa diade si risolve nel criterio del cosiddetto modello di comparazione che nella giurisprudenza transnazionale è diventata una delle condizioni di riferimento per qualificare un'azione come discriminatoria. In pratica, è necessario rinvenire, all'interno del consesso sociale, un gruppo cui sia riservato un trattamento più favorevole.

Innumerevoli sono le sentenze che si arrovellano alla ricerca dell'elemento comparatore per fondare la tutela antidiscriminatoria. Paradigmatica, in questo senso, è la vicenda della Corte Suprema Canadese nel caso *Auton v. British Columbia*<sup>22</sup> che nega l'accesso gratuito alle terapie (*behavioral therapy*) ai bambini affetti da autismo in mancanza di un modello di comparazione per il concetto di livelli essenziali di assistenza (*core medical services*) tra persone non affette da autismo e bambini autistici. Un

---

<sup>22</sup> *Auton (Guardian ad litem of) v British Columbia (AG)*, [2004] 3 S.C.R. 657, 2004 SCC 78

meccanismo, insomma, che permetta la conversione dei livelli minimi assistenziali per i bambini autistici, innalzandoli rispetto al resto della popolazione. In mancanza di questo modello di comparazione all'interno del "resto della popolazione" la decodifica in termini giuridici della discriminazione giuridicamente rilevante offre un risultato negativo e la tutela non viene concessa (RÉAUME, 2013).

i) Critica alla comparazione necessaria: anche a seguito dei casi di 'stallo giurisprudenziale', come quello della Corte Suprema canadese in *Auton*, la dottrina si è interrogata a lungo sull'effettività della ricerca del modello comparatore e sulla congruità giuridica di tale operazione.

Un'altra delle dimensioni che illustrano in maniera plastica le criticità insite in questa ipostatizzazione della realtà sociale può essere fornita prendendo in esame il caso di studio delle discriminazioni basate sul genere. Assumendo una prospettiva necessariamente comparata, appare ineliminabile costruire la nozione di discriminazione per genere attraverso il binarismo normativo maschile/femminile e utilizzare il paradigma della vulnerabilità del femminile rispetto al maschile. In questo senso, a una analisi anche minima della



giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, appare evidente come la complessità sociale sia inevitabilmente ridotta alla diade gruppo femminile svantaggiato/gruppo maschile dominante con la conseguenza logica dell'appiattimento di ogni forma di tutela sul soggetto di diritti per eccellenza, ossia il gruppo maschile, che costituisce il modello comparatore e normalizza le esigenze di tutela.

Questo paradigma è stato messo in crisi dai casi di discriminazione nei confronti di donne in gravidanza. Questo particolare *status*, infatti, mette alle strette l'assunzione di una natura necessariamente comparativa della discriminazione. Quale gruppo sociale, infatti, è comparabile a quello delle donne in gravidanza? I tentativi, a dire il vero, si sono susseguiti, alimentando una forzatura (il)logica e accostando la gravidanza a uno stato di malattia, con un portato stigmatizzante che ha nutrito (e nutre) gli stereotipi intorno al femminile e alla maternità come condizione di 'indisposizione'.

Il superamento di questo paradigma argomentativo ha portato, nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso *Dekker*, alla decisione per cui lo stato di gravidanza costituisce un fattore di discriminazione

potenziale che non necessita, per l'accertamento del comportamento discriminatorio, di alcuna comparazione con un gruppo dominante.

D'altra parte, la dimensione necessariamente comparativa della discriminazione si espone a una ulteriore critica. Sheinman (2013, p. 37) riassume la questione attraverso l'esempio del trattamento differenziale nella ricompensa dei figli. Assumendo che i bambini siano altamente sensibili a ogni forma di discriminazione parentale, immaginiamo che una mamma ricompensi con un dolcetto solo la figlia perché ha mangiato tutte le sue verdure e non il fratellino che ha adempiuto allo stesso 'gravoso' compito. Il bambino si lamenterà e la sua lamentela dipenderà da una serie di fattori tra cui sicuramente si situa la comparazione con la sorella ("perché lei ha avuto un dolcetto e io no?"), ma anche l'implicito affidamento nel fatto che il suo comportamento merita una ricompensa. Infine, una concezione meramente egualitaria e comparativa delle discriminazioni potrebbe indurre a credere che la soluzione al problema consista nel riallineare la situazione togliendo la ricompensa alla bambina. Dubito fortemente che il fratellino sarà soddisfatto dalla strategia al ribasso (cd. *leveling down*

*objection*). Come mostrato da Réaume (2013, p. 16), la natura delle discriminazioni non è data unicamente dalla valutazione di un trattamento differenziale, ma da un ulteriore giudizio normativo positivo e legato al bene o servizio che è sentito come strettamente connesso alla dignità della persona. Basti pensare a come vengono formulate le pretese in ambito anti-discriminatorio. Ossia non tanto come pretese basate su argomenti strettamente egualitari, bensì attraverso un'argomentazione sulla qualità intrinseca di quel bene o servizio (una qualità, un interesse che si ritiene, eventualmente, di condividere con altri, ma che non nasce dalla constatazione astratta che altri gruppi ne usufruiscono). Questo appare chiaro se riflettiamo sulla discussione giuridica in merito alle leggi sul diritto di voto, o anche alla normativa sull'accesso alle prestazioni sociali.

In realtà, sarebbe utile riflettere su uno dei primi casi giurisprudenziali in materia di antidiscriminazione, ossia la sentenza storica in ambito statunitense, *Brown v. Board of Education*<sup>23</sup>. Con un *revirement* rispetto alla precedente argomentazione per cui la politica segregazionista nelle scuole pubbliche era legittima in quanto si fondava su un approccio egualitario (le stesse strutture, le stesse regole di

---

<sup>23</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

ingaggio del personale docente etc...) all'interno di un contesto di separazione, la Corte Suprema degli Stati Uniti sancisce che la politica segregazionista delle scuole pubbliche ammonta a discriminazione illegale. La questione non è discussa nei termini dell'uguaglianza formale, ma affrontata attraverso la qualità che un'educazione integrata, inclusiva e pluralista ha per lo sviluppo dei minori. Insomma, la illegittimità del segregazionismo è ricondotta a una dimensione di dignità e non di mera uguaglianza.

Infine, riguardo all'opera di incorporazione dell'individuo nel gruppo, quelle che ormai una retorica invalsa definisce, sulla scorta del paradigma della vulnerabilità, come minoranze non si auto-percepiscono come tali e forse neanche esistono a livello collettivo. Gli appartenenti a queste categorie si percepiscono in primo luogo come individui e sentono di avere diritti come individui, sulla base di un concetto di dignità che è in primo luogo legato all'autonomia individuale e all'autodeterminazione. Come acutamente osservato<sup>24</sup>, inoltre, quelle che noi chiamiamo minoranze non lo sono

---

<sup>24</sup> S. Niccolai, "When Minorities are 99%. The Lost Currency of Anti-Discrimination Law - Insights from Europe", in *Costituzionalismo.it*, 2/2015.x

più o, come nel caso delle donne, non lo sono probabilmente mai state, basterebbe questo dato per riconsiderare l'approccio teorico dell'antidiscriminazione fondata su basi meramente egualitarie e comparative.

ii) **Tassonomia minima delle discriminazioni:** la complessità del panorama giuridico e delle questioni critiche che abbracciano la categoria aperta delle discriminazioni può essere affrontata attraverso un'opera tassonomica che rispecchia la creatività giurisprudenziale in materia. È il ricco materiale esperienziale entro cui si manifestano e si codificano i fenomeni discriminatori a livello sociale (e la loro formalizzazione giurisdizionale) che fornisce alle Corti lo spunto per alcune distinzioni ormai classiche.

### **2.3.1 Discriminazioni percepite/pertinenti**

Una prima distinzione necessaria per le operatrici e gli operatori e per i giuristi risiede in questa diade.

Il concetto di **discriminazione percepita** rimanda alla discussione sulla natura aperta, flessibile e liquida del concetto di discriminazione. Si tratta, infatti, dell'immediata identificazione di una situazione come discriminatoria a

livello cognitivo personale, ossia della spinta motrice, a livello sociale, di ogni operazione di conversione giuridica in tema di fenomeni discriminatori. Riprendendo la definizione riportata nel glossario UNAR<sup>25</sup> “nelle indagini sui gruppi “a rischio di discriminazione” (ad es. le “*victim survey*”) con discriminazione percepita si indica l’atteggiamento di un soggetto rispetto all’appartenenza a un gruppo sociale potenzialmente discriminato. Tipicamente questo atteggiamento viene raccolto attraverso domande che hanno la seguente struttura: “Lei pensa che le persone appartenenti al suo gruppo sociale siano discriminate?”. La percezione della discriminazione non necessariamente implica che la persona sia stata effettivamente vittima di un qualche episodio di discriminazione.

Questa definizione coglie un punto molto importante, ossia che l’ascolto delle vittime (o delle potenziali vittime) aiuta a individuare situazioni discriminatorie anche in casi in cui la discriminazione non è evidente. D’altra parte, ‘il

---

<sup>25</sup> L’UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali è l’Equality Body italiano istituito nel 2003 (d.lgs. n. 215/2003) in seguito a una direttiva comunitaria (n. 2000/43/CE), che impone a ciascun Stato Membro di attivare un organismo appositamente dedicato a contrastare le forme di discriminazione. Disponibile: <<http://www.unar.it/>>.

pesce non vede l'acqua', ossia capita spesso (e capita a tutti noi) che le discriminazioni non vengano immediatamente percepite dalle vittime. Questo è un fenomeno particolarmente rilevante nelle discriminazioni istituzionali o sistemiche (v. *infra*) ed è il motivo per cui all'operatore e al giurista è richiesta un'analisi della realtà potenzialmente discriminatoria che prescindenda dalla segnalazione delle vittime e che porti alla rilevazione di situazioni critiche a tutela degli interessi diffusi di cui l'operatore è primo interprete.

L'opera di conversione e decodifica degli elementi giuridicamente rilevanti che trasformano una discriminazione percepita in una **discriminazione pertinente** (nel glossario UNAR: "Si tratta della valutazione data a seguito della procedura istruttoria attraverso cui le operatrici e gli operatori di primo o secondo livello accertano se una segnalazione di discriminazione presenta le caratteristiche minime per essere trattata come tale) costituisce la pratica quotidiana degli e operatrici e operatori dell'antidiscriminazione.

### **2.3.2 Tipologie di discriminazioni**

Come dicevamo *supra*, la pratica giurisprudenziale delle corti prima e la formalizzazione legislativa in seguito, hanno individuato una prima distinzione, ormai invalsa, almeno in ambito europeo, tra discriminazioni dirette e indirette.

La differenza tra i due tipi di discriminazione è più sottile di quanto si tenda a ipotizzare, anche a livello giurisprudenziale, tanto che alcuni ordinamenti (e la pratica argomentativa di alcune corti) resiste all'introduzione di questa distinzione<sup>26</sup>.

Tracciare una linea netta, almeno a livello definitorio, è d'altra parte possibile. Il diritto dell'Unione Europea fornisce in tal senso un utile strumento, definendo le **discriminazioni dirette** come "quelle situazioni in cui per motivi di razza, origine etnica, credo religioso o personale, disabilità, età o orientamento sessuale, una persona è

---

<sup>26</sup> La Corte Suprema canadese, per esempio, ha sempre resistito a tracciare una distinzione netta tra discriminazioni dirette e indirette. Così come la Corte Suprema Indiana, in un contesto che per primo e più di altri ha costruito intorno all'istituto delle *affirmative actions*, non ha mai accolto la distinzione e non ha elaborato un concetto di discriminazioni indirette assimilabile a quello del "disparate impact" di origine statunitense o all'elaborazione canadese, sudafricana o europea.



trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe in una situazione analoga”<sup>27</sup>.

Si capisce come il fattore comparativo e il modello di comparazione (il cd. soggetto comparatore) appaiano essenziali, nella costruzione europea della discriminazione diretta, al fine di provare il trattamento sfavorevole. D'altra parte è stato sottolineato (BARBERA, 2007) come il condizionale utilizzato nella lettera della norma (“di quanto una persona sarebbe in una situazione analoga”) apre la strada alla cosiddetta comparazione allargata a situazioni ipotetiche. In questo spazio a maglie larghe dell'individuazione di “situazioni ipotetiche” si possono situare quegli sviluppi giurisprudenziali (in parte già accennati dalla Corte di Giustizia dell'Unione) che legano la tutela antidiscriminatoria al concetto di dignità personale e non solo alla necessaria dimensione comparativa.

È invalsa l'idea che le discriminazioni istituzionali si manifestino eminentemente nella forma delle

---

<sup>27</sup> Direttiva del Consiglio UE 29.06.2000 n. 2000/43/CE Parità di trattamento indipendentemente dalla razza e origine etnica, art. 2.2, c.d. direttiva “Razza” (si noti che ai fattori summenzionati si deve aggiungere la nazionalità ex art. 43 d.lgs. 286/1998) e la direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (c.d. direttiva “Occupazione”).

discriminazioni indirette, dato il carattere generale e astratto dell'attività legislativa. La pratica delle operatrici e degli operatori dell'antidiscriminazione mostra, invece, come le discriminazioni su base etnico-razziale e di cittadinanza perpetrate dai livelli istituzionali siano oggi prevalentemente di tipo diretto, con la chiara esclusione di intere categorie di persone dalla possibilità di fruizione delle prestazioni e tutele sociali<sup>28</sup>.

Alla discriminazione diretta si associa il concetto di **discriminazione per associazione**, altra categoria di elaborazione giurisprudenziale. Si tratta del tipo di discriminazione di cui è vittima il soggetto non in quanto appartenente a una determinata categoria, ma in quanto "associato", ossia frequentante persone, familiari, amici appartenenti a queste categorie. Il caso da cui origina

---

<sup>28</sup> La vicenda della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Martinez* (e delle molteplici sentenze di giudici nazionali sulla discriminatorietà dell'esclusione dei cittadini di Paesi Terzi regolarmente soggiornanti dalla maggior parte delle nostre tutele sociali) che sancisce il definitivo accertamento del diritto all'assegno famiglie numerose in favore di tutti coloro che, dopo il 25.12.2013 (data ultima per il recepimento della direttiva 2011/98, dalla quale decorre pertanto la possibilità di avvalersi della direttiva anche in presenza di una norma nazionale difforme) erano titolari di tutti i requisiti, salvo quello del titolo di soggiorno richiesto dalla legge nazionale, mostra chiaramente come la pratica delle discriminazioni dirette istituzionali sia radicata sul territorio nazionale.

questa ulteriore tipologia discriminatoria è deciso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con sentenza 17 luglio 2008, causa *S. Coleman contro Attridge Law e Steve Law*, C-303/06 in favore di una donna licenziata in quanto madre di un ragazzo disabile (licenziamento discriminatorio per associazione). La giurisprudenza italiana ha subito fatto uso della categoria della discriminazione per associazione<sup>29</sup>. Una sentenza in particolare appare di grande rilevanza per le operatrici e gli operatori dell'antidiscriminazione e si pone come un precedente particolarmente utile per chiunque lavori e agisca come attore dell'antidiscriminazione. Si tratta del caso di una segretaria locale della CGIL, impegnata a contrastare le iniziative discriminatorie del movimento leghista locale nei confronti dei cittadini stranieri, vittima di un manifesto offensivo esposto nelle vetrine dei locali della sezione cittadini della Lega Nord di Adro<sup>30</sup>. Il giudice civile del Tribunale ordinario di Brescia ha ritenuto che

---

<sup>29</sup> Si vedano, Tribunale di Pavia, ord. 18.09.2009 (relativa al computo nel periodo di anzianità di servizio dei periodi di aspettativa non retribuita per l'assistenza al parente disabile ai fini della formazione della graduatoria per una selezione interna personale INPS) e Tribunale di Brescia, ord. 31.01.2012 (costituisce molestia razziale il manifesto offensivo, diffamatorio e razzista nei confronti della militante impegnata a favore dei diritti degli immigrati).

<sup>30</sup> Tribunale di Brescia, ord. 31.01.2012, cit.

questo ammontasse a discriminazione per associazione nelle forme della molestia razziale (v. *infra*).

Sempre utilizzando la definizione della Direttiva 2000/43 e della Direttiva 2000/78, si ha **discriminazione indiretta** quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza, origine etnica, che professano un credo religioso o personale, che sono portatori di una disabilità o hanno una determinata età o un orientamento sessuale (o nazionalità – art. 43 T.U.) in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone a meno che il criterio, la prassi o la disposizione siano oggettivamente giustificate da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

In questi casi, l'operatore dovrà individuare, come primo criterio interpretativo, una regola neutrale e successivamente dovrà verificare il fatto che la regola pone il soggetto in una situazione più sfavorevole a causa della sua appartenenza a un gruppo definito da uno o più fattori di discriminazione.

Sempre la Direttiva 2000/43, all'art. 2.3 chiarisce la portata di un altro concetto, quello di **molestie** che

definisce come una discriminazione in caso di comportamento indesiderato adottato per motivi di razza o di origine etnica o per motivi fondati sulla religione, le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale (fattori aggiunti dalla Direttiva 2000/78) e avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. Per la nostra analisi appare significativo notare come le molestie, integralmente equiparate alle discriminazioni, siano completamente slegate dall'ottica relazionale e comparativa e vengano, invece riferite alla lesione della dignità personale. In tale prospettiva la giurisprudenza italiana ha individuato e caratterizzato come molestie discriminatorie alcune situazioni in cui esponenti politici e partiti impiegavano un linguaggio dispregiativo o denigratorio<sup>31</sup>. Il secondo elemento che innerva la tutela contro le molestie discriminatorie è "la

---

<sup>31</sup> Si vedano Tribunale di Milano, ordinanza 28 maggio 2012 sul termine dispregiativo "zingaropoli", adottato quale slogan durante la campagna elettorale di due partiti (Lega e PDL) per le elezioni municipali. Analogamente il Tribunale di Pescara, ordinanza del 25 giugno 2013, che qualifica di molestia razziale la condotta del Popolo delle Libertà e della Lega Nord Abruzzo per avere, con manifesti e comunicati, accomunato i rom e delinquenti in un manifesto in cui si leggeva: "Il PDL mantiene gli impegni: fuori dalle case popolari rom e delinquenti".

creazione di un clima intimidatorio e ostile”. La considerazione che la discriminazione normalizzata dalla ripetizione dei comportamenti, dei linguaggi e della retorica pubblica diventi una ‘non discriminazione’, ossia una discriminazione non rilevabile, sta alla base della costruzione della fattispecie di molestie discriminatorie. In tal prospettiva l’ordinanza del Tribunale di Brescia 29 novembre 2010, ha qualificato di molestia, assimilabile alle molestie in ambito lavorativo fondate sulle convinzioni personali, l’esposizione di simboli partitici (ossia del simbolo partitico della Lega Nord, ‘Sole delle Alpi’) all’interno di una scuola pubblica.

Sempre la Direttiva 2000/43 equipara alle discriminazioni il cosiddetto **ordine di discriminare**. La pratica giurisprudenziale italiana, così come l’esperienza delle operatrici e degli operatori, mostra una desolante varietà di casistiche in materia, dal datore di lavoro che chiede manodopera italiana all’agenzia di somministrazione lavoro al proprietario di un immobile che chiede all’agenzia immobiliare di affittare s’olo a italiani”. L’ordine di discriminare è pervasivo in alcuni contesti e costituisce una regola (non scritta) delle contrattazioni di lavoro e immobiliari.

Si capisce bene come l'essere immersi in una realtà pervasivamente discriminatoria renda più difficile per operatrici, operatori e vittime dirette o indirette di comportamenti discriminatori percepire o trovare la volontà di denunciare e rilevare casi che appaiono come "ordinariamente discriminatori". È il fenomeno della normalizzazione delle discriminazioni che impedisce la percezione o la rilevazione dei fenomeni discriminatori. Queste considerazioni hanno portato la giurisprudenza a enucleare la categoria delle **discriminazioni annunciate o potenziali**. Per prima la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che la discriminazione si produce nel momento stesso in cui previene e dissuade dall'avanzamento di pretese in ordine a un diritto, un bene o un servizio: "Il fatto che un datore di lavoro dichiara pubblicamente che non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale configura una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi della dir. 2000/43 in quanto siffatte dichiarazioni sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolare il loro accesso al mercato del lavoro" (sentenza 10-7-2008 C-54/07 *Feryn*). La sentenza ha avuto un'eco rilevante nella

giurisprudenza italiana che ha sfruttato l'assist argomentativo della Corte di Giustizia per sanzionare finalmente tutte quelle dichiarazioni di istigazione alla discriminazione da parte, per esempio, di datori di lavoro fieri di offrire "un personale tutto italiano".

Infine, quando la discriminazione raggiunge livelli di pervasività nel contesto sociale di riferimento tali da annullare la portata di disvalore sociale percepito all'interno del contesto di riferimento si può parlare di **discriminazione sistemica**. Secondo il glossario UNAR "con quest'espressione si intende una forma complessa e articolata di discriminazione che opera sia a livello micro (interpersonale) sia a livello macro (istituzionale, politico, legislativo) originando una situazione nella quale le persone sono trattate in modo discriminatorio in modo sistematico e vivono una situazione di oggettivo svantaggio in molti ambiti del vivere sociale. Il caso più citato in merito alle forme di discriminazione sistemica riguarda le comunità di origine Rom". In questo caso non è tanto la mancata percezione della discriminazione da parte delle vittime, quanto la sfiducia nella segnalazione (con conseguente fenomeno di *under reporting*) e nella capacità di rilevazione delle operatrici e degli operatori da parte dei



soggetti (*under recording*) che porta alla mancanza di dati e forme di contrasto. Sono questi i contesti in cui un'azione condivisa di contestualizzazione, conoscenza e 'ricerca' delle discriminazioni non segnalate può portare alla rilevazione di fenomeni consolidati di discriminazione interpersonale e istituzionale. Il contatto con lo sportello di secondo livello, in questi casi, non ha solo il valore di consulenza e presa in carica, ma anche di attivazione di percorsi di conoscenza e studio delle situazioni più marginali e critiche sul territorio. Qui la decodificazione è opera di una ricerca socio-antropologica, ancor prima che giuridica sulle situazioni che costituiranno, forse, i nuovi territori (inesplorati) della tutela antidiscriminatoria.

### **2.3.3 Il soggetto discriminatore**

Una delle principali distinzioni, in ambito di tutela antidiscriminatoria, si lega alla qualifica pubblica o privata del soggetto agente la discriminazione. Diversi sono, infatti, gli effetti perversi quando a operare la discriminazione è un ente pubblico.

Le **discriminazioni istituzionali** sono definite dal Glossario UNAR come quelle discriminazioni che si

producono “quando un ente pubblico o una qualsiasi altra istituzione manca di fornire un servizio appropriato e professionale o prevede una norma o un regolamento che pregiudicano una particolare categoria di persone si configura una discriminazione istituzionale. La principale caratteristica di questa forma di discriminazione è che si esplica in modo impersonale attraverso regolamenti, procedure e prassi”.

#### **2.3.4 Il fenomeno dell’inversione percettiva**

La principale caratteristica negativa delle discriminazioni istituzionali è data dall’amplificazione del fenomeno della normalizzazione della discriminazione. Istituzionalizzare le discriminazioni, infatti, ossia renderle pratica ordinaria di enti pubblici, nazionali o locali, offusca la capacità di percepirsi come soggetti discriminati. Si tratta di un fenomeno di inversione della percezione per cui i primi soggetti titolati a ‘percepire’ la situazione discriminatoria non sono le vittime, ma le operatrici e gli operatori che lavorano nell’ambito dell’antidiscriminazione e, per un principio di prossimità con la fonte della

discriminazione, le operatrici e gli operatori pubblici che lavorano nelle amministrazioni o negli enti locali.

La mancata percezione della discriminazione da parte delle vittime deriva, infatti, dal semplice principio dell'affidamento che i soggetti ripongono nell'agire legittimo delle istituzioni e della pubblica amministrazione (GIDDENS, 1990). Dunque, se un bando di concorso, una prestazione sociale, un avviso pubblico non comprendono una categoria di persone in base alla cittadinanza, il cittadino straniero avrà come prima reazione quella della fiducia nella buona fede della propria esclusione. Si tratta di un livello di persuasione alto, non intaccato dal sospetto di interessi privati e difficilmente superabile senza l'intervento di un operatore.

Da questo dato deriva l'inversione del tasso percentuale tra discriminazioni percepite e discriminazioni pertinenti che risulta essere alto nelle discriminazioni interpersonali e basso o addirittura negativo nelle discriminazioni istituzionali. Ossia, paradossalmente, esistono, in ambito di discriminazioni istituzionali, molte più discriminazioni pertinenti e giuridicamente rilevanti di quante ne vengano percepite (e denunciate o segnalate) a livello personale dalle vittime delle discriminazioni dirette o indirette. Le

possibilità di riequilibrio della relazione tra percepite e pertinenti in ambito di discriminazioni istituzionali risiede principalmente nell'attivismo delle operatrici e degli operatori che, in base alla peculiare esperienza e tecnica di riconoscimento delle situazioni potenzialmente discriminatorie, ricercano, all'interno del territorio di competenza, i contesti (privati e istituzionali) in cui è probabile la produzione di fenomeni discriminatori.

L'Unione Europea ha costruito attraverso fonti di vario genere (regolamento, direttive e giurisprudenza della Corte di Giustizia) una rete interconnessa di argomenti giuridici che permette all'operatore di orientarsi nella giungla delle discriminazioni istituzionali perpetrate ai danni dei cittadini di Paesi Terzi (e, talvolta, dei cittadini dell'Unione). Se l'operatrice o operatore del privato sociale ha, in questo senso, solo l'obbligo di rilevazione del caso e la possibilità di interlocuzione con lo sportello di secondo livello per l'eventuale presa in carico giurisdizionale dello stesso, l'operatrice o operatore pubblico è investito di una responsabilità e al contempo di una possibilità di azione concreta. Un'azione di contrasto e prevenzione delle discriminazioni potenziali (in caso di contrasto di una normativa interna con il diritto dell'Unione e con quelle

direttive contenenti indicazioni chiare, precise ed incondizionate, giustificanti dunque un effetto diretto ed immediato negli ordinamenti degli Stati membri) da attuarsi attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme o della disapplicazione della normativa interna incompatibile anche da parte degli Enti Locali<sup>32</sup>.

### 3 CONCLUSIONI

La tutela antidiscriminatoria ha una storia recente, ma ha già fatto molto lavoro. Nata all'interno dei contesti più critici e diseguali (il segregazionismo razziale degli Stati Uniti e il sistema delle caste nell'India indipendente) acquista una dimensione internazionale a partire dal secondo dopoguerra e contribuisce a porre le basi dell'Europa dei diritti grazie alla spinta innovatrice della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In Italia, il paradigma costituzionale accoglie al proprio interno due spinte apparentemente opposte che si legano a costituire le

---

<sup>32</sup> Si veda, CGUE, *Fratelli Costanzo spa c. Comune di Milano*, 22 giugno 1989, C-103/88, paragrafi 31 e 32 sull'obbligo di disapplicazione anche da parte degli enti locali.

basi del diritto antidiscriminatorio italiano. Il principio di uguaglianza all'art. 3 e il principio del pluralismo giuridico (articoli 2 e 6 della Costituzione), infatti, rappresentano due poli interpretativi di quella operazione di decodifica giuridica delle discriminazioni rilevanti, di cui parlavamo *supra*.

Da una parte il principio di uguaglianza, nella sua veste formale, ma soprattutto in quella sostanziale, appare la base normativa di tutti gli interventi volti a realizzare la parità sociale, la trasformazione in senso egualitario della società, anche attraverso gli strumenti redistributivi dello Stato. Dall'altra è probabilmente l'art. 2 a costituire la principale spinta innovatrice sul tema delle discriminazioni nel momento in cui apre alla prospettiva del pluralismo sociale.

Come abbiamo visto, infatti, una delle questioni più controverse, a livello teoretico, ma anche pratico, della tutela antidiscriminatoria è proprio l'indissolubile legame con il principio di uguaglianza e con la forzata (e talvolta astratta) semplificazione della realtà sociale in una serie di gruppi di cui uno (chiamato maggioritario o dominante) viene assunto come il "modello normale" cui fare riferimento, in quanto pacifico titolare di quel kit di diritti,

beni e servizi che rappresentano l'*optimum* e la dotazione di riferimento per tutti i consociati.

L'antidiscriminazione è una categoria sociale e giuridica cui abbiamo, nel tempo, fatto fare molto lavoro. Un termine aperto che accoglie molte possibili situazioni e tenta di approntarvi tutela e protezione. Pagare un extra alla tutela antidiscriminatoria significa intenderla come pratica sociale da attuarsi a partire dai concetti di dignità personale e di pluralismo sociale, giuridico e culturale, favorendo una rilettura dei fenomeni e della natura aperta, contestuale e liquida del materiale sociale e dei diritti.

## **BIBLIOGRAFIA**

AUSTIN, G. **The Indian Constitution.** Cornerstone of a Nation. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BARBERA, M. **Il nuovo diritto antidiscriminatorio.** Il quadro comunitario nazionale. Milano: Giuffrè, 2007.

BUTLER, J. Giving an Account of Oneself. **Diacritics**, v. 31, n. 4, p. 22-40, 2001.

EPSTEIN, A. **Ethnos and identity:** three studies in ethnicity. London: SAGE Publications, 1978;

FESTINGER, L. **Teoria della dissonanza cognitive.** Milano, 1973

FISS, O. The Fate of an Idea Whose Time has Come: Anti Discrimination Law in the Second Decade after *Brown v. Board of Education*. **University of Chicago Law Review**, n. 41, p. 742- 748, 1974.

GIDDENS, A. **The Consequences of Modernity**. Cambridge: Polity Press, 1990.

GOFFMAN, E. *Encounters: two studies in the sociology of interaction*. Indianapolis: Ind., 1961

GUHA, R. On Some Aspects of the Historiography of Colonial India. *In*: Id. (Eds.): **Subaltern Studies I**. Oxford University Press, Delhi, 1982, p.1-8.

GUHA, R.; SPIVAK, G.C. **Selected Subaltern Studies**. Oxford: Oxford University Press, New York, 1988;

KHAITAN, T. **A Theory of Discrimination Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

KRISTEN, E. Addressing the Problem of Weight Discrimination in Employment. **90 California Law Review**, 57, 2002.

LÉVI-STRAUSS, C. **L'identité**. Paris: Grasset, 1977

LIPPERT-RASMUSSEN, K. **Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

MCCRUDDEN, C Introduction. *In*: MCCRUDDEN, C. (Ed.). **Anti-Discrimination Law**. Ashgate, 2004



MAUSS, M. Une catégorie de l'esprit humain: la notion de personne, celle de 'moi **Journal of the Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland**, n. LXVIII, 1938.

MEAD, G.H. **Mind, self and society from the standpoint of a social behaviorist**. Chicago: University of Chicago Press, 1934.

MICOLANO, B. **Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte Europea**. Milano: Giuffrè, 2009.

PARSONS, T. The position of identity in the general theory of action. In: GORDON, C. Gordon; GERGEN, K. (Eds.). **The self in social interaction**. New York: Wiley, 1968, p. 11-23.

POST, R.; APPIAH, A.; BUTLER, J. et al. **Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law**. Durham: Duke University Press, 2001.

RÉAUME, D. Dignity, Equality and Comparison. In: Hellman, D.; Moreau, Sophia (Eds.). **Discrimination Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 16.

SANTORO, E. Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici. In: VENN DICEY, Albert. **Il Rule of law**. Torino: Giappichelli, 2008.

SHEINEMAN, H. The Two Faces of Discrimination. In: Hellman, D.; Moreau, Sophia (Eds.). **Discrimination Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 37.

SILVERS, A.; STEIN, M. An Equality Paradigm for Preventing Genetic Discrimination. **Vanderbilt Law Review**, n. 55, p. 1341, 2002.

SPIVAK, G.C. Can the Subaltern Speak? In: Nelson, C.; Grossberg, L. (Eds.). **Marxism and the Interpretation of Culture**. Illinois: University of Illinois Press, 1988, p. 271-313.

TARNOPOLSKY, W. S. **Discrimination and the Law in Canada**. Toronto: Richard De Boo, 1982.

## **DIREITO HUMANO, DIREITO AO REFÚGIO E ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL**

Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira \*

Maria Luiza P. de Alencar Mayer Feitosa \*\*

Tiago Medeiros Leite \*\*\*

---

\*Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (UFPB), área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento-Linha 3. E-mail: anagondim30@hotmail.com

\*\*Pós-Doutorado em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Docente permanente do PPGCJ/UFPB. E-mail: mluizalencar@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Não se sabe ao certo quando o ser humano começou a se deslocar coletivamente. É possível que a mobilidade humana tenha surgido com as primeiras comunidades ainda na Antiguidade e a busca por comida, segurança ou melhores condições de sobrevivência podem ter sido os fatores determinantes para explicar o fenômeno migratório em sua gênese.

O mundo tem presenciado desde o início da guerra na Síria, em 2011, a intensificação dos deslocamentos humanos. Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), devido ao conflito, mais da metade da população síria foi forçada a deixar suas casas. Em razão deste fato, atualmente existem 5,5 milhões de refugiados sírios, mais de 6 milhões de deslocados internos, sendo que a maioria destas pessoas vive em situação de extrema pobreza (ONU, 2018).

---

\*\*\* Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento-Linha 2. E-mail: taomedeiros@gmail.com.

Além da Síria, milhares de pessoas de outros países africanos e asiáticos também se encontram em situação de vulnerabilidade como consequência da migração forçada. Neste sentido, a Organização da Nações Unidas (ONU), através do ACNUR, estima que cerca de 68 milhões de pessoas buscam refúgio pelo mundo, na atualidade. Em outras regiões do planeta, a exemplo da América do Sul, constata-se migrações forçadas em razão do conflito armado na Colômbia, da conjuntura política e econômica da Venezuela e do desastre ambiental do Haiti, em 2010. Na América Central e no México, no final de 2018, ocorrem cerca de três marchas com centenas de pessoas que se deslocaram com destino aos Estados Unidos, fugindo da pobreza, da violência e do desrespeito aos direitos humanos.

O Brasil não passa ao largo deste fato e hoje se constitui em rota de migração, um dos países procurados por pessoas que pedem refúgio, tanto migrantes transcontinentais quanto fronteiriços. No sentido de tutelar juridicamente os imigrantes e, mais especialmente, os refugiados, em 2017 entrou em vigência a Lei nº 13.445 norteada por princípios do direito internacional dos direitos humanos e pela Constituição Federal (1988),

primando pela não criminalização da imigração, com inclusão laboral e social do refugiado. Contudo, importa analisar: o Estado brasileiro garante o acesso à justiça das pessoas refugiadas e quais os mecanismos normativos para a efetivação deste direito?

O objetivo deste texto é averiguar o direito de acesso à justiça das pessoas refugiadas no Brasil, mediante análise da legislação existente. A metodologia escolhida abrange a pesquisa exploratória no propósito de verificar a relevância do material bibliográfico consultado. A síntese integradora do material investigado será apresentada através das seguintes categorias de análise: aspectos conceituais e a natureza jurídica do refúgio; o regime jurídico brasileiro de proteção aos migrantes e refugiados; a situação dos refugiados no Brasil e os procedimentos de acesso à justiça.

## **2 MIGRAÇÃO E REFÚGIO: ASPECTOS CONCEITUAIS E NATUREZA JURÍDICA**

Os fluxos migratórios ocasionados pela busca da sobrevivência em virtude de desequilíbrios climáticos ou de guerras ocorrem desde a Antiguidade. Todavia, em razão

das sociedades antigas serem organicistas, o imigrante não conseguia se integrar à nova comunidade, sendo visto como intruso, mesmo que se domiciliasse permanentemente no novo território. Desse modo, a cidadania, como instituto jurídico, foi se desenhando ao longo da história vinculada à territorialidade. Por conseguinte, o não compartilhamento do território criou a diferença entre o nacional e o estrangeiro, que se consolidou na modernidade com o Estado westfaliano, essencialmente, territorial e nacional. Na atualidade este entendimento permanece dominante, pois a cidadania ainda é compreendida através do paradigma da territorialidade, no que corrobora Zolo (2010) ao asseverar que a flexibilização das fronteiras ocasionada pela globalização se aplicou apenas ao capital, não às pessoas dos países periféricos.

O controle das fronteiras representa a constatação da discriminação imputada ao *não nacional*, considerado “[...] um problema nacional” (PIÑEIRO; LANDA, 2018, p. 15), principalmente os imigrantes/refugiados indocumentados. Neste contexto, como medida de política anti-imigração executada pelos Estados Unidos e alguns países da União Europeia se verifica a construção de barreiras, o patrulhamento das fronteiras, a devolução dos refugiados, o

isolamento em locais determinados (campos de refugiados), entre outras medidas, reiterando a concepção de que a migração é um óbice (SILVA, MALHEIROS; CARVALHO, 2018).

Os crescentes fenômenos migratórios são uma realidade incontornável em esfera global e vieram para ficar, transformando profundamente as sociedades contemporâneas (GOIS, 2018). Resultam da vulnerabilidade de pessoas que buscam por lugares seguros, trabalho e liberdade em outros países em virtude de perseguições políticas, culturais, sociais, religiosas e de gênero (ANDRADE; RAMINA, 2018; GOIS, 2018; ZOLO, 2010, 2011). Neste sentido, as migrações possuem, preponderantemente, cunho humanitário. Na atualidade, depois das duas grandes Guerras, no século XX, o mundo tem observado uma crise humanitária sem precedentes, em razão do deslocamento de milhares de pessoas de países periféricos em busca de sobrevivência. Dos refugiados contabilizados pelas Nações Unidas, 57% tem origem na Síria, Afeganistão e Sudão do Sul (ACNUR, 2017).

Inegavelmente o fenômeno migratório é observado por pesquisadores internacionais e transformou-se em desafio por sua incontrolabilidade e irreversibilidade, pautando a

discussão sobre a dialética cidadão-estrangeiro. Trata-se de fenômeno que contesta as estruturas do Estado de Direito e os elementos pré-políticos da cidadania, a exemplo dos processos sociológicos de formação das identidades coletivas, posto que, em muitas circunstâncias, para além do reconhecimento dos direitos individuais, é imperioso o reconhecimento das identidades étnicas dos migrantes/refugiados que, manifestamente, guardam notável distância cultural em relação ao país que os recebe (ZOLO, 2011).

Neste sentido, a mobilidade/migração passou a ser vista como direito humano. Para Zolo (2011, p. 56), o referido direito está alocado no que denomina direito de terceira categoria, juntamente com o direito ao meio ambiente, o direito à água; o direito à autonomia cognoscitiva, originando-se das “reivindicações políticas que se defrontam com resistências dos poderes econômicos, políticos ou militares e que não conseguiram [...] reconhecimento jurídico formal”.

Embora sejam empiricamente tratados como sinônimos, ‘migrantes’, ‘refugiados’, ‘apátridas’ e ‘deslocados internos’ são conceitos legalmente distintos. Enquanto o migrante se transfere para outro país espontaneamente, refugiados são



peças que fogem dos seus países de origem porque a sua vida, segurança ou liberdade encontram-se ameaçadas por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação ostensiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública (DECLARAÇÃO DE CARTAGENA, 1984). O refugiado é, pois, um migrante forçado por circunstâncias alheias à sua vontade. Para Andrade e Ramina (2018, p. 36), o migrante forçado busca “[...] condições humanitárias que seu país de origem negou a partir do momento que propagou perseguições em massa”. Aludidas perseguições se dão por motivos “de religião, opinião política, guerra, raça, gênero”, dentre outros fatores.

Por sua vez, as pessoas que não são consideradas nacionais por nenhum Estado foram denominadas apátridas (OEA/ACNUR, 2017). Não possuem vínculo político, ou seja, não são considerados cidadãos, o que os impede gozar de direitos e proteção jurídica. Os deslocados internos são pessoas ou grupos de pessoas forçadas a deixar suas casas ou locais de residência habitual pelos mesmos motivos dos refugiados, todavia, estes indivíduos não atravessam as fronteiras de seu país.

Consoante o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), a partir de dados captados no relatório Global Trends 2017, existem aproximadamente, no mundo, 25,4 milhões são pessoas refugiadas; cerca de 40 milhões de pessoas deslocadas internamente e, estimativamente, 10 milhões de apátridas. Na atualidade, observa-se que, à exceção da Alemanha, os países que mais acolhem refugiados não são os desenvolvidos economicamente. As regiões em desenvolvimento hospedam 85% dos refugiados do mundo sob mandato do ACNUR.

Neste sentido, no ano de 2017, a Turquia recepcionou 3,5 milhões de pessoas refugiadas; o Paquistão 1,4 milhões; Uganda abre suas fronteiras para 1,4 milhões de refugiados; o Líbano recebeu 998.900; a República Islâmica do Irã acolheu 979,400 indivíduos; Bangladesh com 932.200; o Sudão abriga 906,600 pessoas e, por sua vez, a Alemanha aceitou a entrada de 970,400 pessoas em suas fronteiras (ACNUR, 2017).

Considerando refugiado a pessoa humana que, por circunstâncias alheias à sua vontade, se obriga a sair de seu país com a finalidade de preservar a sua vida e liberdade e da sua família em razão de violência generalizada, guerras e

violação ostensiva aos direitos humanos, o refúgio deve ser compreendido como fenômeno de caráter humanitário e apolítico. Todavia, explica Zolo (2011) os deslocamentos humanos ainda são vistos sob o manto da xenofobia e da criminalização, principalmente por países soberanistas.

O fenômeno migratório observado nos dias atuais coloca em discussão, simultaneamente: os fundamentos do Estado moderno e dos direitos humanos. Nesta senda, a razão de ser dos direitos humanos seria o que se convencionou nominar dignidade da pessoa humana ou a nacionalidade das pessoas?

O Estado moderno se ampara em três elementos: nação, território e soberania, esta compreendida como o poder superior dos Estados, na ordem interna e internacional. Por conseguinte, os Estados nacionais não reconhecem qualquer autoridade política ou jurídica de sujeitos externos e, no plano internacional, apenas estes (as nações) são sujeitos de direitos. Os indivíduos teriam uma posição passiva em face dos Estados diante da comunidade internacional (ZOLO, 2010). Parte considerável dos imigrantes se encontram em situação de vulnerabilidade e, por sua vez, os refugiados estão relegados à vulnerabilidade extrema, submetidos ao controle e

criminalização pelos Estados receptores, principalmente, as pessoas sem documentos. Isto posto, o reconhecimento como ser humano e sua condição de sujeito de direitos depende de forma indelével de sua condição primeira de cidadão. Ser cidadão pressuporia ser sujeito de direitos, e mais precisamente, sujeito de direitos humanos.

Arendt (2013) alerta que, uma vez fora do país de origem, as pessoas perdem mais do que o seu lar, tornam-se apartados, perdendo os seus direitos. À vista disto, “são graves as consequências que advêm da migração do país de origem com o objetivo de obter segurança e liberdade para exercer a plenitude de seus direitos” (ANDRADE, RAMINA, 2018, p. 31), uma vez que o migrante não está num lado (nacional), nem no outro (estrangeiro), é, conforme Bourdieu (1998, p. 11), um “bastardo [...] na fronteira entre o ser e o não ser social. Deslocado, no sentido de incongruente e inoportuno”, suscita, portanto, embaraço e incômodo. É um estranho, com cultura, língua, crenças, experiências diferentes. Não fazem parte da mesma gente, nem do mesmo solo. É visto em muitas ocasiões como usurpador de oportunidades e de trabalho.

Ao não ser nacional, o migrante (e mais pontualmente o refugiado) não é cidadão, em outros termos, não possui

direitos, não é copartícipe da sociedade, pois a cidadania só pode ser adquirida através da nacionalidade. À vista disto, Arendt (2013), certifica que os direitos humanos passaram a ser protegidos e aplicados sob a forma de direitos nacionais. Neste sentido, nacionalidade, territorialidade e cidadania seriam conceitos interdependentes e recíprocos.

A concepção do acolhimento ao estrangeiro possui matriz kantiana por meio do direito à visita ou à hospitalidade, compreendido como o direito de o estrangeiro não ser hostilizado, pois um indivíduo não teria mais ou menos direito de estar em qualquer lugar no planeta e de ser reconhecido como pessoa humana, independentemente de ser nacional. Neste sentido, todas as pessoas seriam copossuidoras do solo planetário (KANT, 2008), no que Habermas (2002) afirma ser um direito de solidariedade, como corolário da justiça e da igualdade, vetor de preservação da vida, da liberdade e da integridade física das pessoas, portanto, direito humano.

Na Europa, em razão da I Guerra Mundial (1914-1918) e da Revolução Russa (1917), a situação dos refugiados passa a chamar atenção e no ano de 1921, por meio do Conselho da Sociedade das Nações, surgiu o primeiro Comissariado para Refugiados, destinado ao apoio humanitário (SILVA,

2017). Contudo, apenas com o final da II Guerra Mundial, a tutela internacional das pessoas refugiadas passa a ser mais efetiva com a fundação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e a vigência da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto das Pessoas Refugiadas, em 1951, juntamente com o seu protocolo adicional, datado de 1966, que, dentre outras providências: definiu o que é pessoa refugiada; adotou o princípio da não-devolução e previu a possibilidade de disponibilização de documentos, incluindo 'passaporte' de refugiados.

A Convenção que instituiu o Estatuto das Pessoas Refugiadas (1951), ao estabelecer o princípio da não-devolução, reconhece que o refúgio, por si só, é um direito humano, mas não determina expressamente que os Estados devem acolher os migrantes em referida situação, tão somente, não podem enviá-los aos seus países de origem. Entretanto, o ACNUR (2000, p. 2) reitera que o acolhimento às pessoas em situação de refúgio não deve ser "simplesmente uma questão de caridade internacional ou de benefício político".

No ano de 1984 entra em vigor, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Declaração de Cartagena sobre Refugiados, instrumento de cooperação regional que:

expande a definição de pessoas refugiadas; reitera o princípio da solidariedade, da cooperação e da ‘não devolução, confirmando a natureza pacífica, apolítica e exclusivamente humanitária da concessão de asilo ou do reconhecimento da condição de refugiado. Outrossim, previu a obrigação dos países da região de garantir mínima proteção para os refugiados, com base nos preceitos da Convenção de 1951 e do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969), consoante seus art. 22, 7, 8, 9.

No entendimento habermasiano (2002, p. 144), o Estado nacional “[...] guardou de forma neurótica suas fronteiras nacionais e sociais. Hoje em dia, processos supranacionais irrefutáveis malogram esses controles em diversos pontos”. Um desses pontos trata da tutela internacional dos direitos humanos que pressupõe a relativização da soberania dos Estados e o reconhecimento da pessoa como sujeito de direitos humanos internacionais. Para tanto, o mínimo de direitos deve ser reconhecido às pessoas refugiadas em razão da proteção de sua dignidade.

### **3 O REGIME JURÍDICO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO AOS MIGRANTES/REFUGIADOS E OS PROCEDIMENTOS DE ACESSO À JUSTIÇA**

Do ponto de vista étnico, o Brasil é constituído pela miscigenação de vários povos, portanto, o fenômeno migratório faz parte da formação nacional desde a ocupação portuguesa, passando pelo tráfico de pessoas em face da escravidão africana. Com a vigência da Lei Áurea (1888) se inicia o movimento migratório europeu para a substituição da mão de obra escrava. Todavia, tais movimentos ocorreram à revelia de legislação. Apenas com as Constituições de 1934 e 1937 se observa algum tipo de norma que disciplina a entrada de migrantes em território nacional.

Em sete de julho de 1960, o Poder Legislativo brasileiro ratificou a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, da Organização das Nações Unidas (ONU). O artigo 1º da referida Convenção define do que trata e quem é a pessoa em situação de refúgio. Igualmente indica quem não será considerado refugiado (art. 1º, E, F, b, c), a exemplo das pessoas que “cometem crime contra a paz, crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes” (art. 1º, F, a).



Com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, o Brasil passou a se relacionar internacionalmente conforme princípios que primam pela defesa da prevalência dos direitos humanos; a autodeterminação dos povos; a defesa da paz e a integração econômica, política, social e cultural da América Latina (Art. 4º da CF/88), visando o fortalecimento de uma comunidade de nações. Como consequência da nova ordem constitucional, em 22 de julho de 1997, entra em vigor a Lei nº 9.474, nominada Lei do Refugiado, que reconhece como tal a pessoa perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e que se encontre fora do seu país, corroborando o tratado da ONU. A norma nacional estende a condição de refugiado ao cônjuge, ascendente, descendente e outros membros da família que se encontrem em solo brasileiro (Art. 2º, Lei de Refugiados). Por conseguinte, utilizando a mesma lógica da Convenção das Nações Unidas, em seu art. 3º, a legislação nacional indica as pessoas que não terão direito ao refúgio.

Recentemente, em maio de 2017, o Brasil promulga a Lei nº 13.445, alcunhada Lei de Migração, que normatiza a situação de migração e imigração no território nacional, a situação de apátridas e apatridias, trazendo alguns

institutos como a repatriação, expulsão, deportação, asilo, procedimento de nacionalidade e vistos, como também, um *hall* de crimes relacionados com o tema.

No Brasil, os dados do Ministério da Justiça, através do relatório 'Refúgio em Números', indicam que no ano de 2017 foram 33.866 pedidos de reconhecimento da condição de refugiado, sendo mais da metade de cidadãos venezuelanos (17.865). A região norte do país acumula o maior número de solicitações, notadamente o Estado de Roraima. É importante evidenciar que em outubro de 2018 a Polícia Federal do Brasil apresentou novos dados apontando 85 mil pedidos de refúgio por venezuelanos. O levantamento realizado também indica que 176.259 cidadãos da Venezuela cruzaram as fronteiras do Brasil desde 2017, saindo posteriormente 90.991, restando 85.268 que não possuem registros de saída<sup>33</sup>.

A legislação nacional reconhece direitos aos estrangeiros e, especialmente, aos que se encontram como refugiados. Um destes direitos é o acesso à justiça. Nesta perspectiva, o

---

<sup>33</sup>O relatório poderá ser encontrado no sítio da Polícia Federal. Disponível em: <file:///C:/Users/Tiago%20Leite/Downloads/Venezuela%20-%20APRESENTA%C3%87%C3%83O%20DIA%2016\_10\_2018%20-%20Casa%20Civil.pdf>. Acesso: 26 nov. 2018.

Conselho Nacional de Refugiados (CONARE) é o primeiro órgão de acesso à justiça para o imigrante forçado em território brasileiro. E, segundo o art. 17 da Lei nº 9.474/97, é direito do imigrante solicitar, tão logo entre no Brasil, refúgio à autoridade competente que, de imediato, pode ser a Polícia Federal. Após a solicitação, compete ao CONARE analisar os pedidos, reconhecer ou não a situação de refúgio; bem como fazer cessar o reconhecimento de tal condição (art. 38 e 39), além de orientar e assistir juridicamente o estrangeiro. O Conselho também é competente para aprovar instruções normativas com o propósito de esclarecer a execução da legislação pertinente, consoante seu art. 12.

Por conseguinte, reconhecida a condição de refugiado, o estrangeiro terá direito a “cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem” (art. 6º, Lei de Refugiados). Tais documentos são essenciais para a proteção jurídica do refugiado no Brasil. Ademais, os citados processos de reconhecimento serão gratuitos e terão caráter urgente (art. 47). A gratuidade e urgência que Lei nº 9.747/1997 determina para os procedimentos

demonstra a preocupação brasileira com a situação jurídica, econômica e social do refugiado.

Deve-se ressaltar que o procedimento para o reconhecimento do refúgio se estabelece através de processo administrativo, previsto no art. 5º, LV da CF/88, está adstrito ao devido processo legal, se consubstanciando como ato declaratório do poder público, portanto, ato administrativo, passível de controle de legalidade e amparado pelos princípios constitucionais da administração pública. Além disto, no CONARE tem assento a Defensoria Pública da União, que acompanha todo o procedimento administrativo de pedido de refúgio, representando o requerente.

Em 2017, o Ministério da Justiça do Brasil apresentou proposta de políticas públicas de assistência e apoio aos refugiados em solo brasileiro, através do relatório Refúgio em Números (2017). Essas políticas promovem o acesso à justiça a partir da: ampliação e simplificação da regularização migratória, conforme a Lei nº 13.445/2017; implementação do sistema informatizado do CONARE; automatização de processos em plataforma única e online, disponibilizando formulário de solicitação de reconhecimento da condição de refugiado em quatro

idiomas (português, inglês, francês e espanhol), aumentando assim às condições para o acesso aos pedidos; notificação do solicitante por aplicativo de mensagens (Portaria nº 1/2018/CONARE), dentre outras providências.

A legislação brasileira e a política governamental de apoio ao estrangeiro que solicita refúgio e ao refugiado buscam se adequar à preocupação internacional. A utilização de instrumentos normativos objetiva efetivar o direito de acesso à justiça que todo ser humano tem, conforme as normas internacionais e a Constituição da República (1988) com a finalidade de garantir a tarefa primordial do Estado de Direito: a proteção à dignidade da pessoa humana.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A mobilidade humana faz parte do cotidiano planetário, todavia, na atualidade, esta ocorre envolta em nuances inéditas: a locomoção das pessoas se dá de modo coletivo, forçado por circunstâncias contrárias a sua vontade, em razão de violações sistêmicas a direitos humanos e o descaso de seu próprio governo que é incapaz de proporcionar segurança e bem-estar para sua população. O

fenômeno migratório atual se consubstancia como crise humanitária que coloca milhões de pessoas em situação de vulnerabilidade extrema e pobreza. Despojados de seus pertences, sua nacionalidade, sua identidade, e muitas vezes de seus documentos pessoais. Sujeitos à marginalização, ao preconceito e toda sorte de violências porquanto a cidadania ainda está vinculada a territorialidade e, por sua vez, titularidade de direitos ainda está enlaçado à cidadania.

A ideia de cidadania universal e de um direito global, portanto, cosmopolita, certamente necessitará ainda de muito empenho e desenvolvimento da ordem jurídica internacional. Enquanto uma ordem e um direito transacional não se realizam, na tentativa de garantir a paz e a tutela planetária dos direitos humanos, o mínimo deve ser assegurado aos que se movem para além de suas fronteiras, bem como aos deslocados internos e apátridas. Nesse sentido, é urgente o reconhecimento da pessoa humana como sujeito de direitos internacionais, independentemente de nacionalidade ou vinculação política. Bem como o reconhecimento planetário da vulnerabilidade extrema das pessoas em situação de refúgio e de direitos mínimos. Essas providências são

necessárias para construção normativa e epistemológica de direitos na seara internacional, nominada direito internacional dos direitos humanos, através de uma gama de tratados e tribunais internacionais.

As políticas migratórias, em cada Estado nacional, deveriam alcançar a entrada, a permanência e a saída do imigrante forçado/refugiado considerando o caráter apolítico e humanitário do refúgio. Ademais, a concessão do refúgio sem o amparo de políticas públicas que possibilitem a integração dos imigrantes torna-se inócua. O Brasil possui legislação que tutela o imigrante e, de modo especial, também o imigrante em situação de refúgio, pois garante a estas pessoas o direito de acesso à justiça, além de alguns direitos individuais e sociais que possibilitarão integração à sociedade brasileira, contribuindo para a pauta mundial de acolhimento e reconhecimento das pessoas refugiadas através das providências legislativas e das políticas públicas que se iniciam com a nova legislação.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, Varelia Pereira de; RAMINA, Larissa. Refúgio e dignidade da pessoa humana: breves considerações. In: ANNONI, Danielle (Coord.). **Direito internacional dos**

**refugiados e o Brasil.** Curitiba: Gedai/UFPR, 2018, p. 29-41.

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo.** Antissemitismo. Imperialismo. Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Pulo/Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2013, ePub.

BOURDIEU, Pierre. Prefácio. *In*: SAYAD, Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da alteridade.** São Paulo: EDUSP, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF,05.10.1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF,23.07.1997.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.445/2017, de 24 de maio de 2017. Instituiu a Lei de Imigração.** **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25.05.2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº. 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21.11.2017.

\_\_\_\_\_. Secretaria Nacional de Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). **Refúgio em números (2010-2016).** Disponível em: <  
<http://www.acnur.org/portugues/wp->



content/uploads/2018/01/refugio-em-numeros-2010-2016.pdf>. Acesso: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Secretaria Nacional de Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). **Refúgio em números (2017)**. Disponível em: <[https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros\\_1104.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf)>. Acesso: 15 nov. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GOIS, Pedro. Do ruir do muro de Berlim a uma Europa com fronteiras. In: BAENINGER, Rosana; CANALES, A (coord.). **Migrações fronteiriças**. Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” (NEPO). Campinas: Unicamp, 2018, p. 41-56.

HABERMAS, Jünger. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e seus opúsculos (1795)**. Trad. Artur Mourão. Col. Textos Clássicos da Filosofia. Universidade da Beira Interior, Corvilhã, Portugal, 2008. Disponível em: <[http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf)>. Acesso: 01 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração de Cartagena para Refugiados**. Cartagena, 22 de novembro de 1984.

\_\_\_\_\_. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, 22 de novembro de 1969.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados.**

Genebra, 28 de julho de 1951. Disponível em:< [www.acnur.org](http://www.acnur.org)>. Acesso: 02 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). **Relatório Global Trends 2017.** Disponível em:< [www.acnur.org](http://www.acnur.org)>. Acesso: 02 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). **Global Trends, Forced Displacement 2016.** Disponível em:< <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5943e8a34/global-trends-forced-displacement-2016.html>>. Acesso: 25 nov 2018.

\_\_\_\_\_. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). **A Situação dos Refugiados no Mundo. 50 Anos de Ação Humanitária.** Portugal. 2000. Disponível em:< <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/sowr2000/intro.pdf>>. Acesso: 02 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). **Sete fatos sobre a guerra na Síria. Brasil, 2018.** Disponível em: < <https://www.acnur.org/portugues/2018/09/12/sete-fatos-sobre-a-crise-na-siria>>. Acesso: 15 nov. 2018.

SILVA, Daniela Florêncio da. O fenômeno dos refugiados no mundo e o atual cenário complexo das migrações forçadas. **Revista Brasileira de Estudos de População**, Belo Horizonte, v. 34, n. 1, p.163-170, jan./abr. 2017. Disponível

em: < [www.scielo.br/pdf/rbepop/v34n1/0102-3098-rbepop-3098a0001.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v34n1/0102-3098-rbepop-3098a0001.pdf)>. Acesso: 01 ago. 2018.

SILVA, João Carlos J.; MALHEIROS, Jorge Silva M.; CARVALHO, Daniel Campos. As ações europeias no Mediterrâneo no sentido da construção de novas fronteiras para os migrantes e refugiados. *In: Migrações fronteiriças*. Rosana Baeninger; Alejandro Canales (Coord.). Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” (NEPO). Campinas: Unicamp, 2018, p. 56-71.

ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceiro Editorial, 2010.

\_\_\_\_\_. **Rumo ao ocaso global?** Os direitos humanos, o medo, a guerra. São Paulo: Conceito, 2011.

# (IM)POSSIBILIDADE DE EMISSÃO DE DECLARAÇÃO DE RESIDÊNCIA PARA O/A VENEZUELANO/A ABRIGADO/A

Cárita Chagas Gomes\*

## 1 INTRODUÇÃO

Canções dizem além de sentimentos, podem, inclusive, discutir a realidade. Não é sem razão que diante da crise migratória que assola o mundo, surjam compositores dispostos a debater sobre esse fenômeno e o fazem a partir de suas letras. Todavia, este interesse não é atual, em outros tempos já despertara interesse artístico. Na música *Diáspora*, cuja autoria é dos compositores Antonio Carlos Santos de Freitas, Arnaldo Antunes e Marisa Monte, pode-se identificar a temática referida. No trecho “Onde está meu irmão sem irmã, O meu filho sem pai, Minha mãe sem avó, dando a mão para ninguém, sem lugar para ficar”, encontram-se alguns dos efeitos provocados pela migração, quais sejam: a fragmentação familiar e a perda da moradia.

---

\*Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PGCJ/UFPB) da Universidade Federal da Paraíba, Linha 3. E-mail: carita.adv@gmail.com.

Interessa, por conseguinte, ao estudo do presente capítulo a segunda repercussão descrita, em razão das consequências ocasionadas no cenário nacional pelo reconhecido fluxo migratório de venezuelanos/as, sobretudo ao Estado de Roraima, provocado pela crise humanitária que assola a República Bolivariana da Venezuela. O abrigamento dessas pessoas configura-se como um grande desafio, uma vez que ingressam no território brasileiro, na grande maioria das vezes, sem qualquer expectativa de moradia, aglomerando-se, então, em praças e vias públicas.

Com a intensificação do fluxo de imigrantes venezuelanos/as no final de 2017, o poder público passou a atuar pontualmente no atendimento humanitário daqueles. Através da Medida Provisória nº 820, de 15 de fevereiro de 2018, posteriormente, convertida na Lei 13.684, de 21 de junho de 2018, estabeleceu-se medidas assistenciais com vistas ao acolhimento de pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório, de modo a reconhecer tal situação como crise humanitária de caráter emergencial, criando, inclusive, o Comitê Federal de Assistência Emergencial como instância de governança intersetorial das ações.

O Decreto nº 9.285, de 15 de fevereiro de 2018, ratificou o reconhecimento da situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório para o Estado de Roraima, originada pela crise humanitária na República Bolivariana da Venezuela, e o Decreto nº 9.286, de mesma data, definiu a composição, competências e normas de funcionamento do Comitê supracitado. Assim, uma das medidas adotadas foi a qualificação e melhoria dos abrigos existentes, além da criação de outros. Em maio de 2019, haviam treze abrigos no Estado de Roraima, sendo dois no município de Pacaraima, um deles de caráter de transição, não possuindo o status de abrigo propriamente, e o restante, em Boa Vista, um deles, também, de trânsito.

Nesse ínterim surgiu uma relevante dúvida proveniente da vivência do acolhimento, qual seja, se o endereço do abrigo poderia ser fornecido para fins de comprovante de residência para o migrante (imigrante/refugiado) que está à procura de trabalho, suprimindo, assim a assertiva musical outrora apresentada de que não haveria lugar para se estabelecer, ainda que provisoriamente. Logo impõe-se o seguinte problema de pesquisa: o abrigo pode ser considerado residência para venezuelanos/as que se encontram em situação de vulnerabilidade, que ali estão

fixados provisoriamente, com a finalidade de emissão de declaração de residência? Para responder esse questionamento buscar-se-á na legislação embasamento para a permissibilidade ou negativa do fornecimento da declaração sob análise.

## **2 SOBRE ABRIGOS URBANOS EM RORAIMA**

Os constantes eventos políticos, situações de violações de direitos humanos e crise socioeconômica que se verificam na Venezuela, resultando em ondas de violência, insegurança e ameaças, acrescido da ausência da disponibilidade de gêneros alimentícios básicos, medicações e serviços essenciais, forçam um número crescente de pessoas a se moverem para outros países. Em 22 de fevereiro de 2019, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e a Organização Internacional para as Migrações (OIM), em comunicado conjunto, divulgaram o número atualizado de refugiados e migrantes venezuelanos/as, que atingiu a cifra dos 3,4 milhões de pessoas, dentre estes, 2,7 milhões concentrados nos países da América Latina e do Caribe (ACNUR, 2019).

Tal se configura como o maior êxodo registrado na história recente da América do Sul.

O Brasil é o sexto destino mais procurado pelos venezuelanos/as, recepcionando, até então, 96.000 pessoas. Entre os países receptores, destacadamente, o primeiro é a Colômbia, que abriga o maior número de refugiados e migrantes, num total de 1.100.000 pessoas, seguido do Peru com 506.000, Chile com 288.000, Equador com 221.000 e, ainda, a Argentina com 130.000 cidadãos venezuelanos. Destaca-se que o México, bem como outros países da América Central e do Caribe também recebem número significativo de indivíduos (ACNUR, 2019). Em 2018, por dia, cerca de 5.000 venezuelanos/as deixaram o país em busca de proteção e/ou de uma vida melhor. A maioria dessas pessoas chegam aos destinos escolhidos, assustadas, cansadas e com extrema necessidade de assistência, em razão das dificuldades experimentadas e dos desafios que ainda estão por vir.

Bauman (2017) chama a atenção para o fato de que tal qual esboçado na antiga fábula de Escopo sobre as lebres e as rãs, quando as lebres atemorizadas por uma ameaça vislumbram pouca ou nenhuma alternativa de fuga, surpreendem-se pelo pavor que causam nas rãs, que se



colocam em posição semelhante, logo revelando a máxima de que, por pior que seja a situação, sempre haverá alguém em condição mais desfavorável. Assim se reflete a realidade dos migrantes em comparação aos miseráveis nacionais. Desse modo, Bauman (2017, p. 19) prossegue afirmando que os migrantes configuram a parcela social situada ainda mais abaixo da posição dos miseráveis nativos, de modo que podem ter a sorte “[...] um pouco menos que totalmente humilhante, insustentável e intolerável”.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) revelou em dados e pesquisas que milhões de pessoas estão experimentando condições desesperadas de sobrevivência, o que os expõem a riscos físicos e emocionais, privando-os de qualquer chance de alcançar um futuro estável diante da precariedade e vulnerabilidade em que se encontram. Nesta perspectiva, de acordo com Kant (1975) deveria haver a substituição da hostilidade pela hospitalidade, uma vez que através desse comportamento seria possível o alcance da paz universal, em virtude do termo à extensa história de guerras pela defesa de um direito de associação consubstanciado no estabelecimento de laços de amizade, que permitiria o acolhimento. O estrangeiro imigrante se afastaria do

estigma xenofóbico de escória social, passando a pertencer a sociedade a partir de uma perspectiva de integração sem segregação. O acolhimento através da inserção em abrigos configura o primeiro passo à recuperação daqueles que nada possuem. De acordo, porém, com as ações federais de assistência emergencial aos imigrantes, constitui o segundo passo após o ordenamento da fronteira, ambos de responsabilidade da Operação Acolhida – trata-se de uma operação conjunta, interagências e de natureza humanitária –, seguida da interiorização.

Para o ACNUR (2019), o abrigo representa, em tempos de crise ou deslocamento, um mecanismo de sobrevivência vital, uma vez que é fundamental para restaurar a segurança pessoal, a autossuficiência e a dignidade. Nesse espaço é possível encontrar alimentação, água potável e assistência médica, além de um local próprio para repouso. Neste sentido, a opção pela construção dos abrigos em Roraima no espaço urbano é proveniente da intenção em inserir o migrante à cidade, propiciando maior acesso aos serviços públicos disponíveis e criando melhores perspectivas de inclusão no mercado de trabalho.

No que tange ao funcionamento dos abrigos, que em maio de 2019 contabilizavam 13 unidades, sendo dois em

Pacaraima e onze em Boa Vista, via de regra, cabe as Forças Armadas estabelecer e coordená-los sob a atuação de Procedimentos Operacionais Padrão (POP), ficando a administração a cargo da equipe técnica da Secretaria de Estado do Trabalho e Bem Estar Social (SETRABES), com auxílio do ACNUR, da Fraternidade Sem Fronteiras e da Fraternidade Humanitária Internacional, que estabelecem Protocolos de Convivência. Acrescenta-se, ainda, o apoio da sociedade civil, de instituições religiosas e de ONGs no processo de manutenção dos abrigos por meio de doações. A seguir observa-se o número de pessoas que estão em situação de abrigo por cada unidade em funcionamento, assim como a capacidade máxima respectivamente.

<b>CIDADE</b>	<b>ABRIGO</b>	<b>PÚBLICO</b>	<b>Mai o 201 8</b>	<b>Out 2018</b>	<b>Dez 201 8</b>	<b>CAPACI DADE</b>
Boa Vista	Tancredo Neves	Não indígena - adultos	313	305	313	316
Boa Vista	Hélio Campos	Não indígena - famílias e adultos	279	252	242	250
Boa Vista	Jardim Floresta	Não indígena - famílias	640	494	582	600
Boa Vista	São Vicente	Não indígena - famílias	310	415	369	400

Boa Vista	Nova Canaã	Não indígena – famílias	356	396	387	350
Boa Vista	Latiffe Salomão	Não indígena – adultos	439	514	433	460
Boa Vista	Santa Tereza	Não indígena – homens adultos	496	531	508	514
Boa Vista	Pintolândia	Indígena – famílias	635	680	700	400
Boa Vista	Rondon I	Não indígena – famílias	-	635	776	600
Boa Vista	Rondon II (Centro de Transição)	Não indígena – abrigo de trânsito para interiorização	-	453	415	600
Boa Vista	Rondon III	Não indígena – famílias	-	-	370	1000
Pacaraima	Janokoida	Indígena – famílias	512	375	414	450
Pacaraima	BV-8 (Alojamento de Transição)	Não indígena. Abrigo de trânsito para regularização migratória	-	252	347	496

Fonte: Dados coletados em pesquisa de campo realizada pela autora na Operação Acolhida/RR.

Nota-se que dois abrigos atuaram acima da capacidade durante todo o período selecionado, quais sejam, Nova Canaã, com excedente de 1,71%, 13,14% e 10,57%, e Pintolândia, 58,75%, 70% e 75%. Em 2018, no mês de maio, cinco dos nove abrigos estavam com quantidade

sobressalente de pessoas; no mês de outubro, eram seis dos doze; e no mês de dezembro, apenas três dos treze. Todavia, vale mencionar, que conforme o conceito de superlotação utilizado pelo ACNUR, não haveriam abrigos nessa condição, embora se observasse excedente de pessoas, pois estas não estariam concentradas em um exíguo espaço se comparado com a quantidade existente, uma vez que a análise baseia-se na quantidade de estruturas disponibilizadas capazes de proporcionar condições necessárias à higiene dos abrigados, quais sejam: água, saneamento e higiene ou simplesmente WASH (Wash, Sanitation e Hygiene).

O acolhimento em abrigos é oferecido, mediante vaga e seleção prévia realizada pelo ACNUR, àqueles que se encontram com a documentação regularizada, imunizado e após o recebimento de orientações sobre o funcionamento dos mesmos pelo ACNUR e pela OIM. Destaca-se, que até o momento, não há a possibilidade de abrigamento direto daqueles que se encontram em situação de rua sem o cumprimento dos requisitos preestabelecidos. As decisões concernentes as prioridades de ingresso nos abrigos, por sua vez, são realizadas em ambiente interagências, cujo

foco são as pessoas que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade.

### **3 O ABRIGO É A RESIDÊNCIA DOS MIGRANTES?**

A normativa constitucional brasileira, no art. 1º, inciso III, preconiza que a dignidade da pessoa humana constitua-se como fundamento da República Federativa do Brasil. No art. 3º, inciso IV, por sua vez, define como objetivo fundamental do país, a promoção do bem de todos, sem preconceitos concernentes a origem, raça, sexo, cor, idade, além de quaisquer outras formas de discriminação. Por conseguinte, no *caput*, do art. 5º, iguala brasileiros e estrangeiros, uma vez que estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-lhes a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Considerando que, consoante as normas destacadas, todos os direitos e garantias fundamentais prescritos na Constituição, sem distinção de qualquer natureza, são aplicáveis aos estrangeiros que residem no território nacional; tais, contudo, não se exaurem no rol do art. 5º,

pois o § 2º do dispositivo em comento salienta que os direitos e garantias explicitados nesse ordenamento jurídico não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, tampouco os oriundos de tratados internacionais em que o Brasil é parte.

O país é signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948; da Carta das Nações Unidas, convertida no Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945; da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, que como a normativa anterior igualmente foi convertida em Decreto, cujo número é 678, de 6 de novembro de 1992, o que demonstra que o país está inserido no âmbito internacional da proteção dos direitos humanos que preleciona que são os atributos da pessoa humana, independente do pertencimento a determinada nacionalidade, que lhe garante o reconhecimento dos direitos essenciais, com vistas, sobretudo, ao extenso rol não discriminatório.

A política migratória brasileira é conduzida pelos princípios e diretrizes esculpidos na Lei 13.445/2017, especificamente os elencados no art. 3º, inciso I,

universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; inciso II, não criminalização da migração; inciso III, repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; e inciso XXII, repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas. Partindo dos preceitos jurídicos expostos, faz-se mister retornar a análise proposta a este capítulo, qual seja: a (im)possibilidade da emissão de declaração de residência aos venezuelanos/as abrigados.

O Código Civil, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, traz no seu artigo 70, que o local onde a pessoa natural estabelece sua residência com ânimo definitivo é o seu domicílio para fins legais. Nota-se, que a inteligência do dispositivo em estudo abordou o domicílio sob a perspectiva da residência e não da moradia, pois o primeiro abrange a vontade decisiva do indivíduo em se fixar em determinado espaço, ao passo que a moradia, caracteriza-se como um ambiente transitório que se ocupa em um dado momento. Acrescenta-se que o domicílio abarca dois elementos: um objetivo, que é o local em que a pessoa se estabelece, e o subjetivo, a intenção de permanecer com ânimo definitivo. Ocorre, todavia, que aos venezuelanos/as abrigado/as tal normativa não se aplica em razão do



acolhimento nos abrigos dar-se em caráter transitório e precário. Logo, o abrigo possui natureza de moradia, uma vez que não há a intenção de se consolidar a fixação residencial naquele lugar, porém, tão somente, ocupar enquanto não houver condições de se possuir outro. Verifica-se, assim, o aspecto assistencial do abrigamento.

No entanto, embora não seja possível a aplicação daquele dispositivo legal, o art. 73, do Código Civil, apresenta-se como mais apropriado ao enquadramento no caso concreto, não só dos venezuelanos/as abrigados/as, mas do mesmo modo aos que se encontram em situação de rua e em ocupações irregulares, pois determina que o domicílio da pessoa natural, que não possua residência habitual, será o lugar onde for encontrada. Portanto, o endereço do abrigo em que o venezuelano/a esteja acolhido pode ser fornecido para a emissão de declaração de residência pelo/a próprio/a, conforme disposto no art. 1º, da Lei 7.115/1983, em razão de a norma garantir que a declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador, presume-se verdadeira.

Desse modo, não há óbice para a expedição da declaratória, porque ainda que estrangeiros, os venezuelanos/as em território brasileiro, consoante demonstrado, possuem os mesmos direitos dos nacionais. Na hipótese de ser exigido o comprovante de residência ao/à abrigado/a, deve-se observar, inicialmente se assim lhe é imposto por lei, caso contrário a exigência será arbitrária, posto que inconstitucional e ilegal, nos termos do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Além disso, já existem normativas que dispensam o comprovante ante a declaração de próprio punho do interessado, com a manifestação da ciência do mesmo de que a falsidade nas informações o sujeitará às penalidades da legislação específica, como na Lei Estadual nº 4.082/2011, do Estado do Mato Grosso do Sul, nas situações de cadastramento, compras, etc, podendo, inclusive aquele que não a aceitar submeter-se a aplicação de multa.

Outrossim, a Resolução nº 3.211/2014 editada pelo Bacen, exige somente a informação prestada pelo indivíduo no preenchimento do endereço residencial na ficha-proposta para abertura de conta, não sendo requerido cópia de comprovante de residência. Contudo, a Caixa

Econômica Federal dispensa a apresentação do comprovante apenas para a abertura da denominada Conta Fácil, que é uma modalidade de Conta Corrente, infringindo, assim, a normativa citada, motivo pelo qual foi ajuizada a ação civil pública n.º 0005455-71.2011.403.6100, pelo Ministério Público Federal. O posicionamento do juiz do processo, Danilo Almasi, em decisão liminar de abrangência nacional, porque a lesão estende-se aos interesses coletivos daqueles que se encontram em similar situação, foi pela desobrigação de apresentação de comprovante de residência, cumprindo-se o disciplinamento da normativa do Bacen aplicável também para a abertura de conta poupança.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os crescentes fluxos migratórios demonstram que a humanidade está em crise, não restando outra alternativa a não ser a solidariedade entre os seres humanos. Nessa conjuntura, o acolhimento de imigrantes e refugiados em abrigos caracteriza-se como um passo importante à hospitalidade descrita por Kant.

O déficit habitacional e as dificuldades de acesso à moradia digna são a realidade de muitas cidades brasileiras, configurando um problema que precisa ser enfrentado pelo Poder Público como uma questão de Justiça Social. Logo, os abrigos constituem-se como alternativa emergencial e transitória para a situação de intenso fluxo migratório, sobretudo, para aqueles que advém da República Bolivariana da Venezuela.

Considerando que o Brasil adota em seu ordenamento jurídico um posicionamento igualitário entre nacionais e estrangeiros que se encontram em território nacional, além de ser signatário de diversos dispositivos internacionais de direitos humanos, conclui-se que o abrigo pode ser considerado, nos termos da lei, a residência do venezuelano/a abrigado/a, ou de indivíduo de qualquer outra nacionalidade que se encontre em igual condição, assim como o local em que pessoas em situação de rua e em ocupação irregular podem ser localizadas. Desse modo, não há objeção legal para a emissão de declaração de residência de próprio punho por esse público. Acrescenta-se, ainda, que além das hipóteses disciplinadas de desobrigação de comprovante de residência, entende-se que diante de

reconhecida situação de vulnerabilidade dever-se-á dispensar a apresentação do referido comprovante.

## REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (CNUR). **Los flujos de venezolanos continúan constantes, alcanzando ahora la cifra de 3,4 millones.** Disponível em:

<<https://www.acnur.org/noticias/press/2019/2/5c700eb94/los-flujos-de-venezolanos-continuan-constant-alcanzando-ahora-la-cifra.html>>. Acesso: 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. **Shelter.** Disponível em:

<<https://www.unhcr.org/shelter.html>>. Acesso: 5 maio 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta.** Trad. Carlos Alerto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05.10.1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11.01.2002.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 22.10.1945.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06.11.1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso: 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 9.285, de 15 de fevereiro de 2018. Reconhece a situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária na República Bolivariana da Venezuela. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16.02.2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9285-15-fevereiro-2018-786170-publicacaooriginal-154864-pe.html>>. Acesso: 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 9.286, de 15 de fevereiro de 2018. Define a composição, as competências e as normas de funcionamento do Comitê Federal de Assistência Emergencial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16.02.2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9286-15-fevereiro-2018-786171-publicacaooriginal-154866-pe.html>>. Acesso: 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25.05.2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm)>. Acesso: 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 7.115, de 29 de agosto de 1983. Dispõe sobre prova documental nos casos que indica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30.08.1983. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7115.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7115.htm).  
Acesso em 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Estadual n.º 4.082, de 6 de setembro de 2011. Estabelece normas para comprovação de residência no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul. **Diário Oficial do Estado**, Campo Grande, MS, 08.09.2011. Disponível em: <<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/01a5d1f8c7125b4204257905003ddd7?OpenDocument&Highlight=2,residência>>. Acesso: 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 13.684, de 21 de junho de 2018. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22.06.2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm)>. Acesso: 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória n.º 820, de 15 de fevereiro de 2018. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16.02.2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv820.htm)>. Acesso: 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Resolução n.º 3.211, de 30 de junho de 2004. Altera e consolida as normas que dispõem sobre a abertura, manutenção e movimentação de contas especiais de depósitos à vista e de depósitos de poupança. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30.06.2004. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/46>>

379/Res\_3211\_v3\_P.pdf>. Accesso: 5 maio 2019.

KANT, Immanuel. **Perpetual Peace: A Philosophical Sketch**. [1975]. Disponível em: <<https://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/kant/kant1.htm>>. Acesso: 5 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Paris, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org>>. Acesso: 5 maio 2019.

## **MINORI MIGRANTI. IL NOSTRO FUTURO VULNERABILE**

Lucia Re\*

### **1 PREMESSA**

Una versione più breve di questo testo è stata pubblicata in L. Barbari, F. De Vanna, a cura di, *Abbecedario delle migrazioni*, Giappichelli, Torino, p. 9-16.

### **2 NON SONO I NOSTRI FIGLI**

Nel film *La casa sul mare* di Robert Guédiguian (Francia, 2017), Angèle torna a Méjean, vicino Marsiglia, per trascorrere alcuni giorni nella villa paterna affacciata sul

---

\* Professoressa Associata di Filosofia del diritto presso l'Università degli studi di Firenze. È direttrice di *Jura Gentium* (Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale). E-mail: lucia.re@unifi.it.



mare. Deve incontrare i fratelli perché il padre ha avuto un ictus e si deve decidere come riorganizzare la vita e il patrimonio della famiglia. Angèle è ostile. Soltanto a film avviato gli spettatori comprendono perché: molti anni prima aveva affidato per qualche giorno al padre e ai fratelli la figlia di sei anni. La bambina, uscita di casa di notte, era affogata in mare, proprio davanti alla villa. Questo terribile dolore ha distrutto la vita di Angèle ed è stato tristemente custodito per anni dal nonno e dallo zio. Il film mostra in un *flashback* il momento dell'annegamento. Gli spettatori sono così messi in condizione di condividere il trauma familiare, simboleggiato dalla stanza della piccola, rimasta chiusa dal giorno della tragedia. Quella stanza viene però riaperta nei giorni seguenti.

A Méjean sono sbarcati tre bambini. La polizia li bracca credendoli dei “pericolosi clandestini”, dei “potenziali terroristi”. Angèle e i fratelli decidono di nasconderli. I bambini sono alloggiati nella stanza che era della figlia di Angèle, indossano i suoi vestiti. Anche questi bambini hanno un segreto: nella macchia vicino al mare hanno sepolto il loro fratello più piccolo, che non è riuscito a salvarsi dal naufragio. L'emozione suscitata negli spettatori dall'aver scoperto l'annegamento della figlia di Angèle

all'interno di una narrazione familiare che ha consentito di sostare nel dolore della madre può così trasferirsi su quel bambino migrante, finalmente sentito vicino, un membro della famiglia.

La tomba improvvisata dai bambini per il loro fratellino richiama alla mente un'altra immagine: quella del piccolo Alan Kurdi, annegato su una spiaggia turca, il cui corpo senza vita è stato ritratto da una fotografa, sdraiato di spalle, sulla battigia. È una immagine di cui si è molto discusso: necessaria per alcuni, irrispettosa per altri. Alan è diventato il simbolo delle migliaia di bambini che sono morti in mare cercando di giungere sulle coste europee<sup>34</sup>.

Sono passati tre anni da quando la foto suscitò un'ondata di commozione nella opinione pubblica globale e oggi, mentre in Italia si dichiarano chiusi i porti alle navi che salvano i migranti in mare - molti dei quali sono bambini e adolescenti - e negli Stati Uniti il governo ha deciso di separare deliberatamente dai loro genitori i bambini dei

---

<sup>34</sup> Secondo la Fondazione ISMU, 3.116 migranti risultano morti o dispersi nelle acque del Mediterraneo nel 2017, principalmente sulla rotta del Mediterraneo Centrale dal Nord Africa all'Italia (<http://www.ismu.org/2017/12/gli-sbarchi-nel-mediterraneo-nel-2017/>, consultato il 18 giugno 2018). L'anno precedente erano stati 5.143 (Ibid.). Secondo Unicef, solo nella rotta del Mediterraneo centrale, nel 2016 erano morti 700 bambini (UNICEF, Children on the Move. Key facts and figures, Unicef, New York, febbraio 2018, p. 2).

“clandestini” arrestati dopo aver passato la frontiera messicana, per rinchiuderli in gabbie di acciaio<sup>35</sup>, nell’opinione pubblica è sempre più rara la facoltà di compianto (MASSARI, 2017, p. 11). Quelle di questi bambini sono “vite di scarto” (BAUMAN, 2005), vite “indegne di lutto” (BUTLER, 2004, 2010), che solo alcune narrazioni artistiche riescono a far sentire vicine a un pubblico, purtroppo, ristretto.

“Migranti”, “clandestini”, “rifugiati” sono divenute le etichette che consentono il dispiegarsi di una retorica “anti-umanitaria”, collegata a un immaginario profondamente razzializzato. Quando si parla di immigrazione i minori sono menzionati solo di rado, in casi particolari. Eppure, essi sono una percentuale molto significativa delle persone che migrano. Secondo Unicef, nel 2016, 28 milioni di bambini (uno su 80) vivevano lontano dalla loro terra perché erano stati costretti a emigrare. Questo dato include 12 milioni di bambini rifugiati e richiedenti asilo e 16

---

<sup>35</sup> Per ammissione della stessa amministrazione Trump, solo dal 19 aprile al 31 maggio 2018, 1.995 minori sono stati separati dai propri genitori, arrestati per essere entrati illegalmente negli Stati Uniti dal confine con il Messico (cfr. J. HIRSCHFELD DAVIS, Separated at the Border From Their Parents: In Six Weeks, 1,995 Children, in *New York Times*, 15 giugno 2018. Disponibile <<https://www.nytimes.com/2018/06/15/us/politics/trump-immigration-separation-border.html>, consultato il 18 giugno 2018>).

milioni di bambini che hanno dovuto migrare all'interno dei loro paesi a causa di conflitti e violenza (UNICEF, 2018, p. 2).

Nel discorso pubblico, tuttavia, parole familiari, come “bambini”, “bambine”, “ragazze” e “ragazzi”, ma anche “donne”, “uomini”, “persone”, sono bandite o evocate solo marginalmente. Fra “noi” e “loro” non c'è alcuna condivisione possibile e dunque non può neppure esserci pietà. Dovremmo allora tornare a pensare che, sì, i bambini migranti non sono “figli nostri”, non però perché siano diversi dagli italiani *iure sanguinis* o dai giovani europei, ma perché, come recitano i versi di Khalil Gibran – non a caso ripresi in un noto libro da Meucci (1974), uno dei padri della riforma del diritto processuale minorile italiano –, tutti i figli “non sono nostri”, sono il futuro dell'umanità e «le loro anime dimorano nella casa del domani» (GIBRAN, 2017). Ed è anche per questo, oltre che per la condizione di particolare vulnerabilità in cui si trovano, che è nato il diritto internazionale dei diritti umani, un patrimonio di civiltà che non dobbiamo stancarci di difendere.

### **3 CHI SONO I BAMBINI E LE BAMBINE CHE MIGRANO?**

#### **3.1 I BAMBINI E LE LORO FAMIGLIE**

Che cosa significa essere un bambino o una bambina<sup>36</sup> e migrare? Significa lasciare la propria casa, i luoghi cari in cui si parla la lingua nativa, gli amici, i parenti, per cercare una vita migliore. Talvolta vuol dire inseguire un sogno, talaltra invece la migrazione è l'unico modo per sopravvivere. Spesso migrare è necessario per ricongiungersi con uno o con entrambi i genitori, che sono emigrati per primi in cerca di fortuna, "lasciando indietro i figli" (SCIUBRA, 2017)<sup>37</sup>. Il ricongiungimento familiare è infatti il principale canale legale di immigrazione dei bambini e delle bambine.

Quello al rispetto della vita familiare è per ogni essere umano un diritto fondamentale<sup>38</sup> e lo è, a maggior ragione, per i minori<sup>39</sup>. La via per il ricongiungimento è tuttavia

---

<sup>36</sup> Con questi termini le principali agenzie internazionali designano sia i bambini che gli adolescenti minori di età.

<sup>37</sup> I minori lasciati in patria dai genitori migranti sono definiti dalla sociologia delle migrazioni come minori "left behind", una condizione di grande sofferenza, come si può apprendere dai racconti delle madri emigrate in Italia raccolti (SCIURBA, 2017). In *Non ci avrete mai* (RIZZOLI, MILANO, 2016), Chaimaa Fatihi (2016) ha raccontato in modo sintetico ed efficace l'addio alla famiglia allargata in Marocco e la gioia del ricongiungimento con il padre, giunto in Italia per primo.

<sup>38</sup> Cfr. in particolare artt. 12 e 16 della Dichiarazione Universale dei diritti umani, art. 8 della Convenzione Europea dei diritti umani.

<sup>39</sup> Cfr. Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, in particolare artt. 8, 9, 10, 16.

spesso piena di ostacoli, che derivano dall'orientamento restrittivo delle politiche migratorie di molti paesi, le quali chiedono ai migranti di soddisfare una serie di condizioni perché il ricongiungimento possa essere autorizzato. Tali condizioni includono sovente la dimostrazione di un certo livello di reddito e la disponibilità di un alloggio considerato adeguato alla vita familiare. Le procedure sono in molti casi complicate e costose. Le prassi non sempre lineari. I tempi di attesa si dilatano per anni, anni che sono fondamentali nella formazione della personalità di bambini e adolescenti e per il mantenimento dei legami affettivi. In alcuni paesi – è ad esempio il caso degli Stati Uniti – non solo il ricongiungimento familiare di minori provenienti dall'estero può essere difficile, ma lo Stato interviene per separare le famiglie, prevedendo ad esempio la possibilità di rimpatriare i genitori “irregolari” di bambini con cittadinanza statunitense<sup>40</sup> o separando i piccoli migranti dai loro genitori al momento dell'ingresso illegale nel territorio.

---

<sup>40</sup> Cfr. Ice, Detained parents directive (<https://www.ice.gov/parental-interest>).

Come ha sostenuto Bhabha (2014)<sup>41</sup>, c'è una tensione endemica fra la responsabilità dello Stato di difendere l'unità familiare anche dei bambini migranti e una concezione della sovranità che considera l'immigrazione come contraria all'interesse nazionale. Eppure proprio questi minori, insieme a quelli che nascono da genitori immigrati, sono il futuro delle società di arrivo, consentono la sostituzione demografica e arricchiscono i paesi, dal punto di vista tanto economico quanto sociale e culturale. In Italia, ad esempio, risiede oltre 1 milione di minori stranieri (pari a circa il 21 per cento del totale degli stranieri residenti)<sup>42</sup>. Più del 9 per cento dei bambini iscritti a scuola è di nazionalità straniera e – per ammissione dello stesso Ministero della Istruzione – ormai da alcuni anni «gli studenti di origine migratoria rappresentano la componente dinamica del sistema scolastico italiano, che contribuisce con la sua crescita a contenere la flessione della popolazione scolastica complessiva, derivante dal costante calo degli studenti italiani» (MIUR, STATISTICA E STUDI, 2017, p. 8). Questi

---

<sup>41</sup> Ringrazio Costanza Margiotta per avermi suggerito questa lettura.

<sup>42</sup> Dati elaborati dalla Fondazione Ismu riferiti al 2017 (Disponibile: <<http://www.ismu.org/minori-stranieri-residenti/>>. Consultato: 19 giu. 2018).

bambini e adolescenti, pur essendo spesso giunti da piccoli in Italia e sentendosi italiani, faticano a ottenere la cittadinanza – per richiedere la quale devono comunque attendere di aver compiuto la maggiore età – e, anche per questo motivo, sono vittime di una serie di “discriminazioni legali” che rendono più difficile il loro percorso di crescita e di formazione.

Una concezione fortemente etnocentrica del legame fra territorio e popolazione ha fino ad oggi impedito che si trovassero percorsi più celeri e meno onerosi – sia sul piano burocratico che sul piano economico – di acquisizione della cittadinanza. Anche in questo caso, le esigenze dei minori e – aggiungerei – le esigenze di una società pluralistica, nella quale il diritto è strumento di coesione sociale, confliggono con un’idea nazionalistica della cittadinanza come “privilegio del sangue”.

### 3.2 IN VIAGGIO DA SOLI

Non tutti i minori viaggiano con la famiglia o per ricongiungersi a essa<sup>43</sup>. I bambini e le bambine più

---

<sup>43</sup> Si deve segnalare che sempre più spesso giungono in Europa donne incinte. Alcuni bambini nascono durante il viaggio. Si tratta spesso di figli concepiti a causa di violenze sessuali subite.



sfortunati viaggiano da soli, seguendo rotte pericolose e affidandosi a facilitatori o trafficanti<sup>44</sup>. Talvolta cercano i propri parenti o qualche contatto nel paese di destinazione, talaltra cercano delle opportunità di educazione e di lavoro, senza avere un chiaro progetto migratorio (RE, 2009)<sup>45</sup>. Sono i cosiddetti “minori stranieri non accompagnati”<sup>46</sup>. In alcuni casi viaggiano con altri bambini, in altri sono inseriti in reti di sfruttamento che li “recuperano” una volta entrati nello Stato di destinazione, facendoli “sparire” dai centri dove sono accolti. Queste reti possono essere di tipo familiare, oppure possono essere gestite dalla criminalità organizzata che impiega questi bambini e adolescenti nella

---

<sup>44</sup> Con il termine facilitatore mi riferisco a coloro che in inglese sono definiti come “smugglers” (“contrabbandieri”). Si tratta di persone che si incaricano di portare i migranti a destinazione dietro il pagamento di ingenti somme di denaro. I soldi sono pagati dalle famiglie, ma spesso il migrante – adulto o minore – rimane, almeno in parte, debitore nei confronti del facilitatore e deve ripagarlo attraverso un lavoro da svolgere in condizioni di sfruttamento. Il confine fra facilitatori e trafficanti – ossia coloro che forzano i minori a emigrare per poterli sfruttare (“traffickers”) – è dunque piuttosto labile. Sul tema cfr. Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (detta anche Convenzione di Palermo) e Protocolli aggiuntivi.

<sup>45</sup> È ciò che è emerso, ad esempio, da una ricerca svolta alcuni anni fa sui fascicoli relativi ai minori detenuti custoditi in alcuni Istituti penali per i minorenni italiani.

<sup>46</sup> La definizione è presente nel diritto internazionale, dell’Unione e italiano. Cfr. ad esempio la Direttiva 2011/95/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011.

micro-criminalità, nel lavoro forzato e nel mercato della prostituzione. Il genere gioca un ruolo importante nel favorire l'ingresso nei circuiti dello sfruttamento (UNICEF, 2017, p. 34-37)<sup>47</sup>.

Il numero dei minori stranieri non accompagnati che viaggiano nel mondo – non solo verso l'Europa ma anche, ad esempio, dal Sudamerica verso il Nordamerica – è in crescita. Secondo Unicef almeno 300.000 bambini non accompagnati sono stati censiti in 80 paesi nel 2015-2016, un numero cinque volte maggiore di quello registrato solo cinque anni prima (UNICEF, 2017, p. 6). Si tratta di cifre sicuramente sottostimate per la difficoltà di identificare e registrare questi minori in molti paesi, compresi gli Stati Uniti e gli Stati membri della Unione Europea. Secondo Save the children Italia, che richiama i dati pubblicati dal Ministero dell'interno italiano, nel 2017 sono giunte in Italia via mare 119.369 persone, tra queste, 17.373 minori. La maggior parte di loro (ben 15.779) ha viaggiato da sola.

---

<sup>47</sup> Secondo Unicef nel 2014, anno dell'ultima ricerca approfondita in materia, erano 63.000 i minori identificati come vittime di traffico in 106 paesi e territori del mondo. I bambini sono il 28 per cento del totale delle vittime di traffico identificate (il 20 per cento sono bambine e l'8 per cento maschi). In alcune regioni del mondo, quali l'Africa subsahariana, il Centro-America e la regione caraibica, i due terzi delle vittime di traffico sono bambini).

Ciò significa che più di un migrante su dieci (per la precisione, il 13,2%) era un bambino o una bambina che ha affrontato il viaggio senza il riferimento di un familiare adulto (SAVE THE CHILDREN ITALIA, 2018).

Come in altri paesi europei, così anche in Italia, i minorenni che entrano nel territorio dello Stato non possono essere espulsi e sono ospitati, fino al compimento della maggiore età, in strutture di accoglienza. Alla fine del 2017 tali strutture ospitavano 18.303 minori. Solo una percentuale minima dei minori stranieri non accompagnati identificati (il 3,1 per cento) era affidata a famiglie. Le bambine e le ragazze erano meno dei maschi (erano infatti il 6-7 per cento dei minori stranieri accolti in Italia). Come sottolinea Save the children Italia, colpisce tuttavia il fatto che esse provenissero prevalentemente dalla Nigeria e dalla Eritrea, al pari della maggioranza delle donne adulte giunte in Italia via mare. È probabile che questa provenienza sia collegata alle reti criminali che organizzano la tratta delle donne e lo sfruttamento della prostituzione. Alla luce di ciò, è ancora più allarmante il dato che molte ragazze e ragazzi abbandonino i centri di accoglienza rendendosi irreperibili. Nel 2017 risultavano irreperibili quasi 6.000 minori stranieri non accompagnati

precedentemente accolti in Italia, 2440 dei quali avevano fatto perdere le loro tracce nel corso dell'anno. La percentuale delle ragazze fra questi minori è alta (erano il 10,4% del totale degli irreperibili) ed è questo un ulteriore indizio della esistenza di un mercato della prostituzione basato sulla tratta (SAVE THE CHILDREN ITALIA, 2018).

Non è solo il caso dell'Italia. Il numero di minori stranieri non accompagnati che divengono "invisibili" per le istituzioni è alto in tutta Europa. Nel 2016 ha avuto ampia risonanza l'intervista rilasciata al settimanale *The Observer* da Brian Donald, chief of staff di Europol<sup>48</sup>, secondo il quale queste "sparizioni", registrate soprattutto in Italia ma anche in paesi come la Svezia e il Regno Unito, erano legate a una sofisticata infrastruttura criminale pan-europea che gestiva tali minori. La stessa Europol stima, del resto, che almeno il 20 per cento dei facilitatori, inclusi quelli che aiutano i minori non accompagnati a raggiungere l'Europa, sia legato alle organizzazioni di trafficanti di esseri umani (UNICEF, 2017). Sono dati molto preoccupanti, che tuttavia non devono far dimenticare come spesso questi bambini e ragazzi facciano perdere le loro tracce anche a causa delle

---

<sup>48</sup> Cfr. <<https://www.theguardian.com/world/2016/jan/30/fears-for-missing-child-refugees>>. Consultato: 21 giu. 2018.

carenze del sistema di accoglienza. I centri dove sono ospitati, infatti, sono spesso lontani dal garantire loro possibilità educative e dall'offrire una opportunità per integrarsi nella società di arrivo. I minori, soprattutto adolescenti, tendono a non fidarsi degli attori istituzionali<sup>49</sup> e a vivere l'accoglienza come un momento di passaggio obbligato, quando non un vero e proprio ostacolo nel percorso verso l'attuazione del disegno – più o meno preciso – che avevano immaginato alla partenza. Si deve inoltre notare che i dati più significativi di “sparizioni” di bambini non accompagnati riguardano l'Italia, che è il paese più vicino ai luoghi di partenza ed è percepito da molti come la porta verso l'Europa del Nord. Rilevante è anche il fatto che i paesi che ospitano i minori stranieri non accompagnati concedano per lo più loro solo lo *status* temporaneo di ospiti non espellibili fino al compimento della maggiore età. Molti ragazzi sanno quindi che, al compimento del diciottesimo anno d'età, diverranno per le

---

<sup>49</sup> Per quanto concerne l'Italia, va rilevato che un passo avanti significativo in direzione della protezione dei minori stranieri non accompagnati è stato fatto con l'adozione della legge n. 47 del 2017, recante “Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati”. Fra le previsioni della legge è la possibilità che il minore sia assistito da un tutore volontario, che opera, con un'apposita formazione, sotto la guida del Tribunale dei minorenni.

istituzioni “migranti irregolari”. L’incertezza del futuro fa sì che essi preferiscano spesso tentare di proseguire la loro avventura senza il sostegno/controllo delle istituzioni. Infine, anche prima della maggiore età, molte istituzioni nazionali operano nell’ottica di rimpatriare i minori non accompagnati, ricongiungendoli alla famiglia rimasta nel paese di origine. Come ha efficacemente ricordato Bhabha (2014, p. 4), ciò è quasi sempre contrario al progetto che i bambini – e spesso anche le loro famiglie – avevano concepito quando hanno deciso di affrontare un viaggio costoso e pericoloso. Si deve poi sottolineare che la famiglia non è sempre il luogo degli affetti e della protezione. Molti minori che hanno scelto di migrare lo hanno fatto per sfuggire a una vita familiare caratterizzata da povertà e violenza. I bambini e gli adolescenti vittime di traffico sono spesso stati convinti ad affidarsi ai trafficanti dalla famiglia. Rimandarli indietro significa perciò, in molti casi, esporli al rischio di essere più volte vittime dei trafficanti, oltre che al rischio di ripetere il viaggio affrontandone di nuovo i pericoli (BHABHA, 2014).

#### **4 CONCLUSIONI**

I sistemi di accoglienza svolgono dunque un ruolo ambivalente: accolgono ma solo temporaneamente, considerano i minori migranti più come “migranti minori” che come bambini e adolescenti la cui tutela dovrebbe costituire la priorità. Se la legislazione è in molti casi ambigua – quando non è esplicitamente ostile – ancora più inadeguate sono le prassi amministrative e insufficiente è l’offerta di servizi sociali. Come rilevato tanto dai ricercatori, quanto dagli operatori del terzo settore, ciò che manca nella maggioranza dei paesi di arrivo è un impegno delle istituzioni a rendere effettivi i diritti dei minori stranieri non accompagnati. Questi, anche quando sono sanciti dalla legislazione nazionale e dalle fonti europee e internazionali, sono largamente disattesi. Le violazioni di tali diritti avvengono per omissione – come nel caso dei minori stranieri non accompagnati che si rendono irreperibili perché non sono stati supportati dalle istituzioni o perché sono catturati dalle reti del traffico di esseri umani – o per commissione – come nel caso della violenza istituzionale (violenza della polizia, detenzioni illegittime, etc.).

Violazioni ed ineffettività devono essere denunciate. La normativa internazionale ed europea – e la giurisprudenza

che la interpreta – continuano a lavorare per lo più nel senso di una maggiore tutela. Perché le vite di queste bambine e bambini siano protette e perché la loro autonomia sia valorizzata è tuttavia necessario lavorare anche a un cambiamento culturale. I bambini che migrano non sono un caso particolare di migrazione, una eccezione nella eccezione. Sono uno dei gruppi più vulnerabili di un grande fenomeno storico che è la migrazione dalle zone più povere del mondo a quelle più ricche, dalle zone in cui c'è la guerra a quelle nelle quali si può vivere in pace, dalle dittature verso le democrazie. Governare questo fenomeno è un compito difficile. Le politiche restrittive hanno generato mercati criminali e circuiti di corruzione, alimentati dalla povertà, dalla disperazione, dal sogno di migliorare la propria condizione. Questo non è solo un problema “loro”, un rischio per chi viaggia. È un problema globale che investe le società di arrivo, ne mette a rischio la tenuta sociale e le istituzioni democratiche. Combattere questi mercati e proteggere i migranti, in primo luogo i bambini e le bambine, è un compito che può essere affrontato, però, solo decostruendo il mito dell'invasione, studiando le specifiche dinamiche delle migrazioni, approntando strumenti raffinati di contrasto delle reti



criminali e di tutela delle persone migranti, nella consapevolezza che è necessario contemporaneamente operare per un riequilibrio della ricchezza a livello globale. Se ciò non avverrà, non solo continueremo ad alimentare un sistema coloniale basato sullo sfruttamento delle risorse naturali, economiche ed umane di una parte del mondo, ma ci lasceremo governare dalla paura, con grave pregiudizio per le conquiste politiche e sociali che – almeno in Europa – credevamo acquisite dopo la Shoah e la tragedia della Seconda guerra mondiale.

## **BIBLIOGRAFIA**

BAUMAN, Z. **Vite di scarto**. Roma-Bari: Laterza, 2005.

BHABHA, J. **Child Migration and Human Rights in a Global Age**. Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2014.

BUTLER, J. **Frames of War**. When is Life Grievable? New York: Verso, 2010.

\_\_\_\_\_. **Vite precarie**. Contro l'uso della violenza come risposta al lutto collettivo. Roma: Meltemi, 2004.

FATIHI, C. **Non ci avrete mai**. Milano: Rizzoli, 2016.

GIBRAN, K. **Il profeta**. Molinella: Gingko Edizioni, 2017.

HIRSCHFELD DAVIS, J. Separated at the Border From Their Parents. **New York Times**, jan. 1995.

Disponibile:<<https://www.nytimes.com>>. Consultato: 15 giu. 2018.

MIUR, STATISTICA E STUDI. **Gli alunni stranieri nel sistema scolastico italiano**. 2015-2016. Disponibile: <[www.istruzione.it/.../Notiziario\\_alunni\\_Stranieri\\_nel%20sistema\\_scolastico\\_italiano\\_1](http://www.istruzione.it/.../Notiziario_alunni_Stranieri_nel%20sistema_scolastico_italiano_1)>. Consultato il: 30 apr. 2019>. Consultato: 19 giu. 2018.

MASSARI, M. **Il corpo degli altri**. Migrazioni, memorie, identità. Napoli: Orthotes, 2017.

MEUCCI, G.P. **I figli non sono nostri**. Firenze: Vallecchi, 1974.

OXFAM INTERNATIONAL. **Se questa è l'Europa**. La situazione dei migranti al confine italo-francese di Ventimiglia, June 2018. Disponibile: <<https://www.oxfamitalia.org/migranti-confine-ventimiglia>>. Consultato: 19 dic. 2018.

RE, L. Il trattamento degli esclusi: i minori stranieri detenuti in Italia. *In*: G. CAMPESI; L. RE; G. TORRENTE (a cura di). **Dietro le sbarre e oltre**. Due ricerche sul carcere in Italia. Torino: L'harmatta, 2009, p. 52-84.

SAVE THE CHILDREN ITALIA. **Atlante dei minori stranieri non accompagnati** – Crescere lontano da casa. Roma: Onlus, 2018, p. 20-21.

SCIURBA, A. **La cura servile**. La cura che serve. Pisa: Pacini, 2017.

UN HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS ZEID RA'AD AL HUSSEI. Opening statement and global update of human rights concerns at 38th session of the Human Rights Council, 18 June 2018.

Disponibile:<<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23206&LangID=E>>.

Consultato: 18 giu. 2018.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF). **A Child is a child**. Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation. New York, May 2017. Disponibile:<[https://www.unicef.org/publications/files/UNICEF\\_A\\_child\\_is\\_a\\_child\\_May\\_2017\\_EN.pdf](https://www.unicef.org/publications/files/UNICEF_A_child_is_a_child_May_2017_EN.pdf)>. Consultato: 19 dic. 2018.

\_\_\_\_\_. **Children on the Move**. Key facts and figures. New York, febbraio 2018. Disponibile:<<https://data.unicef.org/resources/children-move-key-facts-figures>>. Consultato: 20 apr. 2019.

### Título III

# **Direito ao Desenvolvimento, Direito Internacional, Sul Global e Paz Internacional.**

## **DEMOCRACIA E VONTADE: O EQUÍVOCO DOS ENGANADOS E A DEGENERESCÊNCIA DOS CORROMPIDOS**

Ana Carolina Monteiro Lins de Albuquerque e Souto\*

Fredys Orlando Sorto\*\*

### **1 INTRODUÇÃO**

---

\*Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB), linha 3. Bolsista CAPES/FAPESQ E-mail: anacarolinacmonteiro@hotmail.com.

\*\*Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB). E-mail: sortofredys@hotmail.com.

A partir da concepção aristotélica depreendia-se que democracia seria uma forma de governo, visão esta que modernamente se alterou para firmar que, na verdade, trata-se a democracia de um regime de governo, como na lição de Linz (LINZ, 2015). Com efeito, todo regime torna-se verbo e ação ao regular a origem e o instrumento do poder que, no caso democrático, emana do povo e, por meio dele, se exercita. O povo é imprescindível penhor. Povo este que tem sido usado como legitimação do direito e da força, seja em períodos revolucionários ou conservadores. Povo aquele sobre o qual Rousseau reputou a índole de ser possivelmente enganado, porém sem nunca restar-se corrompido (ROUSSEAU, 2003).

Então, sendo o povo depositário da vontade, que é geral, que articula os valores essenciais de uma dada estrutura social, como preservá-lo do engodo e da corrupção? A democracia é uma matéria de vontade de governados e governantes, ao passo que alguns ingerem sobre o governo, outros quedam inertes. Esta vontade é eloquência e discurso, mas também é latência e fermentação. Quanto tempo leva essa maturidade? Que é necessário acrescentar para vê-la ascender irreprimível?

A democracia é o regime político capaz de transformar meros governados em cidadãos. A cidadania, por sua vez, é um plexo de direitos e deveres, mas os direitos de participação popular na vida política são muito significativos, já que promovem mudanças mediante um comportamento proativo da maioria.

O selo da liberdade não é a capacidade irrepreensível de cada um fazer o que bem lhe aprouver, mas o atributo de uma vontade que não pode ser comandada por apelos dissimulados e transvestidos de interesse geral. Como tomar na mão este coração de vontade, este âmagô sincero e livre de toda intenção pervertida? Com efeito, a democracia se operacionaliza sempre de maneira precária, porque filtrar o ouro desta vontade geral é a tarefa irremediável. Então, participar e sufragar se tornam mecanismos que exigem qualificação de antevéspera.

Não há dissenso no que tange à assertiva de que tão melhor preparado esteja um povo para o mister de exprimir sua vontade, mais qualificada será sua intervenção. Contudo, à medida que as exigências de participação se tornam mais sofisticadas, parece que o povo, fonte e instrumento do poder, não está mais à altura do governo. O seu destino já não mais lhe pertence. O povo

visto como deseducado, dominado e ludibriado é afastado do processo, não pode atravessar suas necessidades e ambições, pois não detém a capacidade de se autodeterminar, está perdido no turbilhão.

Não obstante o contrato social tivesse por objetivo livrar o homem de seu estado de natureza, daí por que se diz que há dois homens no contrato social de Rousseau: o natural e o social, é questionável se de fato o homem encontra-se livre dessa posição ou se, de certo modo, ele continua nu e bruto, tendo como papel suficiente não atrapalhar e deixar-se representar. Ocorre que a vontade geral ou soberania identificou-se na própria figura do Estado, que toma assento na posição de referência outrora ocupada pela Igreja, e assemelhou-se ao próprio contrato social onde repousam todas as prescrições estabelecidas ao povo.

## **2 EQUÍVOCO VS. DEGENERESCÊNCIA**

A democracia alcançou *status* de direito nos últimos tempos, como o menos imperfeito dos regimes, mas embaixo da carapaça dourada são muitas as impudências. As palavras do florentino Maquiavel encontram guarida na

realidade política, onde a aparência tem mais serventia do que a verdade tem valia no pragmatismo atual:

A um príncipe, portanto, não é necessário ter de fato todas as qualidades supracitadas, mas é indispensável parecer tê-las. Aliás, ousarei dizer que, se as tiver e utilizar sempre, serão danosas, enquanto, se parecer tê-las serão úteis (MAQUIAVEL, 2007, p. 84-85).

Errar por equívoco ou por degenerescência é errar. Os resultados podem ser igualmente nefastos, mas perscrutar as premissas deste mau feito pode ser o antídoto contra os erros vindouros. Quando se está enganado, a luz espargida pode elucidar o equívoco e gerar emenda. A educação e o esclarecimento emancipam o ser, ao dar-lhe discernimento e temperança fazem que veja melhor e além. Quando se está corrompido, por outro lado, a gravidade está no fato de que não há coincidência entre a lúcida compreensão dos fatos e o agir consciente, há luz, mas se escapa à luz de forma deliberada para atender interesses escusos. O equívoco e a degenerescência acometem tanto os governantes quanto os governados. No que tange aos dirigentes, esse equívoco pode partir de um engano intelectual ou de um comprometimento ideológico tal que



prejudique a clara percepção da realidade, total incongruência entre palavra e ato pode gerar um governo bem-intencionado e incoerente, que não consegue lidar com as externalidades negativas, porque é incapaz de autocrítica.

Por sua vez, o governante degenerado sofre de um problema de escrúpulos, pois está fechado com determinadas causas que se sobrepõem à missão de governar por todos. Consoante Talmon, no âmbito do totalitarismo de esquerda v.g., o uso da força como recurso faz-se mediante o convencimento de que ela é empregada apenas com o propósito de apressar o progresso do homem até a perfeição e a harmonia social. Mas quando os atos perpetrados contrariam as palavras desses dirigentes, pairam os seguintes questionamentos: seriam estes dirigentes hipócritas, cínicos ou vítimas de engano intelectual? Por sua vez, “[...] seriam estes atos expressões autênticas da causa ou de sua própria e arbitrária vontade?” (TALMON, 1956, p. 8).

Tanto para o primeiro quanto para o segundo maus governantes, o regime democrático reserva a mesma solução: eletividade e temporariedade. Ao povo é garantida a faculdade de livra-se dos maus gestores. Mas o que se

sucedará quando o equívoco e a degenerescência estão nos governados, afetando sua escolha desimpedida?

Contrariando a máxima rousseuniana, é possível afirmar que o povo pode ser enganado e corrompido. O povo tapeado é o que recebe manobras para direcionar e limitar sua capacidade eletiva para opções que não concordam com suas reais aspirações. Para este caso de mau governado, o regime democrático reserva a seguinte solução combinada: educação e cidadania.

No caso, se os governos detivessem o condão de forjar gênios e personalidades, soerguendo ou rebaixando o patamar das possibilidades de uma sociedade, quando esses mesmos poderes estabelecidos estivessem interessados em manter o *statu quo* de ignorância e subdesenvolvimento humano, a propósito, os homens não seriam capacitados para afirmar sua singularidade, mas apenas convergidos ao padrão de sociedade virtuosa. (TALMON, 1956, p.37).

Por sua vez, na concepção de Slavoj Zizek, são as práticas políticas que materializam a cidadania e constituem defesas contra os excessos de poder, segue:

De acordo com a lei, o poder do Estado apenas representa o interesse de seus

súditos; está a serviço deles, é responsável por eles e está, ele mesmo, sujeito a seu controle. Entretanto, de acordo com o superego subjacente, a mensagem pública de responsabilidade é complementada pela mensagem obscena do exercício incondicional do poder (ZIZEK, 2010, p. 26).

Já o administrado corrompido é um mal inevitável preventivamente e que só encontrará limites no sistema jurídico repressivo. Nesse ponto, Kelsen desdobra a relação entre deveres jurídicos e sanção, nos seguintes termos:

Se, no entanto, as ordens sociais a que chamamos Direito contivessem de fato em quantidade apreciável normas prescritivas que não estivessem essencialmente ligadas a normas que estatuem atos coercitivos como sanção – o que não é, porém, o caso – então, a admissibilidade de uma definição do Direito como ordem de coerção seria posta em causa (KELSEN, 2009, p. 60).

O estudo da política no mundo antigo, sobretudo a partir das contribuições de Platão, nos oferece a compreensão da tendência dos governos à degeneração, dada a imperfeição pelos seus próprios fundamentos. No caso da democracia não é diferente, de tal modo que na visão platônica apenas uma classe de filósofos verdadeiramente sábios e comprometidos com a busca da verdade e do bem, seria

capaz de um governo virtuoso e, por conseguinte, justo.

Conforme segue:

A participação de muitos na elaboração das leis não é garantia de sua perfeição, já que o pré-requisito para tanto seria a contemplação da Ideia do Bem, o que exige longo processo de busca e aprendizado. A democracia institucionaliza e legitima o erro coletivo, uma vez que uma multidão ignorante tem o poder de decidir (MACIEL, 2013, p.9-10).

Outrossim, não são excepcionais os casos em que o primeiro dever de todo governante é rechaçado, qual seja o de não se prestar como elemento catalisador do ódio coletivo reprimido, circunstância que normalmente ocorre quando dada ala do corpo político é alijada dos postos de comando durante mandatos sucessivos, o que acaba servindo de múnus para ideologias extremistas. Nesse caso, maus governados elegem maus governantes que reverberam sentimentos e valores moralmente repreensíveis. Contudo, é lícito lembrar que Platão não tinha simpatia alguma pela democracia do seu tempo. Além do que, é importante registrar, a democracia ateniense tem pouco a ver com a moderna democracia representativa instituída nos Estados Unidos no final do século XVIII.

### 3 A EXPRESSÃO DA VONTADE GERAL

A noção de democracia conduzida axiologicamente por princípios excludentes pode aparentar uma idiosincrasia insolúvel, mas esta hipótese não é de todo impossível de ser vislumbrada considerando-se que, ao lado do regime, existe uma forma e um sistema de governar e que o Estado Constitucional de Direito pode legitimar o exercício de poder peremptório e servil a propósitos dominantes.

Por esta razão, Marx considerava que a democracia vigente no modo de produção capitalista era fruto de uma consciência falseada pela classe dominante e compunha a superestrutura ideológica da burguesia. Bonavides (2018, p. 330-331) assevera: “O socialismo marxista rebaixou, portanto, a democracia, desvalorizando-a como forma de governo [sic] da sociedade burguesa”, em razão disto “[...] Presos ao ideologismo que refutaram, falam-nos, todavia, da democracia popular, democracia socialista ou democracia do proletariado.

Nesse aspecto, cumpre destacar que a visão marxista não padecia do vício de “ideologismo”, que ele próprio admoestava no bojo de outras doutrinas. Considerando

que, a toda estrutura econômica, corresponderá uma superestrutura, como consequência, ao sistema de produção capitalista equivalerá uma superestrutura que se forja para legitimar os interesses da classe burguesa. A democracia coexistente ao modo de produção capitalista que, por sua vez, detém a peculiar faculdade da “destruição criativa” no dizer de Schumpeter, é comprometida com as aspirações do estrato social dominante que detém a propriedade privada dos meios de produção. É tudo questão de lado. Marx, apesar dos esforços científico-investigativos, não deixava esconder que estava do lado da classe trabalhadora e, por tal motivo, saía em defesa de democracia que se coadunasse com um governo do proletariado. Nesse sentido, a crítica de Marx se justifica, conforme assevera Villey (2008, p. 155):

Locke tinha ao menos o mérito de confessar que seu contrato social só beneficiava os proprietários; Hobbes de não dourar a pílula, de não nos deixar na ignorância da arbitrariedade do Estado e de suas leis. Quanto aos direitos universais do homem, produto do cérebro dos idealistas e explorado pelos políticos, eles comportam uma parcela de impostura.

É possível aventar que a pressão exercida pela maioria pode descambar na tirania, compactando e curvando as minorias ao *status quo* escolhido pela maior parte. Porém, o que acontece quando uma minoria extremamente enérgica e prestigiosa lança mão de expedientes para triunfar seus desígnios elitistas? Tocqueville, ao analisar a democracia nos EUA, alertou para os perigos do poder exercido sem limites, advertindo que a maioria, inclusive, precisa ser frenada, nos seguintes moldes:

Não existe na terra poder algum tão digno de honra em si próprio ou revestido de direitos tão sagrados que eu lhe pudesse reconhecer autoridade não controlada e todo-poderosa (TOCQUEVILLE, 2014, p. 133-4).

A pluralidade de concepções relativas ao termo democracia pode ser evidenciada pela denominação “democracia totalitária”, criada pelo cientista político Talmon (1956). *A priori*, esta designação chega a soar como contradição em si mesma, posto que, quando se fala em regime totalitário, o que se pensa é o exercício da atividade política sem limites, com ingerência máxima do Estado nas esferas pública e privada, de tal forma que esta expressão máxima de autoridade parece incompatível com a noção de

democracia que pressupõe a participação popular. Até mesmo na esfera da autorregulamentação de interesses particulares não é possível afastar a influência da figura estatal e suas ferramentas de legitimação pela violência, na percepção de Benjamin (2013, p. 137):

Esta não precisa estar imediatamente presente no contrato como violência instauradora do direito, mas está nele representada na medida em que o poder que garante o contrato de direito é, por sua vez, de origem violenta, mesmo que este poder não tenha sido introduzido no contrato pela violência.

Vale salientar, que o Estado de Direito baseia-se em três pilares fundamentais: 1) o pacto social, que é o acordo implícito e coletivo que limitou as liberdades individuais; 2) a ordem social, que não existe na natureza, mas que foi criada por necessidades públicas; 3) o contratualismo que conferiu justificativa teórica para este ente antes abstrato. Por outro lado, no curso da história, foram concebidas três principais correntes do contratualismo: 1) o autocrático de Hobbes, plasmado na obra “O Leviatã”, que justificou o Estado Absolutista, cujas bases jurídicas eram eminentemente punitiva e repressiva, formatando um



Estado opressor e teocrático; 2) o liberal de Locke, delineado na obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, que serviu de base para o Estado Liberal, caracterizado por ser mínimo, de prestações negativas e obrigações de não-fazer, típicos do *laissez-faire, laissez-passer*; 3) o democrático de Rousseau na obra “O Contrato Social” e de Montesquieu em “O Espírito das Leis”, que lançaram os ideais de soberania popular e de tripartição dos poderes respectivamente e serviram de substrato para a ligação indissociável entre democracia e Estado de Direito, tão almejada até a atualidade (SANTORO, 2005).

Deve-se esclarecer, contudo, que Montesquieu não é contratualista, embora seja indiscutível a sua contribuição teórica na formação e consolidação do Estado democrático de Direito. Com efeito, Montesquieu é quem sistematiza a célebre teoria da separação dos poderes, inicialmente elaborada por Locke. Teoria fundamental da democracia na medida em que despessoaliza e institucionaliza o poder político, separando as funções do Estado.

Com efeito, o ideal imaginado consiste na participação cidadã dos governados da maneira mais pessoal e direta possível. Entretanto, na maioria das vezes a

representatividade é a única saída, conforme ensinamento de Mill (1964, p.49):

    Todavia, desde que é impossível a todos, em uma comunidade que exceda a uma única cidade pequena, participarem pessoalmente tão só de algumas porções muito pequenas dos negócios públicos, segue-se que o tipo ideal de governo perfeito tem de ser o representativo .

Mormente, na lição rousseauiana reverberada por Talmon, a vontade geral sempre tem razão, porém, estando contida na vontade do povo, precisa ser antes liberada. Lá reside em estado de latência, mas necessita ser exteriorizada para produzir efeitos no mundo real. Antes de qualquer medida, o povo deve querer ou ser educado para querer algo determinado, pois o juízo que guia a vontade geral precisa ser bem informado. Nesse sentido, é possível dizer que nem toda vontade do povo é expressão da vontade geral, mas toda vontade geral emana da vontade do povo. Então, como captar os verdadeiros indícios desta vontade geral?

A experiência vivida na Revolução Francesa serviu para testar e refutar muitas crenças e a soberania popular veio a ser desfrutada por uma parcela restrita da sociedade.

Robespierre, originalmente ardoroso defensor da soberania popular, substituiu sua propensão inicial pela política ditatorial ao considerar que, estando o povo dominado, suas opiniões não poderiam ser tomadas como o reflexo fidedigno da vontade soberana. Era necessário antes criar as condições materiais adequadas: educar, satisfazer as necessidades coletivas e eliminar as influências oposicionistas nocivas (TALMON, 1956, p. 117).

Assim sendo, o conflito entre aparência e essência também ronda a vontade geral soberana que, no íntimo da democracia, representa sua máxima expressão e identidade. As perturbações à vontade popular são resultado de engano ou corrupção e embaraçam o livre fazer democrático, ameaçando a aderência da democracia nos governos de outrora e de agora.

#### **4 A DEMOCRACIA SOB AMEAÇA**

O processo histórico de formação de normas fundamentais assenta raízes na diminuição do poder dos governantes em relação aos direitos dos cidadãos. Dessa forma, o constitucionalismo surge em substituição ao absolutismo, nos seguintes moldes:

De sua inauguração até os tempos correntes, o Estado constitucional ostenta três distintas modalidades essenciais: a primeira é o Estado constitucional da separação de poderes (Estado Liberal), a segunda, o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social), a terceira, o Estado constitucional da democracia participativa (Estado Democrático-Participativo) (BONAVIDES, 2018, p. 49).

A construção de escudo protetivo mínimo de garantias em face da ingerência estatal deu azo ao advento dos direitos civis e políticos, que imunizavam as pessoas em face do arbítrio. Portanto, o poder público deveria respeitar um núcleo de direitos que não poderia ficar ao alvedrio de quem ocupasse eventualmente os postos de comando. Inclusive a escolha das pessoas que deveriam ocupar esses cargos foi prerrogativa assegurada aos cidadãos por meio desses mesmos direitos políticos.

Não obstante esta inovação tenha representado avanço em relação ao *status quo ante*, a situação concreta da maior parcela da população restou inalterada substancialmente, posto que somente os poucos que tinham sido beneficiados pela acumulação primitiva do capital teriam a capacidade de interferir nos meandros e destinos do governo.

Entretanto, a construção de uma sociedade que consiga equacionar os valores da democracia, cidadania e economia de mercado, em um mesmo percurso de equilíbrio entre autoridade e liberdade, ainda está longe de ser alcançada. A figura do Estado precisa revigorar nova perspectiva de suas questões intestinas e afastar um aparente abatimento que se apoderou de seus pressupostos. Na lição do historiador Hobsbawn (2007), os Estados territoriais da atualidade enfrentam contingências em decorrência do processo de globalização, pois num mundo transnacional, os governos nacionais coexistem com forças que podem ter a mesma repercussão sobre o cotidiano das pessoas (cidadãos) e que estão fora do controle estatal.

Com efeito, uma rede formal de princípios é necessária para evitar injustiças na distribuição do produto social e, por conseguinte, conflitos entre os estratos humanos: os princípios da justiça social, segundo Rawls (2002, p. 4-5), que atribuem direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade ao tempo em que distribuem de modo adequado os benefícios e encargos da cooperação social.

Todavia, o economista Amartya Sen alterou paradigmas e examinou a liberdade de que as pessoas desfrutam em seu livro “Desenvolvimento como Liberdade”. Nesse

aspecto, é possível afirmar que a democracia está para o Estado, assim como a liberdade está para o indivíduo, isto é, não se trata de um fim em si mesmo, mas de um meio, um instrumento de consecução de outros fins: “A democracia para o Estado, assim como a liberdade para o indivíduo, é um meio e não um fim” (MALUF, 2018, p. 316).

O enriquecimento restrito a algumas camadas da sociedade gera injustiças sociais, que atentam contra o Estado de Direito de diversas formas. Ora, os excluídos, fatalmente, encontrarão nos abastados a razão de seu infortúnio, dirigindo contra eles sua revolta. Essa situação contrastante se agudiza quando se discute o espectro de direitos e a efetividade de garantias a grupos historicamente marginalizados como os refugiados:

O Poder Judiciário é efetivamente imparcial quando as partes são migrantes e refugiados? O Poder Executivo efetivamente se preocupa com o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para migrantes e refugiados? Há representatividade efetiva no legislativo para votações de questões sociais voltadas a migrantes e refugiados? (CASAGRANDE, 2018, p. 50).

Ademais, em ambiente de tolerância, as identidades culturais podem até intercambiar e compartilhar algumas

de suas expressões, mas não podem ser rechaçadas e assimiladas pela visão hegemônica da *lex fori*. Com efeito, duas realidades antagônicas dividem o cenário do globo. A opulência dos ricos, o progresso econômico e a fartura de alimentos convivem com a miséria, fomes coletivas e outras mazelas no planeta e, por vezes, no mesmo país. Entretanto, um Estado não pode ser qualificado como desenvolvido pela pujança de seus indicadores numéricos, mas pelo nível de liberdade de que gozam seus cidadãos.

Nesse sentido, as liberdades instrumentais quando veiculadas pelo aparato estatal por força de políticas públicas inclusivas, prestar-se-ão ao fim honroso de fortalecer os ideais democráticos. A partir do momento em que fomentam a liberdade, a igualdade e a cidadania, iniciativas desta natureza mostram-se prementes num cenário de ameaça global aos valores democráticos, onde ataques institucionais são perpetrados de forma insidiosa por governantes autoritários:

Com efeito, as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um verniz de legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo

público legítimo – e mesmo elogiável –, como combater a corrupção, “limpar” as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional (LEVITSKY, 2018; ZIBLATT, 2018, p. 80-81)

As maiores crises humanitárias da atualidade, v.g., o drama dos refugiados, o genocídio de minorias, o ódio sectário, o nacionalismo xenofóbico, o protecionismo econômico, a destruição do Patrimônio Cultural da Humanidade, a fuga dos blocos regionais etc., apontam para necessidade de construção de nova noção de participação política. Com efeito, a era de promoção das liberdades instrumentais tem o condão de ajudar na modificação do perfil socioeconômico dos Estados, contribuindo na distribuição mais isonômica do produto social e das oportunidades de educação e emancipação humanas. A construção de sociedade que promova o pluralismo das culturas, a plenitude dos valores da liberdade, igualdade, cidadania e democracia, por meio da integração das tradições normativas aparenta estar cada vez mais distante no contexto recente, mas a busca desse propósito configura-se como verdadeiro dever da geração atual para com as futuras.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia corporifica-se melhor por meio da livre e desimpedida expressão da vontade geral, do contrato social, do Estado e de sua soberania. Observa-se que as principais vertentes do pensamento do século XVIII contribuíram na percepção que até hoje se tem a respeito das formas de instrumentalizar esses anseios da maioria. No entanto, o abatimento das questões intestinas à democracia é recrudescido quando a consulta e o comparecimento popular dão-se apenas no plano da aparência, isto é, não é necessário ser, basta parecer democrático para extrair a legitimidade que somente a vontade popular é capaz de atribuir. Os interesses atendidos podem, destarte, ser particulares, desde que pareçam ser gerais. Nesse sentido, não são raros os casos em que plebiscitos e eleições são realizados apenas para validar na aparência, resultados fraudulentos na essência.

Além disso, não há falar em democracia sem perscrutar acerca dos elementos igualdade, liberdade, autoridade e cidadania. Ocorre que a vontade popular pode ser falseada pelo equívoco ou pela corrupção, o que pode comprometer sua origem e finalidade. Um dos grandes desafios da

atualidade é desenvolver mecanismos que impeçam degeneração democrática autóctone quando a vontade popular é cooptada pelos interesses da classe dominante e espúria, que ambiciona a manutenção perpétua no poder mesmo que signifique condenar seu povo à miséria, bem como conceber mecanismos contra ingerências alienígenas, por meio das quais a vontade legítima dos verdadeiros destinatários das políticas públicas de um dado governo, e verdadeiros titulares do poder, seja pautada pelos desideratos de governos estrangeiros. Curiosamente, estas duas maneiras de corrupção da vontade popular guardam em comum a característica de subtrair o propósito maior da democracia: o governo do povo, pelo povo e para o povo, na célebre visão de Abraham Lincoln.

Desse modo, a compreensão das liberdades instrumentais de Amartya Sen poderá auxiliar o processo de diminuição das desigualdades e replicar exemplos bem sucedidos de transformação que estes valores imateriais podem passar para acomodar as pretensões das várias classes de pessoas no mesmo espaço territorial e no âmbito de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, sobretudo fomentando a melhoria na qualidade de vida dos contingentes mais vulnerabilizados. Em outras palavras, as

novas abordagens por níveis diferenciados das liberdades, para além das discriminações historicamente concebidas, acenam para nova feição do Estado Democrático de Direito no século XXI.

## REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem**. 2. ed. São Paulo: Duas Cidades, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era do Direitos**. 24. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

CASAGRANDE, Melissa Martins; HANDA, Emerson Hideki. *In*: ANNONI, Danielle (Coord.). **Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai/UFPR, 2018.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Trad. José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LINZ, Juan. **Autoritarismo e Democracia**. Trad. Maria Rita Lino Gamel, Paulo Bento. Lisboa: Livros Horizonte, 2015.

MACIEL, Marcelo da Costa. A contribuição do pensamento antigo e medieval para o desenvolvimento da ciência política. *In*: FERREIRA, Lier Pires (Org.). **Curso de Ciência Política**: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 34. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3. ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Trad. Manoel Innocêncio de Lacerda Santos Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

PLATÃO. **A República**. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta, Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Trad. J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTORO, Emilio. **Estado de Direito e Interpretação**. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Sergio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

TALMON, J. L. **Los orígenes de la democracia totalitária**. Trad. Manuel Cardenal Iracheta. México: Aguilar, 1956.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: definições e fins do direito. Os meios do direito**. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ZIZEK, Slavoj. **Contra os Direitos Humanos. Mediações** – Revista de Ciências Sociais. Dossiê: Direito humanos, diversos olhares, Londrina, v. 15, n.1, p. 11-29, Jan/Jun. 2010. Disponível em:< <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/6541/5947>>. Acesso: 02 abr. 2019.

**GLOBALIZAÇÃO NO SÉCULO XXI: DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE GLOBAL**

## 1 INTRODUÇÃO

A globalização é onipresente no cotidiano das pessoas, de tal forma que é praticamente impossível encontrar qualquer agrupamento imune às repercussões do intercâmbio internacional que ocorre em seu bojo. Mesmo pequenas coletividades isoladas já enfrentaram alguma modificação sensível dos seus costumes, modos-de-produção, necessidades básicas ou das ideias em razão deste estreitamento dos contatos intersubjetivos. Não obstante seja possível perceber a globalização com uma relativa carga de facilidade, não se chegou a uma definição técnica que consiga sintetizar suas principais características de maneira consensual e uniforme. A rigor, a maior parte dos conceitos difundidos atribuem-lhe a noção de “processo”: “[...] Faz referência a um processo de

---

\* Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB), área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento– Linha 3. E-mail: marciofls@gmail.com

\*\* Doutor em Direito Penal pela Universitat de València, Espanha (2006). Professor da Universidade Federal da Paraíba. E-mail: romulo.palitot@uv.es.

extensão 'global' das relações sociais entre os seres humanos, tão amplo a ser capaz de cobrir o espaço territorial e demográfico de todo o planeta" (ZOLO, 2010).

Em síntese, pode-se dizer que se trata de um iter concatenado que tem emitentes orientados para a transmissão de algo, destinatários certos com aptidão para receber aquilo que lhes é remetido, bem como um objeto específico de tráfego, quer sejam bens materiais ou imateriais. Todavia, as definições que adotam esta perspectiva são suscetíveis às mesmas críticas: i) pressupõem uma ordem estável dos elementos das relações que são construídas; ii) descrevem parcialmente alguns conjuntos de interesses que as fundamentam; iii) gozam de baixa carga de generalidade e abstração para abranger feixes de conexão multifacetados; iv) tentam impor seu substrato ideológico para justificar um fluxo que consiga ganhar destaque, e v) desconsideram o caráter mutável tanto do sentido em que se desenvolve um mesmo núcleo de trocas, quanto dos próprios fatores deste plexo de contatos.

Portanto, as tentativas de delinear a globalização dando-lhe caráter de processo restam incompletas porque abrangem apenas uma parte de algo que é geral e sistêmico,

envolve fatores difusos, não necessariamente comunicáveis, atores independentes com papéis de maior ou menor relevo, bem como tentam imprimir um viés ideológico específico de apenas uma fração dos interesses que transitam dentro de um corpo maior de coisas. Neste sentido, tecnicamente, a globalização poderia ser definida como o fenômeno de transmissão e/ou trocas do patrimônio material ou imaterial de quaisquer comunidades gentílicas em escala mundial. A partir do momento em que os primeiros agrupamentos desenvolveram um patrimônio cultural com traços próprios, instintivamente, surgiu o ânimo de transmitir aqueles usos e costumes para as gerações futuras ou para outros grupos diferentes tanto por meio de mecanismos voluntários de dispersão quanto pela imposição coercitiva. Dessa forma, o propósito que alimenta este fenômeno representa algo que faz parte do gênio humano e que acompanhou a trajetória da vida em sociedade.

A protoideia deste ímpeto inato de transmissão já estava presente desde o escambo primitivo praticado pelas primeiras coletividades de que se tem conhecimento, logo a noção de trocas entre grupos humanos determinados está na origem remota do fenômeno. Entretanto, não basta que



haja um comércio específico para que se possa justificar a nomenclatura de algo que pretende interligar o planeta inteiro, abrangendo todos os feixes de trocas que ocorrem em seu bojo, mas, apenas a partir do momento em que os canais de comunicação passaram a ocorrer em nível mundial é que se pode falar, propriamente, de globalização. A superação das barreiras naturais aos contatos intersubjetivos por meio do desenvolvimento tecnológico ampliou as modificações sociais que deixaram de ocorrer de forma compartimentalizada em razão das próprias pressões autóctones, passaram a receber também o influxo das forças exógenas, e a repercutir para além das fronteiras de um dado grupo. A disseminação planetária das mutações grupais empreendidas pela globalização produz a intensificação de relações sociais mundiais com a possibilidade de unir localidades distantes de modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa (ZOLO, 2010).

Dessa forma, as comunidades tornaram-se suscetíveis não apenas às mudanças que acontecem normalmente em qualquer coletividade humana recorrentemente, mas também, com uma irregularidade casuística maior, em

razão das influências importadas por meio do impulso de dispersão típico dos vários processos globalizantes. Portanto, é possível dizer que a globalização representa o estágio mais avançado de uma progressiva ampliação das cadeias de trocas em escala demográfica mundial. Não se quer dizer que tenha exaurido seu propósito de estreitamento das relações humanas, mas, ao contrário, o que se observa é uma diversificação dos canais de comunicação, bem como uma aceleração com a qual as trocas se operam. Em razão disso, as transformações sociais promovidas por este fenômeno têm sido cada vez mais intensas, sucessivas e velozes, de tal maneira que não se pode querer desenhar o quadro geopolítico do século XXI sem a investigação das repercussões operadas sob seus auspícios.

## **2 DOS PROCESSOS GLOBALIZANTES HEGEMÔNICOS**

Se a globalização compreende o conjunto de todos os processos que concorrem para a transmissão e/ou trocas do patrimônio material ou imaterial em escala mundial, estes canais de comunicação não se limitam à compra-e-venda de produtos, bens e serviços, mas se referem a tudo o

possa circular entre quaisquer grupos humanos, desde uma matéria-prima agrícola, passando por itens manufaturados de ponta, chegando até mesmo ao plano das ideias.

Nesse sentido, a globalização pode ser compreendida como o estágio atual de um fenômeno intertemporal que atravessou pelo menos três fases emblemáticas, a partir do momento em que a humanidade superou as barreiras ambientais que impediam o amplo acesso às várias comunidades espalhadas geograficamente. Embora seja possível apontar manifestações incipientes deste contato intersubjetivo desde a antiguidade, quando das trocas primitivas, atravessando o restabelecimento do comércio após as cruzadas, foi apenas a partir das grandes navegações, com a interligação dos portos conhecidos que este fenômeno adquiriu a dimensão espacial que justificou seu título. Anteriormente, as cidades italianas monopolizavam o tráfego naval pelo mediterrâneo e as demandas pelas especiarias do oriente cresciam nos centros urbanos europeus. Portugal e Espanha, que estavam no extremo oposto das linhas de comércio, recebiam o objeto deste trânsito com maior valor agregado em relação ao resto do continente, logo, com o escopo de aumentar a margem de lucro na península, os dois países

partiram em busca de um novo caminho para o oriente utilizando estratégias diferentes. Enquanto a Espanha chegou à costa do México, encontrou as civilizações pré-colombianas e o novo mundo, Portugal desafiou o périplo africano e descobriu a melhor rota de comunicação com as índias obtendo lucros exorbitantes, abrindo uma alternativa ao tráfego naval exclusivo pelo mediterrâneo e vencendo, na prática, a corrida contra sua rival mais próxima.

As grandes navegações não apenas viabilizaram uma maior circulação entre os portos, mas também serviram para a criação do pacto colonial em favor das cidades europeias, onde as regiões conquistadas deveriam suprir as necessidades das metrópoles em relação obrigacional de submissão de nível planetário, inclusive com a divisão formal das terras por meio do Tratado de Tordesilhas.

O colonialismo típico dos séculos XVI e XVII caracterizou-se por ser um processo globalizante de dominação monopolizado pelas nações ibéricas, que foram as pioneiras das conquistas ultramarinas e estabeleceram colônias de exploração voltadas para o atendimento dos interesses das metrópoles sem propósito de desenvolvimento das áreas colonizadas. Posteriormente,

com as transformações sociais operadas em razão da reforma protestante e da guerra dos 30 anos, as demais nações europeias impuseram ao resto do mundo a política de imperialismo, com destaque para o Reino Unido, a Holanda, a França e os Estados Unidos da América, um pouco mais tardiamente. Isto deu origem ao pós-colonialismo típico dos séculos XVIII e XIX, que, para os povos conquistados, não representou uma alteração sensível do paradigma inaugurado na primeira fase, tendo em vista que o modelo de exploração não foi modificado, mas apenas houve a participação de mais atores estatais. Não se pode dizer que o império ultramarino inglês tenha sido diferente dos anteriores, considerando que a maior parte das colônias atendeu às demandas das metrópoles por meio da mesma lógica exploratória, salvo algumas exceções pontuais, v.g., na América do Norte, onde a ocupação teve o objetivo marcante de povoamento para os imigrantes que fugiram da terra-natal por motivos diversos, em especial, das perseguições religiosas. Curiosamente, mesmo os Estados Unidos que foram colônia, adotaram a política externa de conquistas marítimas pouco depois da sua independência. Nesse sentido, o pós-colonialismo também seria caracterizado

pelo mesmo processo globalizante de dominação, embora com a participação de outros atores estatais.

As duas primeiras fases do estreitamento das relações intersubjetivas em escala mundial foram orientadas por processos globalizantes típicos e hegemônicos, caracterizados, em síntese, por forças assimétricas comandadas pelos Estados Nacionais europeus que impuseram uma relação obrigacional de submissão sobre outras regiões do planeta. Não obstante seja possível identificar atores não-estatais no bojo das duas primeiras fases, v.g., a Companhia das Índias Orientais, que atuou fortemente e rivalizou com os próprios Estados Nacionais, não se pode negar que, na verdade, ela estava a serviço dos mercadores holandeses, sendo uma ferramenta do processo globalizante engendrado por aquele país.

Por outro lado, na terceira fase, houve a ascensão de outros atores não-estatais, a diversificação dos interesses determinantes e o concurso de vários objetos de trocas, forjando um fenômeno multifacetado tão complexo que não permite a escolha de um dado processo globalizante hegemônico que dê nome a toda esta fase assim como aconteceu nas duas primeiras, eminentemente marcadas pelo pacto colonial que dirigiu os interesses do trânsito

jurídico em âmbito mundial. Em resumo, é possível classificar a globalização por meio da seguinte linha evolutiva: i) Colonialismo – séculos XVI e XVII; ii) Pós-colonialismo – séculos XVIII e XIX; iii) Globalização – Séculos XX e XXI. Esta classificação está de acordo com a noção que insere o fenômeno como sendo a versão atualizada dos discursos de dominação (ZOLO, 2010) utilizados pelos países centrais para subjugar os periféricos dentro das relações internacionais. Embora não se possa negar que haja forças assimétricas de transmissão do patrimônio material e/ou imaterial onde um dado ator tem mais aptidão para difundir seu paradigma cultural, ele também é suscetível a modificações introjetadas por pressões exógenas em sentido inverso. E isto é bem perceptível no contexto atual. Por exemplo, ao longo do século XX, quando os EUA atuavam como agente normalizador internacional dominante, eles lideravam os apelos por abertura das fronteiras e livre comércio, tendo em vista que estes valores prestavam-se como vetores de exportação de seu próprio espectro ideológico, enquanto que a China adotava uma postura de antagonismo por meio da política de quase isolamento, contra o mercado e impondo o controle dos canais de comunicação. Todavia, no

início do século XXI, depois das modificações sociais experimentadas nos EUA e da ascensão econômica da China, houve uma inversão das posturas dos dois países quanto à abertura, onde aquele adotou uma política de protecionismo, enquanto este assumiu o papel de defensor do livre comércio. Sendo assim, a globalização não se rende, necessariamente, como veículo de um discurso de poder unilateral, posto que se observa uma bilateralidade entre os vetores de transmissão.

### **3 ESCALADA DE RESISTÊNCIA EM FACE DA LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS, BENS E CAPITAIS**

A construção de uma sociedade global que promova a livre circulação das pessoas com a mesma flexibilidade com que incentiva o trânsito dos bens e dos capitais parece um objetivo utópico a ser perseguido pela geração atual, porque as mesmas fronteiras que se abrem para receber as cifras das transferências bancárias fecham suas portas para as pessoas que são encaradas como expurgos indesejáveis do influxo de capital.

Ao longo da história, pode-se verificar um paralelismo dos sentidos migratórios das riquezas, dos bens e das



pessoas, isto é, as cidades que conseguiram promover um maior acúmulo de capital, conseqüentemente, absorviam uma maior quantidade de indivíduos como efeito reflexo, com uma carga de resistência variável a depender do tempo e do espaço, mas de maneira quase indissociável. Na antiguidade, aquelas cidades-estados com aptidão para as trocas, praticantes do politeísmo e vocacionadas para a participação no espaço público serviram como destino de imigrantes vindos dos demais portos de contato; na idade média, ao redor dos grandes centros urbanos, era possível encontrar comerciantes de regiões tão diferentes quanto os produtos que eram negociados, e, no período das grandes navegações, entre a baixa idade média e a moderna, o estreitamento das relações mercantis e a formação do pacto colonial promoveu a comunicação em nível mundial, quando praticamente acabou a segregação das comunidades gentílicas.

Todavia, paulatinamente, a capacidade de assimilação de grupos populacionais alienígenas foi diminuindo de forma inversamente proporcional à ampliação do tráfego de pessoas, ou seja, enquanto a massa das ondas migratórias foi crescendo, o potencial para acomodá-las foi diminuindo nos locais de destino. Por outro lado, enquanto a

transferência de bens e capitais foi ampliada, as ferramentas de atração e recepção dessas unidades de intercâmbio foi incrementada progressivamente. Em relação aos produtos, há uma resistência variável à livre circulação em razão do apelo de proteção das manufaturas internas, bem como dos produtores agrícolas nacionais, mas nada ao ponto de tentar criar uma barreira intransponível, tal como ocorre em relação às pessoas. Já o capital goza da máxima carga de permeabilidade transfronteiriça, não encontrando obstáculos, mas, ao contrário, sendo objeto de disputa pelos mercados. Atualmente, muitos países tendem reduzir suas pautas de governo a um único objetivo: o aumento de sua atratividade junto ao mercado financeiro internacional, mesmo que isso implique em abandonar as demandas internas contemporâneas ou o enfrentamento de problemas históricos de seus respectivos contextos nacionais.

Dessa forma, pode-se sugerir uma escala crescente de resistência comparativa dos três fatores de circulação e trocas, desde o capital financeiro que não encontra barreiras de ingresso, mas, ao contrário, conta com mecanismos de freios contra a fuga, passando pelos

produtos que são objeto do comércio internacional e se submetem a uma resistência oscilante a depender da política interna, até o trânsito das pessoas que são enfeitadas pelas rotas de migração comumente conhecidas e para as quais as fronteiras nacionais ganham dimensão real. Esse recrudescimento pode ser visualizado por meio do seguinte esquema explicativo:

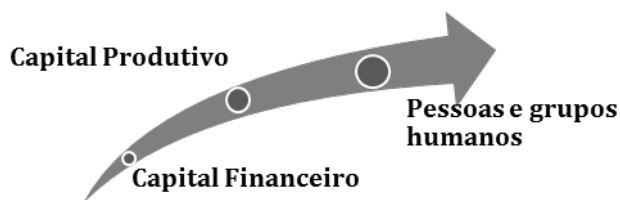


Figura 02 - Escalada da ordem de resistência ao livre trânsito global. Elaborada pelo próprio autor.

A criação de obstáculos em relação ao livre tráfego das pessoas ao redor do mundo denota um compromisso do mercado internacional com a maximização dos ganhos sem internalização dos prejuízos paralelos que possam advir da atração dos fatores de produção para determinados pontos. Em relação ao capital produtivo, a resistência moderada e variável no tempo e no espaço deriva do perfil político pontual de cada país, onde os múltiplos fatores de produção modulam os sistemas de trocas, v.g., se há necessidade de proteção dos agricultores locais, os subsídios dos governos

servem para assegurar a manutenção dessas culturas, que não poderiam competir com os países com alto rendimento no campo; quanto aos produtos manufaturados ou de tecnologia de ponta, estes enfrentam menos barreiras em razão do monopólio de produção por parte de poucos países, ou seja, não seria possível impor ônus mais severos ao ingresso desses bens sob pena de comprometer o mercado de consumo interno. Por último, o capital financeiro, sob pena de fazer um reducionismo exagerado, não enfrenta quaisquer desafios de ingresso, mas, ao contrário, encontra experiências que tentam impor ferramentas contra a fuga abrupta.

#### **4 MACROCRISE DOS DIREITOS HUMANOS E A GLOBALIZAÇÃO**

Nos últimos anos, os apelos de integração têm assumido uma conotação depreciativa sob o epíteto de “globalismo”, em uma tentativa de dissociar processos globalizantes negativos daqueles considerados positivos a luz dos interesses de agentes específicos.

A ideia de globalização propriamente dita ostenta o saldo positivo de ter concorrido para a construção de um

conjunto de instituições internacionais “dedicadas à missão de cimentar a solidariedade entre os homens” (FURTADO, 2002), tais como as Nações Unidas, e para a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos comprometida com a proteção internacional de um catálogo de direitos mínimos reconhecidos a todas as pessoas independentemente de quaisquer critérios de distinção, o que acenou para a construção de uma sociedade global livre das atrocidades perpetradas no curso do século XX.

Por outro lado, a ética da indiferença aos problemas do mundo capitaneada por setores conservadores de alguns países ganha contornos de uma verdadeira cruzada com o escopo de preservar um paradigma cultural específico, imunizar certas áreas de influência em face das modificações operadas por forças exógenas e não internalizar os ônus dos expurgos indesejados desses ciclos de trocas. *Mutatis mutandis*: “As riquezas são globais, a miséria é local – mas não há ligação causal entre elas, pelo menos não no espetáculo dos alimentados e dos que alimentam” (BAUMAN, 2010). Nesse sentido, o multilateralismo que caracterizou os processos globalizantes das últimas décadas está em xeque como se verifica a partir de vários exemplos: i. o Brexit, a fuga do

Reino Unido da União Europeia, com o claro propósito de escapar dos problemas que assolam o continente, em especial, a entrada maciça dos refugiados; ii. o desprezo em face dos parceiros regionais por parte dos EUA, que experimentam a ascensão de uma política xenofóbica, e do Brasil mais recentemente, seguindo a trilha da corrente segregacionista, e iii. a multiplicação dos acordos bilaterais que diminuem o relevo dos acordos em bloco.

Todavia, a ética da indiferença não leva em consideração que o isolamento concreto não pode ser atingido no estágio atual da globalização. Ao contrário, a multiplicidade dos canais de comunicação cresce progressivamente, na medida em que novas tecnológicas criam mais demandas junto ao mercado de consumo; outros atores são incorporados, inclusive com a participação de pessoas físicas, e os propósitos que animam este fenômeno são renovados. Portanto, se não é possível conter as repercussões do estreitamento dos contatos intersubjetivos, a melhor maneira de prevenir que uma dada crise humanitária chegue a um território direta ou indiretamente é concorrendo para a modificação da realidade social das outras nações, ou seja, promovendo o direito ao desenvolvimento (FEITOSA, 2018) em todas as partes, algo

que já foi invocado inclusive por países que hoje difundem manifestações desta ética da indiferença.

O direito internacional surgiu com autonomia científica a partir de uma tese que buscava justificar a prática ilícita do abortamento ou pirataria por iniciativa dos países europeus desprovidos de um mercado consumidor cativo para seus produtos manufaturados. Como se sabe, o pacto colonial era monopolizado pelos países ibéricos que inauguraram as grandes navegações e conquistaram as primeiras colônias de exploração. O tráfego naval exclusivo praticamente impedia que os outros Estados mantivessem linhas de comunicação entre os portos e isso os impeliu à prática do assalto de cargas – um eufemismo para a pirataria propriamente dita – em face dos navios adversários. O jurista Hugo Grócio elaborou o parecer traduzido como “A Lei do Apresamento”, que pode ser considerada a certidão de nascimento do direito internacional e que serviu de base para sua obra-prima, *Mare Liberum*.

Em *Mare Liberum*, Grócio apresenta argumentos até então inéditos. Iniciando pelo direito à comerciar (liberdade comercial), considerado doravante um princípio do direito internacional. Por conseguinte, todas as rotas

comerciais seriam livres, inclusive as rotas marítimas, portanto, Portugal e Espanha não teriam legitimidade para monopolizar o comércio marítimo (BROOK, 2012).

Em síntese, trata-se de uma explicação amoral contra a negação do direito ao desenvolvimento que foi invocado pelos países europeus retardatários no contexto das navegações para proporcionar a formação de seus mercados consumidores. Curiosamente, este mesmo direito tem sido negado ou inviabilizado por parte das nações que um dia fizeram uso dele, e isto pode ser apontado como um dos principais fatos geradores das crises humanitárias da atualidade.

Em um contexto marcado pela destruição do meio ambiente, perda do patrimônio cultural, episódios recorrentes de terrorismo, grupos extremistas, ódio sectário, nacionalismo xenofóbico, protecionismo econômico, fuga dos blocos regionais, entre outros problemas que reunidos definem a macrocrise dos direitos humanos no século XXI, esta ética da indiferença por parte das forças conservadoras precisa ser combatida, até porque a globalização promove a transmissão de bens materiais e imateriais desejados, mas também universaliza os problemas.



## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após os horrores das guerras, a humanidade lançou esforços para construir instituições supranacionais que auxiliassem na solução pacífica dos conflitos, muitos países iniciaram processos de integração regional, dos quais a União Europeia é o exemplo mais bem sucedido, o multilateralismo passou a orientar a formação dos acordos de livre comércio, diminuindo a resistência de demandas unilaterais, os avanços tecnológicos interconectaram praticamente todas as pessoas do mundo no plano virtual, os novos itens de consumo circulam no espaço planetário, criando laços de interesses comuns nas pessoas, e a globalização foi utilizada como ferramenta para a consecução desses propósitos.

Todavia, não se pode negar aspectos negativos que aconteceram nesse árduo caminho. O abismo social entre ricos e pobres, tão marcante em muitos países, ganhou contornos globais com a crescente concentração de renda nas mãos de poucos, a destruição ambiental atingiu níveis

alarmantes e insustentáveis sob pena de comprometer a própria vida na Terra, o terrorismo assumiu dimensões planetárias e não se restringe mais aos conflitos nas searas internas, mas se volta contra a própria ordem geopolítica que ainda ostenta um cariz fortemente excludente, e, em razão disso, as guerras que se seguem exterminam milhões de vidas de forma direta ou indireta. Todas estas mazelas não passaram despercebidas dos críticos da globalização que os correlacionam como uma relação de causa-e-efeito. Embora se reconheça o escopo de defesa dos direitos humanos por parte dos defensores desta corrente negativista, é preciso ressaltar que há um erro de perspectiva na medida em que encaram a globalização como um todo monolítico insuscetível a fracionamentos, quando na verdade o combate deve ser direcionado contra os processos globalizantes excludentes e segregacionistas, isto é, aqueles conjuntos de intercâmbios que apartam vários grupos de pessoas consideradas indesejadas por seus feixes de interesses orientadores.

Dessa forma, a globalização não pode ser encarada como apenas um fenômeno específico, fruto de forças involuntárias e que promove mais colonização, mas se trata da reunião de todos os conjuntos de trocas que ocorrem em

nível mundial, dentro dos quais se podem destacar alguns processos decorrentes da consciência política, como projetos de sujeitos coletivos e que promovem a integração de espaços normativos distintos. O grande desafio para os estudiosos da globalização no século XXI é conseguir identificar quais processos globalizantes são positivos e concorrem para o pluralismo das culturas, a universalidade da liberdade, da democracia, da economia de mercado e dos direitos humanos.

## **REFERÊNCIAS**

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização** – As Consequências Humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Il Problema Della Guerra e Le Vie Della Pace**. Bologna: Il Mulino, 1979.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05.10.1988.

\_\_\_\_\_. República Federativa do. **Carta das Nações Unidas**. Internalizada por meio do decreto n.º 19.841/45.

BROOK, Timmothy. **O Chapéu de Vermier**. Rio de Janeiro: Record, 2012.

FEITOSA, M. L. P. de Alencar Mayer. **Marco Regulatório da Mineração no Brasil: A Disputa Entre o Direito Humano**

**ao Desenvolvimento e o Direito Econômico do Desenvolvimento**, p. 07-31. Disponível em:<file:///C:/Users/M%C3%A1rcio%20Souto/Downloads/92-257-3-PB.pdf> . Acesso: 20 out. 2018.

FURTADO, Celso. **Em Busca de Um Novo Modelo: Reflexões Sobre a Crise Contemporânea**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

KANT, Immanuel. **À Paz Perétua**. Rio de Janeiro: L&PM Editores, 2008.

KYMLICKA, Will. **Multicultural Citizenship**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

SANTORO, Emilio. Emilio (Org.). **Diritto Come Questione Sociale**. Torino: Giappichelli, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ZOLO, Danilo. **Globalização – Um Mapa dos Problemas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

# NOTAS SOBRE A PAZ INTERNACIONAL E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Rômulo Rhemo Palitot Braga\*  
Tâmisa Rúbia Santos do N. Silva\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

Em sua obra 'O Fim dos Direitos Humanos (2000)', o jurista e professor grego, Costas Douzinas, anunciou, em meio à grande expectativa otimista em torno desses direitos, a audaciosa tese de que chegara a era do fim dos direitos humanos. O sentido propositalmente ambíguo gerado pelo emprego dessas palavras não nos remeteria, entretanto, à sua interpretação do *fim* enquanto extinção ou término de fato dos direitos humanos, mas ao sentido de *fim* enquanto perda da *finalidade* utópica que estes

---

\* Doutor em Direito Penal pela Universitat de València, Espanha. Professor do Programa de Pós-Graduação (PPGCJ/UFPB). E-mail: romulo.palitot@uv.es.

\*\*Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB), Linha 3. E-mail: tamisain@hotmail.com.

carregariam em princípio, do seu caráter revolucionário, forjados para a resistência à opressão.

Em seus argumentos, o autor afirma que a ascensão no Ocidente do capitalismo neoliberal coincidiu com a virada cosmopolita e humanitária, pela qual os direitos humanos perderam seu caráter de discurso e prática da resistência contra a dominação para tornarem-se retórica legitimadora do sistema materialmente desigual que a economia capitalista instaurou no mundo. Segundo compreende, nas mãos dos governos ocidentais os direitos humanos foram instrumentalizados, tornando-se a retórica da mais recente missão civilizatória ocidental (DOUZINAS, 2009).

No presente artigo objetivamos discutir o que se pode entender sobre o uso dos direitos humanos como instrumento de missão civilizatória ocidental à luz da vinculação do projeto de paz internacional, iniciado no pós-Segunda Guerra Mundial, à pauta dos direitos humanos universais. Para tanto, elegemos duas consequências dessa vinculação que demonstram o significado da transformação dos direitos humanos em instrumento de missão civilizatória ocidental: a) a elaboração de um modelo de Paz institucional, a ser propagado pela Organização das Nações Unidas em suas operações de paz, que não se ocupa da

construção de uma paz real, que erradique os mais diversos níveis de violência das regiões conflituosas, mas que se afirma tão somente a partir da disseminação de instituições ocidentais, dentre as quais os direitos humanos e b) a utilização da retórica de proteção dos direitos humanos, como manifestação do dever de garantia da paz, para legitimar as chamadas intervenções humanitárias em prol da paz.

Este artigo apresenta uma revisão bibliográfica sobre a interlocução entre a paz internacional e a instrumentalização dos direitos humanos, cujo aporte teórico encontra-se em Costas Douzinas, Johan Galtung e Danilo Zolo. Para a contextualização e análise do problema, empregou-se o método de abordagem dedutivo, associado ao procedimento historiográfico. No que se refere aos aspectos éticos da pesquisa, o estudo garante as citações das autorias e das fontes bibliográficas utilizadas para elaboração deste manuscrito. Realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

## 2 PAZ INTERNACIONAL E A TRANSFORMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM INSTRUMENTO DE MISSÃO CIVILIZATÓRIA

É certo que após os horrores vivenciados pelo Ocidente no século XX, a matéria “Paz” ganhou grande evidência, em especial no âmbito internacional, reacendendo o debate filosófico-jurídico em torno da possibilidade de sua construção macropolítica. Não por acaso, em 26 de junho de 1945, os líderes políticos das potências vencedoras da Segunda Guerra criaram a ONU (Organização das Nações Unidas), organismo internacional ao qual conferiram o monopólio do uso da força legítima e a missão de promover a paz entre as nações, com permanente atuação<sup>50</sup>.

O que chama a atenção nesse momento de novo enfoque sobre a Paz no Ocidente é sua vinculação à pauta dos direitos humanos universais. Conforme afirma Tosi (2009), é possível perceber que a comunidade internacional estabelece uma relação intrínseca entre a garantia da Paz e

---

<sup>50</sup> A Organização das Nações Unidas é a organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para promover a paz e o desenvolvimento mundial. Conforme estabelece o art. 1º, parágrafo 1º da Carta, **o principal propósito das Nações Unidas é “manter a paz e a segurança internacionais”**. Foi estabelecida em 1945, através da Carta das Nações Unidas.



a necessidade de promoção universal dos direitos humanos, posto que quando os líderes políticos das potências vencedoras da II Guerra criaram a ONU atribuíram-lhe a incumbência de evitar outra guerra de proporções mundiais, bem como a promoção da paz e dos direitos do homem. Isto se verifica tendo em vista que um dos primeiros atos da Assembleia Geral das Nações Unidas foi a promulgação, em 10 de dezembro de 1948, de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual o seu primeiro artigo faz referência à tradição dos direitos naturais.

Em outros termos, em tendo a instituição criada para a promoção da paz internacional como um de seus primeiros atos a promulgação de um documento que afirmou, pela primeira vez, a intenção de proteção universal dos direitos humanos, afirmou-se que para o cumprimento dos seus propósitos institucionais de promoção da paz seria imprescindível a garantia dos direitos humanos universais.

Dentre os desdobramentos desta vinculação, dois serão destacados para fins deste debate, conforme verifica-se nas linhas seguintes, considerando sua indicação do processo de transformação dos direitos humanos em instrumento de missão civilizatória ocidental:

## 2.1 PAZ INSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS COMO COMPONENTE DO ROL DE INSTITUIÇÕES OCIDENTAIS

A disciplina que se dedica hodiernamente ao estudo da paz, dotada de um corpo teórico próprio, de publicações e fóruns de discussão é chamada de “Estudos para a Paz” e começou a ser efetivamente desenvolvida no final da década de 1950, nos Estados Unidos e na Europa, em oposição à corrente realista das Relações Internacionais e aos estudos estratégicos que ao final da Segunda Guerra Mundial se afirmaram como a concepção científica dominante nas reflexões sobre paz e guerra. Aludida disciplina encontra no sociólogo norueguês, Johan Galtung, seu principal representante. Galtung construiu sua perspectiva de paz a partir de uma relação desta com múltiplas formas de violência.

Nas palavras de Galtung a *violência* estaria presente “[...] quando seres humanos são influenciados de tal modo que sua realização atual, somática e mental, é inferior à sua realização potencial” (tradução livre) (GALTUNG, 1969, p. 168), ou seja, é ela o resultado da diferença entre o que poderia ter sido a situação e o que foi. A partir do seu

conceito amplo e de suas pesquisas sobre a temática, o sociólogo chega posteriormente à construção de sua teoria sobre três tipos de violências, sendo a primeira forma de violência direta e as outras duas, formas de violência indireta. São elas: a) violência direta: caracterizada por qualquer ato humano que objetive causar dano físico a alguém ou alguma coisa, tendo como sua expressão máxima a guerra; b) violência estrutural: tipo de violência permanente e sutil, arraigada ao sistema socioeconômico, relaciona-se com a ausência de justiça social que uma estrutura desigual reproduz; e c) violência cultural: forma de violência que ocorre com a utilização de crenças ou costumes – como diferenças éticas, de gênero, de religião etc. – para justificar ou legitimar qualquer outra forma de violência.

Com essa construção, Galtung elabora sua compreensão sobre a paz. A paz em seus termos deve ser entendida de uma maneira ampla, como o resultado da ausência de violência direta (paz negativa) e da ausência das formas de violência estrutural e cultural (paz positiva) (OLIVEIRA, 2017, p. 168). O modelo de paz defendido por Galtung é considerado como um tipo de paz que vai além da intervenção sobre o conflito posto, sendo necessário, para

sua transformação, trabalhar as violências estrutural e cultural que o fundamentam. Nesse processo é imprescindível a participação ativa das populações locais, mediante a análise dos seus interesses e necessidades. Este modelo de paz que, construído de baixo para cima, pode ser definido como uma paz autossustentável.

Nessa senda, suas contribuições à disciplina também se manifestaram em relação à tese sobre as três formas possíveis de intervenção em nome da paz no contexto de conflitos violentos – contribuições essas que foram incorporadas às operações de paz da ONU após o fim da Guerra Fria. São elas: a) *peacekeeping*: trata-se da manutenção da paz entre as partes em conflito, pressupondo a segregação geográfica entre elas. Está vinculada à ausência de violência direta; b) *peacemaking*: é o restabelecimento da paz que envolve a efetivação de acordos diplomáticos entre as partes com o objetivo de apaziguar o conflito. Também se relaciona com a ausência de violência direta; c) *peacebuilding*: construção da paz que se atenta para a estrutura de violência indireta que está na base do conflito – redução das desigualdades entre os indivíduos, grupos, classes, investimento em desenvolvimento e justiça social. Nesta perspectiva, a paz

somente é alcançada mediante a desconstrução da estrutura que reproduz a violência (OLIVEIRA, 2017).

Muito embora as contribuições de Galtung apontem para um modelo de paz autossustentável, no qual as formas de intervenção em nome da paz no contexto de conflitos violentos devam ser articuladas no sentido de promover este modelo de paz de baixo para cima, verificou-se que a cooptação das suas elaborações teóricas pelo *mainstream*<sup>51</sup> entre a década de 1990 e 2000 resultou na utilização de seus estudos, originalmente emancipatórios, para legitimar intervenções de paz que continuaram a reproduzir um modelo hegemônico de pacificação de periferias instáveis.

As operações de paz empreendidas pela ONU a partir da década de 1990, ainda que tendo incorporado um perfil teoricamente emancipatório, propondo um amplo leque de atividades de natureza militar, política e humanitária, na verdade passaram a funcionar como um projeto de engenharia social que teria como fundamento a promoção de uma paz de cima para baixo, assim denominada

---

<sup>51</sup> Segundo definição do Dicionário de Cambridge, significa a corrente de pensamento considerada dominante, normal. Disponível em: <<https://dictionary.Cambridge.org>>. Acesso: 04 fev. 2019.

criticamente pelos teóricos de Paz Institucional ou Paz Liberal (PUREZA, CRAVO, 2005).

Essa concepção de paz tem “submetido as formas de intervenção e os modelos de transformação de conflitos a uma espécie de consenso sobre *peacebuilding* que leva à exportação do modelo institucional do Estado ocidental liberal” (OLIVEIRA, 2017, p. 167). Nesse sentido, as operações de paz, que deveriam em verdade transformar as raízes do conflito, combatendo as formas de violência direta e, essencialmente, a violência estrutural e cultural, acabam se transformando em sinônimo de desenvolvimento de instituições liberais – democracia, Estado de Direito, livre mercado e, neste rol, os direitos humanos.

Nisto enxergamos a primeira consequência da associação da pauta dos direitos humanos universais à promoção da Paz internacional: os direitos humanos passam a fazer parte do pacote de instituições liberais a ser exportado para o mundo, através da atuação da ONU, para fins de promoção dessa paz institucional/ liberal. Ocorre que exportar os direitos humanos no rol de instituições ocidentais como forma de garantir esse modelo de paz institucional implica na compreensão desses direitos

enquanto uma ética compartilhada pela humanidade. Sem pretender explorar o extenso debate sobre universalismo e relativismo, não se pode olvidar a estreita vinculação dos direitos humanos com a cultura ocidental, com a concepção jusnaturalista moderna de sujeito pessoa humana, detentor de direitos e, concordando com Rabenhrost (2002) quando afirma que a cultura ocidental tem grande dificuldade em reconhecer os valores defendidos por outras sociedades. Deste modo, aderindo ou não à tese sobre a possibilidade de tornar a linguagem dos direitos humanos passível de exportação para o mundo, conforme afirmam diversos autores<sup>52</sup>, é certo que a tentativa de instituir uma ética única para o todos os povos é, no mínimo, um projeto complexo, existindo a possibilidade de não ser considerado nesse processo a multiplicidade cultural e, conseqüentemente, a multiplicidade de valores existentes, resultando não na construção de um conjunto de valores compartilhados pela humanidade, mas sim na

---

<sup>52</sup> Conforme afirma Danilo Zolo em seu debate extenso sobre o tema, este é o caso de Michael Ignatieff que, aponta o autor, com sua proposta de universalismo ético-jurídico afirma a possibilidade de universalização da linguagem dos direitos humanos se a pensarmos estritamente como a tutela da liberdade negativa (ZOLO, 2011, p. 68).

ocidentalização do mundo através da exportação dos valores ocidentais<sup>53</sup>.

Sustentamos, neste sentido, que a inserção dos direitos humanos no rol de instituições a serem desenvolvidas nas regiões conflituosas para a efetivação do projeto de paz institucional da ONU além de não promover a construção, à luz dos ensinamentos de Galtung, de um modelo de paz efetivo e autossustentável, que erradique as múltiplas formas de violência, promove o processo de ocidentalização do mundo mediante a exportação dos valores ocidentais para os quatro cantos do globo.

## 2.2. A LEGITIMAÇÃO DO INTERVENCIÓNISMO HUMANITÁRIO: DIREITOS HUMANOS E OS INTERESSES POLÍTICOS E ECONÔMICOS DAS POTÊNCIAS OCIDENTAIS

A associação da pauta dos direitos humanos universais à promoção da Paz internacional também implica na legitimação paulatina da prática do chamado intervencionismo humanitário por parte de Estados ou grupos de Estados. Estamos a tratar neste ponto sobre o

---

<sup>53</sup> Para o debate sobre o tema ver: ZOLO, Danilo. **Rumo ao ocaso global: Os direitos humanos, o medo, a guerra**, 2011; SANTOS, Boaventura de Souza dos. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Lua Nova. Revista de cultura e política, São Paulo, n. 39, 1997.



uso da força internacional sob o suposto argumento de promover a defesa dos direitos humanos, para então garantir a Paz internacional que a violação destes ensejaria.

Como fundamento da conferência do monopólio do uso da força internacional à ONU, o artigo 2º, parágrafo 4º da Carta das Nações Unidas estabelece o dever dos seus membros de se absterem da ameaça e do uso da força internacional contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado – princípio da não ingerência na jurisdição doméstica dos Estados. Apenas duas possibilidades do uso da força internacional são apontadas na Carta: a) no caso dos artigos 39 e 42, que estabelecem a possibilidade do Conselho de Segurança da ONU, em casos de constatada ameaça ou ruptura da paz ou um possível ato de agressão, admitir, sob seu controle, o recurso à força para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacional; e b) no caso do artigo 51, que prevê a possibilidade de legítima defesa individual ou coletiva dos Estados em caso de ataque armado, até que o Conselho de Segurança tome as providências cabíveis para a manutenção da paz e da segurança internacional (ONU, 1945).

Ocorre que a suposta preocupação com a garantia da paz universal e estável entre as nações tem sido utilizada como justificativa para legitimar uma nova forma de exercício do poder internacional. Conforme explica o jurista e filósofo italiano Zolo (2010), reconhecido crítico da política das intervenções humanitárias, em 1990, após o período da Guerra Fria, sob a coordenação do então presidente dos Estados Unidos, George Bush, são traçadas (estava é traçado) as linhas de um projeto paralelo de paz com associação à pauta dos direitos humanos, a que deu o nome de *New world order*, transformado em 1991 na diretriz “Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos” (tradução livre) e desenvolvido em 1992 no documento intitulado “Guia de Planejamento de Defesa” (tradução livre), elaborado pelo Departamento de Estado e do Ministério da Defesa dos Estados Unidos (ZOLO, 2011).

A ideia central, explica Zolo, era simples: a instituição de uma nova forma de exercício do poder internacional a partir de um sistema de proteção global, pelo qual as potências mundiais deveriam intervir nos Estados para resolver crises internas que, de algum modo, ameaçassem a paz internacional. Nesse cenário, considerando que o desrespeito aos direitos humanos já fora considerado como

elemento capaz de ocasionar a ruptura da Paz pela própria ONU, passa-se a considerar dentre os casos de necessidade de relativização das soberanias e intervenção das grandes potências, as situações de grave violação dos direitos humanos dentro de outros Estados.

A justificativa seria o fato de que estar-se-ia diante de um novo cenário mundial, no qual os processos de integração global tornam a sociedade mundial cada vez mais coesa e interdependente sob a égide da ética compartilhada dos direitos humanos, de modo que, tanto quando um governo comete crimes contra a humanidade, como quando viola os direitos humanos de seus cidadãos, a paz internacional encontra-se ameaçada, legitimando a intervenção da comunidade internacional no sentido de restabelecê-la em benefício da humanidade (ZOLO, 2011).

Mesmo sem qualquer legitimação específica na Carta das Nações Unidas para a política de intervencionismo humanitário, quer seja com ou sem a autorização do Conselho de Segurança da ONU, as práticas tornam-se cada vez mais recorrentes por parte das potências Ocidentais<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Para discussão aprofundada sobre a temática ver: ZOLO, Danilo. **Rumo ao ocaso global: Os direitos humanos, o medo, a guerra**, 2011.

Para tanto, basta citar os casos da intervenção em Ruanda, a atuação da OTAN nos territórios da ex-Iugoslávia durante a Guerra do Golfo e, principalmente, na guerra do Kosovo. Já no século XXI, temos ainda os casos das invasões ao Afeganistão e ao Iraque pelos Estados Unidos (Douzinas, 2009, p. 15). Vemo-nos mais uma vez diante dessa questão em virtude das ameaças do atual presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, de intervir militarmente na Venezuela sob argumento de necessária reação à conjecturada violação dos direitos humanos no país, praticada pelo suposto governo ditatorial do presidente venezuelano eleito, Nicolás Maduro<sup>55</sup>.

Observa-se, nesse sentido, que a legitimação do intervencionismo humanitário como instrumento de garantia da paz tem cada vez mais retirado o monopólio do uso da força internacional da ONU e tem construído um cenário mundial no qual os Estados ou grupos de Estados, atendendo aos seus próprios interesses políticos e econômicos, passam a exercê-lo. Mais uma vez em

---

<sup>55</sup> Cf. <https://www.larazon.es/internacional/donald-trump-abre-la-puerta-a-una-possible-intervencion-militar-en-venezuela-FC21764265>  
[https://www.washingtonpost.com/world/trump-us-military-intervention-in-venezuela-is-an-option/2019/02/03/27bb6d42-27ec-11e9-984d-9b8fba003e81\\_story.html?noredirect=on&utm\\_term=.62d186176664](https://www.washingtonpost.com/world/trump-us-military-intervention-in-venezuela-is-an-option/2019/02/03/27bb6d42-27ec-11e9-984d-9b8fba003e81_story.html?noredirect=on&utm_term=.62d186176664)

concordância com o jurista italiano, tudo aponta para o retorno da situação anterior à criação das instituições internacionais “com o perigo conexo de uma difusa pretensão de recurso legítimo ao uso da força militar por parte dos sujeitos internacionais mais fortes” (ZOLO, 2011, p. 165). Essa legitimação da prática do intervencionismo humanitário pelas grandes potências mundiais, sob o argumento da necessária proteção dos direitos humanos para fins de efetivação da paz, também demonstra o processo de instrumentalização desses direitos para a concretização do projeto de missão civilizatória ocidental, tendo em vista que, neste panorama, a retórica da necessária proteção dos direitos humanos para fins de garantia da paz é utilizada como justificativa para criar cenários que permitam o uso da força internacional pelas potências ocidentais com o único objetivo de atender aos seus interesses políticos e econômicos.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Argumentamos no presente artigo o que significa, em nossa compreensão, o processo de instrumentalização dos direitos humanos e sua transformação na ética de uma

missão civilizatória contemporânea ocidental. O debate foi construído à luz da vinculação do projeto de paz internacional, desenvolvido a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, à pauta dos direitos humanos universais.

Apontamos inicialmente que o interesse em torno da temática da paz a partir do pós-Segunda Guerra Mundial pela comunidade internacional trouxe a perspectiva conjunta da necessidade de promoção dos direitos humanos universais. Esta condição *sine qua non* para a promoção da paz internacional resultou em diversas consequências; dissertamos, para fins do nosso debate, acerca de duas.

Quanto ao desenvolvimento de um modelo de paz institucional no âmbito da Organização das Nações Unidas, organismo responsável por promover a paz internacional, compreendemos que se trata de um modelo de paz institucional que se fundamenta no desenvolvimento de instituições liberais nas regiões de conflito, dentre as quais os direitos humanos. Em razão disto, um tal modelo de paz além de ser incapaz de penetrar nas raízes dos conflitos e de promover uma experiência de paz concreta ou autossustentável, nos termos da tese sustentada pelo sociólogo Johan Galtung, também pode funcionar como

uma forma de promover a ocidentalização do mundo através da disseminação dos valores ocidentais refletidos no conjunto dos direitos humanos. Assim, sob o argumento de promoção da paz, os valores ocidentais são difundidos através do desenvolvimento dos direitos humanos.

Finalmente, quanto à utilização do discurso de proteção dos direitos humanos, como forma de garantia da paz internacional, para legitimar as chamadas intervenções humanitárias praticadas pelas grandes potências mundiais, enxergamos sua instrumentalização e utilização para fins de missão civilizatória ocidental em razão do fato de que a legitimação dessas intervenções têm como objetivo único moldar o mundo de acordo com os interesses políticos e econômicos das potências ocidentais.

## **REFERÊNCIAS**

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GALTUNG, Johan. Violence, Peace and Peace Research. **Journal of Peace Research**, v. 6, n. 3, p. 167-191, 1969. Disponível em: <[http://www2.kobe-u.ac.jp/~alexroni/IPD%202015%20readings/IPD%202015\\_7/Galtung\\_Violence,%20Peace,%20and%20Peace%20Research.pdf](http://www2.kobe-u.ac.jp/~alexroni/IPD%202015%20readings/IPD%202015_7/Galtung_Violence,%20Peace,%20and%20Peace%20Research.pdf)> Acesso: 11 jan. 2019.

OLIVEIRA, Gilberto Carvalho de. Estudos da Paz: origens, desenvolvimentos e desafios críticos atuais. *Revista Carta Internacional*, Belo Horizonte, v.12, n.1, p.148-172, 2017. Disponível em: <<https://www.cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/611>>. Acesso: 10 jan.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas**, 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso: 20 jan. 2019.

PUREZA, José Manuel; CRAVO, Teresa. Margem crítica e legitimação nos estudos para a paz. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, v. 71, p. 5-19, 2005. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/rccs/1011>>. Acesso: 10 jan. 2019.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Direitos Humanos e Globalização Contra-Hegemônica: notas para o debate. *In*: LYRA, Rubens Pinto. **Direitos Humanos: os desafios do século XXI** – uma abordagem interdisciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 17-25. Disponível em <<http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2016/04/DesafiosSeculoXXI.pdf>>. Acesso: 30 abr. 2019.

TOSI, Giuseppe. **O significado histórico e o alcance da declaração universal de 1948**. Escola Judicial e de Administração Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho - 13ª Região- PB. Curso: Liberdade, Igualdade e Fraternidade na Construção dos Direitos Humanos. 18-19.06.2009



ZOLO, Danilo. **Rumo ao ocaso global: os direitos humanos, o medo, a guerra.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

## **SUL DIRITTO ALL'EQUILIBRIO CLIMATICO**

Katia Poneti

### **1 PREMESSA**

In questo articolo intendo spiegare perché è possibile ed è importante leggere la questione del cambiamento climatico attraverso il linguaggio dei diritti, in particolare dei diritti fondamentali. Premessa necessaria di tale punto di arrivo è l'analisi della questione climatica, sia come parte delle questioni ambientali, sia nella sua specificità.

I cambiamenti necessari per affrontare la questione saranno letti alla luce dell'intreccio tra rivoluzione tecnologica, politiche pubbliche e diritti fondamentali. La protezione dal cambiamento climatico sarà analizzata sia come obbligo morale che come obbligo giuridico. Verrà

infine costruito uno spazio teorico nel quale potrebbe affermarsi il diritto fondamentale all'equilibrio climatico.

## **2 LA QUESTIONE DEL CAMBIAMENTO CLIMATICO COME QUESTIONE AMBIENTALE**

Per comprendere la questione climatica credo sia utile collocarla nell'ambito delle conseguenze generate dalla crisi ambientale. Questo perché le caratteristiche delle questioni ambientali, già hanno messo in luce problematiche complesse, che in buona parte sono riproposte dalla crisi del clima, pur se questa ha una sua specificità che è necessario cogliere.

L'inquinamento ambientale, derivante dagli scarichi delle industrie, dei mezzi di trasporto, degli edifici, è stato letto come una conseguenza, non voluta, della tecnologia, che di per sé è servita a migliorare le condizioni della vita umana. Nel lavoro di Jonas (2009) si trova il nucleo della riflessione filosofica in merito alla relazione degli esseri umani con la tecnologia, e con i suoi effetti sull'ambiente, quale base necessaria per la sopravvivenza del genere umano. Il potere acquisito dall'uomo con lo sviluppo della tecnica può avere effetti distruttivi sull'ambiente, rendendo la natura vulnerabile, e minacciando la stessa

sopravvivenza dell'umanità. Come proteggere la sopravvivenza del genere umano? Con un ampliamento della responsabilità degli esseri umani, che vada oltre le conseguenze delle azioni realizzate con volontà, come prevedeva l'etica tradizionale, fino a comprendere le conseguenze, volute o meno, dell'uso della tecnologia. La nuova etica può svilupparsi a partire dal pericolo prefigurato, dal pensiero che immagina il pericolo proiettandosi nel futuro, la "euristica della paura" fa cogliere il concetto di umanità che va preservato dal pericolo: "sappiamo *che cosa* è in gioco soltanto se sappiamo *che* è in gioco" (JONAS, 2009, p. 35). Cos'è in gioco? La sopravvivenza fisica, ma anche l'integrità dell'essere, il rispetto dell'essere, la permanenza della vita nel mondo. L'etica, e la conseguente responsabilità, non possono più solo guardare al presente, ma devono necessariamente considerare il futuro e coloro che vi vivranno, adottando un atteggiamento precauzionale nell'uso della tecnologia, che tenga conto dei suoi possibili effetti nefasti (JONAS, 2009, p 39).

Da un punto di vista sociologico Luhmann (1991) ha definito la scelta insita nell'uso della tecnologia come un rischio, che può portare vantaggi, ma anche conseguenze

dannose, che non sono conosciute, o lo sono parzialmente, quando la scelta si compie. Luhmann ha introdotto la distinzione tra rischio e pericolo per descrivere la condizione in cui vi è incertezza riguardo a danni futuri: quando si pensa di avere la concreta possibilità di decidere, di compiere scelte che possono andare in un senso o in un altro, ottenere un vantaggio oppure subire un danno come conseguenza di una decisione, parliamo di rischio (LUHMANN, 1991, p. 31). Quando il danno è ricondotto a fattori esterni, allora si parla di pericolo. Ma anche coloro che non hanno potere decisionale, e subiscono le scelte fatte da altri, sono esposti al pericolo che un possibile male si verifichi, senza poter fare una scelta differente. Nell'inquinamento ambientale si riconoscono nella condizione del rischio le figure di coloro che inquinano, e nella condizione del pericolo quelle di coloro che sono inquinati (LUHMANN, 1991, p. 118).

Per Beck (2000) i rischi ambientali sono uno degli elementi costitutivi della società del rischio, metafora della comunità politica della seconda modernità, in cui la condizione del rischio, oramai presente stabilmente nella quotidianità delle moderne società, dovrebbe diventare l'elemento aggregante degli individui, da singoli in società,

a differenza della società moderna in cui l'elemento della paura era stato riconosciuto come il fondamento dell'ordine politico. Tutti si trovano in una condizione di rischio, non vi è differenza di posizioni tra chi sceglie e chi subisce i rischi, in quanto i margini di decisione non esistono quasi più. Tuttavia, la diffusione dei rischi porta a nascondere la responsabilità del singolo inquinatore: nell'insieme dei soggetti inquinatori non è possibile individuare esattamente chi ha dato un certo contributo all'inquinamento piuttosto che un altro (BECK, 2000, p. 43) Ciò conduce a quella che Beck chiama "irresponsabilità organizzata": le vecchie modalità di decisione, controllo e produzione (nel diritto, nelle scienze, nell'amministrazione, nell'industria e nella politica) provocano la distruzione materiale della natura e la sua normalizzazione simbolica, e lo fanno non contro la legge, ma proprio tramite la sua applicazione (BECK, 2001). Solo un'ulteriore democratizzazione dei processi decisionali, per esempio quelli che portano alle decisioni che autorizzano impianti industriali, può portare a un maggiore controllo sulle attività inquinanti (BECK, 2000, p. 255).

Beck (2000) si sofferma anche sul doppio legame tra la conoscenza scientifica e l'inquinamento ambientale, che

non riguarda solo la generazione di quest'ultimo, ma anche la sua comprensione: materialmente la presenza di sostanze inquinanti nell'aria, nelle acque o in altri ambienti spesso è rilevabile solo tramite strumenti di laboratorio, mentre dal punto di vista cognitivo solo la conoscenza che certe sostanze, se disperse nell'ambiente, sono dannose per la salute degli esseri umani, degli animali, o dell'ecosistema, permette di definire l'inquinamento ambientale come un male da evitare e da contrastare. Le conoscenze scientifiche sono dunque lenti indispensabili attraverso cui guardare il fenomeno dell'inquinamento.

Il pensiero ecologista ha percepito l'inquinamento ambientale, fin dal suo esplodere come oggetto di rivendicazione sociale negli anni sessanta e settanta del secolo scorso (DE MARCHI, PELLIZZONI, UNGANO, 2001, p.11), come indice di crisi del modello di sviluppo economico e tecnologico, nonché della relazione degli esseri umani con la natura, della quale si è messa in evidenza la vulnerabilità (DE MARCHI, PELLIZZONI, UNGANO, 2001, p. 41; JONAS, 2009, p. 10). L'ecologia profonda, di contro al modello del dominio sulla natura che ha caratterizzato le società industriali fin dall'inizio della modernità, ha dato valore piuttosto all'autorealizzazione e

al compimento delle potenzialità, sia degli esseri umani che degli altri esseri viventi (autorealizzazione e uguaglianza biocentrica) e alla relazione uomo-natura, costruita attraverso il contatto diretto.(DEVALL, SESSIONS, 1989, p. 73; NAESS, 1973, p. 95-100). L'inquinamento ambientale è stato anche percepito come indice di crisi del rapporto dell'uomo con l'uomo riguardo alla natura: un rapporto di dominio degli uomini su altri uomini, nel quale la natura è al tempo stesso strumento e oggetto di sopraffazione, come sostengono per esempio, da diversi punti di vista, l'ecologia sociale di Bookchin (1984, 1989), e l'ecologia politica di Gorz. (2009).

La crisi ecologica è, per Morin, un punto di partenza per la critica della mentalità contemporanea, caratterizzata da settorialità, specializzazione dei saperi e frammentazione delle conoscenze. Serve piuttosto un pensiero complesso per comprendere il mondo della crisi ecologica, che sfugge alla separazione delle conoscenze (MORIN, KERN, 1994, p. 161). Il concetto di ecosistema aiuta a comprendere cosa è messo in pericolo dalla crisi ecologica: l'ecosistema è una sorta di organismo vivente che deriva dal fenomeno di integrazione naturale tra vegetali e animali, compresi gli esseri umani, e la sua forza sta nel suo carattere di

autorganizzazione spontanea. L'essere vivente è un sistema aperto, che per vivere effettua scambi con l'esterno, per questo è dipendente dall'esterno per la sua sopravvivenza, anche se autorganizzandosi sviluppa la sua originalità, ovvero la sua libertà. Più i sistemi divengono complessi, più divengono aperti: l'evoluzione è dunque fondata sulla dipendenza, tutt'altro rispetto all'idea dell'uomo "insulare", separato e dominatore rispetto alla natura. Coscienza ecologica significa dunque avere la coscienza che l'ambiente è un ecosistema, e avere anche la coscienza che l'indipendenza e la libertà umana sono fondate sulla dipendenza dall'ecosistema (la dipendenza della nostra indipendenza) (MORIN, 2007, p. 19).

Il problema ecologico non riguarda solo la relazione uomo-natura, ma anche le nostre relazioni con noi stessi. La concezione degli esseri umani come parte di un ecosistema porta alla costruzione di un nuovo paradigma conoscitivo: da abbandonare è il paradigma dell'uomo "insulare", soggetto separato degli oggetti, mentre da accogliere è un paradigma complesso in cui libertà e dipendenza sono relazioni che l'essere umano instaura contemporaneamente con il proprio ecosistema. Il pensiero ecologizzato è dunque quello che riesce a concepire l'essere umano nello stesso



tempo autonomo e parte della natura. L'essere umano dovrebbe considerarsi "come il copilota della natura" (MORIN, 2007, p. 41). Poiché l'essere umano è insieme natura e cultura, in parti inscindibili annodate insieme durante le tappe del suo sviluppo, entrambe sono parti intrinseche della natura umana, che dunque comprende anche parti ancestrali che sono in relazione con i processi biologici umani e ambientali (MORIN, 1974). Libertà e dipendenza.

Dunque, mentre Jonas ci parla della necessità di una nuova etica, che guardi al futuro, e che assuma un atteggiamento precauzionale verso i rischi che possono risultare fatali; Luhmann, guardando ai rapporti sociali, differenzia la condizione del rischio e quella del pericolo, quella di chi sceglie e quella di chi non può farlo. Beck sottolinea quanto la diffusione del fenomeno dell'inquinamento porti verso l'irresponsabilità di chi inquina, e come le conoscenze scientifiche siano determinanti nel comprendere le questioni ambientali. Il pensiero ecologista ha evidenziato la necessità di riformulare il rapporto tra l'essere umano e la natura, e il rapporto politico in merito alla natura. Morin evidenzia come la crisi ambientale sia comprensibile e affrontabile

solo facendo saltare i confini delle discipline, solo recuperando un pensiero complesso per rispondere alla complessità del problema, e a partire dalla coscienza che la nostra indipendenza è fondata sulla dipendenza. Tutti questi punti di vista aiutano a comprendere le caratteristiche di fondo della crisi ecologica.

### **3 SPECIFICITÀ DELLA QUESTIONE CLIMATICA**

La questione climatica si è sovrapposta alle caratteristiche condizioni già determinate dalla crisi ecologica e, pur partendo da queste, vi ha aggiunto nuovi elementi di complessità. La sensazione è quella che il cambiamento climatico provochi un mutamento continuo anche nei riferimenti del diritto e della politica, rendendo fluidi i concetti il tempo, lo spazio, la definizione stessa del fenomeno, che è appunto il "cambiamento" climatico, i titolari di diritti e i portatori di doveri. Soggetti e oggetto si collocano nello spazio in modo dislocato, e nel tempo in modo diacronico. La questione climatica, pur rientrando

nelle questioni ambientali, presenta quindi anche alcune specificità.

Il cambiamento climatico è un fenomeno globale per sua natura, in quanto avviene a livello di atmosfera, ovvero in tutto lo strato gassoso che avvolge il pianeta, non in un luogo o più luoghi determinati. Ne segue che una sua caratteristica importante è che esso avviene indipendentemente dal luogo in cui le emissioni sono state prodotte. Dal punto di vista della politica globale tale condizione può essere descritta come la situazione di vantaggio del free rider, in cui gli Stati si trovano nella condizione di agire tutti insieme o non agire affatto: si tratta infatti di un problema di azione collettiva di fronte ai beni pubblici, in cui chi non contribuisce (free rider) guadagna comunque dall'azione degli altri. Garret Hardin nel suo famoso saggio del 1968 "The Tragedy of the Commons" ha costruito un modello per analizzare la condizione di libero accesso a un bene comune, e ne ha ricavato che il suo destino non potrebbe che essere l'esaurimento, e ha proposto come suggerimento per la sua gestione la creazione di diritti proprietari (HARDIN, 1968). In conformità con Ostrom (1990), costruendo il proprio modello a partire dall'analisi di alcune situazioni di buona

gestione collettiva dei beni comuni, ha invece sottolineato come approcci cooperativi possano avere migliori chances di successo.

Dal punto di vista giuridico si ha la messa in crisi del rapporto di causalità nella sua versione tradizionale, che per individuare la responsabilità di un soggetto deve accertare il nesso di causalità tra l'azione di questo e l'effetto dannoso: nel caso del cambiamento climatico risultando impossibile attribuire gli effetti (aumento della temperatura, eventi estremi) che si verificano in un certo luogo alla responsabilità di un soggetto specifico<sup>56</sup>.

In secondo luogo, il cambiamento climatico è un processo che avviene in seguito all'accumulo delle emissioni nell'atmosfera, quindi gli effetti a cui stiamo assistendo derivano dalle emissioni del passato, mentre gli effetti delle emissioni di oggi saranno sperimentati nel futuro. Non solo, esso ha un andamento esponenziale: gli effetti si intensificheranno cioè in modo più che proporzionale rispetto all'aumento delle emissioni, e i mutamenti nel clima si verificheranno a un dato momento

---

<sup>56</sup>Anche su questa base è stato rigettato il ricorso presentato dall'Inuit Circumpolar Conference alla Commissione Interamericana per i diritti umani.

senza essere più reversibili: a quel punto cioè, che non è noto quando sarà raggiunto, anche se le emissioni fossero ridotte a zero, non sarebbe più possibile tornare indietro. Le moderne democrazie, che prendono decisioni nel breve periodo in relazione al consenso elettorale non sono equipaggiate per affrontare un processo di questo genere: una politica in tema di cambiamento climatico di breve periodo sarebbe del tutto inutile, oltre che non troverebbe, e di fatto non trova, sostenitori (HELD, HARVEY, 2011). Le conseguenze politiche di questo processo sono dirompendi, poiché separano coloro che decidono sulle scelte da compiere oggi, da coloro che ne subiranno le conseguenze domani (almeno quelle più gravi): la decisione politica di combattere il cambiamento climatico non può fondarsi sull'ipotesi di un soggetto egoista-razionale che agisce spinto dalla paura, come quello ipotizzato dal realismo moderno a partire da Hobbes. Per agire contro il cambiamento climatico dobbiamo ipotizzare una soggettività moralmente migliore rispetto a quella che agisce motivata dalla paura. Il fondamento delle politiche di tutela dal cambiamento climatico non può essere ritrovato nella paura, ma in una diversa motivazione, quella della cura e della responsabilità per le generazioni future

(D'ANDREA, 2007). Dal punto di vista giuridico entrano in gioco nuovi soggetti da tutelare, che sono coloro che non sono ancora nati, ovvero le generazioni future (PALOMBELLA, 2008).

In terzo luogo, il cambiamento climatico provoca effetti che hanno una natura ecosistemica, e che come tali devono essere rilevati non tanto in relazione a un evento singolo, quanto a come questo è indicativo, in base alla sua frequenza, ampiezza e capacità di danneggiamento, che l'equilibrio del clima è stato messo in crisi. Il legame tra azione e reazione è dunque, quando si parla del clima, di tipo ecosistemico globale. Tale legame ecosistemico, da una parte, differenzia gli effetti del riscaldamento globale da situazioni puntuali di inquinamento, anche a livelli critici, ma concentrati nello spazio, come l'inquinamento dell'aria in alcune grandi città, che possono avere gravi ripercussioni sulla salute umana, ma che a livello di equilibrio climatico possono essere non molto rilevanti, ovvero lo sono solo come quota proporzionale sull'intera atmosfera. Ancora il legame ecosistemico, attribuisce, dall'altra parte, rilevanza ad alcuni luoghi o ambienti per la specifica funzione che hanno nell'equilibrio climatico globale. Vi sono per esempio polmoni verdi del pianeta,

come l'Amazzonia, o serbatoi di acqua fredda, come l'Oceano Antartico, serbatoio di acque profonde e abissali, che, sebbene localizzati, svolgono una funzione determinante sul mantenimento dell'equilibrio ecologico a livello globale<sup>57</sup>. Gli ecosistemi sono stati definiti nel rapporto "Ecosystems and Human Well-Being", redatto nel 2005 dal Millennium Ecosystem Assessment, come "i sistemi di supporto vitale del pianeta", sia per gli esseri umani che per le altre forme di vita, ovvero come la base fisica di cui gli esseri viventi hanno bisogno per la loro esistenza. Gli ecosistemi sono altresì la base fisica del benessere umano, in particolare della salute<sup>58</sup>. Mentre il diritto separa e classifica i beni giuridici come oggetti individuali, si tratta di sviluppare le acquisizioni

---

<sup>57</sup>Per la descrizione del ruolo di foreste e oceani si può vedere il Quinto rapporto di valutazione del IPCC: T.F., Stocker et al (Eds.). **Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change.** Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, 2013, p. 284 e p. 523.

<sup>58</sup>Millennium Ecosystem Assessment. **Ecosystems and Human Well-Being**, 2005. Disponibile: <<http://www.millenniumassessment.org/en/index.aspx>>. Il Millennium Assessment è un insieme di più di 1300 esperti che ha revisionato la letteratura scientifica in materia di ecosistemi tra il 2001 e il 2005 facendo il punto sullo stato dell'arte delle conoscenze scientifiche sulle loro condizioni e i "servizi" che essi forniscono agli esseri umani.

scientifiche sugli ecosistemi anche dal punto di vista giuridico e di dare importanza all'ecosistema in sé, in quanto base indispensabile per la vita umana, cogliendone la specificità proprio nella rilevanza del legame tra le diverse parti, indispensabile al loro funzionamento (CAPRA, MATTEI, 2015, P. 87 E 149) Mentre la natura è stata fin dall'inizio della modernità posta fuori dal sociale, ora vi rientra con forza: si tratta di darle rilevanza in quanto equilibrio degli ecosistemi e base indispensabile, presupposto, per la vita umana.

#### **4 IL CAMBIAMENTO NECESSARIO**

Ma cos'è necessario fare per affrontare il cambiamento climatico? Sappiamo che la principale fonte di gas ad effetto serra è la combustione del petrolio e dei suoi derivati, utilizzati prevalentemente negli impianti di generazione di energia, nelle grandi industrie e nei trasporti. Anche la combustione del gas naturale provoca emissioni di gas serra, pur se in quantità inferiore, e avviene prevalentemente nel riscaldamento/condizionamento, nella generazione di energia, nei trasporti alimentati a gas. A seguire generano emissioni i processi di fermentazione in



agricoltura e lo smaltimento dei rifiuti tramite discarica o incenerimento. Un'altra fonte, seppur indiretta, di emissioni è il disboscamento, in quanto impedisce che si realizzi la funzione naturale di assorbimento delle CO<sub>2</sub> da parte della vegetazione.

Per invertire la tendenza al riscaldamento globale è necessaria la drastica riduzione delle emissioni di gas climalteranti dalle fonti, attraverso l'abbandono dei combustibili fossili, cosa che implica l'adozione di cambiamenti radicali nel sistema di produzione dell'energia, nei sistemi di trasporto, nel riscaldamento/condizionamento degli edifici. Inoltre, è fondamentale mantenere, e cercare di aumentare, l'assorbimento delle emissioni attraverso la conservazione della funzionalità degli ecosistemi, in particolare di quello delle foreste, tenendo conto di tale obiettivo nella gestione del territorio. Infine, per ridurre gli impatti, è anche necessario rendere il territorio più resiliente rispetto agli eventi estremi, ovvero migliorare la sua capacità di adattamento, attraverso il mantenimento della funzionalità degli ecosistemi, e progettando infrastrutture adeguate<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup>Sulle cause del riscaldamento globale e sui modi per affrontarlo si possono vedere i numerosi rapporti del IPCC. In particolare il cap. 6

Sono tutte azioni che, per essere realizzate, necessitano di cambiamenti tecnologici ed economici fondamentali. Si tratta di modificare le tecnologie, facendo in modo di rendere disponibili impianti di generazione di energia, mezzi di trasporto, impianti di riscaldamento/condizionamento, alimentati con energie rinnovabili. In questo senso l'Unione europea sta investendo nella direzione di una infrastruttura elettrica che abbia la funzione di connettere diversi tipi d'impianti di generazione d'energia, con l'impegno di aumentare nel tempo la quota di energia proveniente dalle rinnovabili, con diversi usi finali, tra cui quello domestico e quello dei trasporti<sup>60</sup>; il passaggio al trasporto alimentato da motori elettrici, o da biocombustibili evoluti, è infatti uno dei punti chiave di tale prospettiva di sviluppo<sup>61</sup>. E l'obiettivo di una società a zero emissioni nette alla metà del secolo sembra, stando agli atti della Commissione europea, concretamente

---

(Assessing Transformation Pathways) del Quinto Rapporto di Valutazione:(CLARKE et al, 2014).

<sup>60</sup>Direttiva sull'infrastruttura per i combustibili alternativi (Directive 2014/94/EU) e Energy Union Package: A framework strategy for a resilient Energy Union with a forward-looking climate change policy (COM (2015) 80 final

<sup>61</sup>Strategia europea per una mobilità a basse emissioni, adottata nel luglio 2016, COM (2016) 501

attuabile, anche se con processi rivoluzionari nel ciclo della produzione<sup>62</sup>.

## **5 RIVOLUZIONE TECNOLOGICA, POLITICHE PUBBLICHE E DIRITTI FONDAMENTALI**

Tuttavia, la rivoluzione tecnologica che s'intravede, pur essendo una base necessaria del cambiamento, non è di per sé scontata né è sufficiente a compierlo, e anzi rischia, se presa come unico rimedio, di generare conflitti, moltiplicare le disegualianze e in definitiva di non centrare l'obiettivo di fermare il riscaldamento globale (LEONARDI, 2017).

La rivoluzione tecnologica non è scontata perché ha un costo, in termini di investimenti, che le industrie stentano a intraprendere, nonostante il Rapporto Stern abbia spiegato come sia più conveniente, dal punto di vista dei costi, agire prima che il fenomeno del cambiamento climatico manifesti i suoi effetti più gravi piuttosto che in seguito (STERN, 2009). E la mancata considerazione dei costi dell'inquinamento da CO<sub>2</sub> è per le attività produttive un

---

<sup>62</sup>"Mobilità a basse emissioni: manteniamo gli impegni. Un'Unione europea che protegge il pianeta, dà forza ai suoi consumatori e difende la sua industria e i suoi lavoratori", COM 2017) 675 final

vantaggio competitivo, al quale è improbabile che rinuncino, se non costrette o incentivate. La direttiva sull'emissions trading, che in ambito UE disciplina in modo uniforme le emissioni derivanti da grandi impianti (generazione di energia, stabilimenti metallurgici, cartiere, trasporto aereo tra Paesi UE), con un sistema di scambio di quote istituito a livello europeo, ha proprio la funzione di internalizzare i costi dell'inquinamento nei costi d'impresa e cerca di accompagnare le imprese verso riduzioni di CO<sub>2</sub> a partire dalle condizioni del settore di mercato in cui operano e dal progresso tecnologico, ma il suo "slancio" è limitato dalla necessità di non penalizzare troppo le imprese europee, che in una situazione di globalizzazione dei mercati potrebbero decidere di delocalizzare la loro attività fuori dalla UE.<sup>63</sup> La delocalizzazione delle emissioni è un processo già in atto come ha mostrato un recente rapporto: gli Stati più industrializzati hanno ridotto le emissioni di carbonio provenienti dai loro territori, ma, calcolando l'impronta di carbonio a partire dai beni consumati, dunque comprendendo le importazioni, risulta

---

<sup>63</sup>Direttiva 2003/87/CE, come da ultimo modificata dalla Direttiva 2018/410/UE per coprire il periodo 2021-2030."

che il livello di emissioni degli Stati più industrializzati non è affatto diminuito e anzi rimane stabile ai livelli del 1990<sup>64</sup>.

La rivoluzione tecnologica non è inoltre sufficiente perché, per funzionare, è necessario che sia inserita in politiche che mirino al mantenimento, e al ripristino, dell'equilibrio ecologico complessivo, perché il buon funzionamento degli ecosistemi è fondamentale per l'equilibrio del clima. Per fare un esempio: non è sufficiente passare ad un tipo di motore non inquinante per le autovetture, ma è necessario investire nel trasporto pubblico collettivo, poiché il modello un'auto per ogni persona sarebbe insostenibile anche con auto ecologiche (in quanto necessiterebbe di una quantità di energia elettrica così grande da essere difficilmente prodotta con fonti rinnovabili).

Un ruolo chiave nella riduzione delle emissioni avranno quindi le politiche pubbliche<sup>65</sup>. Sia quelle che mirino

---

<sup>64</sup>Cf: <<https://buyclean.org/media/2016/12/The-Carbon-Loophole-in-Climate-Policy-Final.pdf>>.

<sup>65</sup>Gli Stati europei sono sottoposti per le emissioni derivanti dai edilizia, trasporti, rifiuti, agricoltura, suolo, al cd. Effort Sharing (Decisione 406/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per gli anni 2013-2020 e Regolamento 2018/842/UE per gli anni 2021-2030). Questi atti pongono limiti differenziati per i vari Stati (l'Italia è obbligata a ridurre del 13% entro il 2020 e del 33% entro il 2030,

all'internalizzazione dei costi, tramite tasse, incentivi, strumenti di mercato, assicurazioni<sup>66</sup>; alle quali dovrebbero affiancarsi strumenti perché gli oneri derivanti dai nuovi costi, scaricati sui consumatori, non siano fonte di nuove diseguaglianze. Sia quelle che intervengano sui trasporti, costruendo una rete capillare di trasporti collettivi con mezzi elettrici; oppure sul territorio, mettendolo in sicurezza dal rischio idrogeologico e mantenendo e sviluppando aree verdi, valorizzando la capacità di assorbimento delle emissioni ed eliminando progetti in contrasto con tali obiettivi; o ancora sugli edifici, ammettendo solo modi di costruire ecologici per i nuovi edifici e riconvertendo il patrimonio esistente dal punto di vista energetico, a partire dal patrimonio pubblico, con l'installazione di pannelli solari e dove possibile orti urbani.

Si tratta tuttavia non solo di stimolare il cambiamento tecnologico necessario alla riduzione delle emissioni, ma

---

rispetto al 2005) e lasciano ai singoli Stati l'adozione di politiche finalizzate a ridurre le emissioni.

<sup>66</sup>Gli effetti del cambiamento climatico sono sempre più all'attenzione delle imprese assicuratrici, che prevedono nei prossimi anni l'innalzamento dei premi per assicurare contro danni derivanti da eventi atmosferici nelle aree più vulnerabili, oppure addirittura di non poter assicurare certi eventi: Si veda:<  
<https://www.theguardian.com/environment/2016/dec/07/climate-change-threatens-ability-insurers-manage-risk>>.

anche di gestire le dinamiche che emergeranno da questo cambiamento: la nuova grande trasformazione che si auspica per contrastare il riscaldamento globale, e che in parte è già in atto, porterà con sé assestamenti nella società che potranno incidere profondamente sulla vita delle persone. L'accesso alle risorse energetiche rinnovabili, alla mobilità, all'abitare sostenibile, dovranno essere universali e non creare nuove linee di frattura tra gruppi sociali, nuove separazioni, nuovi ghetti: dovrebbero piuttosto affermarsi in un contesto di ripensamento delle città che dia nuovo valore allo spazio pubblico e condiviso.

I decisori politici si trovano già oggi a scegliere su questioni in cui si dovrebbe tenere conto dell'impatto delle stesse sull'aumento o la riduzione di emissioni, come quando si decide se realizzare e dove un'infrastruttura. Sono scelte complesse, per la compresenza di scienza, tecnica, economia. E come ogni scelta politica, anche quelle in merito ai modi di affrontare il cambiamento climatico sono il risultato di compromessi tra poteri: come negare, per esempio, che la riconversione energetica, globale e locale, minaccia ampie aree di potere legate alle energie fossili? O che il potere dell'industria automobilistica europea influisce sulle regolamentazioni dell'Unione in

materia di limiti alle emissioni dei veicoli? Con quali strumenti tecnici affrontare il cambiamento climatico? Anche con il nucleare? Con quali strumenti economici? Con il mercato sempre e comunque? O con un intervento diretto dello Stato? Con quale grado di coinvolgimento delle popolazioni sul territorio? In modo condiviso e concertato oppure con interventi decisi dall'alto?

Certamente le scelte su come affrontare il cambiamento climatico impattano sugli interessi economici e sono da questi modellate. Tuttavia, gli interessi economici non sono l'unica tipologia di interessi che è messa in gioco dal cambiamento climatico. I suoi effetti influiscono anche sulla vita delle persone: si pensi agli eventi estremi, come per esempio le inondazioni, che possono mettere a rischio l'incolumità o addirittura la sopravvivenza; oppure alla modificazione dei cicli stagionali, che influisce sulle colture, andando a colpire la capacità dei terreni di produrre reddito; oppure alla siccità sempre più estesa che spinge intere popolazioni a fuggire da alcuni luoghi. Si tratta di tipologie di interessi, come quello alla vita e alla salute, che sono tutelati come diritti fondamentali. E anche i modi di reagire al riscaldamento globale possono essi stessi influire



su interessi, individuali e collettivi, riconducibili a diritti fondamentali, come per esempio la libertà di movimento.

Perché questi interessi siano tenuti in considerazione nelle scelte politiche è necessario in primo luogo che siano percepiti come propri interessi dai singoli e/o dalla collettività che ne sono titolari, e poi che vengano protetti dall'ordinamento, in quanto meritevoli di tutela perché riguardanti diritti delle persone. Entrambe queste condizioni sono al momento abbastanza incerte in relazione al cambiamento climatico. La percezione del bisogno di tutela stenta ad affermarsi: nonostante sia diffusa la conoscenza degli effetti del riscaldamento globale non si ha una sollevazione popolare per chiedere interventi di contrasto, perché la maggior parte delle conseguenze sono viste come troppo lontane dalla prospettiva del presente, o del breve periodo, per suscitare paura (D'ANDREA , 2007, p. 230). Anche se le manifestazioni di giovani in occasione della COP24 fanno sperare in un mutamento di tendenza. Quanto alla protezione da parte dell'ordinamento, la legislazione emanata finora non ha previsto specifiche responsabilità giuridiche per chi eserciti attività che generano emissioni di gas serra, se non

l'obbligo di dotarsi dei permessi necessari a coprire i quantitativi di gas serra emessi.

Tuttavia, a partire dalla considerazione delle situazioni concrete in cui gli effetti del cambiamento climatico si manifestano in eventi dannosi nel presente, credo si possa trovare la strada perché queste due condizioni gradualmente si modifichino e divengano effettive. Credo sia necessario rintracciare e rendere esplicito il legame tra gli effetti del cambiamento climatico e gli interessi immediati delle persone, come la vita e la salute, loro e dei loro figli, nonché evidenziare come questi siano interessi già protetti dall'ordinamento come diritti fondamentali. Se si collegano il contrasto al cambiamento climatico e la protezione dai suoi effetti al rispetto dei diritti fondamentali delle persone, diviene più facile far sì che questo tema venga preso in considerazione nella formazione delle scelte politiche, in competizione con gli altri interessi rilevanti, come quelli legati alla promozione dello sviluppo economico.

Vi è anche un altro vantaggio, da non sottovalutare, nella qualificazione della questione climatica come tema impattante sui diritti fondamentali, ed è quello di poterli utilizzare come strumenti da azionare, indipendentemente

dalla volontà politica del momento. I diritti soggettivi hanno infatti anche, come Dworkin (1978, 2009) ha sottolineato, il valore di “briscole” che possono essere giocate, quando le politiche pubbliche, espressione della maggioranza, vanno in una direzione che contrasta alcuni fondamentali interessi delle persone, quelli appunto protetti dai diritti fondamentali. Visto che le moderne democrazie hanno finora dimostrato la loro incapacità di affrontare le sfide poste dalla questione climatica in maniera adeguata, legare questa in modo più stretto ai diritti fondamentali, e al loro utilizzo, è anche un modo per superare l’inerzia di certi contesti.

Che i diritti siano un argine alla scelta politica, un limite e un bilanciamento di tale scelta, è del resto la funzione precipua che tali strumenti hanno nell’ambito della dottrina dello Stato di diritto (COSTA, ZOLO, 2002). Nel contesto della globalizzazione, in cui gli Stati faticano a mantenere la loro supremazia di fronte alle forti concentrazioni di potere economico, lo Stato di diritto può essere una tutela anche nei confronti di queste ultime (SANTORO , 2008, p. 72).

## **6 LA PROTEZIONE DAL CAMBIAMENTO CLIMATICO TRA OBBLIGO MORALE E OBBLIGO GIURIDICO: I CONCETTI DI “GENERAZIONI FUTURE” E “NATURA”**

La crisi ecologica ha sollevato questioni filosofico-morali e filosofico-giuridiche. Chi è il titolare dei diritti riguardanti l'ambiente? È la natura stessa titolare di diritti? Sono persone viventi nel presente o le generazioni che verranno? Oppure l'umanità come intera specie? La speranza e l'aspettativa del futuro sono posizioni da tutelare? Qual è poi il diritto, o i diritti, di cui si sta parlando? Il diritto a godere di un ambiente salubre? Il diritto (l'aspettativa, la speranza) alla sopravvivenza?

La crisi climatica, solleva, in parte, le medesime questioni già poste, ma vi aggiunge un'intensità e un'ampiezza degli effetti e delle conseguenze che la rendono specifica. Soprattutto, la crisi climatica si pone come una minaccia globale, in quanto pone l'umanità di fronte al pericolo della sua estinzione, o comunque dell'estinzione della civiltà per come la conosciamo, ipotizzando una sopravvivenza in condizioni di vita ben lontane dal grado di sviluppo raggiunto nelle società contemporanee. Cerutti (2010, p. 16), lo afferma individuando due minacce globali per l'umanità, le armi nucleari e il

riscaldamento globale , “[...] sfide alla nostra capacità di sopravvivere (rimodellando la nostra mente e riorganizzando il sistema politico)”. Per affrontare tali questioni si è fatto riferimento principalmente ai concetti di “generazioni future” e di “natura”, intesi entrambi come soggetti di diritti, ai quali sono stati contrapposti titolari di obblighi morali.

Il riferimento alle generazioni future ha fatto la sua comparsa nelle convezioni internazionali, a partire dalla Convenzione UNESCO del 1972 e trovando una compiuta espressione nella definizione del concetto di “sviluppo sostenibile”, che "mira a soddisfare i bisogni e le aspirazioni del presente senza compromettere la capacità di soddisfare quelli del futuro"<sup>67</sup>. Nella riflessione filosofico-giuridica John Rawls ha indicato le generazioni future come il soggetto a favore del quale imporre obblighi alle generazioni presenti allo scopo di preservare le risorse, in una prospettiva di giustizia intergenerazionale (RAWLS, 1971, p. 44-45). Ma l'idea che le generazioni future siano

---

<sup>67</sup>Il concetto di generazioni future compare nella Convenzione sul patrimonio mondiale, culturale e naturale, adottata dalla Conferenza generale dell'UNESCO il 16 novembre 1972 (art. 4, in cui si dichiarano doveri di ogni Stato l'individuazione, la conservazione e la trasmissione alle generazioni future dei beni che sono patrimonio culturale o naturale dell'umanità, presenti sul proprio territorio).

titolari di veri e propri diritti ha anche suscitato scetticismo a causa delle difficoltà che pone l'attribuzione della titolarità di un diritto a un soggetto non ancora esistente: Jonas (2009, p. 49) ha sottolineato che diritti può avere solo chi esiste e le generazioni future non sono ancora esistenti. Su tale riflessione Jonas fonda la conclusione che il principio di responsabilità deve essere indipendente da ogni idea di diritto e di reciprocità, fondandosi piuttosto sul dovere senza reciprocità, il cui archetipo è il dovere di assistenza nei confronti dei figli.

Anche la dimensione della rappresentanza in giudizio delle generazioni future ha sollevato critiche, in quanto non vi è un criterio condiviso per stabilire chi ha diritto di parlare in nome di chi non è ancora. La condizione di minaccia alla sopravvivenza del genere umano in cui ci pone il riscaldamento globale è una nuova spinta a fondare un obbligo morale a favore delle generazioni future, come sostiene Cerutti (2010), poiché non è più possibile dare per scontata la continuazione del genere umano, come avveniva in passato, ma questa dipende ora dalle scelte umane. L'imperativo di far sì che la vita sulla terra e le civiltà umane non finiscano per causa umana può essere fondato su "modelli effettivi e familiari di obbligo che sono all'opera

nella nostra vita comune” (CERUTTI, 2010, p. 160), quale l'obbligo di cura nei confronti dei figli, obbligo appreso e tramandato lungo la catena delle generazioni, e che trova fondamento nella scelta di mettere al mondo figli, o dall'accettarne la venuta al mondo (CERUTTI, 2010, p. 161).

La fiducia generata dal genitore nel figlio, di essere accudito e curato, e la vulnerabilità del figlio, che ha bisogno di essere protetto, sono le condizioni a cui la cura del genitore risponde, cura che anche un obbligo perché viene incontro a quelle condizioni di fiducia e vulnerabilità generate dalla responsabilità che il genitore si è assunto con la scelta avere o sostenere la nascita di figli. Questa condizione può essere estesa alle generazioni future per un senso minimo di equità, “un senso elementare di equità fra esseri umani”, che corrisponde alla regola aurea del “non fare a nessuno ciò che non piace a te” presente nella tradizione giudaico-cristiana, ma di cui si ritrova l'espressione anche in altre grandi tradizioni culturali, come quella indiana e confuciana (CERUTTI, 2010, p. 166).

L'obbligo morale nei confronti delle generazioni future è stato anche inquadrato come una questione di giustizia, ed è stato giustificato a partire dal diritto umano delle generazioni future alle elementari condizioni di

sopravvivenza e di dignità, che la minaccia del cambiamento climatico mette in pericolo: per individuare quanto è nostro dovere compiere perché è loro diritto ricevere da noi, dobbiamo ricorrere alla conoscenza di ciò che è adatto agli esseri umani “ossia ciò che in gran parte già facciamo nel caso degli infanti” (PALOMBELLA, 2008, p. 20).

L'altro riferimento utilizzato è il concetto di natura come soggetto titolare di diritti, allo scopo di preservare l'equilibrio ecologico in sé, indipendentemente dal vantaggio per gli esseri umani. Da un punto di vista morale è stata messa in evidenza, da Maria Chiara Tallacchini, la difficoltà di ipotizzare la natura come titolare di diritti, in quanto mancante di una soggettività individuale, poiché il “limite invalicabile della nozione di diritto morale resta comunque il suo carattere individuale” (TALLACCHINI, 1996, p. 238). Le proposte di introdurre diritti della natura venivano avanzate da alcuni a partire da un approccio biocentrico, volto ad attribuire una soggettività alla natura per sottolineare il suo valore intrinseco (OST, 1995), mentre secondo altri l'idea doveva servire a rendere tutelabile in giudizio la posizione della natura, attraverso la sua rappresentanza da parte di associazioni costituite per



la sua tutela (STONE, 1996). Tale finzione poteva essere utile a realizzare la tutela giurisdizionale, prendendo a modello la tutela dell'incapace o la personalità giuridica degli enti: si tratta di un approccio pragmatico, in cui il diritto costituito in capo alla natura è visto come uno strumento di tutela di un interesse rilevante, che potrebbe anche non essere in armonia con il diritto soggettivo individuale, per esempio quando l'associazione di tutela ambientale possa agire a protezione di un territorio di cui il proprietario si disinteressa (TALLACCHINI, 1996, 240). Tallacchini (1996, p. 241 e 334) ha sottolineato il carattere comunque non-ecologico che un simile diritto avrebbe, poiché non fondato su un approccio relazionale uomo-natura, e posto più radicalmente in discussione l'approccio del diritto alla natura, auspicandone una modifica nel senso dell'acquisizione di una visione sistemico-relazionale del rapporto uomo-natura, dalla quale derivino conseguenze di carattere normativo: una normatività ecologica da cui emergono indicazioni come il valore della sopravvivenza, difficilmente discutibile perché è alla base di qualunque valore (Idem, p. 245).

Si tratta di riflessioni che, nate come strumenti per rispondere alla crisi ecologica, possono ancora dare spunti

di lettura nel confronto con la questione climatica: merita tuttavia rilevare che, di fronte a quest'ultima, è il concetto di generazioni future quello che è più attuale, in quanto gli effetti del cambiamento climatico incideranno in modo specifico sulle condizioni di sopravvivenza della specie umana. Quanto alla natura, questa, con forme differenti, sembra possa continuare a esistere anche in un mondo trasformato dal riscaldamento globale e senza più la civiltà umana. Tuttavia, è la natura per come è attualmente quella che serve all'uomo per sopravvivere, e l'idea di una sua personificazione giuridica, fatta con approccio pragmatico, continua quindi ad avere senso in funzione di tutela.

## **7 LA PROTEZIONE DAL CAMBIAMENTO CLIMATICO COME OBBLIGO GIURIDICO: DIRITTO POSITIVO E GIURISPRUDENZA**

Sul piano del diritto positivo, sia europeo che italiano, la tutela dell'ambiente è stata portata avanti attraverso norme amministrative, che hanno cercato di imporre limiti alle emissioni inquinanti. Sia a quelle generate dai prodotti: per esempio le automobili, a cui sono stati imposti limiti sempre più bassi alle emissioni di CO<sub>2</sub> e altri gas di scarico. Sia a quelle emesse dagli impianti, sottoposti ad

autorizzazione per il loro esercizio, con previsione di una quantità massima di emissioni consentite. Anche i vari ambienti, naturali o costruiti, sono sottoposti a limiti di concentrazioni degli inquinanti, si pensi alla qualità dell'aria nelle città, che non dovrebbe superare certe soglie di gas inquinanti presenti, una delle norme europee più violate<sup>68</sup>.

La legislazione in materia ambientale consiste dunque prevalentemente di obblighi amministrativi, ai quali corrisponde la posizione soggettiva dell'interesse legittimo. A questi sono state affiancate più recentemente le norme penali, che hanno inserito nel Codice Penale alcuni reati ambientali, come l'inquinamento ambientale e il disastro ambientale<sup>69</sup>.

Alla mancanza di legislazione in tema di diritti soggettivi relativi all'ambiente, si sono invece affiancati percorsi giurisprudenziali che hanno legato questioni di inquinamento o di disastri ambientali a posizioni giuridiche soggettive tutelate come diritti. Si pensi ai percorsi di tutela

---

<sup>68</sup>Si pensi al recente deferimento alla Corte di Giustizia dell'UE di 7 Stati membri, tra cui l'Italia ([https://ec.europa.eu/italy/news/20180517\\_UE\\_protegge\\_cittadini\\_su\\_inquinamento\\_dell\\_aria\\_it](https://ec.europa.eu/italy/news/20180517_UE_protegge_cittadini_su_inquinamento_dell_aria_it))

<sup>69</sup>Sono stati introdotti nel 2015 nel Codice penale, con Legge 68/2015, alcuni reati ambientali (Libro II, Titolo VI bis).

giudiziale nati negli anni Settanta del secolo scorso nel nostro Paese riguardo all'inquinamento da rumore,<sup>70</sup> oppure alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di ambiente, sviluppata a partire da una Convenzione che non prevede nessuna norma espressa in tal senso.

Un processo simile è avvenuto nel campo specifico della tutela dal cambiamento climatico, in cui accanto a norme che stabiliscono obblighi di natura amministrativa e di pianificazione, vi è il lavoro della giurisprudenza che afferma l'esistenza di diritti fondamentali delle persone, con una "ripartizione di ruoli" simile, tra legislazione e giurisprudenza, a quella già sperimentata in materia ambientale, anche se il contesto è, nel caso del clima, quello sovranazionale e internazionale.

Si riportano di seguito i principali atti normativi con i quali si è voluto dare una regolamentazione alla reazione al cambiamento climatico, e due rilevanti sentenze che

---

<sup>70</sup>I pretori che erano stati pionieri su questa strada avevano utilizzato due percorsi interpretativi: da un lato le norme del Codice civile a tutela della proprietà, in particolare l'art. 844, dandone una lettura ampia, fino a ricomprendere come oggetto di tutela non solo il diritto di proprietà, ma anche il diritto alla salute; dall'altro un'applicazione "diretta" dell'art. 32 Costituzione, tutelato tramite l'azione generale di danno ex art. 2043 c.c.

aprono la strada alla tutela dei diritti fondamentali in tale ambito.

La risposta in ambito internazionale al riscaldamento globale si è articolata in tre principali atti.

Il primo è la Convenzione quadro sul cambiamento climatico del 1992 (UNFCCC)<sup>71</sup>, che è stata la presa d'atto del problema e la strutturazione della risposta, e definisce i principi da cui gli Stati devono essere guidati nella loro azione, tra cui il principio di precauzione e quello dello sviluppo sostenibile. Scopo della Convenzione è quello di impegnare gli Stati ad agire per stabilizzare le emissioni di CO<sub>2</sub> nell'atmosfera ad un livello che eviti interferenze dannose, di produzione umana, sul sistema del clima (art. 2). Il secondo atto è il Protocollo di Kyoto del 1997<sup>72</sup>, che è stato un tentativo, in gran parte fallito, di costruire un regime internazionale del clima con obblighi vincolanti per gli Stati.

Il terzo atto è l'Accordo di Parigi, che è stato firmato a dicembre del 2015 durante la COP21 (Conference of the

---

<sup>71</sup>UN Frame Convention on Climate Change, entrata in vigore il 21 marzo 1994, ha attualmente 197 parti.

<sup>72</sup>Entrato in vigore il 16 febbraio 2005, conta 192 parti.

Parties) di Parigi,<sup>73</sup> dopo un processo negoziale durato alcuni anni, durante il quale l'obiettivo, definito in modo tale da lasciare ampi margini di scelta alla diplomazia, era quello di raggiungere un accordo o un altro risultato vincolante. Esso rappresenta il presente, il nuovo approccio alla lotta al cambiamento climatico, caratterizzato da flessibilità e centralità del ruolo degli Stati, che stabiliscono essi stessi da quali impegni vogliono essere vincolati.

In ambito europeo l'azione volta ad affrontare il cambiamento climatico rientra tra gli obiettivi del Trattato (art. 191 TFUE). Tra le normative di attuazione, si ricordano qui quelle volte specificamente volte a ridurre le emissioni di gas serra.

1. Emissions Trading Scheme. È il sistema di scambio di permessi di emissione, dedicato ai grandi impianti di produzione di energia, metallurgia, cartiere e altri grandi produttori di emissioni. Istituito con la Direttiva 2003/87/CE, è stato modificato varie volte, da ultimo dalla

---

<sup>73</sup>L'Accordo di Parigi è entrato in vigore il 4 novembre del 2016, quando ha raggiunto il numero necessario di ratifiche. Attualmente 175 Parti della Convenzione hanno ratificato l'Accordo (ultimo accesso 2 aprile 2018). Merita ricordare che, nonostante la dichiarazione del Presidente Trump di voler recedere, esso è tuttora in vigore anche per gli Stati Uniti, almeno fino al 4 novembre 2020, poiché in base all'art. 28 dell'Accordo, il ritiro avrà effetto soltanto, in totale, quattro anni dopo l'entrata in vigore dell'Accordo.

Direttiva 2018/410/UE per coprire il periodo 2021-2030. Il sistema di emissions trading si basa su un meccanismo di cap and trade, per il buon funzionamento del quale è importante che il limite massimo di emissioni permesse (il “cap”) venga progressivamente abbassato, stimolando così l’innovazione e la riduzione di emissioni. È altresì fondamentale il modo in cui vengono assegnati i permessi: perché il meccanismo sia un incentivo alla riduzione di emissioni è necessario che i permessi abbiano un costo. In base all’art. 191(2) del TFUE le politiche dell’Unione devono fondarsi sul principio “chi inquina paga” e quindi si prevede che, nel corso del tempo, si passi a un sistema di completa messa all’asta dei permessi: tuttavia, nella situazione attuale, come si è sopra ricordato, tale obiettivo è ostacolato dall’esigenza evitare che le industrie trasferiscano le produzioni fuori dall’Unione, e si procede quindi all’assegnazione gratuita e mirata all’industria, finché altre importanti economie non adottino misure di politica climatica paragonabili.

2. Settori coperti dal cd. Effort Sharing: emissioni derivanti dai edilizia, trasporti, rifiuti, agricoltura, suolo. Sono disciplinati dalla Decisione 406/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per gli anni 2013-2020

e dal Regolamento 2018/842/UE per gli anni 2021-2030. Con questi atti sono posti limiti differenziati per i vari Stati (l'Italia è obbligata a ridurre del 13% entro il 2020 e del 33% entro il 2030, rispetto al 2005) ed è lasciata ai singoli Stati l'adozione di politiche finalizzate a ridurre le emissioni.

In ambito giurisprudenziale il cambiamento climatico è stato portato in giudizio in un numero crescente di casi, tanto che si sta parlando di *climate change litigation*, come un nuovo fenomeno che interessa l'utilizzo dell'argomento climatico da parte delle corti (NACHMANY at al., 2017; UNEP, 2017). Si tratta anche di un nuovo campo di impegno delle ong che supportano la tutela dei diritti umani e dell'ambiente (BURN; OSOFSKY, 2009).

Vi sono casi in cui le corti hanno riconosciuto l'esistenza di un obbligo dello Stato di tutelare i propri cittadini dagli effetti del cambiamento climatico. Si tratta di due corti nazionali, che hanno preso il cambiamento climatico come argomentazione centrale della decisione in due sentenze: una del Tribunale distrettuale de L'Aja (*Urgenda v. Governo dei Paesi Bassi*, 2015), che ha affrontato la questione della riduzione di emissioni, e l'altra dell'Alta corte del Pakistan (*Leghari v. Federation of Pakistan*, 2015), che ha affrontato



la questione dell'adattamento. Mentre la sentenza Urgenda ha rintracciato l'obbligo dello Stato verso i suoi cittadini, connettendo il dovere di protezione e di comportamento corretto relativamente alla vivibilità del territorio, previsto dalla Costituzione dei Paesi Bassi, agli obblighi specifici in materia di protezione del clima nascenti dagli impegni internazionali, la sentenza Leghari ha argomentato l'esistenza di tale obbligo direttamente a partire dai diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione del Pakistan. La sentenza Urgenda ha condannato il Governo dei Paesi Bassi a ridurre le emissioni di gas serra, nell'anno 2020, almeno del 25% rispetto al 1990. La sentenza Leghari ha affermato il potere della Corte di controllare e monitorare l'azione del Governo nell'attuazione delle politiche riguardanti il cambiamento climatico, ed ha nominato una commissione incaricata di attuare le politiche necessarie in materia di adattamento climatico, di fronte all'inadempienza del Governo.

## **8 CONCLUSIONI**

Un diritto all'equilibrio climatico? In linea di continuità con tale approccio giurisprudenziale, credo che quella del cambiamento climatico sia una sfida a cui il diritto non può rinunciare a rispondere, e, partendo dall'idea intrinsecamente ecologica che per affrontare le crisi è necessario cambiare e trovare un nuovo adattamento, vorrei qui provare a tracciare un percorso che metta insieme la lotta al riscaldamento globale e i diritti delle persone. Si tratta di ampliare lo sguardo e considerare il riscaldamento globale, la necessità di contrastarlo e di affrontare i suoi effetti, come fattori che incidono sul catalogo dei diritti, che li riconfigurano nella loro portata, per esempio guardando al futuro e alle condizioni di supporto della vita, e che li estendono nella loro applicazione a situazioni nuove.

Di fronte alle minacce poste dal riscaldamento globale credo che i diritti delle generazioni presenti e i diritti delle generazioni future siano tutti posti nella condizione di essere lesi, con modalità e intensità differenti, ma che sono parte di un unico processo. Le azioni possibili adesso, a tutela dell'ambiente e delle generazioni presenti, sono nello stesso tempo, azioni che tutelano le generazioni future. Se si pone l'attenzione sul legame tra presente e futuro, sulla

dimensione dei processi a lungo termine, si vede che tutelare il diritto all'ambiente salubre delle attuali generazioni, è un intervento che ha effetti di lunga portata, va oltre il diritto del singolo a non essere inquinato, mantenendo e tramandando un ambiente decente a chi verrà dopo. Possiamo leggere questo legame come una declinazione del principio di uguaglianza, inteso nella sua portata intergenerazionale. Poiché il consumo di ambiente naturale, se eccedente la capacità di rigenerazione, porta a trasmettere alle generazioni future un ambiente impoverito e non adeguato ai bisogni umani, del quale invece le generazioni presenti e passate hanno goduto, è necessario che questa disuguaglianza nell'accesso, questo svantaggio che le generazioni future subiscono, venga compensato con una sorta di azione positiva, per esempio facendo sì che le generazioni future abbiano un accesso preferenziale (rispetto alle generazioni presenti) ai beni naturali, e dunque preservandoli a loro favore e tramandandoli loro ancora "funzionanti".

Lo strumentario teorico a partire dal quale propongo una lettura della questione è quello individuato da Stefano Rodotà: certi concetti, come l'umanità, a cui appartiene appunto il patrimonio comune dell'umanità, come i beni

comuni, o le generazioni future, possono essere interpretati come un fascio di diritti fondamentali della persona. Se al centro di tali concetti si pone la persona, dunque l'individuo concreto, con i suoi bisogni e la sua dignità, se ne può fare una ricostruzione non astratta, e se ne può rintracciarne il legame con i diritti fondamentali. È invece nell'astrattezza di concetti come umanità o generazioni future che è stata rintracciata la loro pericolosità, poiché chiunque può impadronirsene e parlare a loro nome. Mentre "ragionando intorno a queste categorie nella dimensione propriamente giuridica" diviene chiaro che solo in apparenza svanisce il riferimento alla persona, in quanto questa, nella sua dimensione concreta, è "portatrice proprio di quei diritti e doveri connessi alla possibilità di far passare quelle categorie dalla considerazione astratta alla garanzia concreta" (RODOTÀ, 2012, p. 177). Così impostati, i nuovi riferimenti non riguardano soggetti nuovi, ma il modo in cui il soggetto è stato storicamente costruito: non si guarda al soggetto astratto, ma alla persona, nella sua dimensione di dignità, che è centro d'imputazione dei diritti (RODOTÀ, 2012).

Anche la nozione di bene comune è ricostruita da Rodotà (2012) a partire dai diritti fondamentali della persona: i

beni comuni soddisfano bisogni collettivi e rendono possibile l'attuazione di diritti fondamentali. Le loro caratteristiche sono la titolarità diffusa, cioè il fatto che "appartengono a tutti e a nessuno, nel senso che tutti devono poter accedere ad essi e nessuno può vantare pretese esclusive" (RODOTÀ, 2012, p. 115); "devono essere amministrati muovendo dal principio di solidarietà"; "incorporano la dimensione del futuro, e quindi devono essere governati anche nell'interesse della generazioni che verranno"; sono in tal senso un patrimonio comune dell'umanità che deve essere permesso a ciascuno di difendere "anche agendo in giudizio a tutela di un bene lontano dal luogo in cui vive" (RODOTÀ, 2012, p. 115) La tutela dell'ecosistema è ricostruibile a partire dall'idea di bene comune, e ampliandola oltre i diritti fondamentali ad includere diritti alla tutela dell'ambiente e soggetti come l'umanità e le generazioni future (RODOTÀ, 2012, p. 122).

Possiamo provare a ricostruire il clima come un bene comune e il relativo "diritto all'equilibrio climatico", come un diritto a titolarità diffusa? Esso si concretizzerebbe in un insieme di diritti fondamentali che spettano ai singoli individui, diritti che devono essere tutelati affinché sia mantenuta la funzionalità di questo bene essenziale per la

sopravvivenza del genere umano. Un insieme di diritti che coincidono con il nucleo del catalogo dei diritti fondamentali, che vengono impattati pesantemente dal cambiamento climatico. Tra questi, il diritto alla vita potrebbe comprendere, oggi che gli ecosistemi sono a rischio, il diritto a godere di un ecosistema che renda possibile la vita, cioè il diritto a che l'ecosistema climatico funzioni, in quanto elemento vitale per gli esseri umani, perché gli ecosistemi sono un servizio essenziale per gli esseri viventi, per la loro sopravvivenza, ma anche per la salute e il benessere. Certo, per il momento continuano a funzionare, ma vi è un limite oltre il quale non funzioneranno più, almeno non nel modo che ha permesso la vita degli esseri umani finora, forse funzioneranno in un modo diverso, questo non lo sappiamo. Anche se l'essere umano non arrivasse alla conseguenza estrema dell'estinzione, i vari effetti già in atto e previsti (siccità, inondazioni, tempeste, epidemie, eventi estremi) non sono sufficienti per sentirsi minacciati e chiedere tutela? Si tratta dunque di cautelarsi contro un male futuro (la minaccia alla sopravvivenza del genere umano), ma anche contro un male già presente (la lesione di diritti fondamentali come la salute).

In questo lavoro di ricostruzione sono strumenti utili il rapporto sugli ecosistemi Millennium Ecosystem Assessment, che traccia i legami tra ecosistemi naturali e vita dell'essere umano, e il rapporto ONU sugli effetti del cambiamento climatico sui diritti umani, che evidenzia i legami tra gli impatti del cambiamento climatico sull'ambiente e le loro conseguenze sui singoli diritti umani.

Si può dire che il cambiamento climatico impatta sui diritti in più modi. Come impatto sui singoli diritti (la salute in primo luogo, e la vita) ha una dimensione attuale, minacciando tramite eventi estremi questi beni primari degli individui. Come impatto sugli ecosistemi ha una dimensione in parte attuale (alcuni danni possono essere già rilevati in alcuni sistemi marini, montani, agricoli, con cambiamenti nelle abitudini degli animali, nella crescita delle piante, della produzione agricola), in parte, e con più intensa gravità, futura, prevedendosi un dissesto del complessivo ecosistema del clima, con ripercussioni gravissime su tutti gli altri ecosistemi, e di conseguenza sul godimento dei diritti fondamentali. Il principio di precauzione resta una prospettiva fondamentale per approcciarsi al futuro, anche se, guardando ai dati

scientifici sugli effetti del cambiamento climatico, siamo ben oltre quanto richiesto per entrare in gioco.

## **BIBLIOGRAFIA**

BECK, U. **La società del rischio**. Verso una seconda modernità. Roma: Carocci, 2000, 2001.

BOOKCHIN, M. **Per una società ecologica**. Milano: Elèuthera, 1989;

\_\_\_\_\_. **L'ecologia della libertà**. Milano: Edizioni Antistato, 1984

BURNS, W. C. G.; OSOFSKY, H.M. (eds.). **Adjudicating climate change: state, national, and international approaches**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

CAPRA, F.; MATTEI, M. **The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community**. Oakland: Berrett-Koehler Publishers, 2015.

CERUTTI, F. **Sfide globali per il Leviatano**. Una filosofia politica delle armi nucleari e del riscaldamento globale. Milano: Vita e Pensiero, 2010.

CLARKE, L. et al., Assessing Transformation Pathways. In: EDENHOFER, O. et al. (eds.). **Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change**. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge: University Press/United Kingdom and New York, 2014.



COSTA, P.; ZOLO, D. (Eds.). **Lo Stato di diritto**. Storia, teoria, critica. Milano: Feltrinelli, 2002.

D'ANDREA, D. Aspetti morali, politici e cognitivi del riscaldamento globale. **Cosmopolis**, vol. I, p. 225-234, 2007.

DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977-1978.

\_\_\_\_\_, Right as Trumps. *In*: WALDRON, J. (ed.). **Theories of Rights**. New York: Oxford University Press, 2009.

DE MARCHI, B.; PELLIZZON, L.; UNGARO, D. **Il rischio ambientale**. Bologna: Il Mulino, 2001.

DEVALL, B.; SESSIONS, G.; **Ecologia profonda. Vivere come se la natura fosse importante**. Torino: Edizioni Gruppo Abele, 1989.

GORZ, A. **Ecologica**. Milano: Jaca Book, 2009.

HARDIN, G. The Tragedy of the Commons. **Science**, v. 162, n° 3859, p. 1243-1248, dec./1968.

Disponibile: <<https://iseethics.files.wordpress.com/2013/02/hardin-garrett-the-tragedy-of-the-commons.pdf>>.

HELD, D.; Harvey, A. Democracy, Climate Change and Global Governance. *In*: HELD, D.; Harvey, A., THEROS, M. (eds.). **The Governance of Climate Change. Science, economics, politics and ethics**. Cambridge: Polity Press, 2011.

JONAS, H. **Il principio responsabilità**. Torino: Einaudi, 2009.

LEONARDI, E. **Lavoro Natura Valore**. Napoli-Salerno: Orthotes Editrice, 2017.

LUHMANN, N. **Sociologia del rischio**. Milano: Bruno Mondadori, 1991.

MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. **Ecosystems and Human Well-Being**, 2005. Disponibile: <<http://www.millenniumassessment.org/en/index.aspx>>.

MORIN, E.; KERN, A. B. **Terra-Patria**. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1994.

MORIN, E. **L'anno I dell'era Ecologica**. Roma: Armando Editore, 2007.

\_\_\_\_\_. **Il pensiero ecologizzato** (LE MONDE DIPLOMATIQUE), 1989.

\_\_\_\_\_. **Il paradigma perduto**. Milano: Bompiani, 1974

NACHMANY, M. at al. **Global trends in climate change legislation and litigation. 2017 Update**. Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, May 2017.

NAESS, A. The Shallow and the Deep Ecology, Long-Range Ecology Movement. A Summary. **Inquiry**, v. 16, n. 1, p 95-100, 1973.

OST, F. **La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit**. Paris: Editions La Decouverte, 1995.

OSTROM, E. **Governing the Commons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PALOMBELLA, G. Ragioni di giustizia, diritti e generazioni future. *In*: BIFULCO, R.; D'ALOIA, A. **Un diritto per il futuro**. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale. Napoli: Jovene Editore, 2008.

RAWLS, J. **Theory of justice**. Cambridge: University press, 1971.

RODOTÀ, S. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

SANTORO E. **Diritto e diritti**: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione. Torino: Giappichelli, 2008.

STERN, N. **Un piano per salvare il pianeta**. Milano: Feltrinelli, 2009.

STONE, C. D. **Should Trees have Standing?** And Other Essays on Law, Morals and Environment. New York: Oceana, 1996.

TALLACCHINI, M. **Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto**. Torino: Giappichelli, 1996.

UNEP. The Status of Climate Change Litigation. **A Global Review**. United Nations Environment Programme, May 2017.

**WELFARE, POVERTÀ E CORREZIONALISMO**

## **1 PREMESSA. WELFARE E GOVERNO DELLA POVERTÀ**

L'origine dell'attuale modello teorico di penitenziario basato sull'idealtipo correzionalista, formalizzato nel contesto europeo dalla *European prison rules* (Consiglio d'Europa 1987 e 2006) e a livello mondiale dalle *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (Nazioni Unite 1955 e 2015), è stato elaborato attraverso un lungo ed incerto processo riformista che va inquadrato e spiegato nel più ampio contesto dell'affermazione dello Stato sociale. In effetti il movimento riformista che ha dato luce al carcere basato sul paradigma rieducativo ha risentito, ai suoi albori, del condizionamento di una nuova narrativa solidaristica dettata dalla società del benessere che proponeva nuove politiche sociali che considerano la povertà e la disoccupazione come fenomeni fisiologici dell'industrializzazione e dell'economia di mercato. Non più

---

\*Ricercatore presso il Centro di Ricerca Interuniversitario "L'altro diritto". È titolare di una borsa di ricerca sull'insegnamento clinico del diritto presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Firenze. E-mail: giuseppe.caputo@unifi.it.

come responsabilità individuale dovuta ad un vizio morale (approccio liberale) o come un inadempimento ad un dovere sociale (approccio dello stato sociale totalitario), bensì come un rischio prevedibile e ammortizzabile ricorrendo ad un sistema assicurativo e previdenziale pubblico.

L'idealtipo di penitenziario rieducativo è il precipitato di una nuova teoria dell'ordine sociale basata su un nuovo modello antropologico di individuo: cittadino, lavoratore salariato e consumatore. Il contesto in cui si è sviluppata la nuova narrativa correzionalista è, infatti, quella di un interventismo pubblico che ambiva ad un ideale distribuzione universale del benessere mediante un dispositivo di cittadinanza sociale che consentisse il superamento della povertà. Si ambiva a superare l'ordine liberale classico, ispirato all'ideale del *laissez fair* ed al principio di responsabilità individuale, in favore di un nuovo ordine sociale inclusivo e solidaristico, basato su un nuovo concetto di cittadinanza – che denomineremo “sociale” – e di lavoro – che definiremo “salariato” (POLANYI, 1974). Si immaginava che lo Stato, anche attraverso strumenti macroeconomici di governo dell'economia ispirati alla dottrina keynesiana, potesse

ambire alla piena occupazione anche assumendosi dei rischi ed indebitandosi proprio come un qualsiasi attore economico. Ma soprattutto si proponeva di superare quell'approccio afflittivo al governo della povertà che aveva caratterizzato molte delle politiche adottate dagli Stati liberali europei che avevano criminalizzato le condotte più tipiche delle classi subalterne sottoponendole a una dura repressione penale. Con il superamento del liberalismo, si affermava un nuovo approccio al governo della povertà, ispirato in Europa dal nuovo modello inglese socialista liberale che teneva insieme<sup>74</sup> il progetto di un sistema universalistico di assicurazione sociale che tutelasse gli individui dai principali rischi connessi alla sopravvivenza in una economia di mercato (invalidità, vecchiaia, disoccupazione e malattia) con il principio liberale della *less eligibility* riproposto, però, in una versione aggiornata e non

---

<sup>74</sup> Una delle prime e più note innovazioni in tale direzione è rappresentato dal Piano Beveridge basato sul Rapporto *Social insurance and allied services* che mutò radicalmente l'approccio al tema delle politiche pubbliche di gestione della povertà (BEVERIDGE, 2010) e pose indirettamente le basi per la riforma in senso progressista del sistema penitenziario occidentale.

afflittiva rispetto a quella del *Poor law system* ottocentesco<sup>75</sup>.

Per comprendere la natura delle nuove strategie di governo è importante tenere presente che il nuovo compito che si assume lo Stato sociale non è semplicemente quello di redistribuire la ricchezza, ma quello di essere “riduttore di rischi sociali” (CASTEL, 2004, p. 27). I diritti sociali alla previdenza ed all’assistenza diventano lo strumento attraverso cui lo Stato delimita il campo delle rivendicazioni sociali legittime e promuove un ordine sociale basato sul lavoro ed il consumo.

Oltre a ciò, mediante la sanità pubblica, si garantisce il diritto ad una protezione universale contro la malattia, mentre si promuovono l’istruzione e la formazione come strumenti per l’inclusione sociale e per l’accesso al mercato del lavoro. Con lo Stato sociale si verifica, dunque, uno sviluppo ed ramificazione della governamentalità che

---

<sup>75</sup>L’aiuto pubblico era ora subordinato allo svolgimento di un lavoro nelle *workhouses* che doveva esser svolto secondo la regola della *less eligibility*, ovvero doveva risultare più faticoso di quello svolto in libertà e secondo condizioni economiche più sfavorevoli, in modo da non risultare in alcun modo desiderabile. La regola della *less eligibility*, ispirata dalla riflessione dell’utilitarismo benthamiano, è costantemente utilizzata per analogia anche per determinare le condizioni di detenzione ed il livello di protezione dei detenuti che, in ogni caso, devono essere inferiori a quelle della classe più povera in libertà per assicurare la funzione deterrente della pena.

arriva a toccare tutti gli ambiti della vita (FOUCAULT, 2005). A partire dalle tecniche di socializzazione del rischio lo Stato sociale estende ulteriormente il controllo biopolitico sulla popolazione: i diritti sociali, ha sostenuto Ewald aggiornando l'analisi foucaultiana alle dinamiche del *welfare*, altro non sono che nuovi dispositivi di governo del vivente (EWALD, 1986, p. 55).

Con lo Stato sociale si verifica un epocale cambiamento del ruolo dello Stato che da soggetto deputato alla mera "protezione civile" degli individui proprietari si trasforma in "protettore sociale", anche degli individui non-proprietari (CASTEL, 2004, p. 4-6)<sup>76</sup>. Nello stato liberale la valorizzazione della proprietà come strumento unico di inclusione sociale e di successo economico aveva portato ad una totale indifferenza nei confronti degli individui non-

---

<sup>76</sup> Ci troviamo, sostiene Castel, di fronte ad una ulteriore espansione - in senso orizzontale - di quel processo di individualizzazione avviatosi con la modernità. Con la modernità lo statuto dell'individuo era cambiato radicalmente, esso venne riconosciuto "di per se stesso, indipendentemente dalla sua iscrizione in ambito collettivi". Hobbes aveva sottolineato i rischi e le insicurezze di una società fondata sull'individuo ed aveva teorizzato il *Leviatano* proprio per garantire una forma di protezione totale: "esigenza che dipende da un bisogno di sicurezza che ha profonde radici antropologiche". Lo Stato, mediante il monopolio dell'uso della forza, aveva liberato gli individui e consentito loro di vivere senza paura nella loro sfera privata. Con il liberalismo si era ritenuto, però, che fosse la sola proprietà l'istituzione sociale per eccellenza in grado di consentire di vivere in società liberamente.



proprietari che erano considerati come immorali. Questa concezione aveva portato a politiche di trattamento afflittivo della povertà basate sul dispositivo di assistenza caritatevole da un lato e di repressione penale dall'altro. Al contrario, nello Stato sociale alla povertà viene riconosciuto uno statuto legale che impone un dovere di protezione a carico dello Stato e di integrazione degli individui appartenenti alle classi povere inclusi quelli che violano le leggi.

La sfida che lo Stato sociale affronta, dunque, è quella di andare oltre la protezione civile degli individui proprietari, per assicurare una nuova forma di protezione universale, denominata appunto "sociale", ai non proprietari. Esso nasce come strumento di regolazione della povertà a fini economici, dal momento che nei periodi di crisi economica ha la funzione di contenere disoccupazione e conflitti sociali, mentre in quelli di prosperità quello di assicurare manodopera a basso costo per le imprese, grazie ai programmi di sostegno ai salari (PIVEN, 1993). Si punta in tal modo al duplice obiettivo di contenere la conflittualità sociale ed assicurare l'integrazione delle classi subalterne, senza il necessario ricorso a politiche penali repressive della povertà come avveniva in epoca liberale. Infatti, nel

modello di inclusione sociale welfaristica, lo Stato si fa comunità che, in cambio dell'adesione ad un ordine basato sul lavoro, si fa carico di socializzare i rischi ed attenuare l'insicurezza sociale. Si fa strada così una nuova visione consensualistica e solidaristica dell'ordine sociale. Idealmente si può sostenere che l'obiettivo ultimo è quello dell'abolizione del bisogno (BEVERIDGE, 2010, p. 48-51) e quello del superamento degli ostacoli che impediscono una vita comunitaria ordinata e basata sul lavoro, la libertà e la responsabilità individuale (BEVERIDGE, 2010, p. 131). La visione lavorocentrica liberale viene ridiscussa secondo una teoria consensualistica, debitrice della visione sociale di Durkheim (1971), secondo cui il lavoro può divenire base dell'armonia sociale a condizione che esso sia realmente percepito come un'attività degna e che abbia riconoscimento ed approvazione sociale (MARSHALL, 1976, p. 187). Il lavoro secondo la concezione consensualista già proposta da Durkheim (1971, p. 210 ssg.), che ispirerà i fautori dello Stato sociale, deve andare oltre il mero il sinallagma contrattuale per abbracciare una visione solidaristica e comunitaristica della società.

Lo Stato sociale, dunque, con la sua pretesa di assicurare una protezione sociale che accompagni gli individui "from

cradle to grave” (TIMMINS, 1995, p. 135) capovolge i dettami della biopolitica liberale e fonda l’ordine sociale su un nuovo tipo antropologico di individuo, ancora razionale e portatore di diritti soggettivi, ma al contempo consumatore di beni e servizi. L’intervento che lo Stato esercita mediante la previdenza sociale o le nuove forme di assistenza sociale sono, infatti, finalizzate a supportare la capacità di consumo dei beni e di servizi<sup>77</sup>. La politica sociale, nata con l’obiettivo limitato di contenere gli effetti economici negativi del mercato, fa un decisivo salto di qualità ponendosi il ben più ambizioso obiettivo di supportare una società del benessere. Essa diventa uno strumento di socializzazione di comportamenti di consumo e uno strumento di normalizzazione degli individui che, in cambio dell’accesso al benessere, aderiscono al modello sociale del cittadino lavoratore.

Lo Stato, secondo questo paradigma, si fa agenzia di controllo sociale che mira al superamento della tradizionale dicotomia individuo/società (PARSONS, 1987). Il suo ruolo non può limitarsi ad una mediazione di interessi

---

<sup>77</sup> La politica sociale, così come viene disegnata dai primi fautori dello stato sociale, si “prefigge come obiettivo una relativa perequazione nell’accesso di ciascuno ai beni di consumo” (FOUCAULT, 2005, p. 125).

personalistici, come ritenuto dai liberali, ma va oltre arrivando a produrre politiche pubbliche che valorizzino il significato sociale alle azioni degli individui. L'azione sociale degli individui, infatti, lungi dall'essere sempre determinata dall'esterno o al contrario dall'essere frutto solo frutto di una logica individual-utilitarista, è sempre condizionata da aspettative sociali istituzionalizzate (PARSONS, 1991). Una società organizzata intorno a valori condivisi si dota di istituzioni sociali che orientano "normativamente" il comportamento degli individui, inclusi quelli poveri ed i devianti, che devono essere indotti ad interiorizzare le regole di una società basata sullo scambio tra lavoro e protezione sociale, impegno e benessere.

## **2 PENAL WELFARE E CORREZIONALISMO SOCIO-PEDAGOGICO**

Chiariti i nuovi termini del rapporto tra Stato e governo della povertà con l'avvento del *welfare*, cerchiamo ora di comprendere come questo abbia condizionato l'evoluzione delle pratiche punitive. Per un verso possiamo sostenere che il benessere diffuso e la crescita dell'occupazione, prodotti delle politiche espansioniste del *welfare*, abbiano

portato ad un atteggiamento di maggiore tolleranza nei confronti delle minoranze che violavano la legge penale e, non a caso, nei primi 30 anni dal dopoguerra si è registrata una contrazione dei tassi di detenzione senza precedenti (PAVARINI, 1997). Per altro verso lo Stato sociale ha offerto un contesto giuridico e sociale favorevole a politiche di umanizzazione del sistema penitenziario. Nel caso italiano, ad esempio, i riformatori democratici hanno evidenziato con forza la discontinuità del nuovo modello di esecuzione penale con quello ereditato dal liberalismo così come dal totalitarismo: finalmente un carcere pienamente rispettoso dell'umanità e dei diritti dei detenuti.

Ciononostante, con lo Stato sociale non viene messa in discussione l'idea, sviluppata nel contesto dello Stato liberale, che esista un legame tra povertà e criminalità. Nello Stato liberale, infatti, in particolare grazie alle riflessioni degli utilitaristi, si era teorizzata l'idea che vi fosse una naturale relazione tra povertà e criminalità, data dal fatto che i poveri, se non sottomessi ed educati al lavoro, tendono a ribellarsi all'ordine costituito e a violare quelle norme che lo proteggono. Si era così giunti alla sovrapposizione tra le categorie di ozioso, povero e criminale, determinando una convergenza strategica tra

governo del sociale e del penale. Sulla base di tale argomento, lo Stato liberale adottava politiche sociali ed assistenziali che stimolassero l'adesione, anche ideologica, al modello dell'*homo oeconomicus* degli individui divenuti poveri per cause esterne come crisi economiche o carestie. Al contempo, però, adottava anche politiche di severa repressione penale dei poveri pericolosi, degli oziosi per inettitudine morale, le cui condotte più tipiche venivano criminalizzate dalla codificazione liberale<sup>78</sup>. In tale contesto, il penitenziario era stato immaginato come un campo comune del governo del sociale e del penale: esso doveva essere luogo di punizione dei poveri e, al contempo, di educazione alla cultura del lavoro<sup>79</sup>. La detenzione in regimi basati sul lavoro forzato veniva proposta come un nuovo dispositivo strategico, in grado di assicurare non

---

<sup>78</sup> Lo sviluppo dell'industria e l'aumento della ricchezza avevano portato ad una crescita degli illegalismi contro la proprietà, tipicamente commessi dalle classi povere (FOUCAULT, 1993). I codici penali adottati nel corso del XIX secolo imposero, non a caso, una severissima repressione proprio di questo tipo di reati, prevedendo pene talvolta anche più severe di quelle per i crimini di sangue.

<sup>79</sup> Si tratta di uno degli effetti più evidenti e contraddittori del liberalismo ottocentesco: all'introduzione dei principi di libertà e di isonomia, si è accompagnata una nuova arte di governo basata su "una formidabile estensione delle procedure di controllo, di costrizione e coercizione, destinate a costituire una sorta di contropartita e di contrappeso della libertà" (FOUCAULT, 2005, p. 68).

solo la punizione dei criminali, ma anche il taumaturgico effetto di trasformarli in cittadini laboriosi (TOCQUEVILLE, 1833).

Nello Stato sociale l'idea di fondo della teoria liberale della relazione tra povertà e criminalità non viene messa in discussione, ma trova una nuova giustificazione grazie alla teoria funzionalista. Se il povero non deve più essere oggetto di riprovazione morale, esso continua pur sempre ad essere considerato un pericolo per la società, perché un potenziale deviante. Secondo Parsons (1987) devianza e criminalità sono il prodotto del fallimento dei meccanismi di integrazione che devono essere affrontati mediante nuovi programmi sociali basati su mezzi pedagogici e risocializzanti. Non scompare, dunque, l'idea elaborata dall'utilitarismo ottocentesco di educazione della povertà ai valori dell'ordine borghese dominante.

Esistono, anche secondo i riformatori progressisti, una povertà fisiologica ed una povertà pericolosa. La prima è quella delle classi lavoratrici che, con lo Stato sociale, divengono destinatarie di programmi pubblici universali di protezione sociale e vengono integrate nel modello del cittadino-consumatore. La seconda non viene più identificata con l'ozioso, ma con il deviante che non si

adeguata alle aspettative sociali istituzionalizzate e, per tale ragione, può essere oggetto di programmi di controllo e di normalizzazione. Con l'emergere del *welfare state*, dunque, non scompare affatto quella politica di trattamento differenziale delle minoranze, in particolare di quelle escluse dal benessere, che è stato da sempre il *leitmotiv* del rapporto tra politica sociale, dal un lato, e politica penale e penitenziaria, dall'altro<sup>80</sup>.

La teoria struttural funzionalista, dunque, proprio come aveva fatto quella positivista ottocentesca, assume l'esistenza di un ordine sociale e legale che non si cura di mettere in discussione, ma che deve essere accettato in quanto tale ed imposto con strumenti coercitivi e non coercitivi, di natura formale e non, a tutti gli individui. Con la nascita del *welfare state*, in effetti, non si mettono in discussione le proibizioni penali che restano sostanzialmente intatte e ancora orientate alla criminalizzazione delle classi povere pericolose, le cui

---

<sup>80</sup> Piven e Cloward (1993) hanno sottolineato la relativa continuità del meccanismo regolativo della povertà del *welfare* con quello dello stato assistenziale, volto a produrre l'integrazione delle classi salariate e a tenerle separate dalle classi povere non inseribili mediante il lavoro.



condotte tipiche vengono ancora punite<sup>81</sup>. Emblematico in tal senso il caso italiano dove non vengono apportate modifiche sostanziali al Codice penale, ancora oggi in vigore, che mantiene quel carattere autoritario e classista centrato sulla difesa della proprietà.

Se le proibizioni penali non vengono messe in discussione, a dover essere oggetto di revisione sono, invece, le modalità punitive che vengono ri-articolate secondo un nuovo schema che fa coesistere umanitarismo, pedagogismo sociale e tecniche correttive criminologiche. Lo scopo della punizione diviene ora quello di proteggere la società<sup>82</sup> e risolvere il conflitto sociale prodotto dalla devianza e dalla criminalità, obiettivi che potranno realizzarsi solo riconvertendo tutto il sistema dell'esecuzione penale in un'agenzia di controllo e rieducazione volta alla prevenzione della recidiva. Il problema della povertà pericolosa non può più essere

---

<sup>81</sup> Il sistema sociale parsoniano, dunque, non fa altro che idealizzare un modello di comunità, astruendo i meccanismi di "integrazione sociale" su tipi teorici che non sono descrittivi di tutta la realtà sociale. Essa, infatti, esclude la legittimità del conflitto sociale che definisce sempre e comunque come una deviazione dalla norma. Non è un caso, osserva Coser (1956, p. 22-33), che Parsons si riferisca spesso al conflitto usando analogie mediche e che lo concepisca con un "disease" da curare.

<sup>82</sup> Questo scopo è formalizzato negli Standards delle Nazioni Unite (1955 e 2015).

risolto facendo ricorso solo a pratiche assistenziali e al carcere punitivo come avveniva nello Stato liberale, che pure non scompaiono del tutto, ma mediante un sistema di contenzione maggiormente articolato. I devianti, infatti, possono essere trattati con programmi di controllo sociale istituzionale, si pensi ad esempio ai programmi rieducativi destinati ai giovani devianti, o strumenti di natura segregativa come il manicomio; oppure, qualora violino la legge penale, essere destinati a programmi di *penal welfare* aventi finalità più o meno correttive ed includenti, come il carcere, i lavori di pubblica utilità o le misure alternative alla detenzione.

Questa nuova articolazione dei dispositivi di gestione della devianza e della criminalità non comporta una messa in discussione del carcere che resta centrale nel sistema sanzionatorio. Con il *welfare penale* si produce, però, un apparente addolcimento delle sue pratiche punitive. In primo luogo, perché il carcere viene ora descritto come una istituzione volta alla rieducazione ed al reinserimento dei detenuti a fine pena, secondo un nuovo paradigma social-consensualista che mira a far introiettare l'etica del lavoro salariato. In secondo luogo, poiché esso tende ad assumere, perlomeno sulla carta, un ruolo di istituzione a cui si

affidano solo i soggetti che non si riescono a controllare con i programmi pubblici di assistenza sociale. In terzo luogo, perché mentre il carcere viene presentato come *extrema ratio*, si inizia a sperimentare un sistema di misure alternative alla detenzione che tendono ad accentuare il carattere pedagogico dell'esecuzione penale.

Questa rinnovata razionalità delle pratiche punitive presenta una nuova immagine del carcere che sovrappone due narrazioni opposte: una positiva ed una negativa.

Quella positiva deriva da un nuovo ottimismo nella capacità riformatrice della reclusione. Si sostiene ancora che il carcere, mediante l'organizzazione di regimi detentivi basati su educazione e lavoro, possa essere in grado di far interiorizzare ai devianti quell'etica indispensabile per vivere in società nel rispetto delle regole che le istituzioni sociali non sono state in grado di trasmettergli. Al centro funzionale del sistema punitivo viene così posto il principio rieducativo secondo il quale i regimi detentivi devono essere finalizzati a realizzare un'adesione ideologica all'ordine sociale vigente. Così ad esempio, nel caso italiano con la riforma dell'ordinamento penitenziario della legge 354/1975 viene implementato un modello di esecuzione penale di tipo correzionalista. Al carcere viene affidato il

compito di analizzare le cause della devianza, che possono essere di tipo sociale, secondo l'approccio funzionalista, o di tipo psichiatrico, secondo quello criminologico. A partire da tale diagnosi dovrebbero poi essere organizzati programmi socio-pedagogici, di lavoro e di formazione professionale finalizzati al reinserimento sociale.

La narrazione negativa della nuova immagine carceraria consiste, invece, nel ribadire la natura incapacitante del carcere che, ontologicamente, viene addirittura anteposta a quella includente. Si sostiene, infatti, che la funzione imprescindibile e primaria del carcere sia quella di difendere la società<sup>83</sup>. Pertanto, si ammette che di fronte a categorie di condannati inadatti ad essere inseriti mediante il lavoro ci si possa limitare ad un trattamento che abbia il solo scopo di contenerli e renderli inoffensivi per la durata della detenzione, senza dover necessariamente ambire al reinserimento lavorativo. A fronte di questa impostazione possiamo sostenere che con l'addolcimento delle pratiche punitive la funzione incapacitante del carcere, tipica dell'approccio liberale, non scompare affatto. Il carcere, pur ammantato di una nuova narrazione, di nuovi slogan che lo

---

<sup>83</sup> Come nel caso, ad esempio, degli *Standards* delle Nazioni Unite (1955 e 2015).

rendono accettabile nel mutato contesto politico, economico e sociale del *welfare*, tende a mantenere intatta la sua natura afflittiva e deterrente di fondo. La funzione incapacitante del carcere viene adattata ad una nuova razionalità penale che consente alla vecchia istituzione detentiva non solo di sopravvivere alle riforme, ma anzi di uscirne paradossalmente rafforzata (COHEN, 1985).

La narrazione ambigua e bipolare del carcere, presente nei sistemi di *penal welfare* europei, che oscilla tra l'estremo della neutralizzazione e quello dell'inclusione non è una novità. D'altronde anche in epoca liberale vi era un forte dibattito tra coloro i quali ritenevano che il carcere dovesse avere una funzione solo punitiva e deterrente e quelli che gli attribuivano una funzione di emenda e/o di correzione. Con ciò non intendo sostenere che, anche nel modello *welfarista*, questa contrapposizione venga riproposta negli stessi termini. In particolare, perché l'afflittività dell'istituzione carceraria, funzionale ad assicurare la deterrenza secondo la severa logica della *less eligibility*, viene ridimensionata in parte nel modello di *penal welfare*.

Questo ridimensionamento è prodotto da istanze di umanizzazione della condizione carceraria che vengono

accolte in gran parte delle nuove carte dei diritti e dei testi internazionali sul trattamento dei detenuti emanati dopo il secondo conflitto mondiale (NAZIONI UNITE, 1955 e 2015; CONSIGLIO D'EUROPA, 1987 e 2006). Per altro verso è indotto dall'ideologia della società del benessere che ha consentito di innalzare il livello di protezione da assicurare ai detenuti. Infatti, l'affermazione dell'idea che i detenuti potessero godere di diritti e di un trattamento volto al reinserimento sociale, ha da sempre vissuto in una *impasse* politica e teorica. Se, infatti, alcuni dei riformatori avevano sostenuto la necessità di reinserire i detenuti attraverso programmi di formazione professionale e garantendo loro l'accesso al lavoro, affermato la necessità del salario come strumento pedagogico di educazione alla cultura del lavoro (TOCQUEVILLE, 1833), dall'altro lato le proteste dei lavoratori liberi e dei sindacati hanno sempre indotto all'applicazione della regola della *less eligibility* secondo cui il livello di protezione dei detenuti - incluso il lavoro - doveva essere tenuto al di sotto di quello delle classi più povere per garantire lo scopo generale deterrente della punizione e la finalità pedagogica della sanzione del lavoro forzato. Con lo Stato sociale, invece, grazie alla crescita generalizzata del livello di protezione sociale, si è potuto

finalmente innalzare proporzionalmente anche quello riconosciuto ai detenuti.

Questo processo di umanizzazione del carcere, indotto dalla nuova ideologia solidaristica e correzionalista del *welfare*, non ha comportato affatto una contrazione dell'apparato penale. Come ha sottolineato Garland (1985, p. 233 ssg.), con l'emergere del *welfare state* si afferma un nuovo "regno penale". La penalità assume il compito di gestire gli scarti o i fallimenti delle politiche del *welfare*, segregandoli in istituzioni correttive e normalizzanti che li restituiscano alla società rieducati o che, in alternativa, li neutralizzino per garantire la difesa della società. A tal fine il nuovo complesso penale, chiarisce Garland, prevede nuove e più ramificate misure di controllo statale, ma lo fa secondo forme che "non sembrano essere stataliste (cfr. l'importante mediazione di agenzie di volontariato), né repressive (cfr. la nuova insistenza sulla 'anomalia' e il suo 'correzione')" (GARLAND, 1985, p. 234, trad. mia). Lo Stato sociale, dunque, tende a presentare un'immagine nuova della penalità: descrive le vecchie pratiche penali carcerarie come inumane ed afflittive, mentre presenta le nuove non solo come più umane, ma soprattutto come inclusive.

Ciò detto, non v'è dubbio, però, che la migliore qualità della repressione penale, intesa come maggiore capacità pervasiva dei dispositivi di controllo (GARLAND, 2004), si sia accompagnata anche ad una decrescita in termini quantitativi del processo di carcerizzazione (PAVARINI, 1997). L'affermazione del *welfare* ha favorito una decrescita della popolazione detenuta nella gran parte dei paesi dell'Europa continentale occidentale, perlomeno nei primi decenni del dopoguerra. Nei paesi scandinavi, ad esempio, negli anni compresi tra il 1950 ed il 1979 la media di detenuti presenti nel corso dell'anno è passata in Danimarca da 88 per 100.000 abitanti a 57, in Finlandia da 187 a 109, in Norvegia da 51 a 43; mentre la Svezia, pur mantenendosi su livelli molto bassi, ha seguito il percorso inverso aumentandola da 35 a 53 (VON HOFER, LAPPISEPPÄLÄ, WESTFELT, 2012). Secondo i dati dell'*Institute for Criminal Policy Research* (ICPR) la Francia tra il 1950 ed il 1975 ha portato il suo tasso di detenzione da 88 a 49, l'Italia da 76 a 55<sup>84</sup>, la Spagna da 109 a 24, il Belgio da 104 a

---

<sup>84</sup> In Italia, questo fenomeno si è prodotto nonostante non siano state apportate modifiche alla legge penale e non vi siano state variazioni di rilievo nei tassi di criminalità (PAVARINI, 2000), a conferma della relativa indipendenza del tasso di detenzione sia dai divieti penali che dall'andamento della criminalità.



67, l'Olanda da 54 a 24<sup>85</sup>. Questo processo di deflazione carceraria è stato favorito da quel rinnovamento del vocabolario punitivo (GARDLAND, 1985), il cui addolcimento ha alleggerito la richiesta repressiva nei confronti dello Stato (PAVARINI, 2000) e, nel caso italiano, ha portato ad una lunga serie di provvedimenti clemenziali (MAZZACUVA, 1976).

Una ipotesi esplicativa di questo fenomeno di decrescita dell'incarcerazione è quella secondo cui una società di tipo inclusivo, come quella in cui si andava sviluppando il primo *welfare* nel dopoguerra, tende a sviluppare un maggior grado di tolleranza nei confronti delle minoranze devianti e a pretendere dagli apparati di controllo meno interventi punitivi (YOUNG, 1999; PAVARINI, 2000). L'allentamento della richiesta repressiva nei confronti del potere giudiziario e di polizia avrebbe così indotto una decrescita dei tassi di incarcerazione, non programmata mediante scelte di politica penale e penitenziaria. Il contesto in cui questo fenomeno si è prodotto è, non a caso, quello di una importante crescita economica e di elevato ottimismo nella

---

<sup>85</sup> I dati sulla popolazione detenuta mondiale dell'ICPR sono disponibili sul sito <<http://www.prisonstudies.org>>, alla pagina dedicata al *World prison brief data*.

capacità del nuovo ordine politico welfaristico di portare benessere e ridurre il conflitto sociale. Si riteneva che lo stato sociale avrebbe portato alla piena occupazione e avrebbe così progressivamente risolto il problema dell'ordine assimilando "i devianti dai margini al corpo della società" (YOUNG, 1999, p. 5). Che la nuova centralità del lavoro salariato, ristabilita mediante gli incentivi del *welfare*, avrebbe restaurato un ordine basato sull'economia e sul mercato (PIVEN, CLOWARD, 1993), stavolta duraturo perché garantito dallo Stato e non più lasciato alla casualità del *laissez faire*, rendendo così residuale il ricorso all'apparato repressivo.

### **3 WELFARE LIBERALE, POVERTÀ E RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE**

Già partire dagli anni 1970 le teorie funzionaliste e quelle criminologiche che erano alla base del modello correzionalista welfarista sono entrate in crisi e divenute oggetto di forti critiche. Crisi di risultati - prodotta dal mancato abbattimento del tasso di recidiva promessa dai sostenitori del welfarismo penale - che ha favorito il riemergere di teorie neoliberali che hanno sostenuto un

ritorno a modelli punitivi meramente retributivi e non più rieducativi. Ma anche crisi del modello teorico criminologico di riferimento che era oggetto di forte criticata da parte delle teorie cosiddette revisioniste, della criminologia critica e del garantismo penale. Più in generale possiamo ricondurre la messa in discussione del welfarismo penale ad un contesto generale di critica alle politiche dello Stato sociale che ne avevano caratterizzato la storia dei primi trenta anni. Critica che in Europa ha determinato la transizione da un tipo di *welfare* formalmente universale ed inclusivo verso un *welfare* liberale che torna a considerare la povertà come un affare individuale il cui superamento può essere sì stimolato con politiche pubbliche, ma non più volte a creare posti di lavoro bensì a favorire l'occupabilità degli scarti del mercato mediante programmi di formazione professionale e di *workfare*.

Sono ovviamente molteplici ed estremamente articolate le ragioni della crisi del *welfare* ed esiste una ampia letteratura a riguardo che sarebbe impossibile sintetizzare qui in maniera esaustiva. Oltretutto va sottolineato che forse non sarebbe neppure corretto parlare di crisi, dal momento che, perlomeno in riferimento al periodo che va

dalla fine degli anni '70 fino alla fine degli anni '80, bisognerebbe riferirsi ad una evoluzione delle modalità di intervento welfariste. Ciò detto, vale la pena tracciarne le coordinate essenziali, per meglio comprendere gli effetti che si sono prodotti sulle politiche di governo della povertà e della devianza. Esping (2000, p. 12) ha chiarito come la storia del *welfare* abbia conosciuto diversi momenti di relativa crisi sin dalla sua nascita. Alcuni di questi sono contestuali al periodo della affermazione ed espansione del movimento welfarista e sono dovuti principalmente, ma non solo, a fattori endogeni: negli anni '50 al timore che un eccessivo interventismo pubblico potesse frenare lo sviluppo del mercato e negli anni '60 alla critica di eccessiva burocratizzazione ed incapacità di realizzare l'uguaglianza sostanziale. Negli anni '70 ed '80, invece, le difficoltà incontrate dai regimi di *welfare* sono legate direttamente a verificarsi di crisi economiche - in particolare prodottesi a partire dagli shock petroliferi dell'inizio degli anni '70 - che hanno portato ad un aumento inaspettato della spesa sociale per far fronte alla crescita incontrollata della disoccupazione.

La crisi fiscale dello Stato ha portato ad una duplice contestazione delle strategie macroeconomiche e sociali del

*welfare*. Da un lato si iniziarono a criticare gli eccessivi costi del *welfare* che, inevitabilmente, avevano portato anche ad un aumento della pressione fiscale e ad un eccessivo burocratismo (JESSOP, 1993, p. 70). Mentre l'accelerazione nella diffusione di nuove tecnologie ha trasformato il rapporto tra tecnologia ed occupazione da "circolo virtuoso" in grado di accrescere sviluppo economico ed occupazione, come nel periodo fordista, a "spirale viziosa" (GALLINO, 1998, p. 11) che ha messo in crisi la capacità dei sistemi economici di produrre nuova occupazione. In questo contesto, i tagli alla spesa sociale prodotti dalla crisi fiscale e la sua incapacità di far fronte ai nuovi fenomeni di disoccupazione e povertà, hanno fatto riemergere quel conflitto sociale la cui pacificazione era stata uno dei principali risultati prodotti dallo Stato sociale del dopoguerra e che aveva favorito quel processo di decarcerizzazione verificatosi nel primo trentennio di storia del *welfare* di cui abbiamo detto sopra.

All'inizio degli anni 1970, sulla scia di questa crisi hanno ripreso vigore le teorie politiche ed economiche - rispettivamente dette neo-liberali e neo-liberiste - basate ancora sui principi della autonomia individuale e del *laissez faire*. La critica liberale allo stato sociale ne ha contestato

da un lato l'effettività delle *policies* e delle teorie economiche di riferimento, dall'altro la legittimità di fondo e la compatibilità rispetto allo stato di diritto. Ma soprattutto ha proposto di tornare a considerare povertà e disuguaglianza come fenomeni ineluttabili che non possono essere affrontati con il "miraggio" dell'uguaglianza (HAYEK, 2010, p. 286) o quello delle pari opportunità (p. 289)<sup>86</sup>. Nella prospettiva neo-liberale il governo deve solo limitarsi a "mantenere la legalità e l'ordine, far rispettare i contratti privati, favorire la concorrenza nel mercato" (FRIEDMAN, 2010, p. 34).

Il definitivo colpo di grazia alle pretese degli Stati sociali novecenteschi europei di agire da protagonisti nell'economia come riduttori del conflitto sociale è venuto dal fenomeno della globalizzazione. La definizione più celebre si deve sicuramente a Giddens (1994, p. 71) che la definisce "come l'intensificazione di relazioni sociali

---

<sup>86</sup> La critica hayekiana allo stato sociale riporta in auge alcune argomentazioni del liberalismo classico che, in verità, sono poi sviluppate seguendo direttive in parte diverse da dottrine economiche "neoliberiste" sulla scia della crisi economica del 1973. Tra gli economisti che maggiormente hanno influenzato tale sviluppo vi è senza dubbio l'economista Milton Friedman il quale già nel 1951-ricchiando esplicitamente le argomentazioni del liberale inglese Dicey - aveva accusato i governi post-bellici, di destra e come di sinistra, di essere caduti nella trappola del collettivismo.

mondiali che collegano tra loro località distanti facendo sì che gli eventi locali vengano modellati dagli eventi che si verificano a migliaia di chilometri di distanza e viceversa”

Con la globalizzazione la ricchezza degli Stati nazionali non è più favorita mediante la cura delle rispettive popolazioni, prima considerate il fattore motore di crescita. Piuttosto essa dipende dalla capacità degli Stati di attrarre imprese ed investimenti che ora si spostano in un mercato globale<sup>87</sup>. Mentre lo stato sociale aveva lo scopo di proteggere alcuni aspetti della vita economica e sociale dalle forze del mercato, lo “stato competitivo” riporta dentro il mercato quegli elementi che erano stati sottratti alla sua influenza secondo la strategia delle *decommodification* (ESPING-ANDERSEN, 2000), con l’obiettivo di favorire la competizione del sistema paese su scala internazionale (CERNY, 1997, p. 259-260).

La crisi di sovranità degli Stati nazionali mette profondamente in discussione i programmi e le politiche di gestione attuariale del rischio di povertà sviluppati nel corso del primo trentennio di storia del *welfare*, nonché le

---

<sup>87</sup> La competitività su scala internazionale può essere considerata uno dei maggiori fattori di crisi dello Stato sociale keynesiano (CERNY, 1997).

correlate politiche di gestione del conflitto sociale e della devianza. I *welfare* keynesiani sviluppatisi a cavallo del primo trentennio post-bellico erano basati su un ottimismo di fondo circa la prevedibilità e controllabilità dei principali rischi connessi all'economia di mercato inclusi quello di povertà e di disoccupazione (BECK, 2000, p. 27). Essi hanno rappresentato un tentativo di governo razionale degli azzardi che l'industrializzazione portava con sé, rischi futuri apparentemente prevedibili che venivano annullati dalla creazione di sicurezze nel presente (EWALD, 1991). La modernizzazione delle società industriali, però, ha inevitabilmente finito per generare nuovi rischi di portata globale caratterizzati da imponderabilità ed ineluttabilità, difficilmente governabili dagli Stati nazionali (BECK, 2000). Con la globalizzazione viene messa in crisi quella governamentalità che, in epoca liberale prima (FOUCAULT, 2005) e *welfarista* poi (EWALD, 1986; 1991), traeva origine dalla necessità di investire sulla popolazione che era considerata strumento di crescita della ricchezza e della forza degli stati nazionali (CASTEL, 2007, p. 383).

Oggi la ricchezza degli Stati, invece, appare sempre meno dipendente dal benessere e dalla crescita egualitaria delle rispettive popolazioni. La popolazione inizia ad assumere i



connotati di una entità fluida non più descritta secondo le tradizionali categorie, quali ad esempio le classi o gli strati sociali; ma valutata secondo criteri di mercato, quali il merito individuale e la capacità di innovazione o di adeguamento. Riappare così al centro del palcoscenico sociale il tipo antropologico dell'individuo, autonomo e responsabile delle proprie scelte, capace o meno di reggere l'impatto con la realtà economica e sociale: in ogni caso non più protetto dalla culla sino alla tomba da quel *welfare* - leviatano sociale - corresponsabile dei suoi successi come dei suoi fallimenti. Non è un caso che proprio in tale contesto fa la sua ricomparsa nella teoria del diritto penale il concetto di responsabilità individuale e si criticano con forza le teorie rieducative e preventive della pena che erano alla base del modello correzionalista e welfarista (NOZICK, 2008). L'autore di reato smette di essere considerato un disadattato sociale o un malato, per tornare ad essere un individuo razionale responsabile delle proprie azioni.

Questo fenomeno di individualizzazione ha indotto profondi mutamenti nell'organizzazione e nei sistemi di protezione sociale del lavoro, così come in quelli di gestione della povertà e della devianza. Sotto il primo profilo possiamo sostenere che se la società industriale era la

società basata sul lavoro salariato, quella globalizzata è la società del lavoro insicuro, temporaneo e flessibile (REICH, 1991; GALLINO, 2000). Se con lo Stato sociale si era compiuto quel processo, avviatosi con l'industrializzazione, di standardizzazione delle condizioni del lavoro (BECK, 2000b, p. 111), oggi sembra essere svanito quel confine netto tra disoccupazione e lavoro salariato, che ora si alternano in un continuum in cui l'insicurezza del lavoro e sul lavoro tengono gli individui sempre in bilico tra le due condizioni.

Sul piano delle politiche di gestione della povertà, negli anni '80 negli Stati Uniti ed in Gran Bretagna questo fenomeno ha indotto ad un ritorno a politiche di stigmatizzazione, anche morale, della povertà (MURRAY, 1984) e si è iniziato a pretendere come condizione per l'accesso ai programmi sociali lo svolgimento di una attività lavorativa (MEAD, 1986; 1993). In Europa la critica neoliberale, perlomeno fino all'inizio degli anni '90, ha avuto una minore presa istituzionale (FERRERA, 2013) ed in ogni caso ha prodotto effetti molto più articolati. I vari modelli di *welfare* presenti in Europa sono accomunati dall'adozione, su spinta dell'Unione Europea, di nuove politiche sociali che pongono una grande enfasi sulla

nozione di selettività dell'intervento pubblico e di contenimento della spesa. Il sintomo più evidente di questo mutamento è dato dalla grande attenzione alle cosiddette politiche attive del lavoro che hanno determinato un passaggio "dalla tutela della disoccupazione alla promozione dell'occupabilità" (FERRERA, 1998, p. 108 ssg.): lo Stato non ha più il compito di garantire posti di lavoro, ma di supportare i disoccupati con programmi di formazione che rafforzino la loro capacità di competere sul mercato.

L'ascesa del neoliberalismo e la crisi delle politiche welfariste hanno comportato un ridimensionamento del dibattito intorno al tema della povertà (PROCACCI, 1998a), che è divenuta un effetto secondario accettabile, conseguenza della incapacità soggettiva ed individuale di competere. In questo contesto, le politiche pubbliche non tendono più a farsi carico della povertà utilizzando i tradizionali strumenti redistributivi del *welfare*, perché la povertà è differente dal passato. La povertà, così come abbiamo visto essere la disoccupazione, è oggi un fenomeno normale. La povertà potenzialmente riguarda tutti gli individui.

Questi mutamenti hanno inevitabilmente delegittimato anche le politiche di reinserimento sociale rivolte ai devianti e compromesso l'esistenza stessa del *welfare* penale (CAPUTO, 2017). Al carcere, infatti, era chiesto di sottoporre i devianti a programmi di lavoro e di restituire alla società individui che avessero interiorizzato l'etica del lavoro e quella del benessere. La praticabilità di tale obiettivo era legata ad una abbondanza di posti di lavoro e ad una tendenza virtuosa alla crescita economica ed occupazionale. Ma tale compito inizia pian piano ad esser percepito come una chimera e le pratiche correzionaliste a perdere di efficacia e di senso, quando si comincia a realizzare che il progresso tecnologico e l'industrializzazione non solo non sono in grado di garantire una crescita dei posti di lavoro come era stato promesso, anzi tendono ad eroderla e a produrne di sempre più dequalificata, precaria e flessibile. Così se il lavoro inizia a scarseggiare per i cittadini onesti che non violano la legge penale, come si può pensare che esso debba essere garantito ai detenuti per favorirne il reinserimento sociale?

#### **4 WELFARE LIBERALE: CRISI O EVOLUZIONE DEL CORREZIONALISMO?**

Abbiamo visto che il modello correzionalista di penitenziario, basato su lavoro e programmi rieducativi, si era affermato nella cornice della espansione del *welfare*. Non è dunque un caso che tale modello sia stato messo in discussione proprio negli anni di crisi del progetto welfarista. La crisi del correzionalismo è legata a quella dello stato sociale per due ordini di motivi.

In primo luogo, perché tale crisi ha creato un terreno fertile per la messa in discussione dei modelli teorici fondativi del *penal welfare*: teorie criminologiche e struttural funzionalismo. La critica neoliberale ha gettato ombre sull'efficacia delle ricette del correzionalismo, che ha accusato di essere incapace di abbattere i tassi di recidiva, e ha proposto l'abbandono definitivo delle teorie correttive e social-preventive in favore di un ritorno a teorie meramente retributive della pena (NOZICK, 2008; VON HIRSCH, 1976). Gli autori della cosiddetta scuola neoclassica del diritto penale, invece, hanno sollevato dubbi sulla conformità dei principi rieducativi rispetto ai valori fondanti dello stato costituzionale di diritto che mal si

concilierebbero con l'idea del trattamento clinico della devianza (FERRAJOLI, 1989). Gli studi sociologici sulla "società dei detenuti" (CLEMMER, 1940; SYKES, 1958; GOFFMAN, 2001), la storiografia revisionista (ROTHMAN, 1971; FOUCAULT, 1993; IGNATIEFF, 1982) e la criminologia critica (LEMERT, 1981; MATZA, 1976; BARATTA, 1982), hanno messo in evidenza come il carcere sia un luogo inadatto a raggiungere gli obiettivi per cui era stato creato e che fosse, al contrario, una vera e propria fabbrica di delinquenza.

In secondo luogo, la crisi del *welfare state* ha reso insostenibile l'adozione di un modello di penitenziario inclusivista, in un contesto in cui si sono andate affermando nuove politiche sociali non più inclusive ma selettive e che si basavano su un rinato concetto responsabilità personale contrapposta a quella collettiva e solidaristica. La convergenza di questi atteggiamenti critici e la transizione verso il *welfare liberale* hanno avuto come risultato quello di spezzare l'idillio che si era creato tra teorie criminologiche e sistema punitivo correzionalista. Messi da parte la fiducia e l'ottimismo verso le capacità dello Stato di assicurare quella protezione sociale tanto invocata; messa in discussione l'affidabilità delle scienze sociali e

criminologiche, duramente minate dalle teorie neo-liberali così come dalla cosiddetta criminologia critica; si tende a promuovere un paradigma di penitenziario come luogo di mero contenimento e neutralizzazione dei criminali e non più luogo di trattamento e rieducazione. Al contempo riemergono nel campo penale quelle teorie liberali retributivistiche che affermano la necessità di difendere la società – pervasa ora da un diffuso e trasversale senso di insicurezza - dal crimine e dalla devianza.

Se limitiamo lo sguardo agli effetti prodotti da questo diffuso atteggiamento critico verso il correzionalismo, si può sostenere che il revisionismo è stato in qualche misura corresponsabile, insieme alla critica neoliberale, dell'affermarsi di un modello punitivo neo-retributivo che, abbandonata ogni pretesa rieducativa o risocializzante, ha portato ad una nuova estensione del sistema carcerario (WACQUANT, 2000). In particolare la critica neo-liberale, partendo da posizioni formalmente garantiste, ha finito per legittimare un crescente diritto di punire (SANTORO, 2004, p. 87), che si è manifestato con l'inasprimento delle sanzioni e la criminalizzazione di nuove condotte.

Sintomo più evidente di questa nuova punitività è la crescita dei tassi di incarcerazione che ha assunto

dimensioni globali (PAVARINI, 2002; RE, 2006) e che è connessa alla crisi dello Stato sociale e alla convergenza verso modelli di *welfare* liberale di gestione della popolazione. I tagli ai programmi sociali destinati alle classi più povere, infatti, sono coincisi con l'emergere di questa nuova punitività che ha spinto per una transizione dei vecchi utenti del *welfare* verso il sistema di controllo penale (GARLAND, 2004). Le politiche economiche e sociali di stampo neoliberale avrebbero "consolidato, anziché ridotto, la stratificazione prodotta dalla globalizzazione e da un mercato del lavoro diviso in due" (GARLAND, 2004, p. 193). L'aumento dei problemi e delle divisioni sociali che ne è scaturito ha così determinato una nuova intolleranza nei confronti della devianza ed una nuova domanda di repressione penale (PRATT, 2000).

Il terzo aspetto rilevante della complessa relazione tra il *welfare* e correzionalismo è rappresentato dal fatto che l'enfasi posta dai regimi neo-liberali sulla selettività dell'intervento sociale pubblico - tornato pesantemente a distinguere tra poveri meritevoli e non - ha indirettamente condizionato anche le politiche penali e penitenziarie di gestione della devianza. In effetti la penalità della modernità ha subito un doppio processo di espansione. Una



è quella che abbiamo visto essere rappresentata dall'espansione orizzontale o quantitativa, consistente nel progressivo allargamento della popolazione soggetta a controllo penale, sia detentivo che non detentivo. L'altra, invece, è una espansione verticale o qualitativa, consistente invece nello sviluppo di tecniche manageriali di gestione della devianza e della criminalità, articolate su categorie di rischio e non più su patologie/carenze individuali.

Così come le politiche sociali si basano oggi su criteri di selettività e di meritevolezza, allo stesso modo quelle penali e penitenziarie sembrano operare una selezione tra l'utenza basata su una analoga valutazione di *cost/benefit*. Si è affermato un nuovo paradigma penologico (*new penology*) (FEELEY, SIMON, 1992) che non punta più alla razionalizzazione dei comportamenti individuali (approccio liberale) o della comunità (approccio welfarista), ma al contenimento della probabilità che gruppi di individui "a rischio" commettano reati o tengano condotte indesiderate. Al sistema punitivo non è chiesto di includere i condannati, ma di operare in maniera selettiva. È richiesto di contenere in carcere quando il rischio di commissione di reati è elevato oppure, secondo una valutazione costi/benefici, mediante misure alternative meno costrittive ed anche più

economiche. Mentre l'intervento repressivo deve limitarsi a più blande forme di controllo esterno (lavori di pubblica utilità, misure amministrative di prevenzione, braccialetto elettronico) quando il rischio di recidiva è relativamente basso. L'escalation nella punitività dei sistemi penali, che ha riguardato tanto le sanzioni punitive come il carcere che quelle non punitive come le misure alternative (CAPLOW, SIMIN, 1999), finisce in tal modo per intrecciarsi con la crisi della governamentalità welfarista e con le nuove strategie di gestione del rischio di povertà e della devianza.

Secondo la lettura dominante in larga parte della sociologia e criminologia critica tali nuove strategie di gestione del rischio sarebbero state indotte dalla crescita della domanda di punitività verso le agenzie di controllo istituzionale (ROBERTS et al., 2003; PRATT, 2007). Il fenomeno dell'aumento dei tassi di incarcerazione e l'affermazione del carcere contenitivo andrebbero letti alla luce della crisi, se non del tramonto, del programma correzionalista del welfare (GARLAND, 2004). In conseguenza della crisi di legittimità e di risultati del paradigma riabilitativo e dell'aumento incontrollato dell'utenza del sistema penale, gli attori del sistema penale tenderebbero oggi a trattare l'utenza secondo tale logica

cost/benefit riservando il carcere, con finalità meramente neutralizzanti, alle categorie a maggior rischio e limitandosi a forme controllo più blande per le altre (FEELEY, SIMON 1992; PAVARINI, 2000). Ignorando in tal modo l'originario mandato correzionalista di rieducazione a partire dall'analisi delle carenze e bisogni individuali.

A ben vedere, se volgiamo lo sguardo al caso italiano, non si rinvengono tracce in grado di confermare in pieno questa ipotesi (CAPUTO, 2018). Se è vero che vi è stata una crescita quantitativa del sistema penale, allo stesso tempo va detto che si è verificato un fenomeno inaspettato di adattamento delle agenzie di *penal welfare* che si sono sin da subito formate una propria cultura, volta a gestire in maniera razionale ed economica la bulimia punitiva, ma che non sembra affatto essere basata sul ricorso a tecnologie di tipo attuariale, piuttosto sembra essere una naturale evoluzione dei dispositivi di trattamento differenziale della devianza che abbiamo analizzato nel paragrafo 2. Cerchiamo di analizzare gli elementi a supporto di questa tesi.

In primo luogo, bisogna osservare che in Italia la crescita dei tassi di incarcerazione si è paradossalmente verificata proprio a partire dall'adozione della legge penitenziaria che

introduceva il modello correzionalista, in controtendenza con il trentennio precedente durante il quale si era verificato un processo di forte decarcerizzazione (PAVARINI, 1997). Pertanto, nel nostro caso la domanda di punitività rivolta alle agenzie di controllo e l'aumento dei tassi di incarcerazione sono contestuali all'introduzione del modello correzionalista e non successivi alla sua crisi. Infatti, se nel 1975 viene introdotto il modello correzionalista, già a partire dall'anno successivo i tassi iniziano a crescere: dal 1976 il tasso di detenzione è raddoppiato passando da 51 detenuti per 100.000 abitanti fino a toccare il punto massimo di 110 nel 2010<sup>88</sup>. Il processo di carcerizzazione è stato prodotto alternativamente o congiuntamente – a seconda degli anni – da due diversi fenomeni. Il primo è la tendenza ad un maggior ricorso alla repressione penale e delle condanne. Il secondo è quello dell'aumento della severità delle

---

<sup>88</sup> Fonte: elaborazione dati Istat. *Serie storiche*. <[www.istat.it](http://www.istat.it)>. In questo intervallo di tempo le cicliche diminuzioni del tasso sono direttamente imputabili a numerosi provvedimenti clemenziali. Anche se il più recente ciclo deflattivo, verificatosi nel biennio 2014-2015, è frutto di una serie di provvedimenti temporanei – come la liberazione anticipata speciale – adottati dal Governo italiano a seguito della condanna della Corte Edu nel caso Torreggiani et al. c. Italia per il sovraffollamento del sistema penitenziario (CAPUTO, CIUFFOLETTI, 2018b).

condanne penali. Dal 1976 al 1990 si è verificato un aumento del tasso di detenzione prodotto dal saldo negativo tra usciti ed entrati nonché dal numero delle condanne che aumentano del +52%<sup>89</sup>. Dopo la parentesi 1984-1990, in cui il tasso è stato contenuto anche grazie ad una serie di provvedimenti clemenziali, i primi anni '90 sono stati caratterizzati da un'ulteriore crescita del saldo ingressi/uscite e delle condanne che aumentano del +161% tra il 1990 e il 2000. Negli anni successivi, a fronte di una stabilizzazione della variabile condanne e degli ingressi, il tasso di detenzione ha continuato a crescere a causa dell'aumento della lunghezza media della permanenza in carcere che è passata da 6,8 mesi del 1998 ai 13,7 mesi del 2014<sup>90</sup>.

A fronte della crescita della punitività del sistema, il progetto correzionalista dell'ordinamento penitenziario, basato su lavoro e programmi rieducativi, è rimasto in gran parte lettera morta e non è mai stato attuato (CAPUTO, 2017). Così tutte le riforme successive e le relative politiche penitenziarie appaiono più che altro come dei tentativi di

---

<sup>89</sup> Elaborazione dati Istat. *Serie storiche*. <[www.istat.it](http://www.istat.it)>.

<sup>90</sup> Elaborazione dati Coe. *Space I*. Anni 1999-2015. <[www.wp.unil.ch/space/](http://www.wp.unil.ch/space/)>.

gestione di un sistema in perenne emergenza e sempre al limite del collasso. Proprio a partire da tale contesto ha preso piede un trasversale movimento riformista volto ad introdurre alternative alla detenzione per evitare che la crescita continua dell'utenza del sistema penale ricadesse sul solo sistema carcerario e scongiurare le detenzioni per nuovi reati minori che sono stati introdotti nel corso degli anni. Ne è derivata una articolazione delle modalità esecutive che, pur lasciando al centro dell'orizzonte punitivo la detenzione in carcere, comprendono ora una varietà di misure "alternative" che consentono di scontare tutta o parte della pena fuori dalle mura del carcere.

Tali riforme, però, più che contenere la crescita della popolazione detenuta hanno avuto il solo effetto di assorbire una nuova utenza che veniva catturata nelle maglie del sistema penale da nuove politiche di criminalizzazione, come quelle adottate in materia di droga a partire dall'inizio degli anni '90. Per farsi un'idea del contro-effetto di *net widening* (COHEN, 1979) che si è verificato nel tentativo di arginare la crescita dei tassi, si pensi che a partire dal 1997 al 2018 l'utenza complessiva del sistema penale (carcerario e non) ha subito un boom impressionante, se nel 1997 era complessivamente di

60.000 unità circa, nel 2018 era di 114.588, grazie in particolare alle nuove misure dei lavori di pubblica utilità (l.p.u.) e della messa alla prova. Il maggior ricorso alle misure alternative ha consentito che il boom punitivo non ricadesse sul solo sistema carcerario. Infatti, nel periodo compreso tra il 2010 e il 2018 le misure alternative sono raddoppiate, infatti, passando da 14.274 a 32201: i lavori di pubblica utilità da 38 del 2010 a 7.588 del 2018, mentre le messe alla prova da 503 del 2014 a 15.144 del 2018. Nel 2018 il sistema dell'esecuzione penale risultava così articolato: l.p.u. il 7%, messa alla prova il 13%, misure alternative il 28% e il carcere il 52%.

Il correzionalismo italiano si è così trovato a fare i conti sin dalla sua nascita con una crescita imponente dell'utenza e, in mancanza di orientamenti definiti da parte della politica, ha elaborato sin dalle origini una serie di pratiche di trattamento dell'utenza, tipiche di quell'approccio welfarista che abbiamo analizzato nel paragrafo 2. Oggi l'utenza del sistema penale viene alternativamente gestita mediante programmi meramente contenitivi oppure programmi con una proiezione verso il sistema delle alternative. La scelta tra le due opzioni trattamentali avviene sulla base di due diversi dispositivi di selezione e

distribuzione, aventi indiretti effetti classisti e discriminatori.

Il primo, di natura legale ed amministrativa, è dato dall'insieme di previsioni che prevedono trattamenti differenziati per alcune categorie di condannati considerati "immeritevoli", a causa della particolare gravità del reato commesso oppure perché ritenute disturbanti per l'ordine interno del carcere, come ad esempio quelli detenuti in regime del 41bis o.p., oppure in circuiti penitenziari creati per via amministrativa come le sezioni di alta sicurezza<sup>91</sup> o quelle destinate a detenuti vulnerabili<sup>92</sup>. Si tenga presente che tali dispositivi legali di esclusione hanno fatto la loro comparsa quasi contestualmente all'introduzione del carcere correzionalista avvenuto in Italia con la legge penitenziaria del 354/1975, a conferma della nostra ipotesi secondo cui essi possono essere considerati come un portato del welfarismo e non della sua crisi.

Il secondo dispositivo di distribuzione dell'utenza è dato da un complesso di criteri giurisprudenziali e di pratiche volte alla distribuzione selettiva tra carcere ed alternative

---

<sup>91</sup> DAP, Circolare 21 aprile 2009, 3619/6069 e Circolare 5 maggio 2015, 0157181.

<sup>92</sup> Come quelle per *sex offenders* e i trans-gender (DAP, Circolare 02 maggio 2001, 500422).



alla detenzione sulla base di una valutazione costi/benefici basata su meri criteri esperienziali<sup>93</sup>. I tribunali di sorveglianza, infatti, ammettono alle misure alternative solo in presenza di garanzie soggettive di affidabilità quali la disponibilità di un lavoro, di un reddito, di una abitazione e di una rete socio-familiare. Finendo così per spingere verso il carcere quelle classi di individui dotati di un basso capitale sociale e ritenuti ad alto rischio di recidiva. Tale dispositivo di selezione e distribuzione comporta che la popolazione detenuta risulti composta da condannati per reati ostativi, condannati a pene lunghe oppure a pene brevi ma ritenuti non affidabili dalla magistratura di sorveglianza perché recidivi o semplicemente poveri.

A subire le conseguenze di questo sistema selettivo sono due classi di condannati considerate ad alto rischio di recidiva: i tossicodipendenti e gli stranieri. I primi costituiscono quasi 1/3 della popolazione detenuta e sono normalmente reclusi in carcere piuttosto che in libertà

---

<sup>93</sup> Tali pratiche sono state oggetto di una indagine qualitativa che ha riguardato alcuni dei principali attori dell'esecuzione penale e che ho svolto nell'ambito del Progetto di ricerca *Crime repression costs in context* [https://cordis.europa.eu/project/rcn/84109\\_en.html](https://cordis.europa.eu/project/rcn/84109_en.html).

all'interno di comunità di recupero<sup>94</sup>. Per quanto riguarda gli stranieri, nonostante siano il 31-33% dei condannati e il 34% dei detenuti, sono solo il 19% del totale dei soggetti in misura alternativa, alla quale raramente accedono dalla libertà: sono appena il 15% degli affidamenti ordinari e solo il 6% degli affidamenti terapeutici dalla libertà<sup>95</sup>.

## 5 CONCLUSIONI

Concludendo, possiamo affermare che queste pratiche sembrano essersi affermate non tanto come reazione alla crisi del welfarismo e del paradigma rieducativo, bensì come una naturale evoluzione della cultura correzionalista. Il welfarismo si è, in effetti, da sempre caratterizzato per la tendenza ad usare politiche di trattamento differenziale della povertà come abbiamo visto sopra, nonché per quella ad offrire risposte standardizzate e non individualizzate ai bisogni individuali. Anche se tali pratiche sembrano distinguersi su almeno un punto rispetto a quelle del

---

<sup>94</sup> Non a caso nel 2017 il 70% degli affidamenti terapeutici erano concessi a condannati provenienti dalla detenzione, in proporzione esattamente contraria a quella dell'affidamento ordinario.

<sup>95</sup> Elaborazione dati Ministero della Giustizia. Statistiche. <[www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)>.

passato. Se inizialmente la tendenza diffusa era quella di usare il welfare per il trattamento della sola povertà fisiologica ed il *welfare penale* per quella cosiddetta “pericolosa”, assistiamo oggi ad una ulteriore differenziazione all’interno di quest’ultima categoria di poveri pericolosi tra “affidabili” ed “inaffidabili”. Così la logica welfarista della differenziazione e dell’allocazione ottimale delle risorse ha finito per consentire la convivenza di molteplici pratiche punitive anche contraddittorie: di neutralizzazione, rieducazione o reinserimento sociale, solo per menzionare le principali.

In tal modo, l’approccio correzionalista al trattamento della devianza è finito in una profonda contraddizione. Secondo la cultura solidaristica welfarista, infatti, i programmi sociali dovrebbero basarsi sull’analisi dei bisogni soggettivi e, solo in seconda battuta, sul loro trattamento secondo dispositivi standardizzati. Non è un caso, infatti, che il trattamento rieducativo dei detenuti si sarebbe dovuto basare, secondo l’approccio criminologico clinico, a partire dall’analisi delle carenze soggettive. Il punto è che tale modello teorico non è mai stato in grado di fornire agli operatori strumenti adatti a gestire una popolazione detenuta che più che essere composta da

individui “malati”, come pretendeva la criminologia positivista, era per lo più composta da poveri e marginali. Questo limite originario del modello correzionalista è stato sin da subito superato, utilizzando l’analisi delle carenze ed i bisogni soggettivi non per elaborare programmi di supporto, ma per valutare l’affidabilità soggettiva e permettere alla burocrazia ed alla magistratura di effettuare una selezione. Così, anche a causa di scarsi investimenti nel welfare penale, si è finito per trasformare il metodo clinico di analisi dei bisogni e delle carenze in criterio di definizione di destini sociali dei condannati, sulla base della capacità reddituale e lavorativa. L’analisi dello status socio-economico del condannato da strumento di definizione dei bisogni, è divenuto strumento per definire la meritevolezza per l’accesso ad una punizione non carceraria più mite.

## **BIBLIOGRAFIA**

BANDINI, T.; GATTI, U. Limiti e contraddizioni dell’opera del criminologo clinico nell’attuale sistema penitenziario. **Rassegna penitenziaria e criminologica**, 1980.

BARATTA, A. **Criminologia critica e critica del diritto penale**. Bologna: Il mulino, 1982.

BECK, U. **La società del rischio**. Roma: Carocci, 2000.

\_\_\_\_\_. **Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro**. Tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile. Torino: Einaudi, 2000b.

BEVERIDGE, W. **Alle origini del welfare state**. Il Rapporto su Assicurazioni sociali e servizi assistenziali. Milano: Franco Angeli, 2010.

BURCHELL, G.; GORDON, C.; MILLER, P. Insurance and risk. *In: The Foucault Effect: Studies in Governmentality*. London: Harvester Wheatsheaf, 1991, p. 87-104; 197-210. Disponibile: <https://www.press.uchicago.edu/ucp/books/book/chicago/F/bo3684463.html>.

CAPLOW, T.; SIMIN, J. Understanding Prison Policy and Population Trends. *In: TONRY, M.; PETERSILIA, J. (Eds.). Prisons*. Chicago: University of Chicago Press, 1999, p. 63-120.

CAPUTO, G. Welfare state e lavoro dei condannati. *In: MATTAROLO, G.; SITZIA, A. Il lavoro dei detenuti*. Padova: University of Padova Press, 2017.

CAPUTO, G.; CIUFFOLETTI, S. Marriage Italian Style. A decryption of Italy and ECtHR's relationship concerning prisoners' rights. *In: CLIQUENNOIS, G.; SUREMAIN, H. de. (Eds.). Monitoring penal policies in Europe*. Routledge, 2018.

\_\_\_\_\_. Alternative alla detenzione tra net widening e need-risk assessment. **Sicurezza e scienze sociali**, Routledge, 2018b.

CASTEL, R. **La metamorfosi della questione sociale**. Una cronaca del salariato. Avellino: Sellino, 2007.

\_\_\_\_\_. **L'insicurezza sociale**. Che significa essere protetti? Torino: Einaudi, 2004.

CERNY, P. G. Paradoxes of the Competition State: The Dynamics of Political Globalization. **Government and Opposition**, v. 32, i. 32, p. 251–274, 1997. Disponibile:<  
<https://onlinelibrary.wiley.com/toc/14777053/1997/32/2>>.

CLEMMER, D. **The prison community**. Boston: Christopher publishing house, 1940.

COHEN, S. The Punitive City: Notes on the Dispersal of Social Control. **Contemporary Crises** 3, Amsterdam, v. 3, i. 4, p. 339-363, 1979. Disponibile:<  
<https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF00729115>>.

COHEN, S. **Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification**. Cambridge: Polity press, 1985

CONSIGLIO D'EUROPA. **European Prison Rules, Recommendation No. R (1987)3**. Strasbourg, 1987.

\_\_\_\_\_. **European Prison Rules, Recommendation No. R (2006)2**. Strasbourg, 2006.

COSER, L. A. **The functions of social conflict**. New York: The free press, 1956.

DURKHEIM, E. **La divisione del lavoro sociale**. Milano: Edizioni di comunità, 1971.

ESPING, A. G. **I fondamenti sociali delle economie postindustriali**. Bologna: Il Mulino, 2000.

EWALD, F. **L'Etat Providence**. Paris: Bernard Grasset, 1986.

\_\_\_\_\_. Insurance and risk. *In*: BURCHELL, G.; GORDON, C.; MILLER, P. **The Foucault Effect: Studies in Governmentality**. London: Harvester Wheatsheaf, 1991, p. 197-210.

FEELEY, M. M.; SIMON, J. The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications.

**Criminology**, v. 30, i. 4, p. 449-474, Nov. /1992.

Disponibile:<

<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1745-9125.1992.tb01112.x>>.

FERRERA, M. The four social europes: between universalism and selectivity. *In*: RHODES, M.; MENY, Y. **The future of european welfare**. New York: Mackmillan, 1998, p. 81-96.

\_\_\_\_\_. Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa. **Stato e mercato**, Fascicolo 1, apr./2013.

Disponibile:<

<https://www.pietroichino.it/.../uploads/2013/.../stato-e-mercato-ne>>.

FERRAJOLI, L. **Diritto e ragione**. Bari: Laterza, 1989.

FOUCAULT, M. **Sorvegliare e punire: la nascita della prigione.** Torino: Einaudi, 1993.

\_\_\_\_\_. **Nascita della biopolitica.** Corso al College du France 1978-79. Milano: Feltrinelli, 2005.

FRIEDMAN, M. **Capitalismo e libertà.** Milano: Ibl, 2010.

GALLINO, L. **Se tre milioni vi sembrano pochi.** Torino: Einaudi, 1998

\_\_\_\_\_. **Globalizzazione e disuguaglianze.** Bari: Laterza, 2000.

GARLAND, D. **Punishment and welfare.** Adershot: Gower, 1985.

\_\_\_\_\_. **La cultura del controllo.** Milano: Il saggiatore, 2004.

GIDDENS, A. **Le conseguenze della modernità.** Bologna: Il Mulino, 1994.

GOFFMAN, E. **Asylums, le istituzioni totali.** Torino: Edizioni di Comunità, 2001.

HAYEK, F. A. **Legge, legislazione e libertà.** Milano: Il Saggiatore, 2010.

IGNATIEFF, M. **Le origini del penitenziario.** Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese 1750-1850. Milano: Arnoldo Mondadori Editore, 1982.

JESSOP, R. La transizione al postfordismo e il welfare state postkeynesiano. *In*: FERRERA, M. **Stato sociale e mercato**



**mondiale.** Torino: Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 1993, p. 75-98.

LEMERT, E. M. **Devianza, problemi sociali e forme di controllo.** Milano: Giuffrè, 1981.

MARSHALL, T. H. **Cittadinanza e classe sociale.** Torino: Utet, 1976.

MATZA, D. **Come si diventa devianti.** Bologna: Il Mulino, 1976.

MAZZACUVA, N. **Amnistia e difesa sociale.** Il principio della difesa sociale dalle codificazioni pre-unitarie ad oggi. Bologna: Ricerca promossa dal CNR, 1976.

MEAD, L. M. **Beyond Entitlement: The Social Obligations of Citizenship.** New York: Free Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **The New Politics of Poverty.** The Nonworking Poor in America. New York: Basic Books, 1993.

MURRAY, C. **Losing Ground: American Social Policy, 1950-1980.** New York: Basic Books, 1984

NAZIONI UNITE (ONU). **Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners**, 30 agosto 1955, U.N. Doc. A/CONF/611, annex I, E.S.C. res. 663C, 24 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) at 11, U.N. Doc. E/3048 (1957), aggiornato con E.S.C. res. 2076, 62 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) at 35, U.N. Doc. E/5988 (1977). Disponibile: <  
[https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-53-Add1\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-53-Add1_en.pdf)>.

\_\_\_\_\_. **Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners**, Risoluzione dell'Assemblea Generale n°. 175, 17 dicembre 2015. Disponibile:  
<[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/E\\_ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/E_ebook.pdf)>.

NOZICK R. **Anarchia, stato e utopia**. Milano: Il Saggiatore, 2008.

PARSONS, T. **La struttura dell'azione sociale**. Bologna: Il Mulino, 1987.

\_\_\_\_\_. **The social system**. London: Routledge, 1991.

PAVARINI, M. La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo. *In*: VIOLANTE, L. **La criminalità**. Torino: Einaudi, 1997, p. 983-1031;

\_\_\_\_\_. Processi di ri-carcerizzazione e “nuove” teorie giustificative della pena. **Rassegna penitenziaria e criminologica**, v. 3, n. 1, p. 95-126, 2000.

\_\_\_\_\_. Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla «ronda dei carcerati» al «giromondo penitenziario». **Rassegna penitenziaria e criminologica**, v. 2, n. 1, p. 105-136, 2002.

PIVEN, F.F.; CLOWARD, R. **Regulating the poor**. The functions of public welfare. New York: Vintage books, 1993.

POLANYI, K. **La grande trasformazione**. Torino: Einaudi, 1974.

PRATT, J. Emotive and Ostentatious Punishment.  
**Punishment & Society**, v. 2, n. 4, p. 417-439, Oct./2000.  
Disponibile:  
<<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/14624740022228088>>.

\_\_\_\_\_. **Penal Populism**. London: Routledge, 2007.

PROCACCI, G. **Governare la povertà**. Bologna: Il Mulino, 1998.

RE, L. **Carcere e globalizzazione**. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa. Roma-Bari: Laterza, 2006.

REICH, R. **The Work of Nations**: Preparing Ourselves for 21st Century Capitalism. New York: Random House, 1991.

ROBERTS, J. V.; STALANS, L.; INDERMAUR, D.; HOUGH, M.  
**Penal Populism and Public Opinion**. New York: Oxford University Press, 2003.

ROTHMAN, D. **The discovery of asylum**. Boston: Little, Brown & company, 1971.

SANTORO, E. **Carcere e società liberale**. Torino: Giappichelli, 2004.

SYKES, G. M. **The society of captives**: a study of a maximum security prison. Princeton: Princeton University Press, 1958.

TIMMINS, N. **The Five Giants**: A Biography of the Welfare States. Londra: Fontana Press, 1995.

TOCQUEVILLE, A.; DE BEAUMONT, G. **On the penitentiary system in America and its application in France, with an appendix on penal colonies, and also, statistical notes.** Philadelphia: Carey, 1833.

VON HIRSCH, A. **Doing justice:** the choice of punishments. New York: Hill and Wang, 1976.

VON HOFER, H.; LAPPI-SEPPÄLÄ, T.; WESTFELT, L. **Nordic Criminal Statistics 1950–2010.** Summary of a report. 8. ed. Stockholms Universitet: Kriminologiska institutionen, 2012

WACQUANT, L. **Parola d'ordine:** tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale. Milano: Feltrinelli, 2000.

YOUNG, J. **The Exclusive Society.** Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity. London: Sage, 1999.

ZOLO, D. **Globalizzazione.** Un mappa dei problemi. Roma-Bari: Laterza, 2006.

## **Sobre os autores**

### ***Adriana Dias Vieira***

Doutora em Direito pela Università degli Studi di Firenze (2015). Professora da Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: adrianadvieira@yahoo.com.br.

### ***Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira***

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (UFPB), área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento– Linha 3. E-mail: anagondim30@hotmail.com

### ***Ana Carolina Monteiro Lins de Albuquerque e Souto***

\*Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB), linha 3. Bolsista CAPES/FAPESQ E-mail: anacarolinacmonteiro@hotmail.com.

### ***Cárita Chagas Gomes***

Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PGCJ/UFPB) da Universidade Federal da Paraíba, Linha 3. E-mail: carita.adv@gmail.com.

### ***Eduardo Ramalho Rabenhorst***

Pós-Doutor em Direito pela Université de Aix-Marseille (França). Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (CCJ/UFPB). E-mail: rabenhorst\_1@hotmail.com.

### ***Fredys Orlando Sorto***

Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB). E-mail: sortofredys@hotmail.com.

### ***Giuseppe Caputo***

Ricercatore presso il Centro di Ricerca Interuniversitario “L’altro diritto”. É titolare di una borsa di ricerca sull’insegnamento clinico del diritto presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell’Università di Firenze. E-mail: giuseppe.caputo@unifi.it.

### ***Gustavo Barbosa de Mesquita Batista***

Doutor em Direito pela UFPE. Professor do quadro permanente do PPGCJ/CCJ/UFPB (Mestrado e Doutorado) e do PPGDH/CCHLA/UFPB (Mestrado). E-mail: gustavobm.batista@gmail.com.

### ***Katia Poneti***

Doutora em Teoria e História do Direito – Universidade de Florença (Itália)

### ***Lucas de Oliveira Bernardo***

Discente do Curso de Direito. Bolsista PROBEX. E-mail: lucasobernardo@hotmail.com.br.

### ***Lucas Lopes Oliveira***

Doutorando em Ciências Jurídicas pela UFPB, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento- Linha 3. E-mail: lucasoliveira.sol74@gmail.com.

### ***Lucia Re***

Professoressa Associata di Filosofia del diritto presso l’Università degli studi di Firenze. É direttrice di *Jura Gentium* (Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale). E-mail: lucia.re@unifi.it.

### ***Luciano Nascimento Silva***

\*\*Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela Università del Salento, Itália (2016). Colaborador Permanente no PPGCJ e no

PPGDH, ambos da UFPB. E-mail:  
lucianonascimento@hotmail.com.

***Márcio Flávio Lins de Albuquerque e Souto***

Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB), área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento– Linha 3. E-mail:  
marciofls@gmail.com

***Maria Luíza Caxias Albano***

Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento– Linha 3. E-mail:  
marialuiza.caxias@gmail.com

***Maria Luiza P. Alencar Mayer Feitosa***

Pós-Doutorado em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Docente permanente do PPGCJ/UFPB. E-mail:  
mluizalencar@gmail.com.

***Marília Maria Teixeira Nunes***

Discente do Curso de Direito, Colaborador PROBEX. E-mail:  
maritnunes@yahoo.com.br.

***Paloma Alcoforado Bessa***

Discente do Curso de Direito. Colaboradora. E-mail:  
palomaalcoforadob@gmail.com

***Rômulo Rhemo Palitot Braga***

Doutor em Direito Penal pela Universitat de València, Espanha (2006). Professor da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). E-mail: romulo.palitot@uv.es.

***Sofia Ciuffoletti***

PhD em Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa (Itália). Pesquisadora na Universidade de Florença (Itália) e no Centro interuniversitário. E-mail: sofia.ciuffoletti@unifi.it.

***Sophia Brito Lira Germoglio***

Discente do Curso de Direito. Colaboradora. E-mail: sophiagermoglio@live.com

***Tâmisa Rúbia Santos do Nascimento Silva***

Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB), Linha 3. E-mail: tamisain@hotmail.com.

***Tiago Medeiros Leite***

Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento– Linha 2. E-mail: taomedeiros@gmail.com.

***Tuanny Soeiro Sousa***

Doutoranda em Ciências Jurídicas no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento– Linha 3. E-mail: tusoeiro@hotmail.com.



Este livro resulta das pesquisas desenvolvidas por docentes e discentes do doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), em parceria decorrente de Acordo de Cooperação Internacional firmado entre a UFPB e a Universidade de Firenze (UNIFI), Itália, em 2002, renovado pela quinta vez, em 2019. A ideia principal dessa cooperação internacional é ampliar o reforço de construções epistemológicas interdisciplinares, de natureza filosófica, sociológica, histórica, política, econômica e/ou outra, que interessam a ambos os Programas de Pós-Graduação, a partir de projetos de pesquisas que se inserem nas interfaces das áreas jurídicas, sociais, econômicas e humanas, abastecendo-se mutuamente de dados, casos e abordagens doutrinárias, em conjugações que geram, na prática, atuação investigativa comum e teses doutorais em regime de cotutela e dupla titulação.



9 788523 715021